

Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer

En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö

NIKLAS SELBERG

JURIDISKA FAKULTETEN | LUNDS UNIVERSITET 2017



Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer

Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer

En studie av anställningsskydd, diskriminering
och arbetsmiljö

Niklas Selberg



LUND
UNIVERSITY

DOCTORAL DISSERTATION

by due permission of the Faculty of Law, Lund University, Sweden.
To be defended at Pufendorfsalen, Juridiska institutionen (Tryckeriet), Lilla
Gråbrödersgatan 3 C, Lund. 30th May, 2017, at 10.15.

Faculty opponent
Mats Glavå

Organization LUND UNIVERSITY	Document name Doctoral Thesis	
	Date of issue May 8 2017	
Author(s)	Sponsoring organization	
Title and subtitle: Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö		
Abstract This thesis is about the concept of employer in Swedish labour law. Four complex work organisations are investigated: bilateral, groups of companies, contract work/supply chains and temporary agency work. Three areas of law are investigated; employment protection, anti-discrimination and health and safety law. The study is a doctrinal analysis regarding Swedish law.		
Key words Individuell arbetsrätt, arbetsgivarbegreppet, anställningsskyddslagen, diskrimineringslagen, arbetsmiljölagen, komplexa arbetsorganisationer, bilaterala arbetsorganisationer, koncerner, entreprenader, bemanningsarbete, arbetstagarbegreppet, EU-rätt, rättsdogmatik		
Classification system and/or index terms (if any)		
Supplementary bibliographical information		Language Svenska
ISSN and key title		ISBN 978-91-7753-309-2
Recipient's notes	Number of pages 559	Price
	Security classification	

I, the undersigned, being the copyright owner of the abstract of the above-mentioned dissertation, hereby grant to all reference sources permission to publish and disseminate the abstract of the above-mentioned dissertation.

Signature

Niklas Jellberg

Date 2017-04-24

Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer

En studie av anställningsskydd, diskriminering
och arbetsmiljö

Niklas Selberg



LUND
UNIVERSITY

Framsidesbild av Sara Granér

Copyright Niklas Selberg

Juridiska fakulteten
Lunds universitet

ISBN 978-91-7753-309-2

Printed in Sweden by Media-Tryck, Lund University
Lund 2017



Innehållsförteckning

Förord	13
1. Att synliggöra, begreppsliggöra och analysera arbetsgivaren	17
1.1 Inledning	17
1.1.1 Ämnet	17
1.1.2 Syfte och frågeställning	19
1.1.3 Undersökningsmodell	21
1.1.4 Avgränsningar	24
1.1.5 Den föreliggande undersökningen och forskningsläget	26
1.1.5.1 Angloamerikansk arbetsrättslig forskning som inspirationskälla	26
1.1.5.2 Föreliggande svensk arbetsrättslig forskning	27
1.1.5.3 Förhållandet till två samtida forskningsinsatser	28
1.1.6 Den fortsatta framställningens disposition	30
1.2 Det fragmenterade arbetslivet	31
1.2.1 Samhällsförändringar på arbetets marknad	31
1.2.2 Från den internaliserade anställningen	34
1.2.3 ... till det fragmenterade arbetslivet och externaliseringen av anställningen	35
1.2.4 Anställningen i desintegrerad produktion och då företag samverkar	38
1.2.5 Bemanningsanställningen: från kriminalisering till flexicurity	40
1.2.6 Gig-ekonomin som en ny fas av post-fordistisk tjänsteproduktion	43
1.3 Arbetsgivarbegreppets rättsliga kontext: materiella skyddsregler	45
1.3.1 Arbetsgivarbegreppets funktion och den materiella arbetsrätten	45
1.3.2 Den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet	47
1.3.3 Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet utmanas	51
1.4 Komplexa arbetsorganisationer ur arbetsrättslig synvinkel	55
1.4.1 Bilateral arbetsorganisationer	55
1.4.2 Koncerner	57
1.4.3 Entreprenader	60
1.4.4 Bemannings/personaluthyrning	62
1.4.5 Särskilt om gränsdragningen mellan entreprenad och bemanning	63
1.5 Arbetsrättsanalytisk metod	69
1.5.1 Att beskriva och analysera rätten	69
1.5.2 Arbetsrättsliga rättsskälreföreställningar	72
1.5.3 Rättsbildningens dynamiska element: samspillet mellan delarna och helheten	75
1.5.4 Lagtolkning med stöd av motivuttalanden	77
1.5.5 Särskilt om tolkningen av generalklausuler och avvägningsnormer	79
1.5.6 Arbetsrättskällelärn, EU-rätten och Europakonventionen	80
2. Anställningsskydd i komplexa arbetsorganisationer	85
2.1 Ansvarsfördelning och arbetsgivarbegrepp i det fragmenterade arbetslivets anställningsskydd	85
2.1.1 Anställningsskyddet och arbetsgivarbegreppet - individens anställning och kollektivets ställning	85
2.1.2 Trygghet i anställningen: från uppsägningsförbud	92
2.1.3 ... till anställningsbarhet, inkomstskydd och minskat fokus på befintliga avtalsrelationer	98
2.1.4 Gällande anställningsskydds rättsliga konstruktion: delarna som gör helheten	104
2.1.5 Europeisering av anställningsskyddet: fläckvisa uppsägningsförbud, grundläggande rättigheter och EU:s arbetsmarknadspolitik	110

2.2 Den bilaterala arbetsorganisationen och anställningsskyddet	119
2.2.1 Två parter, ett anställningsavtal och trygghet i anställningen	119
2.2.2 Arbetsgivarbegreppet vid arbetsgivarbyte: omstruktureringar och verksamhetsövergång	121
2.2.3 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen	127
2.2.4 Verksamhetsrelaterade uppsägningar	131
2.2.4.1 Arbetsbrist och turordning för uppsägning	131
2.2.4.2 Företrädesrätt till återanställning	134
2.2.5 Omplaceringsskyldighetens omfång	136
2.3 Bolagiserade verksamheter och anställningsskyddet	137
2.3.1 Koncernarbetsrätten, arbetsgivarbegreppet och anställningsskyddet	137
2.3.2 Framväxten av koncernbegreppet i anställningsskyddet: den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar utmanad – och bekräftad	141
2.3.3 Gällande anställningsskyddslags koncerndefinition och senioritetsprincipens räckvidd	145
2.3.4 Ett mer passande koncernbegrepp för anställningsskyddet?	150
2.3.5 Arbetsgivarbegreppet vid verksamhetsövergång och omstruktureringar i koncerner	152
2.3.6 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen	158
2.3.7 Verksamhetsrelaterade uppsägningar	160
2.3.7.1 Arbetsbrist och turordning i koncerner – allmänna frågor	160
2.3.7.2 Arbetsbrist och turordning i koncerner – enligt lag	162
2.3.7.3 Arbetsbrist och turordning i koncerner – avtalsfrihetens gränser	163
2.3.7.4 Återanställningsrätten i koncerner	167
2.3.8 Omplaceringsskyldighetens omfång	172
2.4 Entreprenadförhållandet och anställningsskyddet	174
2.4.1 Företagssamarbeten och trygghet i anställningen	174
2.4.2 Entreprenader som verksamhetsövergång: företagssamarbete och partsbyte	177
2.4.3 Arbetstagarbegreppet, de arbetsrättsliga mellanmännen och anställningsskyddet i arbetsorganisationer som är entreprenader	178
2.4.4 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen	183
2.4.5 Verksamhetsrelaterade uppsägningar	185
2.4.5.1 Arbetsbrist och turordning för uppsägning	185
2.4.5.2 Företrädesrätt till återanställning	188
2.4.6 Omplaceringsskyldighetens omfång	190
2.5 Bemanningsarbete och anställningsskydd	191
2.5.1 Legaldefinierad ansvarsfördelning – arbetsgivare, inhyrare och arbetstagare, inhyrd	191
2.5.2 Inhyrare eller arbetsgivare? Uthyrare eller förmedlare? Förutsättningar för genomsyn	193
2.5.3 Företagsomstrukturering, bemanningsarbete och arbetsgivarbegreppet: verksamhetsövergång?	198
2.5.4 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen	201
2.5.5 Verksamhetsrelaterade uppsägningar	206
2.5.5.1 Brist på anställningar, arbetsbrist och inhyrning – i kundföretaget	206
2.5.5.2 Arbetsbrist, turordning och återanställning i bemanningsföretaget	208
2.5.6 Omplaceringsskyldighetens omfång	211
2.5.7 Särreglering av bemanningsanställda	212
2.5.7.1 Arbetsorganisationens ansvar bortom det kontraktuella arbetsgivaransvaret	212
2.5.7.2 Arbetsgivaransvar bortom arbetsorganisationen; särskilt om likabehandlingsprincipen	213
2.6 Slutsatser och sammanfattande analyser	216
2.6.1 Övergripande frågor	216
2.6.2 Ansvar för anställningstrygghet i bilaterala arbetsorganisationer	218
2.6.3 Ansvar för anställningstrygghet i koncerner	220
2.6.4 Ansvar för anställningstrygghet i entreprenadkontext	223
2.6.5 Ansvar för anställningstrygghet i bemanningskontext	226

3. Diskrimineringskydd i komplexa arbetsorganisationer	229
3.1 Ansvarsfördelning och arbetsgivarbegrepp i det fragmenterade arbetslivets diskrimineringsrätt	229
3.1.1 Lagstiftningen om diskriminering i arbetslivet	229
3.1.2 Från nationella bilaterala rättsliga utgångspunkter	231
3.1.3 ... till EU:s öppna lagstiftning och dynamiska rättstillämpning	235
3.1.4 EU: arbetsgivaransvar utanför anställningsavtalets partsställning?	241
3.1.5 Det rättspolitiska projektet om icke-diskriminering och likabehandling	244
3.1.6 Ett pliktsubjekt för resursfördelning och ett för bemötandefrågor?	246
3.1.7 Dagens diskrimineringsrätt och arbetsrättens vertikala maktrelation	249
3.2 Den bilaterala arbetsorganisationen och diskrimineringskyddet	252
3.2.1 Placering av ansvar för diskriminering i bilaterala arbetsorganisationer	252
3.2.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?	253
3.2.2.1 Rättsutvecklingen kring vem som ska likställas med arbetsgivaren	253
3.2.2.2 Makthavare i arbetsorganisationen som ska likställas med arbetsgivaren	259
3.2.2.3 Arbetsgivarrepresentanter: uppdrag, ställning och fullmakt	262
3.2.2.4 Särskilt om juridiska personers organrepresentanters arbetsgivarroll	266
3.2.2.5 Instruktioner att diskriminera är diskriminering	268
3.2.2.6 Ogiltighet	271
3.2.2.7 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier	272
3.2.2.8 Jämförelseperson och diskriminering: arbetsgivarbegreppet och källbegreppet	275
3.2.2.9 En arbetsgivare – flera källor?	282
3.2.2.10 Jämförelseperson, arbetsgivarbegrepp och svenska modellen	282
3.2.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?	287
3.3 Bolagiserade verksamheter och diskrimineringskyddet	292
3.3.1 Placering av ansvar för diskriminering i koncerner	292
3.3.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?	294
3.3.2.1 Moder- och dotterbolags ansvar som arbetsgivare	294
3.3.2.2 Vem ska likställas med arbetsgivaren?	297
3.3.2.3 Instruktioner att diskriminera är diskriminering	297
3.3.2.4 Ogiltighet	298
3.3.2.5 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier	298
3.3.2.6 EU-rättens jämförelseperson: i hela koncernen?	301
3.3.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?	302
3.4 Entreprenadförhållandet och diskrimineringskyddet	306
3.4.1 Placering av ansvar för diskriminering i företagssamarbeten	306
3.4.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?	307
3.4.2.1 Entreprenadfirmorna och arbetsgivaransvar	307
3.4.2.2 Vem ska likställas med arbetsgivaren?	308
3.4.2.3 Särskilt om upphandling av arbetsgivarfunktioner	310
3.4.2.4 Entreprenadfirmorna och inlåningsansvaret	311
3.4.2.5 Instruktioner att diskriminera är diskriminering	313
3.4.2.6 Ogiltighet	314
3.4.2.7 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier	315
3.4.2.8 EU-rättens jämförelseperson i företagssamarbeten och vid out-sourcing	317
3.4.2.8.1 EU-domstolens dom i Allonby-målet	317
3.4.2.8.2 En kritiserad dom	319
3.4.2.8.3 En väg framåt?	321
3.4.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?	324
3.5. Bemanningsarbete och diskrimineringskyddet	325
3.5.1 Placering av ansvar för diskriminering av inhyrda tillika anställda	325
3.5.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?	328
3.5.2.1 En arbetsorganisation, två huvudmän och arbetstagare/inhyrda	328
3.5.2.2 Bemanningsföretagets arbetsgivaransvar – och inhyrarens	330
3.5.2.3 Vem ska likställas med arbetsgivaren?	333
3.5.2.4 Ansvarsfördelningen särskilt vid inledning av inhyrningsuppdrag	334
3.5.2.5 Ansvarsfördelning under inhyrningsuppdrag	336
3.5.2.6 Ansvarsfördelningen särskilt vid avslutande av inhyrningsuppdrag	338
3.5.2.7 Instruktioner att diskriminera är diskriminering	340
3.5.2.8 Ogiltighet	340
3.5.2.9 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier	341
3.5.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?	344

3.6 Slutsatser och sammanfattande analyser	346
3.6.1 Övergripande frågor	346
3.6.2 Ansvar för icke-diskriminering i bilaterala arbetsorganisationer	349
3.6.3 Ansvar för icke-diskriminering i koncerner	351
3.6.4 Ansvar för icke-diskriminering i entreprenadkontext	353
3.6.5 Ansvar för icke-diskriminering i bemanningskontext	354
4. Arbetsmiljön i komplexa arbetsorganisationer	357
4.1 Ansvarsfördelning och arbetsgivarbegrepp i det fragmenterade arbetslivets arbetsmiljörätt	357
4.1.1 Lagstiftning om arbetsplatsen och huvudmannens ansvar	357
4.1.2 Arbetsmiljö ur rättslig synvinkel: standarder, tillsyn och samverkan – och sanktioner	361
4.1.3 Anställningsförhållandet och ansvaret för arbetsmiljön	364
4.1.4 Arbetsmiljölagen och arbetsgivarbegreppet	367
4.1.5 Anrik och dynamisk arbetsmiljörörelse	371
4.1.6 Arbetsmiljörörelsen och impulser från EU och ILO	373
4.2 Den bilaterala arbetsorganisationen och arbetsmiljön	378
4.2.1 En arbetsgivare, arbetstagare, en arbetsmiljö – en ansvarig?	378
4.2.2 Ansvarets gränser – en rumslig dimension i ansvaret för arbetsmiljön	380
4.2.3 Arbetsmiljörättens krav på arbetsorganisationens utformning: intern ansvarsfördelning och extern kompetensförsörjning	382
4.2.3.1 Den specifikt arbetsmiljörättsliga arbetsgivarrepresentationen	382
4.2.3.2 Obligatorisk upphandling av arbetsmiljökompetens	385
4.2.4 Arbete utanför den kontraktuella arbetsgivarens arbetsorganisation	386
4.2.5 Den lokala skyddsverksamheten: arbetsställen, skyddsombud och trakasseriförbud	389
4.3 Bolagiserade verksamheter och arbetsmiljön	395
4.3.1 Moder- och dotterbolag, arbetstagare och deras arbetsmiljö	395
4.3.2 Skyddsombud hos moder- och dotterbolag: roll och befogenheter. Trakasseriförbudet	397
4.4 Entreprenadförhållandet och arbetsmiljön	398
4.4.1 De anställdas arbetsmiljö i företagssamarbeten	398
4.4.2 Gränsdragningen mellan entreprenadförhållande och personalinhyrning	399
4.4.3 Företagssamarbeten som är gemensamma arbetsställen: tröskelbegreppet	400
4.4.4 Att råda över ett driftställe: ansvarsutlösande faktor	402
4.4.5 Utsändande huvudmans skyddsansvar: den kontraktuella arbetsgivarens roll	404
4.4.6 Mottagande huvudmans ansvar: information samt fasta och andra anordningar	405
4.4.7 Alla deltagande huvudmans ansvar i relation till de arbetande	407
4.4.8 Samordningsansvar vid företagssamarbeten: rättigheter och ansvar i relation till de arbetande	408
4.4.9 Samordningsansvar vid företagssamarbeten: rättigheter och ansvar i relation till huvudmännen, och till de arbetande	410
4.4.10 Huvudmännens inbördes relationer: direkt ansvar och samrådsansvar	412
4.4.11 Skyddsombud hos beställare och leverantör: roll och befogenheter	414
4.5 Bemanningsarbetet och arbetsmiljö	419
4.5.1 En arbetstagare, två huvudmän, flera arbetsmiljöer	419
4.5.2 Utgångspunkter för bemanningsanställdas arbetsmiljö: principer om olikabehandling och om likabehandling	422
4.5.3 Uthyrarens skyddsansvar: den kontraktuella arbetsgivarens roll	424
4.5.4 Inhyrarens skyddsansvar: särreglering om inhyrda arbetstagare	428
4.5.5 Rättigheter och skyldigheter mellan ut- och inhyrare	433
4.5.6 Skyddsombud hos ut- och inhyrare: roll och befogenheter, tillträde och trakasserier	436
4.6 Slutsatser och sammanfattande analyser	440
4.6.1 Övergripande frågor	440
4.6.2 Ansvar för arbetsmiljöarbete i bilaterala arbetsorganisationer	443
4.6.3 Ansvar för arbetsmiljöarbete i koncerner	445
4.6.4 Ansvar för arbetsmiljöarbete i entreprenadkontext	447
4.6.5 Ansvar för arbetsmiljöarbete i bemanningskontext	450

5. Avslutande och sammanfattande diskussion.....	455
5.1 Arbetstagare och arbetsgivare som relationella begrepp	455
5.2 Skyddsansvarets placering ur den materiella rättens synvinkel	457
5.2.1 Anställningstryggheten	457
5.2.2 Diskrimineringskyddet	461
5.2.3 Arbetsmiljörätten	464
5.3 Skyddsansvarets placering ur arbetsorganisationens synvinkel	466
5.3.1 Bilaterala arbetsorganisationer	466
5.3.2 Koncerner.....	470
5.3.3 Entreprenader	472
5.3.4 Bemanning	475
5.4 Avslutande diskussion: anställningsförhållandet och arbetsgivarbegreppet	479
5.4.1 Anställningsavtal och skyddsansvar i relation till arbetstagare	479
5.4.2 Regleringen av komplexa arbetsorganisationer: Skyddsansvar för arbetstagare bortom anställningsavtalet	483
5.4.3 Lagstiftningstekniska strategier för placering av skyddsansvar i arbetslivet.....	487
5.4.4 Nytt vin i gamla läglar? Arbetstagarbegreppet och arbetsgivarbegreppet i gig-ekonomin.....	489
Summary: The Concept of Employer and Labour Law in Complex Work Organisations	499
Referenser	511
Litteratur	511
Lagförarbeten från Sverige.....	538
Riksdagens utskotts betänkanden	538
Regeringsförslag	538
Skrivelser från regeringen	540
Utredningsbetänkanden	540
Utredningsdirektiv	543
Departementsstenciler	544
Diverse lagförarbeten	545
Lagförarbeten från EU	545
EU-rättsligt material; diverse	547
Rättspraxis.....	549
Svenska Arbetsdomstolen	549
Svenska Högsta domstolen	551
EU-domstolen	551
Förstainstansrätten/Tribunalen	554
Generaladvokatens domsförslag; EU-domstolen	555
Europadomstolen	555
Rättspraxis; övrigt	556
Avtalspraxis	556
Övrigt.....	557

Förord

Arbetet som redovisas i denna bok har bedrivits inom ramen för en doktorandanställning vid Juridiska fakulteten, Lunds universitet. Professorerna Mia Rönnmär och Ann Numhauser-Henning kom att bli mina handledare, och det är jag glad och tacksam för. Mia och Ann har varit engagerade och noggranna läsare, alltid redo att diskutera arbetsrätt. Med handledarna följde medlemskap i Norma-projektet, där jag deltagit i intressanta och lärorika diskussioner om rätten och samhället. Stort tack för era insatser! Tack också alla övriga medlemmar i Norma-gruppen.

På Juridicum har jag haft förmånen att umgås och samarbeta med de mest fantastiska rättsvetenskapliga forskarna. Att läsa forskarutbildningen tillsammans med min vän Markus Gunneflo var en ynnest. Arbetet med den här boken har blivit så mycket lättare, roligare och mer intressant tack vare honom. På samma sätt blev arbetsplatsen och rättsvetenskapen både roligare och bättre när Amin Parsa och Andrea Iossa blev en del av den. Amin, den mest kritiske kritikern, och Andrea, den mest framåtutlåtade arbetsrättsaren – tack för att ni är som ni är och för att ni är det med mig.

Matilda Arvidsson, Martina Axmin, Tova Bennet, Moa Bladini, Anna Bruce, Leila Brännström, Moa de Lucia Dahlbeck, Eduardo Gill-Pedro, Valentin Jeutner, Eleni Karageorgiou, Mirjam Katzin, Lisa Kerker, Aleksandra Popovic, Ellika Sevelin och Linnea Wegerstad är också några av dessa viktiga kollegor som bidrar till att göra juridiken mer spännande – tack för alla samtal, skratt och samarbeten; kamratskap, dryckenskap och vetenskap.

Tack Gregor Noll för ovärderliga insatser på Juridicum och för din generositet i våra olika samarbeten. Sverker Jönsson; din integritet, engagemang och omtanke har varit viktig för mig (och hela fakulteten).

Reinhold Fahlbeck har varit en central gestalt i min utveckling som arbetsrättsare. Utan hans uppmuntran i kritiska skeden hade jag inte färdigställt boken.

Ett stort tack till min vän och samarbetspartner Erik Sjödin. Hans djupa förståelse av arbetsrätten och hans på samma gång dynamiska och disciplinerade förhållningssätt till rättsvetenskaplig forskning gör honom till en förebild. Jag ser fram emot våra många framtida samarbeten.

Tack också Kerstin Ahlberg, Alysia Blackham, Catharina Calleman, Judy Fudge, Sarah de Groof, Ankie Hartzén, Ida Hellberg, Petra Herzfeld Olsson, Rasmus Hästbacka, Caroline Johansson, Miriam Kullmann, Mpoki Mwakagali, Vincenzo Pietrogiovanni, Erik Sinander och Lena Svenaeus för en bredare, transnationell arbetsrättslig gemenskap. Thank you Ania Zbyszewska for welcoming me to an

international, critical and exciting conversation on the future(s) of labour law. I really appreciate and enjoy our collaborations.

Med Hanna Pettersson har jag haft otaliga diskussioner om arbetsrätt och forskning – och varje gång har jag lärt mig viktiga saker. Jag ser fram emot att fortsätta samtalet!

Personalen i fakultetens bibliotek, särskilt Olle Serin och Gunilla Wiklund, har bidragit med ovärderligt stöd – tack! The artist formerly known as Hasse [Liepack] – ses i Malmö!

Jag vill tacka kretsen kring tidskriften *Retfærd – Nordic Journal of Law and Justice*; Ulrika Andersson, Annika Staaf, Lotti Ryberg-Welander, Lotta Wendel. Tillsammans med er har jag fått växa som forskare. Ett tack till Eva Schömer, som var den som först bjöd in mig till akademien (dåvarande Växjö universitet). Det av Forte finansierade Arbetsrättsliga nätverket har lärt mig mycket, tack till alla dess medlemmar. Jag har också haft förmånen att få vara en del av det av Forte finansierade nätverket för forskning kring migration. Tack till alla dess medlemmar.

På slutseminariet i januari 2017 gjorde Mikael Hansson en viktig insats och bidrog med otaliga tankvärda och beaktansvärda kommentarer. Tack!

Tack Diana Mulinari och Anders Neergaard för kamratskap och uppmuntran. Min svärmor, Barbro Werner, har bidragit till boken med sin tid och sitt engagemang i vår familj. Utan dig hade det inte gått. Tack för allt Barbro! Mina föräldrar Mia och Håkan Selberg har varit ovärderliga för mig och min familj. De har gett tid och kraft (och mycket annat). Men framförallt bär jag med mig deras värderingar och förhållningssätt. Jag känner alltid att de är med mig, och när jag är som bäst, då är jag som dem. Rebecca, Axel och Sonja: som alltid gjorde vi det tillsammans.

Innan jag låter läsaren att ta del av min forskning, påminner jag om Lord Wedderburns kloka ord:

Law is not a mystery; it only uses long words. But an understanding of the technical *structure* of the law is necessary for an understanding of its development. [...] we can understand the social significance of the doctrines expounded by judges only by resolutely entering the muddy waters of the law itself and emerging on the other side, not by skirting round them. But technical law by itself is useless, at best an arid game played by keen minds in court rooms and academic ivory towers. To understand its significance we must look at its historical and social setting, we must question what are the value and policy judgements enshrined within the propositions of law, and we must ask what is done in other countries about the problems revealed. [...]

[Labour law] is not an area of law which anyone can discuss without making apparent his attitudes. It is a place where law, politics, and social assumptions meet in a man; and whoever believes that he is so 'objective' or 'impartial' as to be above the policies and prejudices is either arrogantly *naïf* or dishonest with himself and others. Policies on labour law, as on other things, are bound to differ. What is impermissible is the pursuit of a policy in one part of labour law without account being taken of its effects in another.¹

Lund, Planetstaden, den 24 april 2017.

Niklas Selberg

Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning har bidragit till finansieringen av tryckningen av boken.

¹ Wedderburn, *The Worker and the Law*, 1965, s. 7f (Preface) och s. 339 (Conclusion). Kursiverat i original.

1. Att synliggöra, begreppslicgöra och analysera arbetsgivaren

1.1 Inledning

1.1.1 Ämnet

[Labour law] is an attempt to infuse law into a relation of command and subordination.²

Arbetsrätten är ett försök att med rättsliga medel påverka en ojämlig bytesrelation. Den ena parten presterar arbete och den andra betalar för det, och arbetsrätten innebär att den som arbetar omfattas av skyddsregler. Följaktligen måste något subjekt bära ansvaret för att detta skydd förverkligas i relation till den berättigade. Regleringen av den här bytesrelationen avseende arbete – anställningsförhållandet – definierar på samma gång både parterna arbetstagare och arbetsgivare, och deras inbördes rättigheter och skyldigheter. Arbetstagaren skyddas och förstärks i förhållande till den andra parten, arbetsgivaren, som ska respektera arbetsrättens skyddsregler och som därmed blir bärare av skyddsansvar avseende arbetstagarna. Begreppet arbetstagare är i grunden lika relationellt orienterat som begreppet kusin, för att tala med Davies och Freedland.³ Arbetsrätten växte fram med ursprung i en bilateral⁴ organisation som utmärktes av att en person presterade arbete för en annan, men sedan en tid tillbaka förekommer i praktiken ofta att arbetstagaren möter flera rättssubjekt på arbetsorganisationernas huvudmannasida; arbetsorganisationerna har blivit komplexa. Alltjämt gäller att lagen föreskriver att ”arbetsgivare” är bärare av skyddsansvar i relation till arbetstagare, samtidigt som lagstiftaren under årens lopp också kompletterat detta regelverk och skapat ett mönster av ansvarsrelationer som placerar skyddsansvar på även andra subjekt än arbetsgivaren. Idag är arbetsgivaransvaret en av flera ansvarsformer i regleringen av arbets-

² Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 1977, s. 6, jfr s. 4.

³ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, s. 131. Se även kapitel 1.1.3.

⁴ Användningen av termen är inspirerad av Vosko, *Managing the Margins*, 2010, s. 52ff.

marknaden; arbetsrätten, vars tillämplighet enligt den klassiska definitionen följer endast anställningsförhållandets partsställning⁵, kompletteras av andra ansvarsordningar med andra pliktsubjekt.

Två frågor inställer sig mot denna bakgrund. För det första; vem är egentligen arbetsgivaren? Vilket subjekt i arbetsorganisationen bär skyddsansvaret när lagstiftningen placerar ansvar på "arbetsgivaren"? Frågan kan i förstone te sig enkel och har historiskt nog underskattats, men blir särskilt relevant när arbetstagaren i arbetsorganisationen står i kontakt med flera subjekt på huvudmannasidan. För det andra; när nu lagstiftaren sedan länge har placerat skyddsansvar avseende arbetstagare inte endast på arbetsgivare utan också på exempelvis inlånare och inhyrare av arbetstagare och den som råder över ett arbetsställe; hur samspelar placeringen av det ansvar som gäller för "arbetsgivaren" med de kompletterande ansvarsformerna?

Den individuella arbetsrätten har sitt historiska ursprung i bilaterala arbetsorganisationer – som karaktäriserades av att endast ett subjekt var närvarande på huvudmannasidan, och därmed kunde komma ifråga som bärare av skyddsansvar – och i en korresponderande rättslig föreställningsvärld avseende relationen mellan parterna som en form av tvåsamhet, sedermera tydligt kontraktuellt orienterad. I situationer i vilka det förekommer flera subjekt på arbetsorganisationernas huvudmannasida uppkommer frågor om ansvarsplacering. Arbetstagaren är per definition en människa medan arbetsgivaren kan vara en juridisk person.⁶ Arbetsgivaren är en rättslig gestalt i den meningen att naturen, lika lite som den känner brottslingar,⁷ känner arbetsgivare. Arbetsgivare saknar existens utanför rätten.⁸

I dagens arbetsliv är det vanligt förekommande att arbetsorganisationen är mer komplex än att endast innehålla anställningsförhållandets två parter: koncepten vertikal desintegration, entreprenad, intraprenad, outsourcing, "fissurization"⁹, bemanningsarbete, joint venture, nätverkande företag, konsortier, in- och utlåning av personal, arbetsgivarringar, arbetsledarentreprenad, upphandling av s.k. human resource management-tjänster, gemensamma arbetsställen, och senast plattformarbete och "gig-economy" har alla blivit del av nomenklaturen kring arbetsmark-

⁵ Se t.ex. Schmidt, *Löntagarrätt*, 1994, s. 11, Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 1997, s. 13, Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 19, Källström, Malmberg & Öman, *Den kollektiva arbetsrätten*, 2016, s. 13 och jfr Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 49f: "att tala om arbetsrättsreglering innefattar [...] en abstraherande systematisering av det stoff på rättsordningsnivån som innefattar regler om förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, deras organisationer m.m."

⁶ T.ex. NJA 1996 s. 311, AD 1994 nr 130.

⁷ Jfr Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, 2010, s. 45 för formuleringen.

⁸ Jfr Wilhelmsson, *Social civilrätt*, 1986.

⁹ Weil, *The Fissured Workplace*, 2014.

naden.¹⁰ I alla dessa arbetsorganisationer förekommer att arbetstagaren möter inte en person som tillgodogör sig arbetet, utan snarare ett flertal subjekt som på olika sätt agerar på motpartssidan i anställningen. Forskningen har börjat begreppsliggöra denna utveckling som ett fragmenterat arbetsliv; företag som tidigare varit sammanhållna och enhetliga, både faktiskt och rättsligt, splittras upp i flera olika företag som samverkar i en arbetsorganisation. På huvudmannasidan i arbetsorganisationen kan vidare förekomma en bolagiserad företagsstruktur; dvs. flera subjekt som är förenade i ägande. Dessutom kan arbetstagaren vara anställd i ett bemanningsföretag i syfte att hyras ut till ett annat företag.

Arbetsrättens uppgift som det rättsliga uttrycket för mötet mellan arbete och kapital¹¹ är oförändrad: idag som vid reglernas tillkomst är syftet med denna lagstiftning att ingripa i bytet av arbete mot ekonomisk ersättning under ojämlika former, och stötta den underordnade parten mot den överordnade – men hur ser den överordnade parten ut idag? De faktiska arbetsorganisationerna har alltså utvecklats bort från att endast innehålla ett överordnat subjekt till att bli mer komplexa på huvudmannasidan, och därför blir det en forskningsuppgift att diskutera arbetsrättens bilaterala föreställningsvärld och kontraktuella utgångspunkter i relation till dessa komplexa arbetsorganisationer.

1.1.2 Syfte och frågeställning

Avhandlingens syfte är att beskriva och analysera placeringen av skyddsansvar i relation till arbetstagare i komplexa arbetsorganisationer, med särskilt fokus på det ansvar som vilar på ”arbetsgivaren”, och ett antal kompletterande ansvarsordningar. Eftersom arbetsgivaransvaret är intimt sammankopplat med andra former av skyddsansvar avseende arbetstagare blir bilden av fördelningen av skyddsansvar på huvudmannasidan inte fullständig om inte också andra ansvarsformer relateras till det som gäller för arbetsgivaren.

Var i komplexa arbetsorganisationer kan arbetstagarna utkräva det skydd de är berättigade till, lyder avhandlingens frågeställning.

Ämnet är delvis det som brukar diskuteras under den talspråkliga rubriken ”arbetsgivarbegreppet”. Talet om arbetsgivarbegreppet är i arbetsrätten en språklig konvention i form av en etikett på frågeställningar om vilket subjekt som bär det ansvar som enligt lagstiftningen är ”arbetsgivarens”.¹² Avhandlingen söker svaret

¹⁰ Se om några av dessa; Ds 2003:27.

¹¹ Karlsson, *Begreppet arbete*, 1986/2013, Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 19ff, Malmberg, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om?*, 2010, Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 1977.

¹² Jfr kapitel 1.1.5 om bidragen till detta samtal.

på sina frågor i rättskällorna och att analysera ”arbetsgivarbegreppet” utgör därför inte någon särskilt begreppsorienterad uppgift. Det måste undvikas att skapa cirkelresonemang som söker svar på rättsliga frågor utifrån begrepp, som om svaret låg i definitionen.¹³

Att bära skyddsansvar innebär i avhandlingen inget annat än att kunna drabbas av en rättslig sanktion för den händelse att ett visst skydd inte förverkligas avseende någon viss arbetstagare, och i denna mening studeras konstruktionen av reglernas pliktsubjekt. Frågeställningen och undersökningsmodellen är formulerad utifrån arbetstagarens synvinkel. Fokus ligger på *skadeståndssanktionen* i anställningsskyddet, diskrimineringsrätten och de civilrättsliga delarna av arbetsmiljörätten, sanktionen *ogiltighet* i framförallt anställningsskyddet och i begränsad utsträckning i diskrimineringsrätten, samt avslutningsvis *vitessanktionen* i den offentligtgrättsliga arbetsmiljörätten.¹⁴ Med formuleringen bärare av ansvar (och liknande konstruktioner) ska således förstås endast subjekt som kan bli föremål för rättslig sanktion.

Undersökningen skildrar placeringen av skyddsansvar genom att korsa en faktisk bakgrundsfaktor avseende huvudmannen, det som här kallas *arbetsorganisation*, med lagstadgat *arbetstagaranspråk* – den materiella arbetsrätten, alltså – och på så vis ställs rättsfrågor om var arbetstagare kan göra gällande sina rättigheter, och vem som är bärare av skyldigheterna.¹⁵ Modellen är förutsättningslös i det att den frågar var ansvar är placerat, utan att fästa avgörande betydelse vid dess beteckning. Ett antagande är att anställningsavtalet inte är den exklusivt ansvarsutlösande faktorn, och att arbetsgivarfunktioner, t.ex. maktutövning i relation till arbetstagaren, kan vara fördelade på flera olika huvudmän i arbetsorganisationen; häri ligger det moment som gör arbetsorganisationerna komplexa. Forskningsdesignens analytiska fokus ligger på arbetsorganisationen betraktad ur arbetstagarens eller arbetsprestationens vardagliga och faktiska synvinkel.¹⁶ På detta sätt kan anställningsavtalet stå i fokus för analysen samtidigt som det är möjligt att undvika att analyserna därmed vidarebefordrar och reproducerar förenklande föreställningar om arbetsgivaren som ”den andra parten” i anställningsförhållandet. Sålunda skapas förutsättningar för en fördjupad förståelse för ansvarsplacering i arbetsrätten och arbetsgivarbegreppet.

¹³ Jfr Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, 2013, s. 21-45, s. 42 som talar om begreppsjurisprudens som ett riskbeteende inom rättsdogmatiken.

¹⁴ Jfr om arbetsrättsliga sanktioner Sigeman, Bot, plikt och skadestånd, 1983, s. 301-327.

¹⁵ Jfr Westbergs diskussion om rättsvetenskaplig forskning som antingen regel- eller samhällsorienterad. Westberg, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, 1992, s. 421-446.

¹⁶ Jfr Prassl, *The Concept of the Employer*, 2015, s. 2. Jfr Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012, s. 15 och Rönnmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet*, 2004, s. 25.

Avhandlingen antar en utmaning från forskare¹⁷ och praktiker¹⁸, och lagstiftare¹⁹ som efterlyst den typen av undersökningar. Vidare ger avhandlingen kommentarer till de forskare²⁰ som sedan länge uttryckt att arbetsgivarbegreppet tillsammans med andra grundläggande arbetsrättsliga begrepp är i behov av konsolidering.

1.1.3 Undersökningsmodell

För att synliggöra skyddsansvarets placering relateras två faktorer till varandra: arbetstagarnas rättsliga anspråk på skydd och den faktiska arbetsorganisationen. Undersökningen uppmärksammar tre centrala åligganden kring arbetet och arbetsprestationen: anställningstrygghet, diskrimineringskydd och arbetsmiljöarbete.²¹ Undersökningen uppmärksammar de mest betydelsefulla och vanligast förekommande arbetsorganisationerna, dvs. förutom den *bilaterala arbetsorganisationen*, också *koncerner* (eller bolagiserade företagsstrukturer), *entreprenadarbete* och *bemanningsarbete*.²²

Termen *arbetsorganisation*²³ används för att benämna den typiserade faktiska kontext inom vilken arbetstagaren presterar arbete. Undersökningsmodellen syftar till att begreppsliggöra förhållandet mellan det rättsliga begreppet för arbetsgivaren, och realiteterna som möter arbetstagaren när denne arbetar.²⁴ Avhandlingen analyserar situationer där flera rättssubjekt förekommer på huvudmannasidan ("arbetsgivarsidan"), dvs. situationer då arbetstagaren i anställningen, i arbetet, på något sätt står i förbindelse med flera rättssubjekt. Den faktiska komplexa arbetsorganisationens utformning relateras till de rättsliga förhållandena avseende placeringen av arbetsgivaransvaret och dess samspel med de kompletterande arbetsrätts-

¹⁷ Bruun, Some Aspects of Labour Law Research in Finland and Sweden, 1986, s. 31-45, s. 36.

¹⁸ Arbetsarkyddsfonden, *Arbetsrättslig forskning*, 1985, s. 88-9.

¹⁹ Arbetslivsinstitutet fick i uppdrag att belysa både arbetstagar- och arbetsgivarbegreppen, men det kan inte påstås att temat om arbetsgivarbegreppet återfinns i betänkandet som redovisar uppdraget. Utredningsdirektiven uttalade således att "En viktig fråga inom arbetsrätten är vem som är att anse som arbetstagare och vem som är att anse som arbetsgivare. Förändringar i sättet att organisera arbetet aktualiserar frågan i vad mån det finns ett behov av justeringar i gränsdragningen i tillämpningsområdet för den traditionella arbetsrätten, beträffande såväl arbetstagare som arbetsgivare." Ds 2002:56, s. 518, jfr s. 75.

²⁰ Langille, Labour Law's Theory of Justice, 2011, s. 101-119, Bergström, *Kollektivavtalslagen*, 1948, s. 29, jfr Clark & Wedderburn, Modern Labour Law: Problems, Functions, and Policies, 1983, s. 127-242, s. 144-155.

²¹ Således analyseras inte löneansvaret. Se kapitel 1.1.4 om avhandlingens avgränsningar.

²² Dessa arbetsorganisationer definieras och fogas in i en (arbets-)rättslig kontext i kapitel 1.4. Således analyseras inte franchising och delningsekonomin arbetsförhållande i detalj; se kapitel 1.1.4 om avhandlingens avgränsningar, men se också kapitel 5.1 och 5.4.

²³ Så även i bidragen i Marchington m.fl. (red.) *Fragmenting Work*, 2005.

²⁴ Jfr Peck, *Work-Place*, 1996, s. 26.

liga ansvarsordningarna. På detta sätt kan undersökningen visa tillkortakommanden i placeringen av arbetsgivaransvaret (dvs. situationer i vilket detta står i dålig överensstämmelse med den faktiska arbetsorganisationens utformning) och i vilka situationer arbetstagaren bör få skydd från ett annat subjekt.

Den *första variabeln* i undersökningsmodellen avser arbetstagarnas anspråk på skydd. Trygghet i möjligheter till försörjning, likabehandling i jämförelse med andra arbetstagare och goda fysiska och psykosociala villkor för att utföra arbetet är betydelsefulla aspekter av att prestera arbete som arbetstagare. Därför är skyddsregler om anställningsskydd, icke-diskriminering och arbetsmiljöarbete centrala i arbetsrätten. Var detta ansvar närmare bestämt är placerat och vem som är skyldig att förverkliga dessa arbetstagarnas rättigheter, är frågor att utreda i det fragmenterade arbetslivet. De tre arbetstagaranspråken har olika rättslig konstruktion, och syftar till att tillgodose delvis olika intressen.

Anställningsskyddet är flaggskeppet i den ”nya arbetsrätten” från 1970-talet, och är i många avseenden en civilrättslig grundförutsättning för att arbetstagarna ska kunna förverkliga andra rättigheter i anställningen.²⁵ Anställningsskyddslagen bygger – i och med sitt nära samband med ett avtalsrättsligt tema – särskilt tydligt på en föreställning om en tvåpartsrelation.

Diskrimineringsrätten är den yngsta delen av arbetsrätten och dessutom stadd i fortsatt utveckling. När arbetslivets problem hanteras inom ramen för tillämpningen av diskrimineringsrätten uppstår nya analyser och kunskap om den sedvanliga arbetsrätten och dess begrepp.²⁶ På diskrimineringsrättens område gör sig ett särskilt allmänintresse gällande: diskrimineringslagstiftningen uppfattas ofta som en del i förverkligandet av mänskliga rättigheter.²⁷

Reglerna kring (den fysiska²⁸) arbetsmiljön är den äldsta delen av arbetsrätten, men också stadd i konstant utveckling. Arbetsmiljörätten är särpräglad i jämförelse med den övriga arbetsrätten i den meningen att det allmännas intresse att omfördela kostnaderna för en förbättrad folkhälsa är framträdande.²⁹

De tre anspråken från arbetstagarnas sida som studeras i avhandlingen representerar en stor del av arbetsrättens regler, och täcker in viktiga aspekter av det utbyte som anställningen utgör. EU-rätten spelar olika roll i de respektive rättsområdena. På anställningsskyddets område är EU-rättens inverkan indirekt: det föreligger

²⁵ Selberg, *Flexibla regler, fragmenterade anställda: Den diskursiva och formella konstruktionen av det flexibla arbetslivet*, 2011, s. 245-261.

²⁶ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2015, med hänvisningar.

²⁷ Prop. 2007/08:95, s. 79.

²⁸ Se Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013 om rättsliga aspekter av psykosocial arbetsmiljö.

²⁹ Steinberg, *Skyddsombud i allas intresse*, 2004.

ingen sammanhållen reglering om förutsättningar för uppsägning av anställningsavtal. På diskrimineringsrätten har EU spelat en dynamisk roll och på ett genomgripande sätt präglat hela rättsområdet. På arbetsmiljörättens område har EU utfärdat en stor mängd normer, men inte omdanat rättsområdet i grunden.

Den *andra variabeln* i undersökningsmodellen är arbetsorganisationerna, betraktade ur rättslig synvinkel. Den enkla, raka tvåpartskonstruktionen av arbetsorganisationen – i avhandlingen benämnd den bilaterala – utgör den kontext ur vilken arbetsrätten är sprungen. Den traditionella arbetsrättens historiska utvecklingsprocesser präglas på detta sätt av en bilateral föreställningsvärld i vilken arbetstagaren endast står i samband med ett subjekt; arbetsgivaren. Den bilaterala arbetsorganisationens implicita inverkan på arbetsrätten är källan till många av de problemställningar som diskuteras i avhandlingen.³⁰ De komplexa arbetsorganisationerna utgör sedan summan av likheter och skillnader i jämförelse med den bilaterala situationen.

För det första; koncerner, eller bolagiserade företagsstrukturer, är en angelägenhet för associationsrätten, redovisningsrätten, skatterätten, samt inom arbetsrätten.³¹ Aktiebolagsrätten innehåller en legaldefinition av dels moder- och dotterbolag, dels koncern som bygger på ägande- och maktförhållanden avseende dessa aktiebolag.³²

För det andra; entreprenader, den arbetsorganisation som uppstår när företag samverkar inom ramen för någon form av avtalsrelation, utan att vara koncerner, är som sådan inte föremål för särreglering inom något rättsområde.³³ Själva konceptet entreprenad är brett definierat och kan sägas inbegripa bl.a. alla de situationer där ett företag köper arbetskraft – tjänster – mot faktura.³⁴ Effekten av att ett företag köper tjänster av ett annat kan bli att dessa båda företags anställda kommer att bli verksamma inom en och samma arbetsorganisation, som därmed blir komplex.

³⁰ Jfr t.ex. Svensäter, *Anställning och upphovsrätt*, 1991, s. 25: ”När två personer överenskommer att den ene skall vara anställd av den andre åstadkommer de en omvälvande händelse. Handlingen [...] bildar utgångspunkt för inträdet av en helt ny situation; anställningen. Från rättslig horisont kan konstateras att de båda personerna blir omfattade av ett mycket stort komplex av rättsregler.”

³¹ Bruun m.fl., *Koncernarbetsrätt i Norden*, 1992, Nielsen, *Koncernarbejdsret*, 2006, Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste*, 1992.

³² 1 kap. 11 § aktiebolagslagen (2005:551).

³³ Jfr diskussionen i Herzfeld Olsson & Sjödin, *The Fissured Workplace: Some Responses to Contemporary Challenges in Sweden*, 2015, s. 143-162, Eklund, *Tjänsteentreprenad – ett sätt att organisera arbetet?*, 1986.

³⁴ Jfr Axelsson, *Företag köper tjänster*, 1998, s. 16.

För det tredje; bemanningsanställningen – eller personaluthyrning – är en aspekt av det fragmenterade arbetslivet som i vissa avseenden blivit föremål för explicit särreglering; bemanningskonstruktionens partsställning, t.ex., är legaldefinierad.³⁵

De typiserade modeller för arbetsorganisation som undersöks i avhandlingen har det gemensamt att de representerar en spänning och en form av icke-överensstämmelse mellan den konkreta kontexten för anställningen och arbetsprestationen, och de (arbets-)rättsliga utgångspunkterna och grundantagandena som präglas av föreställningen om anställningen som en okomplicerad tvåpartsrelation. Den faktiska organisation som arbetstagaren verkar inom kan sägas vara antingen större eller mindre än arbetsrättens begrepp för arbetsgivaren; ibland står arbetstagaren i kontakt med endast en delmängd av sin motpart, och i andra fall står arbetstagaren i kontakt med något mer än sin motpart. Vem är ansvarig för att förverkliga skyddet arbetstagarna har rätt till, i den situationen att arbetsorganisationen rent faktiskt inte sammanfaller med arbetsgivaren, motparten i anställningsavtalet?

1.1.4 Avgränsningar

Den viktigaste avgränsningen i avhandlingens analyser avser det materiella innehållet i arbetstagarnas lagstadgade skyddsanspråk. Det ligger i princip utanför undersökningen att utreda de arbetsrättsliga lagreglernas innehåll, dvs. vad som är saklig grund för uppsägning, vad som är diskriminering och vad som är en tillfredsställande arbetsmiljö.³⁶ Fokus ligger istället på placeringen av skyddsansvaret i de komplexa arbetsorganisationerna. Av två skäl uppmärksammar avhandlingen ändå delvis materiella regler. För det första vill avhandlingen visa hur dagens arbetsrättsliga lagstiftning har sina historiska rötter i den bilaterala arbetsorganisationen och hur den kontraktuella förståelsen av skyddsansvar kommit att prägla dessa regler. För det andra kan frågan om placeringen av ansvar inte helt avskiljas från vad detta ansvar går ut på. Vad innebär det att vara den som är ansvarig? Det är i och för sig inte nödvändigt att framställningen är särskilt detaljerad på den här punkten; kunskap om arbetsrättens materiella innehåll kan inhämtas på annat håll.³⁷

Utrymmesskäl motiverar att frågor om ansvaret att se till att arbetstagaren får ekonomisk ersättning – lönen – för det presterade arbetet ligger utanför avgränsningarna för avhandlingens analyser. Ansvaret att betala lön är en utpräglat fordrings-

³⁵ Direktiv 2008/104/EG art. 3, samt 1 och 5 §§ lagen (2012:854) om uthyrning av personal; och 1 § 3 st. lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling.

³⁶ 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd, 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567), 2 kap. 1 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

³⁷ T.ex. Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten*, 2013.

rättslig aspekt av arbetsrätten: i detta perspektiv ska arbetsgivaren uppfattas som penninggäldenär.³⁸ Lön har historiskt i hög utsträckning reglerats med stöd av civilrättens allmänna regler om fordringar.³⁹ På senare tid har vidare presenterats förslag om lagstiftning om s.k. kedjeansvar för lön. Den lagstiftning som faktiskt kommit att utfärdas på det här området har emellertid inte framförallt syftat till att förverkliga arbetsrättens klassiska uppgift om arbetstagarskydd. Istället har inom ramen för EU:s migrationsrätt utfärdats regler om kedjeansvar för personer som lönearbetar i strid med migrationsrättens regler (ofta kallade papperslösa arbetstagare)⁴⁰ och för säsongarbetare.⁴¹ Dessutom har inom ramen för genomförandeåtgärderna avseende utstationering av arbetstagare inom EU utfärdats regler om kedjeansvar för lön.⁴² Vidare har i den svenska byggbranschen arbetsmarknadens parter kommit överens om ett kollektivavtalat sektoriellt system för kedjeansvar för lön.⁴³ Sammanfattningsvis är frågan om ansvaret för lön i komplexa arbetsorganisationer en avancerad problematik i egen rätt som därför förtjänar egna utförliga analyser, som uppmärksammar de fordringsrättsliga aspekterna i ljuset av dagsaktuella förändringar på arbetsmarknaden.

Utanför avhandlingens ramar ligger vidare den statliga sektorn och det s.k. funktionella arbetsgivarbegreppet som gäller där.⁴⁴

Vidare förekommer fler former för verksamhetsutövande – t.ex. affärsformatet franchising – med implikationer för tillämpningen av arbetsrätten och för placeringen av skyddsansvaret, men inte heller de kan av utrymmesskäl utredas i föreliggande avhandling.⁴⁵

Först i avhandlingsarbetets slutskede tog diskussionen om plattformsekonomin fart, och därför kan denna inte beskrivas och analyseras utförligt och systematiskt. Däremot återförs avhandlingens slutsatser om ansvarsplacering och arbetsgivarbe-

³⁸ Så görs t.ex. i SOU 1975:1, s. 330.

³⁹ Sigeman, *Lönefordran*, 1967, Sigeman, *Kvittningslagen*, 1972.

⁴⁰ Se kapitel 1.4.3 med hänvisningar till direktiv 2009/52/EG.

⁴¹ Direktiv 2014/36/EU, art. 17.

⁴² Direktiv 2014/67/EU, art. 12, SOU 2015:38, s. 77-162, Ds 2016:6, s. 47-109.

⁴³ Se hemsidan huvudansvar.byggnads.se [senast besökt 25/11-16], samt Huvudrapport den 14 februari 2014 av programgruppen för ordning och reda i byggbranschen.

⁴⁴ Se om detta begrepp Toijer, Några reflexioner kring det statliga arbetsgivarbegreppet, 2001, s. 367-380. Jfr SOU 2002:32, s. 187f, SOU 1994:141, s. 89ff, prop. 1993/94:65, prop. 1993/94:77, AD 1996 nr 66, AD 1997 nr 69, AD 1999 nr 7, AD 1999 nr 21, AD 1999 nr 103, AD 2003 nr 10, AD 2007 nr 80, AD 2016 nr 76.

⁴⁵ Franchising kan bedrivas inom ramen för olika typer av bolag, och är i sig i stort sett oreglerat i svensk rätt. Dilemmat ur arbetsrättslig synvinkel följer av den starka styrningen som franchisegivaren avtalsvägen tillförsäkrar sig i relation till franchisetagaren, samtidigt som båda parterna i franchiseavtalet samtidigt och på var sitt håll också kan vara parter i anställningsavtal. Se t.ex. diskussionerna i bet. 2003/04:LU7, SOU 1987:17, Sohlberg, *Franchisejuridik*, 2001.

grepp inte endast till de tre komplexa arbetsorganisationerna, utan också i viss utsträckning till principerna bakom plattformsekonomin verksamhetsutövande och arbetspresterande.⁴⁶

Avslutningsvis gäller att avhandlingen av utrymmesskäl inte heller uppmärksammar den kollektiva arbetsrättens arbetsgivarbegrepp. Frågor om arbetstagarorganisationens rätt till information och förhandling, regler om information till och samråd med arbetstagare samt kollektivavtalens verkan i komplexa arbetsorganisationer behandlas sålunda inte.

1.1.5 Den föreliggande undersökningen och forskningsläget

1.1.5.1 Angloamerikansk arbetsrättslig forskning som inspirationskälla

Undersökningen är inspirerad av det intresse som de senaste åren visats frågor om arbetsgivarbegreppet inom anglosaxisk arbetsrättslig forskning.⁴⁷ Alltsedan Deakins viktiga artikel *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*,⁴⁸ 2001, har anglosaxisk arbetsrättsforskning betraktat arbetsgivarbegreppet som en problematik i egen rätt, med viktiga bidrag från bl.a. Earnshaw, Rubery och Cooke i rapporten *Who is the Employer?*, 2002,⁴⁹ Fudge i artikeln *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006,⁵⁰ Davies och Freedland i artikeln *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship In British Law*, 2004,⁵¹ Freedland i boken *The Personal Employment Contract*, 2003⁵² Davies och Freedland i artikeln *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006.⁵³ Dessa forskningsinsatser har inspirerat den föreliggande avhandlingens sätt att begreppsliggöra problematiken kring arbetsgivarbegreppet och ansvarsplaceringen i arbetsrätten. Särskilt undersökningsmodellens grepp att kontrastera faktiska arbetsorganisationer mot de rättsliga utgångspunkterna kring pla-

⁴⁶ Se kapitel 1.2.6, 5.1, 5.4.

⁴⁷ Se numer även de olika Länderberichte i nr 95 av Bulletin of Comparative Labour Relations: Nakakubo & Araki, (red.) *The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace. Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity*, 2017.

⁴⁸ Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84.

⁴⁹ Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, 2002.

⁵⁰ Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315.

⁵¹ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship In British Law*, 2004, s. 129-158.

⁵² Freedland, *The Personal Employment Contract*, 2003, s. 39. Här lanseras t.ex. begreppet "anställande entitet".

⁵³ Davies & Freedland, *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006, s. 273-293.

ceringen av arbetsrättsligt skyddsansvar, och att utgå från förutsättningslösa antaganden om arbetsgivarbegreppet har hämtats från den anglosaxiska forskningen.⁵⁴

1.1.5.2 Föreliggande svensk arbetsrättslig forskning

Avhandlingen länkar in i en rättslig kunskapsmassa som tillkommit under lång tid. Den arbetsrättsliga forskningen i Sverige har i enstaka artiklar och uppsatser kommit in på de frågor som diskuteras i denna avhandling, men någon samlad framställning föreligger inte. Att samla och syntetisera befintliga analyser i doktrinen är därför en aspekt av den föreliggande forskningsuppgiften.

Adlercreutz är tidigast ute med en utvecklad diskussion kring arbetsgivarbegreppet i monografen *Arbetsstagarbegreppet*, 1964.⁵⁵ Den som först redovisar en rättslig analys rubricerad arbetsgivarbegreppet är Flodgren. I en uppsats, *Något om arbetsgivarbegreppet*, från 1982, och ett kapitel i boken *Det lokala facket och medbestämmandet*, från 1985, diskuterar Flodgren frågor som återkommer i föreliggande avhandling. I Glavås doktorsavhandling *Arbetsbrist och kravet på saklig grund* från 1999 diskuterar författaren s.k. arbetsgivarifiering. Arbetsgivarbegreppet på den statliga sektorn av arbetsmarknaden har analyserats av Toijer i artikeln *Några reflexioner kring det statliga arbetsgivarbegreppet* från 2001. Forskning om verksamhetsövergång, av Eklund i dennes avhandling, *Anställningsförhållandet vid företagsövertagelser*, från 1983, uppmärksammar frågor kring arbetsgivarbegreppet.⁵⁶

Några problemställningar spelar en särskilt viktig roll i en undersökning av arbetsgivarbegreppet. Detta gäller bl.a. frågor om entreprenader och näringslivets specialisering ur arbetsrättslig synvinkel som behandlats av Eklund i uppsatserna *Entreprenader – arbetsrättsliga aspekter på en organisationsfråga*, 1989/1990 och skriften *Tjänsteentreprenad – ett sätt att organisera arbetet?*, från 1986. Näringslivets omvandling i termer av s.k. bolagisering eller organiserande av verksamheter i koncerner har arbetsrättsliga implikationer för arbetsgivarbegreppet och har likaledes behandlats av Eklund i fältstudien *Bolagisering – ett mode eller ett måste?* från 1992 och artikeln *Turordning i koncerner – en fråga om begrepps-bildning och avtalsfrihet*, från 1993. En nordisk forskargrupp bestående av Bruun, Gislason, Kemppainen, Nielsen och Töllborg har i boken *Koncernarbetsrätt i Norden* från 1992 presenterat jämförande arbetsrättslig forskning om den nordiska

⁵⁴ Se kapitel 1.1.2 och 1.1.3.

⁵⁵ Adlercreutz ägnar vidare sin installationsföreläsning år 1967 åt arbetsgivaren och arbetsgivarbegreppet. Tankegångarna i föreläsningen betitlad "AG:ns ställning i företaget från rättslig synvinkel" kom sedan att inflyta i läroboken Adlercreutz, *Svensk arbetsrätt*, 1968. Se om detta Adlercreutz, *Minnen från min verksamhet som lärare i civilrätt och handelsrätt*, 2009, s. 59-73.

⁵⁶ Om verksamhetsövergång, se även Næss, *Virksomhetsoverdragelse*, 2013.

arbetsrättens tillämpning i koncerner.⁵⁷ Nielsen har även publicerat en lärobok om koncernarbetsrätt ur EU-rättslig synvinkel; *Koncernarbejdsret*, från 2006. Avseende den del av arbetsmarknaden som är dansmusikernas har Larsson och Svensson presenterat en arbetsrättslig undersökning, *Twilight Time – Studier i svenskt dansmusikliv*, från 1992, som särskilt diskuterar frågor om arbetsgivarbegreppet.

Bemanningsanställningen utgör ett viktigt problemområde att avhandla inom ramen för en undersökning av arbetsgivarbegreppet. Till den arbetsrättsliga kunskapen om detta fenomen på arbetsmarknaden har Fahlbeck, i artikeln *Employment Exchange and Hiring out of Employees in Sweden*, 1995, Bruun i artikeln *Uthyrning av arbetskraft – behövs arbetsrättslig särreglering?*, från 2001 och Eklund, i artiklarna *A Look at Contract Labour in the Nordic Countries*, från 1995/1996, och *Deregulation of Labour Law – the Swedish Case*, från 1998/1999 samt *Temporary Employment Agencies in the Nordic Countries*, från 2002, lämnat viktiga bidrag. Bergs doktorsavhandling *Bemanningsarbete, flexibilitet och lika-behandling* från 2008 handlar om bemanningsanställdas rättsliga ställning.

Ett uttryck för den senaste tidens ökade intresse för frågor om arbetsgivarbegreppet är att det numera förekommer att läroböcker nämner problematiken; t.ex. Källström och Malmberg i deras *Anställningsförhållandet*, 2016, Glavå och Hansson i deras *Arbetsrätt*, 2016, Adlercreutz i sin *Svensk arbetsrätt*, 1968 och framåt. Något äldre framställningar, t.ex. Fahlbecks *Praktisk arbetsrätt*, 1994, Schmidts *Löntagarrätt*, 1959-1997 och *Facklig arbetsrätt*, 1946-1997, behandlar i mindre utsträckning och ej sammanhållet (och inte under rubriken arbetsgivarbegreppet) frågor om arbetsgivarbegreppet. Lagkommentarerna, *Anställningsskydd*, 2016 av Lunning och Toijer och *Medbestämmandelagen*, 1997 av Bergqvist, Lunning och Toijer, och andra t.ex. *Anställningsskyddslagen* av Bylund, Elmér, Viklund och Öhman, 2011 och *Medbestämmandelagen* av Holke och Olauson samt Ömans praxissamling *Anställningsskyddspraxis*, 2012 har rubriker för arbetsgivarbegreppet.

1.1.5.3 Förhållandet till två samtida forskningsinsatser

Föreliggande avhandling går i och med dess undersökningsmodell i dialog med två betydelsefulla samtida forskningsinsatser – utförda av Prassl respektive Jenum Hotvedt – avseende placeringen av skyddsansvar och arbetsgivarbegreppet.

⁵⁷ Projektet innebar även två andra publikationer om angränsande ämnen. Se Töllborg, Medinflytande och ansvarsgenombrott, TtR 1994, s. 723-785, och Nordiska ministerrådet [Schiller m.fl.] *The Future of the Nordic Model of Labour Relations*, 1993.

I sin avhandling, *The Concept of the Employer*, 2015, analyserar Prassl arbetsgivarbegreppet i brittisk arbetsrätt.⁵⁸ Prassl diskuterar emblematiska typfall för att skildra tillkortakommanden i synen på arbetsgivaransvar som endast kontraktuellt och för att föreslå nya principer för arbetsgivarbegreppet. Prassl undersöker vem som utövar arbetsgivarfunktioner, med särskilt fokus på maktutövning i relation till arbetskraften, och relaterar detta till anställningsavtalets partsställning och den nedärvda synen på arbetsgivaren som endast arbetstagarens motpart.⁵⁹ Undersökningen bidrar till debatten om arbetsrättens omfång och har ett normativt syfte att bidra till ett mer funktionellt arbetsgivarbegrepp. Utanför Prassls undersökning ligger de ansvarsordningar som kompletterar arbetsgivaransvaret.

I avhandlingen *Arbeidsgiverbegrepet – En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverforpliktelser*, 2016, har Jenum Hotvedt analyserat arbetsgivarbegreppet i norsk arbetsrätt.⁶⁰ Temat formuleras i termer av en undersökning om vad som utlöser arbetsgivarplikter, snarare än att handla om frågan om vem som är arbetsgivare. Arbetsgivaren antas vara ett mellanbegrepp, och något som inte kan begripliggöras utan avseende på det materiella innehållet i plikterna som är förknippade med arbetsgivarställningen. Med utgångspunkt i vem som bär plikterna som arbetsgivare analyseras sedan arbetsgivarbegreppet; man är arbetsgivare i den utsträckning man bär arbetsgivarförpliktelser, menar Jenum Hotvedt.⁶¹ Analysen tar därför sin utgångspunkt i fördelningen av dessa arbetsgivarplikter. En aspekt av analysen är att arbetsgivarbegreppet inte kan förstås utan avseende på rättsföljden, dvs. den materiella innebörden för ett subjekt av att ”vara” ”arbetsgivare”.⁶²

Upplägget som valts för analyserna i den här avhandlingen är ägnade att synliggöra placeringen av ”arbetsgivares” och andra subjekts ansvar och att förmå skildra såväl styrkor och tillkortakommanden med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet och dess funktionssätt i komplexa arbetsorganisationer, som de ansvarsordningar som skapats för att komplettera ”arbetsgivarens” ansvar. Avhandlingens bidrag till Prassls och Jenum Hotvedts analyser ligger i att undersökningsmodellen inte tar avstamp i vare sig funktioner hos något rättsligt fenomen eller i ambitionen

⁵⁸ Prassl, *The Concept of the Employer*, 2015, se även Prassl, *The notion of the employer*, 2013, s. 380-398, Prassl, *Autonomous Concepts in Labour Law? The Complexities of the Employing Enterprise Revisited*, 2015, s. 151-167.

⁵⁹ Prassl, *The Concept of the Employer*, 2015, Prassl, *The notion of the employer*, 2013, s. 380-398, Prassl, *Autonomous Concepts in Labour Law? The Complexities of the Employing Enterprise Revisited*, 2015, s. 151-167.

⁶⁰ Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2016, se även Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2015, s. 159-192.

⁶¹ Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2016, Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2015, s. 159-192.

⁶² Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2016. Jfr Nyström, *Arbetsgivarbegreppet intressant och aktuellt ämne*, 2016, s. 8: ”Det är för mig oklart vad arbetsgivarplikter är och på vilket sätt dessa definierar arbetsgivarbegreppet.”

att undersöka något rättsligt begrepp, utan istället i genomgången av rättskällorna i sökande efter placeringen av ansvar i komplexa arbetsorganisationer (som dessa stipulerats).⁶³

1.1.6 Den fortsatta framställningens disposition

Efter detta avsnitt, som introducerat avhandlingens syfte, frågeställningar, undersökningsmodell, avgränsningar och forskningsläget, följer en genomgång av den samhälleliga och rättsliga kontexten för forskningsfrågorna, en översikt över de studerade arbetsorganisationerna samt undersökningens överväganden kring metodfrågor.

Undersökningen och genomgången av det rättsliga materialet är sedan indelad i tre kapitel. Kapitelindelningen utgår från arbetstagarnas materiella skyddsanspråk, och indelningen av kapitlen följer sin tur de tre studerade arbetsorganisationerna. Denna disposition möjliggör två ingångar i avhandlingen; texten kan läsas med utgångspunkt tagen i arbetsorganisationerna (t.ex. hur regleras koncerner i arbetsrätten?) eller i den materiella arbetsrätten (t.ex. anställningsskydd).

Kapitel två uppmärksammar de anställdas trygghet i anställningen i komplexa arbetsorganisationer. Frågor om verksamhetsövergång samt arbetstagarbegreppet diskuteras i kapitel två om anställningsskydd. Kapitel tre undersöker rätten till likabehandling och icke-diskriminering i komplexa arbetsorganisationer. Sist i den materiella undersökningen är kapitel fyra som fokuserar arbetsmiljöfrågor i komplexa arbetsorganisationer.

Vart och ett av de tre kapitel som redovisar avhandlingens undersökning inleds med ett översiktligt kontextualiserande avsnitt som går igenom grundläggande materiella aspekter av de respektive rättsområdena, etablerar de historiska utvecklingsprocesser som utgått från den bilaterala arbetsorganisationen och förankrat reglerna i den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet, samt pekar på utvecklingstendenser av relevans för undersökningen. Syftet med detta återkommande inledningsavsnitt är att analysera och framhålla bl.a. de ändamål som ansvarsfördelningen och arbetsgivarbegreppet i de respektive rättsområdena är ägnat att förverkliga. Undersökningens tre kapitel innehåller alla en genomgång av ansvarsfördelningen i bilaterala arbetsorganisationer, och i denna situation är ju den kontraktuella utgångspunkten oproblematiserad – således kan också detta underavsnitt uppfattas som ett bidrag till översikten över reglernas materiella innehåll i dess tillämpning i ett normalfall.

⁶³ Jfr kapitel 1.4.

Avhandlingens avslutande kapitel återför undersökningens olika delar till det inledande kapitlets utgångspunkter och presenterar sammanfattande diskussioner och analyser om ansvarsplacering och arbetsgivarbegrepp för de komplexa arbetsorganisationer som förekommer på dagens arbetsmarknad.

1.2 Det fragmenterade arbetslivet

1.2.1 Samhällsförändringar på arbetsmarknaden

Det flexibla arbetslivet har länge varit ett aktuellt samtalsämne i både samhälls- och rättsvetenskaplig forskning, och också i det politiska samtalet om arbetsmarknaden. Begreppet flexibilitet har använts för att beskriva hur arbetet och arbetslivet har förändrats, och att den typiska arbetaren idag ofta i själva verket är a-typisk, i jämförelse med de utgångspunkter som förelåg vid arbetsrättens konsolidering.⁶⁴ Det som inte längre är, brukar beskrivas som den ”traditionella anställningen”, i termer av

lönearbete i en tillsvidareanställning på heltid hos en arbetsgivare på ett arbetsställe som tillhör denne arbetsgivare och där anställningsvillkoren typiskt sett bestäms kollektivt inom vissa rättsliga ramar.⁶⁵

Inom forskningen har ett flertal olika begreppsbyggnader och analysmodeller använts.⁶⁶ Man har diskuterat gränsdragningar, och om arbetsrätten varit felkalibre-

⁶⁴ Se t.ex. bidragen i Fjaestad & Wolvén, (red.) *Arbetsliv och samhällsförändringar*, 2005, samt i Berglund & Schedin, (red.), *Arbetslivet*, 2009. Se dessutom Allvin m.fl., *Gränslöst arbete*, 2006, Hanson, *Det flexibla arbetets villkor – om självförvaltandets kompetens*, 2004, Furåker, *Flexibilitet på arbetsmarknaden*, 2005, s. 141-154. Förvisso har inte minst feministiska och postkoloniala forskare påpekat att konstruktioner som ”den typiska arbetaren” och de anställningsformer som kopplats till den, liksom de tider och övriga former arbetet utförts under, ofta tagit sin utgångspunkt i privilegierade gruppers situation på arbetsmarknaden. Mulinari & Selberg, ”What a way to make a living!”, 2011, se även Gonäs, *Industriomvandling i välfärdsstaten*, 1991, de los Reyes, *I skärningspunkten mellan genus och etnicitet*, 1998, s. 13-31.

⁶⁵ Numhauser-Henning, *Arbetsflexibilisering*, 1993, s. 255-296, s. 256. Se även Bosch, *Towards a New Standard Employment Relationship in Western Europe*, 2004, s. 617-636 samt Stone, *The Decline in the Standard Employment Contract: A Review of the Evidence*, 2013, s. 366-404.

⁶⁶ Numhauser-Henning, *Arbetsflexibilisering*, 1993, s. 255-296. Fahlbeck, *Flexibilisation of Working Life*, 1998. Grönlund, *Flexibilitetens gränser*, 2004. Julén Votinius, *Föräldrar i arbete*, 2007, s. 396 ff. Som alltid när det handlar om att beskriva och analysera samhället kan man väcka frågan om de förändringar man ser handlar om samhället, eller om det är vårt sätt att förstå det som har förändrats. Jfr om detta sistnämnda Karlsson & Eriksson, *Flexibla arbetsplatser och arbetsvillkor*, 2000.

rad och kanske inte inkluderat alla den borde inkludera.⁶⁷ Dessutom har man undersökt rättsliga strategier för att mota s.k. falskt egenföretagande.⁶⁸

Forskningen och debatten inom rättsvetenskapen har hittills i stor utsträckning kretsat kring omständigheter på arbetstagarsidan och om flexibilitet i anställningen. Aspekter på vad man skulle kunna benämna komplexitet på arbetsgivarsidan i anställningen har däremot inte varit särskilt vanligt förekommande. Den ”fragmentisering”⁶⁹ av arbetslivet som utforskats såväl inom rättsvetenskap som inom bredare samhällsforskning har, kan man hävda, därför inte satt arbetsorganisationen i sin helhet i fokus: Arbetsgivarbegreppet har förblivit outforskat. Begreppet fragmentisering syftar på processer där organisationer och byråkratier nedmonteras och ersätts av lösare former av nätverksorganisationer; en utveckling som sagts vara utmärkande för senkapitalistisk produktion.⁷⁰ Det fragmentiserade arbetslivet är det som anses ha inträtt som en ny fas i den kapitalistiska utvecklingen under de senaste 30 åren. Efter en fas post andra världskriget antas här en ny cykel ha inträtt, baserad på ”våldigt annorlunda ekonomiska, samhälleliga och politiska normer”.⁷¹ Denna fas går under beteckningen post-fordism, och även om begreppet är omdiskuterat fångar debatten kring det in många av de förändringar (i det globala Nord) som forskningen identifierat:

A shift to the new 'information technologies'; more flexible, decentralised forms of labour process and work organisation; decline of the old manufacturing base and the growth of the 'sunrise', computer-based industries; the hiving off or contracting out of functions and services; a greater emphasis on choice and product differentiation; on marketing, packaging and design, on the 'targetting' of consumers by lifestyle, taste and culture rather than by categories of social class; a decline in the proportion of the skilled, male, manual working class, the rise of service and white-collar classes and the 'feminization' of the work force; an economy dominated by multinationals, with their new international division of labour and their greater autonomy from nation state control; and the 'globalisation' of the new financial markets, linked by the communications revolution.⁷²

Den specifika fragmenteringen av arbetsorganisationen inträder när denna organisation förändrar sig på ett sådant sätt att dess omedelbara beroende av andra orga-

⁶⁷ Supiot, *Beyond Employment*, 2001.

⁶⁸ Thörnquist, *False Self-Employment*, 2011, s. 101-129.

⁶⁹ Jfr Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 20ff.

⁷⁰ Grimshaw m.fl., *Introduction: Fragmenting Work Across Organizational Boundaries*, 2005, s. 1-38, se även Jameson, *Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism*, 1991, och Castells, *Informationsåldern*, 1998.

⁷¹ Amin, *Post-Fordism: Models, Fantasies and Phantoms of Transition*, 2000, s. 3.

⁷² Hall, *Brave New World*, 1988, citerad i Amin, *Post-Fordism: Models, Fantasies and Phantoms of Transition*, 2000, s. 1-39, s. 4.

nisationer ökar, i syfte att reducera risker, dra lärdomar, höja förtjänster och sänka kostnader, samtidigt som kvaliteten på produktionen ökar. En effekt av fragmenteringen av arbetsorganisationen är att anställningsrelationerna i ökande utsträckning kommer att präglas av osäkerhet och mångtydigheter. I sin mest utrerade form kommer det att bli oklart vem som är en arbetstagares arbetsgivare.⁷³ Processen kan sammanfattas i några övergripande punkter: företagen fungerar i praktiken genom mindre produktions- och resultatenheter, hela företagsvärlden har omorganiserats från hierarkiska pyramidala ”kolosser” till rörliga nätverksstrukturer med utbytbara och mobila delar, där de strategiska besluten fattas av huvudkontoren samtidigt som ansvar och styrning av produktionens enskilda delar förskjutits nedåt/utåt.⁷⁴

Diskussionen om den fragmenterade arbetsmarknaden tar också avstamp i anställningsavtalet, och i hur detta är intimt förknippat med en viss formering av arbetsorganisationen. Till detta fogar man insikten att även arbetsorganisationen påverkar anställningens innehåll. Idag förekommer nya organisatoriska inramningar för anställningen, t.ex. outsourcing, joint ventures, gemensamma arbetsställen, partnerskap, bemanningsanställning.⁷⁵ Bemanningsanställningen är den tydligast triangulära anställningsrelationen, medan i entreprenadsituationer flera arbetsgivare samarbetar och avtalar med varandra om arbete. När företag prioriterar att köpa tjänster hellre än att anställa talar man om externalisering av arbetet. Tendensen att anställningarna externaliseras, ut ur de traditionella arbetsgivarorganisationerna,⁷⁶ tar avstamp i (fordismens) integrerade produktion och det internaliserade anställningsavtalet.

⁷³ Grimshaw m.fl., *Introduction: Fragmenting Work Across Organizational Boundaries*, 2005, s. 1-38, s. 2 f.

⁷⁴ Andersson, *Globaliseringens politiska ekonomi*, 2001, s. 86 ff.

⁷⁵ Se t.ex. Frade & Darmon, *New Modes of Business Organization and Precarious Employment: Towards the Recommodification of Labour?*, 2005, s. 107-121, Grimshaw, Marchington & Rubery, *The Blurring of Organizational Boundaries and the Fragmentation of Work*, 2006, s. 147-166.

⁷⁶ Grimshaw m.fl., *Introduction: Fragmenting Work Across Organizational Boundaries*, 2005, s. 1-38.

1.2.2 Från den internaliserade anställningen...

Two great innovations lie behind the rise of the modern business enterprise: limited liability and the employment relationship. The first revolutionized company finance, opening up a vast new supply of capital. The second has revolutionized the organization of labour services, providing firms and workers with a very flexible method of coordination and a platform for investing in skills.⁷⁷

Arbetsrätten, och därmed arbetsgivarbegreppet, tillkom i en tid då anställningarna typiskt sett befann sig inom ramen för en sådan fordristiskt integrerad produktion. 1964 beskrevs ”kärnområdet” i arbetstagarbegreppet i termer av ”[e]n varaktig förbindelse kännetecknad av subordination” och den mest karaktäristiska arbetstagsituationen som

fast anställning, karaktäriserad av att [den arbetspresterande] ställer sin arbetskraft till förfogande för honom [sic] efter hand pålagda arbetsuppgifter inom ramen för hans arbetsskyldighet och står under arbetsledning och kontroll vid arbetets utförande.⁷⁸

Ur ekonomisk synvinkel innebär det faktum att arbetsgivaren är huvudmannapart i anställningsavtal att arbetsgivarbegreppet representerar det område inom vilket transaktionskostnaderna gör det mer effektivt att köpa arbete inom ramen för anställning, (dvs. att den arbetspresterande underordnar sig den andres ordergivning och utför uppgifter löpande) än att i ett uppdrags- eller entreprenadavtal specificera exakt vilket arbete eller utfall som efterfrågas.⁷⁹ Poängen med denna beskrivning av arbetsgivaren är att den riktar fokus mot att arbetsgivarens agerande delvis definieras av faktorer som är externa i relation till denna. Valet av rättslig form för företags (firmors) köp av arbete påverkas av ett flertal institutionella faktorer, där arbetsrättens regler är en. Andra viktiga faktorer handlar om t.ex. arbetsmarknadspolitik, utbildningsläget och skatteregler.⁸⁰

Den rättsliga formen för företagande baserat på begränsat tillskott av kapital, aktiebolaget, är för övrigt förknippad med den industriella revolutionens fabrikssy-

⁷⁷ Marsden, *A Theory of Employment Systems*, 1999, s. 3.

⁷⁸ Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 20 f.

⁷⁹ Jfr Rubery, *Institutionalizing the Employment Relationship*, 2010, s. 497-525. Grimshaw m.fl., *Introduction: Fragmenting Work Across Organizational Boundaries*, 2005, s. 1-38, s. 10. Synsättet är präglad av Coase teoribildning. Se t.ex. Coase, *Företaget, marknaden och lagarna*, 2000. Eklund är en svensk rättsvetare som särskilt tagit fasta på detta för att förklara arbetsrätten. Se Eklund, *Entreprenader – arbetsrättsliga aspekter på en organisationsfråga*, 1989-1990, s. 271-285, Eklund, *Deregulation of Labour Law – the Swedish Case*, 1998-1999, s. 531-551, Eklund, *A Look at Contract Labour in the Nordic Countries*, 1995-1996, s. 625-654, Eklund, *Tjänsteentreprenad – ett sätt att organisera arbetet*, 1986.

⁸⁰ Whitley, *The Institutional Construction of Firms*, 2010, s. 453-489.

stem. Arbetskraften kom att samlas i fabriker där de underordnades maskiner och kraftkällor. Produkterna avsattes på vidgade marknader. Centraliseringen ledde till bättre kontroll av leveranstider och lägre varupriser. Detta produktionssätt ställde nya krav på företagsformerna och storskaligheten innebar att mycket kapital krävdes. Aktiebolaget möjliggjorde att flera investerare kunde bidra, samtidigt som dessa var för sig kunde diversifiera sitt ägande och risktagande. Att företaget fick rättspersonlighet innebar att detta, istället för varje enskild delägare, kunde vara part i relation till arbetskraften (anställningsavtalen).⁸¹ Anställningen och aktiebolaget sammanstrålar i arbetsgivarbegreppet. Under långa tider var dessa arbetsgivaraktiebolag som bedrev integrerad produktion.

När arbetsrätten och arbetsgivarbegreppet formerades var omgivningsfaktorerna sådana att en integrerad produktion var den vanligast förekommande och den emblematiske formen för produktion. Denna typ av produktion var anpassad till massproduktion enligt löpandebandprincipen av standardiserade produkter, och bilindustrin brukar fungera som det tydligaste exemplet av integrerad produktion. Ordningen förknippas därför just med termerna 'Fordism', men också med exempelvis en 'Chandlerian business model'. Företagen karaktäriserades av en hög grad av hierarki och kontroll samt en klar och tydlig rollfördelning. Olika avdelningar, t.ex. produktion och utvecklingsarbete, var åtskilda. Tanken var att uppnå stor-driftsfördelar och stabilitet och maximera produktionstakten. En social och teknisk arbetsdelning och rollfördelning institutionaliserades med stöd av arbetsledningsrätten.⁸²

1.2.3 ... till det fragmenterade arbetslivet och externaliseringen av anställningen

Huruvida post-fordismen verkligen representerar en i grunden ny fas i kapitalismen, och hur den i så fall ska tolkas, är omdiskuterat. Amin påpekar att materialistiska teoretiker framförallt ifrågasätter de funktionalistiska, idealistiska och stegberoende förklaringarna till denna historiska process. Mer postmodernt influerade teoretiker tenderar exempelvis att beskriva förändringen som driven av en slags kulturell transformation baserad i nya konsumtionsmönster, snarare än som utslag av spänningar och materiella omvandlingar som i och för sig alltid präglat kapitalismen. Ett exempel på detta skulle kunna vara Castells analys, som hävdar att när samhället och marknaden i olika avseenden förändrades kom den integrerade produktionen att ifrågasättas och utmanas, eftersom den äldre modellen ledde till stel-

⁸¹ Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2007, s. 37 f. Bergström & Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2001, s. 44 ff.

⁸² Herrigel & Zeitlin, *Inter-firm Relations in Global Manufacturing: Disintegrated Production and Its Globalization*, 2010, s. 527-555, s. 531 f. Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 164.

het och rigiditet som blev ett problem på de alltmer flyktiga marknaderna karaktäriserade av en mer oförutsägbar efterfrågan.⁸³ Produkters livscyklar, t.ex., var i den integrerade produktionen mycket långa, och detta passade inte nya konsumtionsmönster. Massproduktionsmönstret blev kostsamt och gammalmodigt. Eftersom utvecklingsarbete skedde helt för sig kom omläggningar av produktionen att bli smärtsamma och tidsödande processer. Den hierarkiska strukturen i verksamheter innebar dessutom att överordnade identifierade problem i produktionen, för att dessa över huvud taget skulle uppmärksammas och åtgärdas.⁸⁴ Castells sammanfattar:

De olika organisatoriska förändringarnas grundläggande mål har varit att bemästra den osäkerhet som skapats av den snabba förändringstakten i företagets ekonomiska, institutionella och tekniska miljö genom ökad flexibilitet i produktion, företagsledning och marknadsföring.⁸⁵

Det segdragna förändringsarbetet i den äldre organisationsmodellen och det faktum att i början av 1980-talet var förändringsarbete ett konstant krav från avsättningsmarknadernas konsumenter gav upphov till bristande överensstämmelse mellan:

the orienting principles of the hierarchical, pillarized, vertically integrated organization and the volatile, unpredictable, and rapidly changing character of the competitive environment.⁸⁶

Med detta kom en process att inledas som ledde till en vertikalt desintegrerad produktion. Den nya marknadskontexten kom att belöna mindre och mer specialiserade verksamheter, som pga. att de var mindre byråkratiskt organiserade kunde ha en större beredskap för ett mer flexibelt och innovativt agerande. De integrerade verksamheternas strikta funktionsuppdelning och hierarkier kom att ifrågasättas, särskilt ifråga om uppdelningen mellan produktionen och utvecklingsarbetet. Att lägga om produktionen och att identifiera problem i den blev enklare och smidigare, och produkterna förnyades oftare. Att arbetskraften delvis involverades djupare i verksamheten kunde leda till känslor av samhörighet med bolaget och ett ökat engagemang i detta. Firmorna började sedan specialisera sig och koncentrera sig på att arbeta med en viss särskild aspekt av produktionen eller utvecklingsarbetet. Firmorna förlitade sig i sin tur på andra specialister för att skapa den tjänst

⁸³ Grönlund, *Flexibilitetens gränser*, 2004, s. 20 f. Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 162 ff.

⁸⁴ Herrigel & Zeitlin, *Inter-firm Relations in Global Manufacturing: Disintegrated Production and Its Globalization*, 2010, s. 527-555, s. 531 f. Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 162 ff.

⁸⁵ Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 163.

⁸⁶ Herrigel & Zeitlin, *Inter-firm Relations in Global Manufacturing: Disintegrated Production and Its Globalization*, 2010, s. 527-555, s. 532.

eller produkt man slutligen ville sätta på marknaden. Detta samarbete över firma-gränserna ledde till konkurrensfördelar. Eftersom specialisterna upprepade sina tjänster för olika företag på den aktuella marknaden kom dessa företag i praktiken komma att dela på kostnaderna för utbildning av specialisterna.⁸⁷

Trots den levande debatten om hur denna historiska förändring ska förstås, inklusive kritiken mot idén om absoluta vändpunkter i den kapitalistiska utvecklingen och diskussionen mellan materialistiska och mer kulturdrivna analyser av såväl kontinuitet som förändring inom det kapitalistiska produktionssättet,⁸⁸ är de flesta forskare eniga om att den desintegrerade produktionen är en förutsättning för dagens marknad.⁸⁹

Den vertikalt desintegrerade företagsstrukturens leverantörsnät liknar för all del en företagsstruktur med divisioner och avdelningar inom ramen för ett enda företag, men är principiellt annorlunda än den äldre strukturen eftersom det handlar om samarbete mellan ett nät av olika företag. Maktrelationerna i strukturen kan däremot kvarstå orubbade och det centrala företaget kan styra nog så hårt. Därför gäller enligt Castells att

Nätverket möjliggör en större differentiering av produktionsenhetens arbetskrafts- och kapitalkomponenter, och skapar förmodligen bättre incitament och ökat ansvar, utan att nödvändigtvis förändra koncentrationen av industriell makt och teknologisk förnyelse.⁹⁰

Trenden mot externalisering av produktion och/eller anställning är global.⁹¹ Vertikal desintegration av produktionen handlar inte om att stora och mäktiga bolag skulle försvinna från arenan, utan endast om en förändring av organisationsmodell, företagsledning och arbetsdelning.⁹²

⁸⁷ Herrigel & Zeitlin, *Inter-firm Relations in Global Manufacturing: Disintegrated Production and Its Globalization*, 2010, s. 527-555, s. 532. Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 166.

⁸⁸ Amin, *Post-Fordism: Models, Fantasies and Phantoms of Transition*, 2000, s. 4 f.

⁸⁹ Herrigel & Zeitlin, *Inter-firm Relations in Global Manufacturing: Disintegrated Production and Its Globalization*, 2010, s. 527-555, s. 533. "There is widespread agreement in the literature that current conditions are more congenial to the alternative vertically disintegrated, flexible, and networked forms of organization than to old-style hierarchical Fordist/Chandlerian forms."

⁹⁰ Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 167f.

⁹¹ Teklé, *Labour law and worker protection in the South. An evolving tension between models and reality*, 2010, s. 3-47, s. 20-24.

⁹² Castells, *Informationsåldern*, 1998, s. 166.

1.2.4 Anställningen i desintegrerad produktion och då företag samverkar

En empirisk undersökning av svenskt arbetsliv visar att under 1900-talets sista år anlidade mer än 60 % av tillfrågade arbetsställen andra företag för att bedriva sin huvudsakliga verksamhet.⁹³ Trots att arbetsrätten fortfarande bygger uteslutande på en kontraktuell föreställningsvärld så arbetar många arbetstagare i praktiken i kontexter där de står i samband med och under inflytande från flera huvudmän, och ofta ska en och samma arbetsinsats tillfredsställa två eller flera sådana här huvudmän.⁹⁴

När arbetsgivaren samarbetar med andra arbetsgivare inom ramen för olika projekt kommer anställningen i praktiken att få delar av sitt innehåll, inte endast från avtalet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, utan även från den avtalade relationen mellan de olika huvudmännen. Det betyder att den relativa styrkan i förhandlingsläge mellan de olika företagen indirekt påverkar anställningen. Underentreprenören i egenskap av arbetsgivare till sina anställda måste respektera kundens önskemål vad gäller t.ex. kvalitet, kvantitet, tidsperspektiv och utformning av arbetsprocessen. Beställaren kan dessutom komma att vilja direkt ingripa i relationen mellan entreprenören och dennes anställda i termer av arbetsledning och specifikation av det beställda arbetet. Detta är implikationer för anställningen av s.k. interorganizational contracting och ”deverticalization” av organisationer.⁹⁵

Forskningen identifierar hur samarbeten mellan olika arbetsgivare påverkar anställningsrelationen. Flera effekter kan studeras empiriskt. När det i praktiken förekommer flera subjekt som arbetstagarens motpart uppstår en splittring ifråga om de normer som gäller för beteende i anställningen. Arbetsgivarens kund, men inte arbetsgivaren, kanske vill bestraffa arbetstagaren för något visst agerande. Rent allmänt uppstår för de anställda en osäkerhet om vilken som är den rätta ”källan” för definierandet av vad som gäller för uppträdande etc. i anställningen.⁹⁶

⁹³ Wikman, *Internationalisering, flexibilitet och förändrade företagsformer*, 2001, s. 28. Jfr hur en empirisk undersökning av svenskt arbetsliv visar att under 1900-talets sista år hade cirka var femte arbetsplats extern arbetskraft på plats. Se Karlsson & Eriksson, *Flexibla arbetsplatser och arbetsvillkor*, 2000, s. 48.

⁹⁴ Rubery, m.fl., *Blurring the Boundaries to the Employment Relationship: From Single to Multi-Employer Relationships*, 2005, s. 63-87, s. 73, s. 78.

⁹⁵ Grimshaw, Marchington & Rubery, *The Blurring of Organizational Boundaries and the Fragmentation of Work*, 2006, s. 147-166, s. 148, Rubery, *Institutionalizing the Employment Relationship*, 2010, s. 497-525, s. 520.

⁹⁶ Grimshaw, Marchington & Rubery, *The Blurring of Organizational Boundaries and the Fragmentation of Work*, 2006, s. 147-166, s. 155.

En grupp anställda kan inom ramen för en verksamhetsövergång⁹⁷, eventuellt i samband med entreprenad⁹⁸, och personalinhyrning⁹⁹, komma att byta arbetsgivare och inte längre ha samma motpart som de andra arbetstagarna på arbetsplatsen. Forskningen ser här hur de anställda upplever att fler verksamhetsövergångar kan komma att följa, och att deras anställningar rättsligen ska förflyttas längre och längre bort från verksamheten. Dessutom oroas de anställda som får ny arbetsgivare på detta sätt av att deras arbetsskyldighet ska komma att avgöras i relation till den nya arbetsgivaren och att deras arbetsskyldighet ska expandera till att avse andra platser.¹⁰⁰

Eftersom tendensen till vertikal desintegration till sin kärna handlar om en omläggning från köp av arbete inom ramen för anställningsavtal till uppdragsavtal kan även arbetstagarbegreppet komma att utmanas.¹⁰¹

Från en allmänt arbetsrättslig synvinkel utgör externalisering av anställningen ett sätt att skifta risker och ansvar som är förknippade med anställningen från den ursprungliga arbetsgivaren till en tredje part. Mot bakgrund av detta föreligger ett behov av att diskutera frågor kring i vilken utsträckning 'anställnings-relaterade' anspråk överhuvudtaget kan låta sig begreppsliggöras som något mer än kontraktuella, samt om i vilken utsträckning det är lämpligt att som arbetsgivare uppfatta något annat och större än det enskilda företags juridiska person. Teklé framhåller, ur arbetsrättslig synvinkel, att

Productive decentralization defies the validity of the assumption that employment-related relationships are necessarily bilateral. Externalized arrangements challenge the appropriateness of the identification of the employer with an enterprise conceived of as an economic and social organization under a single economic management.¹⁰²

⁹⁷ Direktiv 2001/23/EG, 6 b § lagen (1982:81) om anställningsskydd.

⁹⁸ Jfr AD 2014 nr 1, AD 2014 nr 14, AD 2014 nr 28, AD 2014 nr 69, C-13/95.

⁹⁹ Jfr AD 2008 nr 51, C-458/05.

¹⁰⁰ Grimshaw, Marchington & Rubery, *The Blurring of Organizational Boundaries and the Fragmentation of Work*, 2006, s. 147-166, s. 153 f.

¹⁰¹ Collins, *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, 1990, s. 353-380.

¹⁰² Teklé, *Labour law and worker protection in the South. An evolving tension between models and reality*, 2010, s. 3-47, s. 20.

1.2.5 Bemanningsanställningen: från kriminalisering till flexicurity

Framväxten av bemanningsanställningen är en betydelsefull aspekt av de arbetsmarknadsförändringar som har bäring på arbetsgivarbegreppet. Det är just placeringen av, och prissättningen på, arbetsgivaransvaret som är i fokus för branschens utveckling. Vad är det värt att köpa arbete inom ramen för anställning, utan att för den skull bli arbetsgivare?¹⁰³ Bemanningsarbete är idag en etablerad aspekt av den svenska arbetsmarknaden. Sträckan som branschen förflyttat sig är ovanligt lång. Under nästan hela 1900-talet var personaluthyrning föremål för kriminalisering, medan branschen idag utgör en framburen del av arbetsmarknaden.¹⁰⁴ På EU-nivå har bemanningsanställningen på allvar varit på agendan sedan grönboken om arbetsrättens utveckling 2006, och idag är den fastslagna policyn att bemanningsanställningen bidrar ”till att skapa arbetstillfällen och till deltagande och integration på arbetsmarknaden”.¹⁰⁵

2012 arbetade i Sverige 1,3 % av de sysselsatta på arbetsmarknaden i bemanningsföretag, och samma år beräknades antalet årsanställda till strax över 61 000 personer. Antalet personer som någon gång under året varit anställda av ett bemanningsföretag var däremot avsevärt högre; strax över 135 000 personer. Bemanningsbranschen domineras av de 35 största företagen, som omfattar mer än 49 000 årsanställda, och av de 1,3 % av arbetskraften som är anställd i bemanning arbetar 1,1 % i dessa 35 företag.¹⁰⁶ Det beräknas att bemanningsbranschens genomslag på global nivå är ca 1 % av arbetskraften, och i genomsnitt ca 1,6 % i Europa. 2011 beräknades mer än 12 miljoner helårsarbetstillfällen globalt sett vara bemanningsanställningar. För svensk räkning beräknades endast 4 % av uthyrningstillfällena vara kortare än en månad.¹⁰⁷

Mer än var hundra anställd i Sverige och globalt befinner sig idag i en treparts-konstellation, i vilken förekommer en uthyrande arbetsgivare och en arbetsgivares kund, inhyraren, förutom den som presterar arbetet; arbetstagaren. För dessa arbetande människor är problem förknippade med arbetsgivarbegreppet en vardaglig realitet. Även om bemanning idag är en rätt utbredd företeelse är den inte oomstridd. Kontroversen handlar i stor utsträckning om problem förknippade med arbetsgivarbegreppet.

¹⁰³ Jfr Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*, 2008, s. 33.

¹⁰⁴ Bemanningsbranschens historia redovisas i Bemanningsföretagens egen bok; Johnson, *Hyrt går hem*, 2010. Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*, 2008, SOU 2011:5. Se SFS 1935:113, SFS 1991:746, SFS 1993:440.

¹⁰⁵ COM(2006) 708, och direktiv 2008/104/EG, preambel nr 11.

¹⁰⁶ Siffrorna är branschens egna. Bemanningsföretagen/Almega, *Antal anställda och penetrationsgrad i bemanningsbranschen 2012 – bemanningsföretagens utveckling*, 2012.

¹⁰⁷ CIETT, *The Agency Work Industry around the World. Economic Report*, 2013, s. 25, s. 29 f, s. 44 (International Confederation of Private Employment Agencies).

När Bemanningsarbetsgivarna argumenterar för bemanningsanställningen framhåller de att globaliseringen kräver att företagen ska kunna anpassa verksamheten efter konjunkturerna, och av det skälet behövs bemanningsföretag. Dessutom, anför man är rekryteringsfunktionen central. Företagen, menar bemanningsarbetsgivarna, blir i och med bemanningsanställning ”mer effektiva, mer livsdugliga och bättre rustade att försvara sina marknadsandelar”.¹⁰⁸ När fackföreningarna accepterade bemanningsbranschens inviter i slutet av 1900-talet att teckna kollektivavtal avseende bemanningsarbete inträdde en legitimerande effekt för den då nya branschen, samtidigt som bemanningsarbetet (och förhandlingsväsendet kring detta) kom att inlemmas i den svenska arbetsmarknadsmodellen.¹⁰⁹

Den svenska fackföreningsrörelsen har idag accepterat bemanningsföretagen, och uppfattar dem som en del av den svenska arbetsmarknaden, låt vara en sämre del av denna marknad. Ambivalensen i den fackliga hållningen illustreras väl av ett replikskifte på LO-kongressen 2012 där några motionärer kritiserade bemanningsanställningen: ”När du befinner dig på arbetsplatsen som inhyrd, är du inget annat än en turist på väg mot ett resmål du absolut inte har köpt biljett till. Det är det billigaste lågprisflyg med den absolut sämsta komfort, du kan tänka dig.” Men kongressen kom att följa styrelsens förslag och svarade motionärerna: ”LO kräver schysta villkor för alla på alla arbetsplatser. Inhyrdas villkor regleras i bemanningsavtalet och i lagstiftningen. Skyddsombuden och andra fackliga representanter vakar över att arbetsgivaren uppfyller lag och avtal. Den fackliga organisationsgraden i bemanningsföretagen är dock låg och det finns mycket få skyddsombud.”¹¹⁰ Således; bemanningsföretagen är här för att stanna, och de brister som kan identifieras ur ett fackligt perspektiv ska mötas med den sedvanliga fackliga vapenarsenalen. LO förefaller anse att bemanningsföretag är som vilka arbetsgivare som helst, nästan.

Forskningen om bemanningsanställdas villkor får sägas teckna en mörk bild av arbetsvillkoren dessa anställda möter, medan branschföreträdarnas skildringar är ljusare.¹¹¹ Enligt Olofsdotter efterlyser bemanningsanställda trygghet och stabilitet i anställningen, men upplever istället osäkerhet och otrygghet. Denna grupp arbetstagare känner maktlöshet och agerar baserat på en oro att ”äventyra sin uthyrningsbarhet och i förlängningen sin anställning”.¹¹² Trepartsrelationen syns tydligt i det faktum att den uthyrdes oro för att förlora anställningen inte fokuserar arbets-

¹⁰⁸ Bemanningsföretagen, *Tio myter och elva sanningar om bemanning*, utan årtal, s. 11.

¹⁰⁹ Bergström m.fl., *Den nya arbetsmarknaden*, 2007, s. 55-83.

¹¹⁰ LO, LOs 27e ordinarie kongress 2012, Kongressprotokoll del 2, s. 491, om motion 17.43.

¹¹¹ Se t.ex. Silva & Hylander, *Bemanningsanställda på svensk arbetsmarknad*, 2012, s. 3, som säger sig ha funnit ”betydande stöd för att förekomsten av en bemanningsbransch bidrar till en bättre fungerande arbetsmarknad för såväl de anställda som arbetsgivarna”. Jfr den mer kritiska fackliga rapporten Unionen, *Bemanningsbranschen – personal som handelsvara*, 2008.

¹¹² Olofsdotter, *Flexibilitetens främlingar. Om anställda i bemanningsföretag*, 2008, s. 54.

givaren, utan arbetsgivarens kund. Den anställde uppfattar i praktiken att arbetsgivarens kund är att jämställa med arbetsgivaren, fast utanför det skydd som de arbetsrättsliga reglerna ger. Trepartsrelationen är den aspekt som leder till den ambivalens som präglar bemanningsanställdas tillvaro. Olofsdotter beskriver hur bemanningsanställningen innebär ”att arbeta i en interorganisatorisk kontext där ansvarsområden och sociala relationer överskrider organisatoriska gränser” och hur detta ”innebär utmaningar och möjligheter, men också osäkerhet, motstridiga krav och ambivalens”.¹¹³ Bemanningsanställningen förutsätter en hög grad av flexibilitet hos den anställde som måste kunna växla mellan ”närhet och avstånd i en rumslig dimension”, men också mellan ”likgiltighet och engagemang i sociala relationer”.¹¹⁴ Bemanningsföretagets chefer upplever en frustration över att sakna insyn i och möjligheter att påverka uppdragen, och beskriver hur de ”genom en flexibel prioritering mellan krav från bemanningsföretag, kundföretag och enskilda konsulter [ska] sträva efter att tillgodose bemanningsföretagets krav på lönsamhet, kundföretagets behov av anpassningsbar arbetskraft och konsulternas behov av gemenskap och tillhörighet”.¹¹⁵ Även bemanningsbranschen förefaller medveten om de mångtydigheter som uppstår i och med trepartsrelationen mellan anställd och bemanningsarbetsgivare och dennes kund, eftersom man, när man förklarar sin verksamhetsidé explicit skriver:

Att gå över från en anställning i ett annat företag till en bemanningsanställning innebär inga försämrade arbetsrättsliga villkor. De som arbetar på ett bemanningsföretag har ju det företaget som arbetsgivare och har samma rättigheter och förmåner som andra anställda på arbetsmarknaden.¹¹⁶

Sammanfattningsvis kan sägas att bemanningsbranschen är en relativt sett liten, men numera väletablerad, del av svensk arbetsmarknad. Arbets- och anställningsvillkoren i branschen är fortfarande omstridda och det står klart att trepartsrelationen som omgärdar arbetet leder till en särpräglad situation för de anställda. Frågor om ansvarsfördelning mellan de båda huvudmännen på arbetsgiversidan, med andra ord; frågor om arbetsgivarbegreppet, är de som ytterst skapar ambivalensen hos bemanningsanställningen. Konstruktionen personaluthyrning utgör den arbetsrättsligt sett mest utvecklade formen av företagets fragmentisering och anställningens desintegration från ’arbetsgivaren’, i detta begrepps traditionella bemärkelse.

Bemanningsanställning förutsätter en särskild förståelse av konceptet anställning, nämligen att anställningsförhållandet definieras ytterst av ersättningen för det ut-

¹¹³ Olofsdotter, *Flexibilitetens främlingar. Om anställda i bemanningsföretag*, 2008, 53.

¹¹⁴ Olofsdotter, *Flexibilitetens främlingar. Om anställda i bemanningsföretag*, 2008, s. 55 f.

¹¹⁵ Olofsdotter, *Flexibilitetens främlingar. Om anställda i bemanningsföretag*, 2008, s. 58.

¹¹⁶ Bemanningsföretagen, *Tio myter och elva sanningar om bemanning*, utan årtal, s. 6.

förda arbetet; den som står för denna ersättning är det relevanta ansvarssubjektet i relation till arbetstagaren. Frågor om var arbetet ägde rum, hur lång tid det tog och under vems ledning det tog blir irrelevanta.¹¹⁷

Bemanning i bemärkelsen att arbetet i en verksamhet utförs av andra än personer med anställningsavtal med den denna verksamhet förekommer också i en variant utanför det arbetsrättsliga systemet; förmedling av uppdragstagare, eller *self-employed*. Denna konstruktion är vanligt förekommande i t.ex. Storbritannien. Den triangulära grundkonstruktionen av det rättsliga upplägget är gemensamt mellan förmedling av anställda och förmedling av uppdragstagare.¹¹⁸ I svensk kontext avgör det tvingande arbetstagarbegreppet vilka rättsregler som är tillämpliga på ett visst upplägg av arbetsrelationen.¹¹⁹

1.2.6 Gig-ekonomin som en ny fas av post-fordistisk tjänsteproduktion

Kärnan i den fordistiska ekonomin utgjordes av massproduktionens fasta arbetsprocesser för varor längs löpande band¹²⁰, och byggde på och återskapade stabila kategorier och relationer av och mellan anställda och arbetsgivare. Det som nu kallas ”den nya ekonomin” präglas snarare av tjänsteproduktion i flexibla, ”öppna” produktionsprocesser som omformulerar sådana kategoriseringar och relationer.¹²¹ Adkins hävdar i en sammanfattning av centrala teman i samhällsvetenskapliga analyser av ”den nya ekonomin” att medan fordismens sociostrukturella ramverk utgjordes av yrkestillhörighet, anställning och därtill länkad organisering, så innebär post-fordismen att människor socialiseras in i nya ekonomiska praktiker i vilka relationer förflyktigas och omförhandlas.¹²² En aspekt av detta är en ökande betydelse av mellanhänder, liksom en minskad betydelse av det som tidigare utgjorde paradigmatiske ramverk för ekonomiska utbyten – exempelvis kontrakt. Istället betonas skapandet av lösare nätverk, en grundläggande förändring av arbetsmarknadens kategorier och relationer. Den framväxande så kallade ”gig-ekonomin” kan ses som en följd av den typ av ekonomiska nätverkspraktiker som Adkins beskriver att samhällsforskningen förutspått. Tjänster som Uber i USA, Hungrig.se i Sverige och Deliveroo i Storbritannien bygger på digitala plattformar som kopplar samman arbetstagare med uppdrag. Den brittiska tidningen *The Guardian* har visat hur företagen bakom de digitala plattformarna aktivt arbetar för att skapa nya begrepp för att beskriva arbetsprocesserna i den här typen av tjänsteproduktion. Bu-

¹¹⁷ Hatton, *The Temp Economy*, 2011, s. 118 f.

¹¹⁸ Freedland & Kountouris, *The legal Construction of Personal Work Relations*, 2011, *passim*.

¹¹⁹ AD 2006 nr 24.

¹²⁰ Jessop, *Fordism and Post-Fordism: a critical reformulation*, 1992, s. 43-65.

¹²¹ Adkins, *The New Economy, Property and Personhood*, 2005, s. 111-130.

¹²² Adkins, *The New Economy, Property and Personhood*, 2005, s. 111-130, s. 113.

den som jobbar för Deliveroo ska använda en stämpelklocka, men de stämplar inte in – de ”loggar” in. Inte heller har de uniform eller arbetskläder, de har ett ”kit” eller en ”utrustning”. De är inte anställda utan ”onboarded” och de är inte arbetare, kollegor eller medarbetare – de är ”individuella leverantörer”.¹²³

Gig-ekonomin definieras som två typer av tjänsteproduktion: ”crowdwork” och arbete som är ”on-demand via appar”.¹²⁴ ”Crowdwork” kan exemplifieras av den svenska tjänsten Tiptapp.se, som erbjuder kunder upphämtning av sopor. En kund publicerar en bild på det som ska slängas, och ett förslag på ersättning för hämtning och hantering. Sedan väljer kunden en ”hämtare” och betalar via appen. ”Hämtaren” plockar upp soporna – ”i de flesta fall” utan att ens träffa kunden – och ser till att de levereras till soptippen. ”On-demand via app” kan illustreras av tjänsten Hungrig.se, som levererar hämtmat från restauranger. Det är svårt att uppskatta hur många som arbetar på det här viset, men uppgifter gör gällande att 15 procenten av arbetskraften i USA är involverad i gig-ekonomin, och att den är en växande del av den svenska tjänstesektorn.¹²⁵ Enligt DeStefano utmanar gig-ekonomins arbetspraktiker företagandets gränser och normer:

... they facilitate a further reshaping of ”market” and ”hierarchy” patterns in addition to the already known ”fissured workplace” and ”hierharchical outsourcing” discourses. In fact, both crowdwork and work on demand via apps allow for a far-reaching ”personal outsourcing” of activities to individuals rather than to ”complex businesses”. This [...] grants even more leverage to standardising terms and conditions of contracting out and assigning work whilst keeping a considerable control of business processes and outputs. In fact, in the ”gig-economy” technologies provide access to an extremely scalable workforce. This in turn grants a level of flexibility unheard in the past for the businesses involved. Workers are provided ”just-in-time” and compensated on a ”pay-as-you-go” basis; in practice they are only paid during the moments they actually work for a client.¹²⁶

DeStefano konstaterar att för företagen på dagens marknad saknar dessa praktiker för arbetskraftsallokering motsvarighet – men på arbetsmarknaden är de inte nya. I själva verket vore det rimligt att jämföra med daglönande (arbete som utfördes av så kallade ”löshjoner”, ”inhysesshjon”), en praktik som i Sverige försvann i och med arbetsmarknadens inbäddning i sociala skyddsnät under 1900-talets början¹²⁷,

¹²³ The Guardian, *The Guardian View on Corporate-Speak: Offboarding the Jargon*. Editorial, [osignerad] 6 april 2017.

¹²⁴ De Stefano, *The Rise of the “just-in-time workforce”: On-demand Work, Crowdwork and Labour Protection in the “gig-economy”*, 2016.

¹²⁵ Felländer, Ingram & Teigland, *The Sharing Economy: Embracing Change with Caution*, 2015.

¹²⁶ De Stefano, *The Rise of the “just-in-time workforce”: On-demand Work, Crowdwork and Labour Protection in the “gig-economy”*, 2016, s. 6. Referenser uteslagna här.

¹²⁷ T.ex. Sundbärg, *Tankar i utvandringsfrågan*, 1913, s. 45ff som redogör för de statistiska uppgifterna bakom Emigrationsutredningen 1097-1913 och Schmidt, *Arbete och arbetarklass*, 1936.

men som kvarstår i länder i den globala kapitalismens periferi.¹²⁸ I USA finns också mycket riktigt daglönecentraler kopplade till hemsidor som HireADayLaborer.org, dit kunder kan vända sig för att anställa migrantarbetare för avgränsade insatser inom framförallt bygg-, trädgårds- och hushållstjänster. 83 procent av daglönarna är helt ekonomiskt beroende av dessa uppdrag.¹²⁹

1.3 Arbetsgivarbegreppets rättsliga kontext: materiella skyddsregler

1.3.1 Arbetsgivarbegreppets funktion och den materiella arbetsrätten

Arbetsgivarbegreppet bör analyseras mot bakgrund av de utmärkande egenskaperna och funktionerna hos anställningsförhållandet och arbetsrätten. Anställningen är den rättsliga uttrycksformen för utbytet av arbete mot ekonomisk ersättning under så ojämlika förhållanden, att lagstiftaren slagit fast att det är rättvist och rimligt att den underlägsna parten omfattas av skyddsregler.¹³⁰ Eftersom kärnan i arbetsrätten är att reglera och balansera ojämlikhet, blir i allmänna termer arbetsgivaren ytterst att uppfatta som en beteckning på en maktposition i anställningen.¹³¹ Analysen av arbetsgivarbegreppet framhåller som startpunkt den som utövar makt i relation till arbetstagaren. Medan de arbetsrättsliga reglernas bakomliggande motiv och värderingar kan vara både omdiskuterade och omstridda,¹³² råder det stor enighet om att arbetsrätten syftar till att ingripa i relationerna mellan två parter som byter prestationer med varandra. Arbetsrättens faktiska verkan – oavsett hur reglerna i övrigt förklaras eller motiveras – är att stärka en av parterna i relation till den andra (oftast förklaras detta av att parterna är samhälleligt ojämlika i olika avseenden). Ur den ena partens synvinkel innebär arbetsrättens regler ett anspråk på att omfattas av skyddsregler, och ur den andra partens synvinkel innebär reglerna ett åliggande

¹²⁸ Mosoetsa, Stillerman & Tilly, *Precarious Labour, South and North: An Introduction*, 2016, s. 5-19 med vidare referenser.

¹²⁹ Valenzuela, m.fl., *On the Corner. Day Labor in the United States*, 2006, s. 9.

¹³⁰ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158; denna förståelse av arbetsrätten är inspirerad av Kahn-Freund.

¹³¹ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158.

¹³² Jfr t.ex. bidragen i Davidov & Langille (red.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, 2006, Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, 2011.

att stå för detta skydd.¹³³ För att kunna åberopa arbetsrättens regler krävs att den som presterar arbetet omfattas av arbetstagarbegreppet, som på detta sätt blir ett tröskelbegrepp till dessa regler.¹³⁴ På detta sätt avgörs vilken person som har rätt att vara med i den grupp som skyddas. Arbetsrättens grundläggande tema är att påverka det fördelningsmässiga utfallet av förhandlingarna mellan anställningsavtalets parter, att skydda arbetskraften, att omfördela ansvaret för de sociala kostnader som är förknippade med arbetet. Dessa sätt att förstå arbetsrättens syfte och funktion har det gemensamt att de förutsätter två parter (i vars mellanhavanden reglerna sedan ingriper). Det materiella innehållet i skyddet är en kontingent faktor, medan arbetstagarbegreppet och begreppet för den som vid äventyr av sanktion måste följa reglerna är essentiella faktorer för arbetsrätten. Samtidigt står det klart att frågan om skyddets materiella räckvidd (vad det omfattar) är nära besläktat med frågor om mot vem skyddet gäller. Detta sistnämnda är dessutom i sig endast ett annat sätt att fråga om vem som kan åberopa skyddet i en viss situation. Sålunda står arbetsgivarbegreppet, låt vara tillsammans med arbetstagarbegreppet, i centrum för det arbetsrättsliga regelverket. Arbetsrätten måste innehålla ett begrepp för den som är bärare av skyldigheten att respektera reglerna, eller med andra ord att bära plikten att skydda arbetstagarna; detta begrepps funktion är att vara adressaten för de materiella reglerna. I denna mening är arbetsgivarbegreppet relationellt; det saknar mening om det inte relateras till dels en motpart, dels ett materiellt regelverk.¹³⁵

Deakin har föreslagit en funktionell approach till arbetsgivarbegreppet som bygger på tre kriterier. Dessa kriterier för att identifiera arbetsgivaren kan användas i olika situationer och ska tillämpas på de olika subjekt som figurerar på arbetsgivarsidan, framförallt den kontraktuella motparten och det subjekt som tillgodogör sig arbetet.¹³⁶

- a. Koordinering. Med stöd av detta kriterium kopplas arbetsgivaransvar till utövandet av makt i anställningsförhållandet. Den som utövar arbetsgivarrens maktbefogenheter blir bärare av arbetsgivaransvaret. Med maktutövande avses utövande av byråkratisk makt i den institutionella ekonomiska teorins mening (dvs., med Coase, inte sådan resursallokering som blir ut-

¹³³ Jfr rent allmänt t.ex. Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1913-1914, s. 16-59, Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1916-1917, s. 710-770.

¹³⁴ Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 23, Westregård, *The Notion of 'employee' in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?*, 2016, s. 185-206 med hänvisningar.

¹³⁵ Jenum Hotvedt, *Arbetsgiverbegrepet*, 2016.

¹³⁶ Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84. De tre kriterierna för arbetsgivaransvar får uppfattas som *de lege sententia*.

fallet av en marknad, utanför organisationen/firman). Alltså; resursallokering på byråkratisk grund, leder till arbetsgivaransvar (för firman).

- b. Risk. Detta kriterium kompletterar koordineringskriteriet. Här handlar det om att ta fasta på att företaget är en mekanism för att fördela och absorbera ekonomiska och sociala risker. Anställningen är en trade-off mellan ekonomiskt beroende och socialt skydd. Den traditionella ordningen innebär att koordinering och risk var samlade på samma ställe, men så är inte längre fallet (jfr t.ex. bemanningsanställningen). Lagstiftaren kan ingripa och fördela risker och koordinering.
- c. Skälig jämlikhet. Med stöd av detta kriterium blir arbetsgivaren att jämställa med den plats på vilken det är rimligt att föra fram krav om likabehandling ifråga om de som arbetar där. Det faktum att de anställda arbetar på samma ställe är argumentet för att det är skäligt att behandla dem lika.¹³⁷

Deakins intervention om arbetsgivarbegreppet förankrar detta i en föreställning om vad arbetsrätten syftar till och om vad dess funktioner är och bör vara. Det kontraktuella läget utgör här endast utgångspunkten och aldrig slutpunkten för analysen. Arbetsgivaransvar uppfattas som en rättsföljd och de tre kriterierna är att uppfatta som en uppsättning rekvisit. Davidov menar istället att när det förekommer flera subjekt på arbetsgivarsidan handlar det om att identifiera den relation mellan arbetande och huvudman som i störst utsträckning präglas av att arbetstagaren är i behov av arbetsrättens skydd. Huvudmannen i den relationen skall vara skyldig att förse arbetstagaren med det skyddet.¹³⁸

1.3.2 Den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet

Föreställningarna om den arbetsrättsliga huvudmannen utgår från tanken på arbetsgivaren som den andre parten i förhållandet och som arbetstagarens motpart.¹³⁹ I förarbeten kan det exempelvis heta ”Med arbetsgivaren avses [...] den fysiska eller juridiska person som arbetstagaren står i anställningsförhållande med.”¹⁴⁰ eller

¹³⁷ Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84, jfr Collins, *Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle*, 2006, s. 317-336.

¹³⁸ Davidov, *Re-Matching Labour Laws with Their Purpose*, 2011, s. 179-189.

¹³⁹ T.ex. AD 1976 nr 128, AD 1976 nr 41.

¹⁴⁰ Prop. 1974:148, s. 95.

Lagen bygger på det vedertagna arbetsgivarbegreppet inom t.ex. anställningsskyddslagen och annan central arbetsrättslig lagstiftning. I princip är det alltså den fysiska eller juridiska person som är arbetstagarens motpart i anställningsavtalet som är arbetsgivare. På den privata delen av arbetsmarknaden innebär det att den person eller det bolag som träffat anställningsavtalet är arbetsgivare.¹⁴¹

I ett ofta åberopat¹⁴² prejudikat, som Lunning och Toijer anser har bäring på hela arbetsrätten¹⁴³ trots att det handlade om anställningsskyddslagen, har Arbetsdomstolen definierat arbetsgivaren:

Som arbetsgivare brukar inom arbetsrätten betecknas den fysiska eller juridiska person som träffat avtal med annan om utförande av arbete under sådana förhållanden att ett anställningsförhållande föreligger. Arbetsgivaren är alltså det rättssubjekt som är arbetstagarens motpart i ett anställningsförhållande. Det råder inget tvivel om att anställningsskyddslagen i likhet med annan arbetsrättslig lagstiftning bygger på ett på detta sätt beskaffat arbetsgivarbegrepp. Det bör anmärkas att frågan om vem som är arbetsgivare i ett anställningsförhållande skall skiljas från hur långt arbetsgivarens rättigheter och skyldigheter sträcker sig i skilda hänseenden. Från frågan om arbetsgivarbegreppet skall också skiljas vem som har som uppgift att företräda arbetsgivaren i förhållande till arbetstagarna.¹⁴⁴

Den kontraktuella utgångspunkten om att arbetsgivaren är huvudmannen i anställningsavtalet är framträdande i domstolens resonemang. Denna syn kan lätt leda till, och har väl i någon utsträckning också gjort det, att arbetsgivarbegreppet blir underutforskat och underteoretiserat. I arbetsrättsliga förarbeten har diskuterats vad som avses med arbetsgivare, bl.a. i relation till frågan om arbetsgivare kan betraktas som anställd i den egna rörelsen, och då kan det heta att

Uppenbart är att en fysisk person som en ensamföretagare inte kan vara samtidigt arbetsgivare och anställd i det egna företaget och att ett av honom träffat kollektivavtal för honom själv bara avser arbetsgivarrollen. När det gäller juridiska personer är det den juridiska personen som sådan som ytterst är ansvarig för arbetsgivarfunktionen och inte delägarna personligen.¹⁴⁵

¹⁴¹ SOU 2005:105, s. 204, jfr s. 154f.

¹⁴² Calleman, *Turordning vid uppsägning*, 2000, s. 115, Rönmar, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet*, 2004, s. 151, Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 99-101, Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten*, 2013, s. 26, Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 40, SOU 1993:32, s. 448, SOU 2004:85, s. 71, SOU 2005:105, s. 155.

¹⁴³ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 44.

¹⁴⁴ AD 1984 nr 141. Målet avsåg omplacering inom ett landsting med stöd av 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

¹⁴⁵ SOU 1988:49, s. 239.

Subjektet som bär ansvaret för arbetsgivarfunktionen eller -rollen definieras här av vem som står angiven som huvudmannapart i avtalsrelationen. Att underskatta arbetsgivarbegreppet som problematik i egen rätt riskerar leda till att rättsordningens förståelse av arbetsgivaren förblir outtalad och implicit. I en tongivande lärobok kan det exempelvis heta att

Innehållet i begreppet arbetsgivare följer av bestämningen av arbetstagarbegreppet. Arbetsgivare är definitionsenligt sålunda den fysiska eller juridiska person som i ett arbetsavtal är motpart till den fysiska person som är arbetstagare i civilrättslig mening.¹⁴⁶

Att analysera arbetsgivarbegreppet innebär därför i hög grad att gå i dialog med den kontraktuella utgångspunkten för att undersöka i vilka situationer denna ska fälla avgörandet för placeringen av skyddsansvar, och i vilka situationer det ska avvika från den kontraktuella utgångspunkten, och i så fall på vilket sätt. Vidare är det kontraktuella synsättet en övergripande utgångspunkt i den meningen att detta ska placera skyddsansvaret så länge som det inte föreligger någon särskild regel som uttryckligen säger något annat. Analyser av arbetsgivarbegreppet syftar till att skildra just detta, men också till att dra fram tysta antaganden om arbetsgivaransvar i ljuset. Ambitionen att problematisera implicita föreställningar, att gå bortom tanken om arbetsgivaren som endast ”motparten” i anställningen samt att arbetstagarbegreppet inte längre svarar på samtliga relevanta frågor om tillämpningsområdet för arbetsrätten och att arbetsgivarbegreppet därför utgör en problematik i egen rätt är utgångspunkter för forskning om arbetsgivarbegreppet.¹⁴⁷

Arbetsrätten bygger ursprungligen på konstruktionen att arbetsgivaren är den som ansvarar för att skyddslagstiftningen genomförs på arbetsplatserna, och att den är arbetsgivaren som är motpart till arbetstagen i anställningsavtalet.¹⁴⁸ Men detta är endast en utgångspunkt för placeringen av skyddsansvar i relation till arbetstagen. På ett flertal punkter har lagstiftaren kompletterat arbetsgivaransvaret med andra ansvarsrelationer. Dessa regler korresponderar mot den fragmentering av anställningsrelationen som präglar det moderna arbetslivet. Spänningen mellan den kontraktsrättsligt präglade utgångspunkten – att endast avtalsparterna berörs – och ett mer funktionellt angreppssätt kan, med Becker, sägas prägla hela arbetsrätten:

¹⁴⁶ Schmidt [Sigeman], *Facklig arbetsrätt*, 1997, s. 31.

¹⁴⁷ Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84.

¹⁴⁸ T.ex. prop. 1973:129, s. 229, Prop. 1981/82:71, s. 112 f, prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 323.

Contemporary labour law is marked by a disjunction between theories of rights and duties based on privity of contract between employer and employee and new forms of work relations that disrupt this model of employment by increasingly interposing intermediate employers between the entities of labour and capital.¹⁴⁹

Den arbetsrättsliga lagstiftaren har i viss utsträckning uppdaterat rättsregler som ursprungligen endast fungerat i en tvåpartsrelation till att avse en mer komplex arbetsmarknad; ansvar i relation till arbetskraften är idag placerat på fler subjekt än den kontraktuella arbetsgivaren.

Mot bakgrund av att anställningsavtalet är ett köpeavtal som avser köp av arbete¹⁵⁰ bör frågan väckas om varför dess partsställning i lagspråket kommit att benämnas arbetstagare och arbetsgivare och inte arbetssäljare och arbetsköpare. Geijer har visat att termen arbetsgivare föddes med industrialismen och ersatte jordbrukssamhällets term (i legostadgorna) husbonde (den arbetspresterande kallades tjänstehjon). Att termen för huvudmannen i anställningsavtalet inte kom att bli det obligationsrättsligt mer korrekta arbetsköpare förklarar Geijer med att termen låter för krass och att den fått en ”värdeladdad innebörd” sedan den kommit att användas på den politiska vänsterkanten.¹⁵¹ Det är saligare att giva än att taga, påminner Geijer, och framhåller att ordet arbetsgivare för tanken i patriarkalisk riktning och att den här terminologin präglats av makthavarna:

Arbetsgivaren framstod som en human person som gav arbete åt dem som inget arbete hade. I själva verket är det ju arbetstagaren som ”ger” (mot lön) sitt arbete till arbetsgivaren som tar emot det. [...] En omkastning av beteckningarna skulle kunna försvaras.¹⁵²

¹⁴⁹ Becker, *Labour Law outside the Employment Relations*, 1996, s. 1527-1562. Också citerad i Rubery, m.fl., *Blurring the Boundaries to the Employment Relationship: From Single to Multi-Employer Relationships*, 2005, s. 63-87, s. 69. Jfr Johnstone, m.fl., *Beyond Employment*, 2012, Freedland, *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, 2007, s. 3-20.

¹⁵⁰ Danhard, *Tid för arbete – en betraktelse över en kontraktuell fråga*, 2010, s. 111-133, s. 111.

¹⁵¹ Geijer, *Den äldre arbetsrättens utveckling*, 1982, s. 1-15, Geijer, *Arbetsrättens språk*, 1983, s. 139-167.

¹⁵² Geijer, *Arbetsrättens språk*, 1983, s. 139-167, s. 144.

1.3.3 Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet utmanas

En analys av arbetsgivarbegreppet motiveras av förändringar på arbetsmarknaden. Arbetsorganisationerna blir mer komplexa, och det blir allt vanligare att det förekommer flera subjekt på arbetsgivarsidan.¹⁵³ Koncernbildning, entreprenader och bemanningsföretag har kommit att bli viktiga inslag på arbetsmarknaden, – och alla är de fenomen som på olika sätt aktualiserar arbetsgivarbegreppet. Frågan om *hur* arbetsrätten tillämpas kan sägas bli alltmer präglad av frågan om *mot vem* som den ska tillämpas i komplexa flerpartsrelationer. Samtidigt som arbetsmarknadens förändringar utgör ett viktigt motiv för att uppmärksamma arbetsgivarbegreppet, så står det klart att den traditionella arbetsrättens begrepp för placering av skyddsansvaret avseende arbetskraften alltid har utgjort en förenklande och sammanfattande beteckning på en uppsättning komplexa interna förhållanden på anställningsförhållandets huvudmannasida.¹⁵⁴ Det är därför även av det skälet motiverat att undersöka vad som finns bakom denna etikett och vilka juridiska problem som döljs bakom den.

Analysen av arbetsgivarbegreppet befinner sig dessutom i centrum av två viktiga samtida arbetsrättsliga debatter. För det första har den senaste tiden förts en diskussion om vilket tillämpningsområde ("scope") som ska anses vara mest lämplig för arbetsrättens del, och här blir arbetsgivarbegreppet en av de gränsdragande faktorerna att beakta.¹⁵⁵ För det andra har det förts en internationell debatt om arbetsrättens väsen ("idea"), och också om vilka målsättningar som är förknippade med denna reglernas natur. Frågan blir i sammanhanget vilket arbetsgivarbegrepp som är bäst ägnat att förverkliga de materiella målsättningar som arbetsrätten bör förverkliga i relation till arbetstagarna.¹⁵⁶ Analysen av arbetsgivarbegreppet syftar inte endast till att diskutera enskilda arbetsrättsliga problemställningar på en förändrad arbetsmarknad utan också till att skapa en mer adekvat begreppsbildning kring arbetsgivaren och en bättre förståelse för arbetsrättens regler.¹⁵⁷ Fragmenteringen av arbetsorganisationen leder till ett behov av ett mer distinkt rättsligt begrepp för arbetsgivaren. Behovet av ett arbetsgivarbegrepp är särskilt stort när

¹⁵³ Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, 2002, Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84, Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315.

¹⁵⁴ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, Freedland, *The Personal Employment Contract*, 2003, s. 40-57.

¹⁵⁵ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, Davies & Freedland, *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006, s. 273-293, Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315.

¹⁵⁶ Davidov, *Re-Matching Labour Laws with Their Purpose*, 2011, s. 179-189.

¹⁵⁷ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, Freedland, *The Personal Employment Contract*, 2003, s. 40-57.

arbetsgivarfunktionerna är fördelade på olika subjekt. Uppgiften kan sägas vara att identifiera en funktionell approach till hur arbetsgivaren bestäms och att peka på principerna som ligger till grund för fördelning av arbetsgivarrättigheter och – skyldigheter bland flera subjekt.¹⁵⁸

Arbetsgivarbegreppet framträder i diskussionen kring några fall av bristande överensstämmelse mellan den faktiska arbetsorganisationen och nedärvda föreställningar om arbetsgivaren. Arbetsrätten utgår från en syn på anställningen som en tvåpartsrelation; en arbetstagare har ett anställningsavtal och arbetar för ett subjekt; arbetsgivaren. En situation i vilken det förekommer flera subjekt på arbetsgivarsidan låter sig beskrivas i termer av en bristande överensstämmelse mellan hur arbetstagarens faktiska situation i anställningsförhållandet gestaltas sig, och situationen som den ter sig ur rättsligt perspektiv. Den bristande överensstämmelsen mellan organisationen på huvudmannasidan i anställningsavtalet och den rättsliga situationen ifråga om arbetsgivarbegreppet ger i sin tur upphov till två principiellt olika grupper av arbetsrättsliga problem.¹⁵⁹

Den första gruppen av typsituationer kan beskrivas som att den faktiska arbetsorganisationen är större än arbetsgivaren i bemärkelsen den kontraktuella motparten i anställningsförhållandet. Den organisation som arbetstagaren är verksam i, kan i dess helhet framstå som arbetsgivare, men det är oklart var gränserna går för vad som är den rättsliga arbetsgivaren i en viss situation eller för ett visst rättsligt anspråk. Flera gemensamt ägda och sammanhållet kontrollerade subjekt kan förekomma på arbetsgivarsidan, men denna ”sida” saknar som helhet betraktad erkännande som arbetsgivare, eller ens som rättssubjekt. Det emblematiska exemplet på denna situation är koncernen eller den bolagiserade företagsstrukturen.¹⁶⁰ Mot denna bakgrund uppstår frågor om genomsyn och ansvarsgenombrott med stöd av allmänna civilrättsliga doktriner, samt explicit särreglering av denna typ av arbetsorganisation.¹⁶¹ Även frågan om vilka förfaranden som skall anses utgöra kringgåenden av arbetsrättsliga regler bör kunna väckas.¹⁶² Principiellt går det att diskutera tre ansvarsrelationer. För det första kan ansvar föreligga endast i relation till motparten i anställningen. Denna lösning kan förefalla underinkluderande. För det

¹⁵⁸ Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84.

¹⁵⁹ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158.

¹⁶⁰ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315, Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, 2002.

¹⁶¹ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315.

¹⁶² Jfr AD 1996 nr 56, AD 1980 nr 54, AD 1986 nr 50, AD 1986 nr 144, AD 2003 nr 4, AD 2007 nr 72.

andra kan ansvar föreligga i relation till moderbolaget eller vilket annat subjekt som helst i arbetsorganisationen. Denna lösning är potentiellt överinkluderande, eftersom de ingående verksamheterna kan vara av mycket olika natur. För det tredje kan det överlämnas till domstolarna att förlägga ansvar på en nivå som utgör en adekvat och lämplig avgränsning av organisationen på arbetsgivarsidan. Det subjekt som är bäst lämpat att bära arbetsgivarförpliktelserna ska då bära dem.¹⁶³

Den andra gruppen av typsituationer kan beskrivas i termer av att det rättsliga begreppet för arbetsgivaren är större än den faktiska arbetsorganisationen. Makten i anställningen kan utövas av flera fristående subjekt. Arbetsgivarbefogenheterna utövas av olika subjekt, t.ex. inom ramen för bemanningsanställningen. Maktutövandet i relation till arbetstagaren kan härstamma från någon annan än den som är motpart i anställningsavtalet. Förutom bemanningsanställningen kan nämnas t.ex. rekryteringsföretag och den situationen att arbetsgivaren köpt in konsulttjänster avseende vissa arbetsgivarfunktioner (t.ex. arbetsledning).¹⁶⁴ Mot denna bakgrund uppstår frågor om principerna bakom principalansvaret kan användas för att fördela ansvaret, samt genomsyn och ansvarsgenombrott.¹⁶⁵ Frågor om ansvaret för anlitade företagare aktualiseras också.

Frågor om arbetsgivarbegreppet aktualiseras också när de faktiska organisationerna för utförande av arbete karaktäriseras av samverkan (nätverk, partnerskap, allianser) mellan flera olika huvudmän/arbetsgivare. Dessa situationer är för handen då arbetstagaren i en och samma aktivitet eller arbetsinsats presterar arbete till två eller fler organisationer.¹⁶⁶ Arbetstagaren står här i faktiskt samband med flera huvudmän som utövar inflytande på arbetet. Detta innebär en form av faktiskt överskridande av anställningsavtalet (och den kontraktuella utgångspunkten) i den meningen att en arbetstagare står i faktisk relation till någon annan än motparten i avtalet. Det föreligger en form av bristande överensstämmelse mellan den rättsliga/formella och den faktiska arbetsgivaren. Hur ska arbetsrättens regler tillämpas arbetstagaren står i faktisk förbindelse med fler än en huvudman?¹⁶⁷ En rättslig problematik uppstår i och med att arbetsrätten betraktar denna komplexa organi-

¹⁶³ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158.

¹⁶⁴ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158.

¹⁶⁵ Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158.

¹⁶⁶ Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, 2002, bidragen i Marchington m.fl. (red.) *Fragmenting Work*, 2005.

¹⁶⁷ Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, 2002, bidragen i Marchington m.fl. (red.) *Fragmenting Work*, 2005.

sation med ett synsätt som utgår från det bilaterala förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁶⁸

Freedlands begreppsbildning ”the organization of employment” syftar till att framhålla att arbetsgivarfunktioner kan vara allokerade på flera huvudmän; en arbetstagares anställningsförhållande kan vara organiserat på sådant sätt att den inbegriper två anställande entiteter.¹⁶⁹ Inlåning av arbetskraft är en arbetsrättslig figur som blir aktuell här.¹⁷⁰

Frågor om arbetsrättens omfång aktualiseras i diskussioner om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Så här långt står det klart att arbetsgivarbegreppet står i ett visst spänningsförhållande till både arbetsplatsen, den faktiska organisationen för arbetet, respektive den kontraktuella utgångspunkten i att vara den ”andra parten”, i anställningsavtalet.¹⁷¹ Om arbetsrätten på förhand uteslöt möjligheten att hålla något annat subjekt än det som förekommer i anställningsavtalet ansvarigt som arbetsgivare, skulle det skapa incitament att utforma arrangemang för att hindra att arbetsrätten blev tillämplig på någon viss huvudman. Frågan om när det är befogat att bortse från det kontraktuella läget handlar ytterst om i vilken utsträckning rättsordningen i efterhand ska ingripa i avtalade arrangemang och riskfördelningar. Ofta finns skäl att i rättstillämpningen respektera den ordning parterna avtalat om, och i den meningen låta den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivaransvaret också avgöra placeringen av detta ansvar.¹⁷²

¹⁶⁸ Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315.

¹⁶⁹ Freedland, *The Personal Employment Contract*, 2003, s. 40 ff.

¹⁷⁰ Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 178 ff, Adlercreutz, *Temporary Employment*, 1970, s. 34. Fahlbeck, *Employment exchange and hiring out of employees in Sweden*, TfR 1995 s. 589-622.

¹⁷¹ Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84. Davies & Freedland, *Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law*, 2004, s. 129-158, Fudge, *The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection*, 2006, s. 295-315, Davidov, *Articulating Labour Law's Goals: Why and How*, 2012, s. 130-150, Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, 2002.

¹⁷² Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84.

1.4 Komplexa arbetsorganisationer ur arbetsrättslig synvinkel

1.4.1 Bilateral arbetsorganisationer

En arbetsorganisation är bilateral när det på huvudmannasidan förekommer endast ett subjekt som direkt tillgodosgör sig arbetet och står i samband med arbetstagaren. Den som ingått anställningsavtalet med arbetstagaren är ensamt ansvarig för arbetsorganisationen. Redan av det skälet att anställningen som sådan bygger på förutsättningen att den arbetspresterande utför arbetet personligen, avser arbetsgarsidan i anställningsförhållandet endast den människa som ingått anställningsavtalet (endast fysiska personer kan vara arbetstagare).¹⁷³

När arbetsrättens regler använder begreppet arbetsgivare utgör detta i bilateral arbetsorganisation en sammanfattande och förenklande term som egentligen avser organisationsförhållanden och olika led i det företag/subjekt som befinner sig på huvudmannasidan i anställningen.¹⁷⁴ Mot denna bakgrund är därför också bilateral arbetsorganisation i viss mening komplexa. Det finns anledning att väcka frågan om en mer nyanserad syn på arbetsgivaren ur internt organisatorisk synvinkel. Av historiska skäl har arbetsgivaren kommit att uppfattas som en enhetlig konstruktion, som en bärare av vissa rättigheter och skyldigheter.¹⁷⁵ Arbetsrättens regler bygger på förutsättningen att arbetsgivaren är en fysisk eller juridisk person, och ofta görs inte frågan mer komplicerad än så. Det finns i och för sig fördelar med en förenkling av arbetsgivarbegreppet i här diskuterad mening; för att göra ett bolag ansvarigt för en förpliktelse, krävs inte att det undersöks hur bolaget är styrt. Men den förenklande och förenhetligande synen på arbetsgivaren innebär att arbetsrätten missar viktiga aspekter. På den här punkten föreligger möjligheter till att skapa en fördjupad förståelse för ett av arbetsrättens grundläggande begrepp.¹⁷⁶

När arbetsgivaren analyseras bör detta således beakta att denna sida i anställningsförhållandet ofta består av komplexa interna organisationsstrukturer, i termer av hierarkier. Vidare är arbetsgivarfunktioner fördelade på personer som är anställda, ofta på ett stort antal, och ofta även delegerat långt ner i hierarkierna. Detta innebär att en viss grupp arbetstagare även har en arbetsgivarroll, och att de därför har

¹⁷³ Jfr AD 1975 nr 43, AD 1978 nr 148 om AD:s behörighet, Ds 2002:56, s. 110f om detta moment i arbetstagarbegreppet och Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 216ff om arbetsskyldigheten i anställningsförhållandet.

¹⁷⁴ Jfr Bruun & von Koskull, *Allmän arbetsrätt*, 2006, s. 43 f.

¹⁷⁵ Jfr kapitel 1.3.2.

¹⁷⁶ Davies & Freedland, *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006, s. 273-293.

en dubbelroll som samtidigt anställda och arbetsgivarrepresentanter. Dessa personer har ofta anställningsvillkor som skiljer sig från andra arbetstagare.¹⁷⁷ En verksamhet organiserad som en uppsättning självstyrande enheter, exempelvis, har en särskild variant av arbetstagare med arbetsgivarroll.¹⁷⁸ De anställda arbetsgivarrepresentanterna eller arbetstagarna med arbetsgivarroll är en viktig faktor i arbetsrätten och är förknippade med särskilda rättsliga problem. Flera rättsfrågor gör sig gällande. För vems faktiska handlande (t.ex. trakasserier) ansvarar arbetsgivaren?¹⁷⁹ På vilka grunder? Vilken arbetsrättslig ställning (är de arbetstagare?) har delägare¹⁸⁰ och kompanjoner¹⁸¹ i bolag? Vilka krav kan ställas på högre uppsatta arbetstagare (t.ex. i anslutning till anställningsskydd)?¹⁸² I förlängningen skulle nya former för organiserande av arbetsgivaren kunna leda till utmaningar och förskjutningar av begreppet uppdragstagare/self-employment avseende den arbetspresterande parten. Den binära distinktionen mellan arbets- och uppdragstagare skulle kunna komma att luckras upp; t.ex. inom ramen för begrepp som self-employment och s.k. quasi-subordinate employment¹⁸³ – och detta kan i sin tur komma att få bäring på t.ex. den framtida arbetsrättsliga hanteringen av arbetsorganisationerna inom den s.k. plattformsekonomin eller ”gig-economy”.¹⁸⁴

Även på denna punkt är det av betydelse att väcka frågan om i vilka situationer någon som tillgodogör sig arbete kan göras ansvarig såsom arbetsgivare, trots att det formella anställningsavtalet är tecknat med något annat subjekt.¹⁸⁵ Eftersom den anställande organisationen/entiteten¹⁸⁶ innehåller gruppen anställda arbetsgivarrepresentanter kommer denna att bli multi-polär ifråga om anställningsrelationerna. Dessa arbetstagare med dubbelroll som arbetsgivarrepresentanter blir, inom ramen för arbetsgivaren, att uppfatta som lokala fokuspunkter för anställningsrelationerna. Anställningsrelationen bör således uppfattas som en relation mellan arbetstagare och en viss ”nivå” av arbetsgivaren, snarare än en relation mellan två ”parter”.

¹⁷⁷ Jfr 1 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

¹⁷⁸ Davies & Freedland, *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006, s. 273-293.

¹⁷⁹ Jfr t.ex. AD 2013 nr 5.

¹⁸⁰ Jfr kapitel 2.2.1. Se SOU 1975:1, s. 731ff.

¹⁸¹ Jfr t.ex. AD 2009 nr 55, AD 1987 nr 9, AD 1994 nr 92, AD 1997 nr 123.

¹⁸² Jfr kapitel 2.2.3.

¹⁸³ Jfr t.ex. diskussionerna i rättstillämpningen kring gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare; AD 2006 nr 24, AD 2013 nr 92 och kapitel 2.4.3 samt Davies & Freedland, *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006, s. 273. Casale & Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, 2014, s. 11ff, Ds 2002:56, s. 133f., Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003.

¹⁸⁴ Jfr kapitel 1.2.6, 5.4.4.

¹⁸⁵ Davies & Freedland, *The Complexities of the Employing Enterprise*, 2006, s. 273-293.

¹⁸⁶ Freedland lanserar termen anställande entitet för att särskilt peka på att det inte handlar om en enstaka manlig person som agerar. Freedland, *The Personal Employment Contract*, 2003, s. 39.

1.4.2 Koncerner

Näringslivet präglas sedan länge av koncernbildningar; dvs. att olika bolag – tillika arbetsgivare – äger varandra och omfattas av gemensam styrning från ett överordnat bolag. Arbetsrätten står inför särskilda utmaningar när den ska tillämpas i en situation där – exempelvis – anställningsavtalet är tecknat med ett bolag i koncernen, medan maktcentrumet på huvudmannasidan i verkligheten inte ligger i detta bolag, utan i en annan juridisk person, som kontrollerar arbetsgivarbolaget, utan att vara part i anställningsavtalet. Den grundläggande problematiken förknippad med arbetsrätten i koncerner är en följd av att flera bolag förekommer på huvudmannasidan, och att dessa skilda juridiska personer är hierarkiskt sammankopplade i termer av makt och ägande. Ytterst utgörs en koncern, eller en bolagsgrupp, av ett flertal rättssubjekt som är sammanhållna ifråga om ägande. Koncernen kan vara resultatet av att en stor sammanhållen verksamhet splittrats upp från divisioner eller avdelningar till att istället bestå av skilda juridiska personer. Koncernen är den rättsliga rubriken på de insatser som gjorts för att hantera att den samägda gruppen av bolag, å ena sidan, består av skilda juridiska personer, men att dessa, å andra sidan, är förenade i någon utsträckning till en helhet.¹⁸⁷ Varje bolag svarar för sina förpliktelser och skulder och man kan inte tala om något som en koncernförmögenhet. Samtidigt kan det förekomma att dessa rättsligt sett självständiga subjekt är osjälvständiga i förhållande till ägarbolaget (moderbolaget) och att de i praktiken utgör en ekonomisk enhet.¹⁸⁸ Begreppen moderbolag, dotterbolag och koncern är föremål för legaldefinition i bolagsrätten: ett aktiebolag är moderbolag och ett annan juridisk person är dotterföretag om aktiebolaget äger eller kontrollerar den juridiska personen.¹⁸⁹ Frågor om arbetsgivarbegreppet uppstår när något av de i koncernen ingående rättssubjekten blir part i ett anställningsavtal.

En central utgångspunkt för hanteringen av de anställdas ställning i bolagiserade verksamheter (koncerner) är att dessa frågor inte är särreglerade varken i EU-rätten, nationell arbetsrätt eller nationell bolagsrätt. Den bolagsrättsliga forskningen och diskussionen om koncernfrågor¹⁹⁰ har inte uppmärksammat arbetsrätten, medan den arbetsrättsliga forskningen delvis tagit sig an koncernproblematiken och undersökt hur de generellt tillämpliga arbetsrättsliga reglerna ska tillämpas i koncernsituationen.¹⁹¹ Denna diskussion har också uppmärksammat förslag om

¹⁸⁷ Borgström, *Koncernrättsliga problem*, 1970.

¹⁸⁸ Moberg, *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder*, 1998, s. 13 ff, med vidare hänvisningar.

¹⁸⁹ 1 kap. 11 § aktiebolagslagen (2005:551). Rutberg & Skoog, *Det nya koncernbegreppet*, 1997 s. 577.

¹⁹⁰ Moberg, *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder*, 1998.

¹⁹¹ Nielsen, *Koncernarbetsrätt*, 2006, Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, bidragen i Bruun m.fl. (red.) *Koncernarbetsrätt i Norden*, 1992, Nordiska ministerrådet, Nord 1993:36 The Future of the Nordic Model of Labour Relations, 1993. Töllborg, *Medinflytande och ansvarsgenombrott*, TfR 1994 s. 723-785.

genomsyn och ansvarsgenombrott inom ramen för tillämpningen av redan gällande arbetsrätt. Inom bolagsrätten har vidare förekommit en både långvarig och intensiv diskussion om ansvarsgenombrott,¹⁹² och här har utvecklats läror och principer som skulle kunna komma till användning i en arbetsrättslig hantering av koncerner. Ansvarsgenombrott/genomsyn har vid ett flertal tillfällen varit föremål för analys i både det statliga utredningsväsendet,¹⁹³ och i domstolar.¹⁹⁴ Bl.a. mot bakgrund av att lagstiftning i ämnet ännu inte utfärdats får rättsläget avseende förutsättningarna för bolagsrättsligt ansvarsgenombrott anses vara delvis oklart.¹⁹⁵ Att ansvarsgenombrott är ett tydligt undantag till huvudregeln om begränsat ansvar står emellertid klart.

Förklaringen till att makten i arbetsorganisationen kan vara förlagd utanför arbetsgivarpartens juridiska person ligger i att bolagsrätten inte uttömmande reglerar den situationen att de olika koncernbolagens verksamheter sammanflätas i varandra. Rodhe ”nödgas konstatera, att detta är ett område, där avståndet mellan de juridiska formerna, och verkligheten är ovanligt stort”,¹⁹⁶ och med detta åsyftas en form av maktanvändning i koncerner som äger rum utanför de relationer som bolagsrätten presenterar för hur bolag styrs. Rodhe, återigen;

Skulle man följa den svenska lagens bokstav, borde ett moderbolag ge sina instruktioner till dotterbolagets förvaltningsorgan, genom att som aktieägare på dotterbolagets stämma åstadkomma beslut, som sedan skulle verkställas av dotterbolagets styrelse och VD. Någon juridisk rätt för moderbolagets ledning att ge order direkt till dotterbolagets VD eller till honom underställda organ finns inte.

Verkligheten ser emellertid helt annorlunda ut. Ledning av ett moderbolag anser sig i de allra flesta fall oförhindrad att, med förbigående av dotterbolagets bolagsstämma och eventuellt även med förbigående av dess styrelse, ge direkta föreskrifter för dotterbolagets förvaltningsorgan.¹⁹⁷

Denna typ av maktutövning i ett bolagsrättsligt ingenmansland har i och för sig varit känd länge. Borgström har beskrivit saken som att

¹⁹² Svensson, Betalningsansvar vid drivande av rörelse – Ansvarsgenombrott?, 2010, Norrgård, Ansvarsgenombrott i aktiebolagsförhållanden. En komparativ studie av svensk och norsk rätt, 2006, Gorton, Through the Corporate Veil – Något om ansvarsgenombrott enligt amerikansk rätt, 1985.

¹⁹³ SOU 1987:59, SOU 2001:1, s. 279 ff. SOU 1988:63, SOU 1998:47; allt med vidare hänvisningar.

¹⁹⁴ AD 1979 nr 129, AD 1982 nr 165, NJA 1975 s. 45, NJA 1942 s. 473, NJA 1947 s. 647, NJA 1982 s. 244, NJA 1992 s. 375, RH 2011:24.

¹⁹⁵ Jfr t.ex. SOU 2008:49, [Svernlöv], s. 55: ”Varken i praxis eller doktrin har det fastslagits någon klar definition av ansvarsgenombrott i Sverige.”

¹⁹⁶ Rodhe & Skog, *Rodhes aktiebolagsrätt*, 2011, s. 269.

¹⁹⁷ Rodhe & Skog, *Rodhes aktiebolagsrätt*, 2011, s. 268.

... moderbolagets inflytande [utövas] oftast inte genom röstning på bolagsstämma utan genom att moderbolagets organ direkt påverkar dotterbolagets organ. Något lagrum, som ger moderbolagets ledning befogenhet att ge order direkt till dotterbolagets verkställande direktör eller till honom underställda organ finns inte. I verkligheten torde dock ledningen i ett moderbolag i de flesta fall se sig oförhindrad att med förbigående av dotterbolagets bolagsstämma och eventuellt även av dess styrelse ge direkta föreskrifter för dotterbolagets förvaltningsorgan. Ej sällan torde direktiven lämnas från relativt underordnade avdelningschefer i moderbolaget till motsvarande avdelningschefer i dotterbolaget. Dotterbolagets ledning och dess anställda torde i regel inte vara i det läget, att de anser det lämpligt att motsätta sig sådana föreskrifter, även om någon juridisk skyldighet att följa dem inte föreligger. [...] Det föreligger inte heller något generellt förbud för moderbolaget att ge dotterbolagets ledning sådana föreskrifter.¹⁹⁸

Koncernföreträdarnas, framförallt moderbolagsföreträdarnas, maktanvändning förefaller äga rum inte endast utanför aktiebolagslagen, som ju endast reglerar bolagsorgans behörigheter, befogenheter och inbördes relationer, utan i någon mening utanför rätten som sådan. I detta glapp mellan bolagsrättsliga utgångspunkter och faktiskt handlande är uppgiften för arbetsrätten att hantera de arbetsorganisationer som är koncerner. Problematiken kan uppfattas som att den avser de anställdas relationer till koncernen, som i sig alltså saknar rättskapacitet, trots att deras kontraktuella relation är med ett moder- eller dotterbolag (som alltså har rättskapacitet) (eller i ett dotterdotterbolag osv.).

En särskild hantering av koncerner inom det arbetsrättsliga fältet är motiverad av att koncerner kan styras som en sammanhållen verksamhet och dessutom också framstår för de anställda och andra som om de vore faktiska enheter och sammanhållna verksamheter – medan de i strikt rättslig mening istället utgör en grupp samverkande skilda rättssubjekt. Den allmänna diskussionen om ansvarsombrott och genomsyn har därför kretsat kring frågan om under vilka förutsättningar det är befogat att uppfatta dessa olika bolag som ett, eller, med andra ord, under vilka förutsättningar det är befogat att uppfatta att koncernen i olika avseenden är bärare av rättigheter och skyldigheter, trots att denna i sig saknar rättskapacitet. Ur arbetsrättslig synvinkel handlar det snarare om i vilken utsträckning arbetsrättens regler ska kunna göras gällande över bolagsgränserna i koncerner, och t.ex. i vilken utsträckning ett moderbolag i rättslig mening kan ansvara för arbetskraft med ett dotterbolag som kontraktuell arbetsgivare. En argumentation som syftar till att utsträcka tillämpningen av arbetsrätten till att gälla i koncerner utmanar de bolagsrättsliga analyser som fäster avgörande vikt vid formella bolagsrättsliga ansvarsförhållanden. En utgångspunkt är vidare att de bolagsrättsliga reglerna inte kan rymma eller hantera något sådant som koncernföreträdare, utan istället handlar det

¹⁹⁸ Borgström, *Koncernrättsliga problem*, 1970, s. 99 f. Referenser utelämnade här.

rent begreppsligt om att varje enskilt bolag fattar ett eget beslut, och ansvarar för det. Dragen till sin spets får den här analysen utfallet att:

Koncern är en beteckning på ett visst förhållande mellan i sig helt självständiga juridiska personer med ett svenskt aktiebolag i toppen. När detta förhållande föreligger utlöser det en rad regler som de självständiga juridiska personerna var och en har att följa. Koncernen däremot har inga regler att följa, har inget ansvar och kan inte bestämma någonting. Att vara koncernchef medför således inget ansvar och ingen bestämmanderätt.¹⁹⁹

Det här synsättet bygger på ett antagande om att all maktutövning i koncernbolagen kan och också bör härledas till varje enskilt bolags formella organ, och att det bakomliggande gemensamma ägandet och kontrollen inte äger relevans. Ur arbetsrättslig synvinkel är det emellertid snarare naturligt att utgå från situationen i arbetsorganisationen, såsom denna gestaltar sig för de arbetande.

1.4.3 Entreprenader

Entreprenadförhållandet är relationerna mellan en uppdragsgivare och en entreprenör, och dessa båda huvudmän kan också vara arbetsgivare. Själva entreprenadavtalet ligger som sådant utanför arbetsrättens domäner, och implikationerna för arbetsrättens del uppstår av att de samverkande entreprenörernas anställda är verk-samma på ett och samma ställe eller i samma projekt. Entreprenader har traditionellt inte varit föremål för särskild lagreglering i svensk rätt.²⁰⁰ Istället har den allmänna kontraktsrättens regler med utgångspunkt i avtalsfriheten och frånvaron av tvingande skyddslagstiftning avseende någon part varit utgångspunkten för den rättsliga hanteringen av frågor kring entreprenad. Eventuellt är förändringar ifråga om detta att vänta idag, inte minst i kölvattnet av diskussioner om arbetsrättsligt ansvar i s.k. entreprenadkedjor. I den arbetsrättsliga kontexten förekommer idag på en enda punkt uttrycklig särreglering av entreprenader, och därför framstår det som naturligt att dessa regler kommer att utgöra en referenspunkt för eventuellt framtida utveckling av ytterligare reglering av anställningsförhållandet i entreprenadsituationen.²⁰¹ Denna särreglering av entreprenadrelationen och dess parter härstammar från EU:s sekundärrätt utanför arbetsrätten i strikt bemärkelse; i det

¹⁹⁹ Unger, Får jag tala med koncernchefen!, 1987, s. 18.

²⁰⁰ SOU 2010:63, s. 265 ff.

²⁰¹ Jfr t.ex. hur genomförandedirektivet (direktiv 2014/67/EU) om utstationering (direktiv 96/71/EG) ifråga om entreprenader uppvisar likheter med sanktionsdirektivet 2009/52/EG.

migrationsrättsliga, tillika straffrättsliga, s.k. sanktionsdirektivet²⁰², avses med ”underentreprenör”

varje fysisk person eller rättssubjekt, till vilka genomförandet av samtliga eller delar av de skyldigheter som fastställs i ett tidigare kontrakt delegerats.²⁰³

EU-rättens definition av entreprenadverksamhet är således öppen och allmänt hållen, och detta gäller även för den svenska lagstiftning som genomför sanktionsdirektivet, där en legaldefinition (som i och för sig inte är direkt tillämplig utanför den lagen) av entreprenad återfinns:

I denna lag avses med uppdragsgivare den som anlitar en eller flera underentreprenörer för att genomföra ett huvud- eller ett underentreprenadavtal.

Med uppdragsgivare i tidigare led avses i denna lag en uppdragsgivare som inte har ett direkt avtalsförhållande med den underentreprenör som är arbetsgivare för utlänningen.

Lagen är inte tillämplig på den som är beställande part i ett huvudentreprenadavtal.²⁰⁴

Betraktad ur arbetsrättslig synvinkel aktualiserar entreprenadkonstruktionen frågor om arbetstagarbegreppet och gränsdragningen för systemet som sådant. Med tillämpning av det tvingande arbetstagarbegreppet avgörs om arbetsrättens skyddsregler ska bli tillämpliga på en viss arbetsrelation, oavsett vad parterna avsett eller hur de själva klassificerat relationen.²⁰⁵ Ur arbetsrättslig synvinkel föreligger vidare en kontaktyta och en gränsdragningsproblematik mellan entreprenad och personaluthyrning. Om arbetsledningen ligger kvar hos det företag som skickat ut en viss arbetstagar rör det sig om en entreprenad, och om ett företag köper in en tjänst, t.ex. avseende telefonväxeln, är det också fråga om en form av entreprenadverksamhet – och alltså inte bemanning.²⁰⁶ Entreprenad är ett avtalsförhållande

²⁰² Direktiv 2009/52/EG syftar till att motverka att personer som saknar tillstånd att migrera till unionen, gör just det. Avståndet mellan dessa regler och arbetsrätten som detta rättsområde brukar definieras är därmed stort, och det framstår därför som oegentligt om arbetsrätten skulle oflekterat bygga på dessa regler. Jfr om direktivet ur arbetsrättslig synvinkel; Selberg, Arbetsrätt i centrum och periferi, 2014, s. 371-391, Selberg, Åtgärder mot dem som tillgodogjort sig papperslösas arbete, 2012, s. 77-104, Selberg, The Laws of ”Illegal” Work and Dilemmas in Interest Representation on Segmented Labour Markets, 2014, s. 247-288. Hansen, *EU:s migrationspolitik under 50 år*, 2008.

²⁰³ Direktiv 2009/52/EG art. 2 j.

²⁰⁴ 3 § lagen (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige.

²⁰⁵ T.ex. SOU 1975:1, s. 691-725, Ds 2002:56, s. 75-138.

²⁰⁶ SOU 2011:5, s. 56, s. 152 f., prop. 1970:166.

som kan förekomma i alla branscher och avse alla typer av arbetsresultat. I vissa branscher, t.ex. byggnation och konstruktion, är utbredningen av entreprenader stor, och för dessa har omfattande standardavtal kommit att utvecklas.²⁰⁷ Mellan de avtalande huvudmännen i entreprenaden gäller den allmänna kontraktsrättens regler, t.ex. om bestämmande av parternas förpliktelser och prestationer, ändrade förhållanden, kontraktsbrott och påföljder osv.²⁰⁸ En konkret effekt av en entreprenadrelation kan vara att de båda huvudmännens faktiska verksamheter kommer att bedrivas mycket nära varandra och flätas samman. Samarbetet kan också ur rättslig synvinkel komma att bli intensivare, och de olika bolagen kan komma att bilda en form av ekonomisk, om inte rättslig, enhet.

1.4.4 Bemanning/personaluthyrning

Bemanningsarbete utgör inte en form avseende huvudmannen i anställningsförhållandet, utan snarare en särskild typ av anställningsavtal.²⁰⁹ Arbetsrätten har således alltid varit tillämplig på avtalsförhållandet, och den mer invecklade och delvis omdiskuterade frågan har snarare avsett av de inblandade företagen (in- och uthyrare) som ska bära skyddsansvaret, inte om skyddsansvar överhuvudtaget ska föreligga. Bemanningsanställningen har avsatt rätt stora spår i lagstiftningen. Själva upplägget definieras i EU:s bemanningsdirektiv, som att det handlar om

arbetstagare som har ett anställningskontrakt eller anställningsförhållande med ett bemanningsföretag och som hyrs ut till kundföretag för att temporärt arbeta under deras kontroll och ledning.²¹⁰

I den svenska genomförandelagstiftningen förekommer därför samma gränsdragningar som i bemanningsdirektivet, och också legaldefinitioner:

bemanningsföretag: en fysisk eller juridisk person som har arbetstagare anställda i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning,

kundföretag: en fysisk eller juridisk person för vilken och under vars kontroll och ledning arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag arbetar...²¹¹

²⁰⁷ Höök, *Entreprenadjuridik*, 2008, Samuelsson, *Entreprenadavtal*, 2011.

²⁰⁸ Hellner, m.fl., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*, 2006. Hellner, m.fl., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal*, 2005.

²⁰⁹ Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*, 2008.

²¹⁰ Direktiv 2008/104/EG art. 1.

²¹¹ 1 § och 5 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

Bemanningsverksamhet kan därför uppfattas som en särskild arbetsrättslig partsställning. Det betyder bl.a. att bemanning i och för sig kan ske inom ramen för en arbetsorganisation som är en koncern, och i den meningen kan de två kategorierna av komplex arbetsorganisation komma att överlappa varandra. Bemanningsanställning kan vidare avse alla yrken och branscher, och arbetsmiljöer. Den ökande utbredningen av bemanningsarbetet innebär i rättsliga termer att det blir allt vanligare att arbetsgivare omvandlas till att bli inhyrare, dvs. kund hos ett bemanningsföretag, som i sin tur blir arbetstagarnas kontraktuella arbetsgivare. I kölvattnet av att bemanningsarbete alltjämt är omstritt har branschföreträdare försökt etablera termen ”ombemanning” för att beteckna detta skifte i anställningsrelationerna.²¹² Bemanningsarbetet förutsätter dels ett kontrakt mellan kundföretaget och bemanningsföretaget/arbetsgivarföretaget, och inom ramen för detta kontrakt säljs arbetskraften, dels anställningsavtal mellan uthyraren och arbetstagarna. Den allmänna kontraktsrättens regler, och i förekommande fall också ett standardavtal²¹³, är tillämpliga på det kommersiella avtalet som gäller mellan de båda företagen.²¹⁴

1.4.5 Särskilt om gränsdragningen mellan entreprenad och bemanning

Bemanningsarbete eller personaluthyrning skiljs från entreprenadarbete med stöd av en särskild gränsdragningsoperation. Beroende på vilken relation som konstateras vara för handen, blir olika regler tillämpliga, bl.a. avseende arbetsmiljö.²¹⁵ Både inhyrning och entreprenad definieras av att arbetstagare presterar arbete i en arbetsorganisation där denne inte är anställd. Inhyrning, men inte entreprenad, definieras i lagstiftning. När bemanningsanställningen skulle legaliseras under 1990-talet uppmärksammade lagstiftaren att gränsdragningen mellan olika former av arbetskraftsförsörjning kan vara oklar:

Gränserna mellan personaluthyrningsföretag och andra former för förmedling av ambulerande eller tillfällig personal är många gånger flytande, och vad som är ett personaluthyrningsföretag är mest [sic] definierat i praxis. Skillnaden mellan att hyra in en ekonomichef från ett uthyrningsföretag eller att kontraktera en konsult från en konsultbyrå torde få anses som hårfin.²¹⁶

²¹² Johnson, *Hyrt går hem*, 2010, s. 129.

²¹³ T.ex. Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010

²¹⁴ Hellner, m.fl. *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*, 2006, Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, 2011, *passim*.

²¹⁵ Jfr kapitel 4.4 och 4.5.

²¹⁶ SOU 1997:58, s. 44.

Mot bakgrund av att förändringen av arbetsmarknaden fortsatt sedan 1990-talet och att bemanningsarbetet ökat i volym och betydelse är det överraskande att frågan om gränsdragningen mellan entreprenad och personalinhyrning ägnats så lite rättslig uppmärksamhet. När EU:s bemanningsdirektiv²¹⁷ skulle genomföras i svensk lagstiftning väcktes emellertid denna fråga igen; eftersom ”det i praktiken ofta uppstår problem när det gäller att slå fast om det är fråga om uthyrning av arbetskraft eller om entreprenadverksamhet” och ”att det ofta inte är helt lätt att avgöra” vilken form det är fråga om.²¹⁸ I detta lagstiftningsärende lämnade lagstiftaren sist och slutligen inte några nya bidrag till förståelsen av den här gränsdragningsproblematiken, utöver att det slogs fast att entreprenad karaktäriseras av att ”ett företag skickar arbetskraft till ett annat företag för att där utföra visst arbete men arbetsledningen fortfarande ligger kvar hos entreprenadföretaget”.²¹⁹ Denna definition framstår som indirekt given av konceptet bemanningsanställning, som definieras av att den uthyrde arbetstagaren står under kundföretagets ”kontroll och ledning”,²²⁰ men kan sannolikt också tas till intäkt för att placeringen av arbetsledningen ska anses vara ett viktigt kriterium. Den mest djuplodande rättsliga analys om definitionen av entreprenad och gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning presenterades i början av 1970-talet,²²¹ och återopades ånyo vid legaliseringen av bemanningsarbete 1991.²²² Analyserna från 1970 framstår idag som ålderstigna, inte minst eftersom de tagits fram som svar på problem från en arbetsmarknad som skiljer sig starkt från dagens. En sådan skillnad mellan då och nu avser redan själva syftet med att utveckla en gränsdragningsoperation kring entreprenad och bemanning. Förarbetsuttalandena från 1970 analyserade ju gränserna mellan entreprenad och personalinhyrning i syfte att dra gränserna för det kriminaliserade området – som vid den tiden alltså avsåg bemanningsarbete, men inte entreprenad. Det betyder att den analys som kommer till användning idag en gång formulerades för funktionen att vägleda en straffrättslig bedömning av om huruvida en viss arbetsprestation skulle ådra en viss huvudman straffansvar, och inte för att definiera en lämplig fördelning av arbetsrättsliga skyldigheter i relation till arbetstagarna mellan olika huvudmän, inom ramen för en komplex arbetsorganisation i vilken arbetstagare är verksamma, utan att vara anställda.

²¹⁷ Direktiv 2008/104/EG, lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

²¹⁸ SOU 2011:5, s. 152 f, s. 56, prop. 2011/12:178, s. 27, s. 99.

²¹⁹ Prop. 2011/12:178, s. 99.

²²⁰ Prop. 2011/12:178, s. 99. Direktiv 2008/104/EG art. 1.1, 1 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

²²¹ Prop. 1970:166.

²²² Prop. 1990/91:124, s. 21, Ds 1989:30, s. 104 f.

I alla händelser anvisar 1970 års förarbetsuttalande att gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning ska ske med tillämpning av en mängd olika faktorer, som låter sig grupperas i fyra kategorier.²²³

För det första; gränsdragningen mellan entreprenad och personaluthyrning ska göras med stöd av vissa övergripande tolkningsprinciper. Det krävs att arbetsupp-
giften ska vara "avgränsad" och utföras "självständigt", för att det alls ska vara möjligt att tala om ett entreprenadförhållande. En uppsättning särskilda faktorer fungerar sedan som indicier som pekar i ena eller andra riktningen vid bedömningen av om detta självständighetskriterium ska anses vara uppfyllt.²²⁴ Gränsdragningen ska ske med stöd av en helhetsbedömning som tar samtliga föreliggande omständigheter i beaktande. Alla faktorer ska beaktas, och ingen faktor är ensamt utslagsgivande.²²⁵ För det tredje gäller att viktningen av omständigheterna ska ske i ljuset av förhållandena på den del av arbetsmarknaden den aktuella verksamheten äger rum. Samma omständigheter kan vara att bedöma olika, beroende på vilket yrke eller del av arbetsmarknaden det handlar om.²²⁶

För det andra; en grupp faktorer hänför sig till relationen mellan de båda huvudmännen, och har särskild bäring på självständighetskriteriet. För entreprenad talar att det främmande företaget är bärare av arbetsledningsrätten, och också i praktiken utnyttjar den. Rätten att leda och fördela arbetet måste ligga på det främmande företaget. Rätten att kontrollera arbetet hör också hit, men kan ske i efterhand, och på så vis möjliggörs en uppmjukning av arbetsledningskriteriet. Arbetsresultatet ska vara definierat på förhand. Arbetsresultatet ska kontrolleras och utvärderas i relation till det främmande företaget, och anmärkningar på det förs fram till det företaget.²²⁷ Det främmande företaget bestämmer arbetsstyrkans sammansättning. Vissa föreskrifter om kvalifikationer och säkerhetskrav kan dock lämnas av beställaren. Hård styrning av arbetsstyrkans utformning, t.ex. avseende antal arbetstigare, kan tala för inhyrning. Fördelningen av arbetsgivarfunktioner i termer av beslutsfattande i relation till arbetstagarna om sådant som arbetstider och beviljande av ledigheter är avslutningsvis en faktor att beakta. En implikation av dessa kriterier är att en starkt integrerad arbetsprocess i praktiken omöjliggör förekomsten av en entreprenadrelation.²²⁸

²²³ Närmare bestämt handlar det om att departementschefen ansluter sig till de bedömningar som utredningen gjort. Prop. 1970:166, s. 54, som hänvisar till s. 21-25 (remissopinionen var i huvudsak positiv, se s. 37-40), men framförallt till DsIn 1970:5, s. 20-35.

²²⁴ DsIn 1970:5, s. 33.

²²⁵ Prop. 1970:166, s. 22.

²²⁶ Prop. 1970:166, s. 54, s. 21.

²²⁷ Prop. 1970:166, s. 22f.

²²⁸ Prop. 1970:166, s. 22f.

För det tredje; en grupp faktorer hänför sig till grundläggande aspekter av utbytet de båda huvudmännen emellan. Stipulerandet av arbetsåtagandet är av särskild betydelse: en entreprenadrelation utmärks av att företaget åtagit sig att utföra en bestämd och självständig uppgift, på ett visst sätt och på viss tid, och att detta stipulerats innan arbetet påbörjats. En löpande tilldelning av arbete talar för att det handlar om en inhyrningssituation. Är arbetsåtagandet främmande i relation till vad den ordinarie arbetsstyrkan är sysselsatt med kan det tala för att utbytet är en entreprenadrelation.²²⁹ Om beställaren håller med material, maskiner och verktyg, talar det för en inhyrningssituation, eftersom det främmande företags åtagande i en sådan situation blir att endast hålla med arbetskraften. Det faktum att vederlaget för arbetet – ur de arbetandes perspektiv – är avhängigt, och tas av, den främmande rörelsens resultat, talar för entreprenad. Ett anbudsförfarande talar för entreprenad.²³⁰

För det fjärde; en grupp faktorer hänför sig till det främmande företaget. Om denna har en egen verksamhet och en egen bas utanför beställaren, talar det för entreprenad. Kriteriet är viktigt i negativ betydelse; frånvaro av självständig verksamhet talar för inhyrning. Om det främmande företaget har en egen organisation och egna resurser som båda är av viss permanens och fasthet, talar det för entreprenad.²³¹ Styrkan i koppling mellan de anställda och den främmande verksamheten är en faktor; om de anställda har intermittenta anställningar, objektsanställningar och en låg grad av koppling till det främmande företaget – t.ex. att anställningarna hos detta företag är avhängiga detta företags arbete för beställaren – talar det för inhyrning.²³²

Tillämpningen av den ovanstående uppsättningen kriterier är komplicerad. Varje faktisk situation uppvisar med skiftande styrka anknytning till många faktorer. Det är – med utredningsbetänkandets ordval – fråga om en form av ”glidande skala”, och en typ av kvantitativ förändring som vid en viss punkt slår över i en kvalitativ skillnad:

Ser man saken med entreprenadavtalet som utgångspunkt så kan en entreprenör lämna över en del av sina arbetsgivarfunktioner gentemot de anställda till beställaren. När tillräckligt stor del av dessa funktioner övergått på beställaren är det i realiteten denne som i avgörande hänseenden råder över arbetskraften. Man har nått en punkt där uthyrningsverksamhet föreligger.²³³

²²⁹ Prop. 1970:166, s. 23f.

²³⁰ Prop. 1970:166, s. 24.

²³¹ Prop. 1970:166, s. 24.

²³² Prop. 1970:166, s. 24.

²³³ DsIn 1970:5, s. 26.

Sammanfattningsvis är det alltså de båda huvudmännens avtal sinsemellan om hur arbetsorganisationen ska vara upplagd som avgör om det är fråga om entreprenad eller bemanning och i förlängningen placeringen av det arbetsrättsliga skyddsansvaret.

Vidare; gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning enligt 1970 års förarbetsuttalanden liknar tillämpningen av arbetsrättens tröskelbegrepp, arbetstagarbegreppet; det omtvistade/oklara förhållandet ska jämföras med vad som uppfattas som typiskt för ettdera förhållandet, och sedan hänför man det faktiska fallet till den kategori med vilket det har störst likheter.²³⁴ Analyserna i 1970 års förarbeten använde arbetstagarbegreppet som förlaga vid gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning, och argumenterade för att denna gränsdragning ska göras med stöd av tankeoperationen att man jämför den faktiska situationen med vad som är karaktäristiskt för en viss avtalstyp, och också med stöd av arbetstagarbegreppets materiella innehåll, och alltså hämta kriterier

från de förhållanden som är avgörande för gränsdragningen mellan anställning och uppdrag i den praxis som utbildats i anslutning till annan lagstiftning.²³⁵

Departementschefen av 1970 instämde i detta och uttalade att

Problemet att avgränsa uthyrningsverksamhet mot entreprenad är [...] i princip det samma som frågan att dra en gräns mellan uppdragsavtal och anställningsavtal.²³⁶

Detta innebär att gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning ska utföras med stöd av principer som används för att identifiera vilka arbetspresterande som överhuvudtaget är skyddsvärda, i tillämpning inom ramen för en bedömning som utvecklats för att definiera vilka förfaranden som skulle falla innanför det kriminaliserade området för olaga arbetsförmedling.²³⁷ Denna ordning är nog inte invändningsfri. Reglerna är inte transparenta och blandar rättsliga bedömningar med olika syften. Arbetstagarbegreppet som härstammar från bilaterala arbetsorganisationer används för att avgöra vilket ansvar olika huvudmän i en komplex arbetsorganisation ska bära för arbetskraften. Lagstiftaren kan idag ha anledning att upphöra med att endast vidarebefordra 1970 års förarbetsuttalanden och istället ut-

²³⁴ Ds 2002:56, s. 76 f, SOU 1975:1, s. 691-725, Westregård, The Notion of 'employee' in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?, 2016, s. 185-206 med hänvisningar.

²³⁵ DsIn 1970:5, s. 22. Man förde dessutom resonemang om s.k. arbetsrättsliga mellanmän, utan att fullfölja tankegången. DsIn 1970:5, s. 21. Departementschefen uppehåller sig inte vid detta begrepp; se prop. 1970:166, s. 54 och s. 21-25. Se Schmidt, *Löntagarrätt*, 1994, s. 73-75 om arbetsrättsliga mellanmän.

²³⁶ Prop. 1970:166, s. 21. Likartat i DsIn 1970:5, s. 26.

²³⁷ NJA 1962 s. 820, NJA 1973 s. 562, NJA 1989 s. 629.

forma en uppdaterad och självständig definition av entreprenadarbete som tjänar arbetsrättsliga syften.²³⁸ Gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning framstår som viktig och känslig – något som illustreras av ett ovanligt replikskifte mellan lagstiftaren och Högsta domstolen om vem som borde fälla avgörandet i denna fråga. 1989 argumenterade Högsta domstolen att frågan borde avgöras av lagstiftaren eftersom

spörsmålet om räckvidden av det principiella förbudet mot privat arbetsförmedling är en utpräglad intressefråga, som helst bör lösas genom lagstiftning.²³⁹

Departementschefen, som alltså inte föreslagit någon lagstiftning på området, åberopade 1991 just denna dom som ett uttryck för gällande rätt ifråga om gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning.²⁴⁰ När EU:s sanktionsdirektiv²⁴¹ skulle genomföras i svensk lagstiftning noterade lagstiftaren att legaldefinition av entreprenadarbete saknades, varpå 1970 års principer ånyo upprepades, nu i en delvis ny rättslig kontext.²⁴² De gränsdragande principerna avseende entreprenad och bemanning, tillkom under en tid då bemanning var kriminaliserat, och före det lagstadgade anställningsskyddets tid.²⁴³ Anställningsformer såsom intermitent anställning, timanställning och objektsanställning har idag blivit vanligt förekommande, och i sig också föremål för en omfattande rättsutveckling.²⁴⁴ Att det föreligger ett behov av uppdatering och klarlägganden ifråga om gränsdragningen mellan entreprenad och inhyrning illustreras t.ex. av de arbetsmiljörättsliga förarbetenas hantering av rådighetsansvaret.²⁴⁵ I diskussionen om rådighetsansvar för bemanningsanställda anförde departementschefen att regeln ”främst” tog sikte på arbetskraft som var uthyrda med stöd av de särskilda reglerna om detta,²⁴⁶ men att också inlånad arbetskraft – definierad på särskilt sätt – omfattades av rådighetsansvaret för bemanningsanställda:

²³⁸ Ständpunkterna refereras i SOU 2014:55, s. 51.

²³⁹ NJA 1989 s. 629.

²⁴⁰ Prop. 1990/91:124, s. 21 ”Genom de av Högsta domstolen nyligen avkunnade domarna (NJA 1989 s. 629) har ytterligare utvecklats på vilket sätt gränsdragningen skall ske.”

²⁴¹ Direktiv 2009/52/EG. Se kapitel 1.4.3.

²⁴² Prop. 2012/13:125, s. 101, likartat i SOU 2010:63, s. 266-274.

²⁴³ Lagen (1971:199) om anställningsskydd för vissa arbetstagare, som upphävdes i och med lagen (1974:12) om anställningsskydd, som upphävdes i och med lagen (1982:80) om anställningsskydd.

²⁴⁴ Pettersson, Arbetsdomstolen och behovsanställningarna, 2014, s. 317-331.

²⁴⁵ Jfr kapitel 4.4.4 och 4.5.4.

²⁴⁶ Lagen (1991:746) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. Upphävd i SFS 1993:440.

Ibland används dock, t.ex. inom byggbranschen, uttryckssättet att låna arbetskraft. Därmed avses vanligen ett slags uthyrning av arbetskraft. Uttryckssättet hänger samman med att 'utlånaren' ofta driver en liknande verksamhet som 'inlånaren'. Ersättning behöver då inte lämnas på annat sätt än att arbetskraft tillhandahålls. Även dessa fall träffas av bestämmelsen.²⁴⁷

De etablerade principerna för gränsdragning mellan entreprenad och inhyrning fäster stor betydelse vid arbetsledningskriteriet: om arbetsledningen utövas av det utsändande företaget, handlar det ofta om entreprenad, och tvärtom; utövar det mottagande företaget arbetsledningen, handlar det ofta om inhyrning. Mot bakgrund av att 1970 års principer hunnit bli ålderstigna och traderats genom många lagstiftningsärenden borde lagstiftaren ha anledning att uttala sig om hur dessa principer, särskilt kriteriet om arbetsledningen, ska tillämpas i dagens arbetsorganisationer. Om dagens verksamhetsstyrning allmänt sett präglas av bl.a. ökat egeninflytande för arbetstagarna, "medarbetarskap", decentralisering och självstyrande arbetsgrupper, kan bedömningen verkligen fästa lika stor vikt vid arbetsledningskriteriet som 1970 års principer uttrycker? Vilken betydelse ska egentligen fästas vid arbetsledningskriteriet och hur ser arbetsledning faktiskt ut idag? Svaret på dessa och andra frågor borde utgöra underlag för en uppdatering av olika gränsdragningar kring entreprenadförhållandet.

1.5 Arbetsrättsanalytisk metod

1.5.1 Att beskriva och analysera rätten

Law is neither a divine revelation nor a scientific discovery. It is a wholly human creation that includes the contribution of those who claim to study it and who cannot remain blind to values implied by their interpretations. [...] Whereas conceptions of justice differ from epoch to epoch and from country to country, the need for a shared representation of justice in a particular country and at a particular time does not. The legal system is where this representation takes shape and, although it may well be contradicted by the facts, it gives shared meaning and a common orientation to people's actions.²⁴⁸

Ytterst är uppgiften i avhandlingen att i en vetenskaplig kontext beskriva rätten. Detta väcker frågor om rättsvetenskapens uppgifter och dess metoder för att identi-

²⁴⁷ Prop. 1993/94:186, s. 67.

²⁴⁸ Supiot, *Homo Juridicus*, 2007, s. xx.

fiera rätten.²⁴⁹ Framställningarna av juridisk metod ger egentligen inte mycket ledning: rättsvetenskapen ska bedrivas som på likartat sätt som praktikererna tillämpar rätten, fast ”rationellare”, och då blir resultatet rättsvetenskap.²⁵⁰ I idén om rättsvetenskap finns kanske – för att koppla till citatet av Supiot ovan – en spänning: den rättsvetenskapliga forskningen ska vara ”inne” i rätten, i någon mening ”följa den”, men, inte fullt ut, något måste tillföras detta perspektiv för att verksamheten ska få kallas vetenskaplig. Detta är inte platsen för att lösa alla frågor som uppstår mot denna bakgrund, särskilt inte de Supiot nämner om att rätten är en plats där frågor om vad som är rättvist stöts och blöts, utan istället att introducera de överväganden om tillvägagångssätt och tolkning som väglett arbetet med analyserna som redovisas i denna avhandling.

Att ställa frågor om gällande rätt anses ofta inom rättsvetenskapen aktualisera en paketlösning i vilken både utpekandet av relevant material och grunderna för hanteringen av detta ingår: ”[m]aterial och metod ses som sammanvävda och fungerar så”.²⁵¹ Traditionella juridiska analyser utförda inom ramen för rättsvetenskapen har brukat benämnas rättsdogmatik, men idag anses rättsanalytisk forskning respektive postivrättslig studie vara två mer rättvisande begrepp för den här typen av texter.²⁵² Vidare; verksamheten att undersöka och fastställa gällande rätt, syftar faktiskt ”snarare [till] att systematisera stoffet, utveckla begreppsapparaten, analysera argument och tänkbara lösningar, utforma läror och principer, underkasta rättsläget kritisk granskning osv”²⁵³, och till ”att sätta in rätten i sitt sammanhang, att bedöma konsekvenserna av olika lösningar, att kritiskt granska rätten och att utveckla denna”.²⁵⁴ Det dogmatiska är alltså inte framträdande. Dessutom; i det rättsvetenskapliga fältet ”accepteras en ganska fri argumentation, i vilken rättskälleanalysen kan förenas med ändamålssynpunkter, extern specialkunskap (andra discipliners teorier inbegripna) samt forskarens allmänna erfarenheter och kunskap om området”.²⁵⁵ Syftet med just den här typen av forskning kan beskrivas i termer av att ”bidra till att åstadkomma en bättre version av gällande rätt, en version som

²⁴⁹ Selberg, Bokanmälan: Mikael Hansson, Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse, Iustus förlag, Uppsala, 2010, 463 s (diss.), s. 122-128.

²⁵⁰ Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995, s. 312 f.

²⁵¹ Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap I, 1995-96, s. 726-748, s. 16, Sandgren, Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, 2005-06, s. 349-365, s. 158.

²⁵² Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap I, 1995-96, s. 726-748, s. 12, Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, 2005, s. 648-656, s. 125.

²⁵³ Sandgren, Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, 2005-06, s. 349-365, s. 157.

²⁵⁴ Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap, 2007, s. 388-407, s. 274.

²⁵⁵ Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, 2005, s. 648-656, s. 121, Sandgren, Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, 2005-06, s. 349-365, s. 156, Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap, 2007, s. 388-407, s. 273.

ger bättre möjligheter att rättsligt hantera de diskuterade frågeställningarna”.²⁵⁶ Skapandet av en bättre systematik för de gällande rättsreglerna kan utgöra ett sådant förbättrande av gällande rätt, och dessutom utgöra nyhetsvärdet i en positiv-rättslig studie.²⁵⁷ Även om argumentationen kan, med Sandgrens formulering, vara ”ganska fri”, så ska denna kretsas kring vissa särskilda källor, och inom arbetsrätten finns en särskild uppsättning sådana källor, och ett särskilt förhållningssätt till dem.

Gängse arbetsrättsliga föreställningar om rättskällor och om juridisk argumentation kommer till uttryck både i doktrinen och i Arbetsdomstolens formuleringar.²⁵⁸ Det betyder att diskussionen på en och samma gång kretsas kring vad domstolarna gör och vad rättsvetenskapspersoner kan eller bör göra. Det handlar ytterst om att inom ramen för en (rätts-)vetenskaplig undersökning, med Folke Schmidts formulering, besvara

... frågan hur man skall gå till väga för att besvara rättsfrågan. Det har varit tradition bland jurister att lägga särskilt stor vikt vid lagtexten. Många har menat att lagtexten belysd av lagens allmänna syfte och lagens uppbyggnad skall meddela allt som är väsentligt. Metoden att ”knäcka” rättsfrågor med hjälp av en ”logisk” analys av lagtexten har ansetts som en konstart. Vill man vara elak kan man likna den ”knäckande” juristen vid vinsmakaren som känner på doften, rullar en slurk i munnen, spottar ut och därefter långsamt reflekterar över eftersmaken.²⁵⁹

Rättsvetenskapen ska bidra till att göra rätten mer överskådlig och begriplig, och försöka avmystifiera det som Schmidt talar om ovan.²⁶⁰ Arbetsrättsliga analyser, i forskningen²⁶¹ och i rättstillämpningen kan tjäna syftet att undersöka hur nedärvda rättsliga fenomen relaterar till dagens förändrade arbetsmarknad och dagens arbetsorganisationer. Utvärderingskriteriet utgår då från arbetsrättens förutsättningar att förverkliga de mål som rättsområdet självt stipulerar, och forskningen är i det avseendet systemintern.²⁶² Uppgiften ryms därför inom ramen för rättsdogmatiken i bemärkelsen ”vetenskaplig rekonstruktion av rättssystem”, eftersom det med

²⁵⁶ Malmberg, *Anställningsavtalet*, 1997, s. 25. Sandgren, År rättsdogmatiken dogmatisk?, 2005, s. 648-656, s. 123.

²⁵⁷ Källström, Kvalitetskriterier inom rättsvetenskapen, 1999, s. 75-82, s. 77, med instämmande i Hanau & Gotthardt, *Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995-2001*, 2003, s. 16.

²⁵⁸ Det förekommer i rättsdogmatiska avhandlingar att med metod uppfattas endast olika lagtolkningsstilar (t.ex. teleologisk). Ett exempel på sådant underförstått metodställningstagande är Christensen, *Studier i köprätt*, 1970.

²⁵⁹ Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 1976, s. 261 f.

²⁶⁰ Jfr hur uppgiften formulerats i arbetsrättsliga sammanhang i Sigeman, Från reception till ideologikritik. Om arbetsrättens doktrinhistoria, 2005, s. 515-532, s. 528.

²⁶¹ Jfr t.ex. Rönnmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet*, 2004, s. 19 och s. 24.

²⁶² Jfr Davidov, Re-Matching Labour Laws With Their Purpose, 2011, s. 179-189, Davidov, Articulating Labour Law's Goals: Why and How, 2012, s. 130-150.

Jareborg, ”är helt legitimt för rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar”.²⁶³ Vad som är en ideal arbetsrättslig lösning på någon punkt, ska avgöras systemimmanent, och lagtolkningen är inordnad i detta system.

1.5.2 Arbetsrättsliga rättskälleföreställningar

Rättsvetenskapsmannen kan arbeta i den trygga förvisningen att det är stort att tänka fritt. Rättskällorna klavbinder domaren som får trösta sig med att tänka rätt är större.²⁶⁴

Vilket material är källorna till rätten, och vilka källor ska en studie använda som vill undersöka gällande rätt?²⁶⁵ Vilka är de inbördes relationerna dem emellan? Under senare år har en internationaliseringsprocess inom arbetsrätten, tillsammans med bl.a. svenskt medlemskap i EU, inneburit att nationell lagstiftning verkar i samspel med internationella rättsliga normer, och detta har också inverkat på tolkningen och tillämpningen av den nationella arbetsrättsliga lagstiftningen.²⁶⁶ Inom rättsvetenskapen har återopande av rättskällor och juridisk metod ofta handlat om att dra gränser mot samhällsvetenskaperna. En effekt av detta är en form av emulsion av metod och material för den positivrättsliga forskningens del. Ett led i en vetenskaplig ambition kan vara transparens och att försöka explicitgöra och benämna källorna och metoden i undersökningen.²⁶⁷ Men, inledningsvis, är det alls befogat att tala om särskilt arbetsrättsliga rättskälleföreställningar?²⁶⁸ Apropå skillnaderna mellan Högsta domstolen och Arbetsdomstolen har Sigeman framhållit ”att AD använder i allt väsentligt samma metoder för rättstillämpning som den ledande allmänna domstolen, HD”, och att ”[d]e två domstolarna följer vad man kan förstå i huvudsak samma lära om rättskällor och dessas hierarki”. Men, också att ”[n]ågon fullständig överensstämmelse mellan principerna för rättstillämpning i AD och HD kan emellertid inte antas föreligga.”²⁶⁹

I arbetsrättslig tappning har rättskälleläran kommit att läggas ut i mycket nära samspel med s.k. derogationskriterier avseende de huvudregler som läran ger. Med

²⁶³ Jareborg, *Rättsdogmatik som vetenskap*, 2004, s. 1-11, s. 4 och Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012, s. 22.

²⁶⁴ Lind, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*, 1996-97, s. 352-370, s. 370.

²⁶⁵ Jfr Fahlbecks uttalande i sin avhandling om att han använt ”i juridisk litteratur sedvanligt material, som ej behöver presenteras”. Fahlbeck, *Om arbetsprocessrätt*, 1974, s. 8.

²⁶⁶ Se kapitel 1.5.6.

²⁶⁷ Jfr Hansson, *Kollektivavtalsrätten*, 2010, s. 21.

²⁶⁸ Jfr Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 116 f som diskuterar ”Arbetsdomstolens rättskälleföreställningar”.

²⁶⁹ Sigeman, *Är arbetsdomstolen egentligen en domstol?*, 1989-90, s. 193-206, s. 204 f.

derogationskriterier avses således en systematik för ”betingelser för att en på prejudikat grundad rättsregel försätts ur kraft”.²⁷⁰ Frågan om *vilka* källor som är tillåtna i den juridiska argumentationen smälter i Sigemans tappning närmast samman med normerna för *hur* argumentationen som sådan ska utföras. Inom arbetsrätten talar man ofta om ”normer för rättsbildningen”, dvs. regler om rättskällorna, ”och vidare regler om vilken inbördes vikt rättskällorna bör ges, något som får betydelse då material eller argument från olika källor pekar mot skilda lösningar”. Dessa regler är ”en sorts normer för konstruktion av regler i den materiella rätten”.²⁷¹

Var kan dessa normer för juridisk argumentation hittas? Den allmänt erkända tanken att ”rättskälleläran och metodläran i princip [är] densamma såväl i det juridiska beslutsfattandet som i rättsdogmatiken”²⁷², kombinerat med ett antagande om att domstolarna följer dessa i sin verksamhet ger ett pragmatiskt stöd för att studera just domstolarna, för att iaktta hur arbetsrättslig argumentation ska bedrivas och hur rättskälleläran ser ut.²⁷³ Sigeman har formulerat en arbetsrättslig rättskällelära som ger vid handen att ett flertal olika källor är relevanta, och att dessa står i olika inbördes hierarkiska relationer.²⁷⁴

Tyngst vikt av rättskällorna ”har givetvis lagbestämmelser som är tillämpliga enligt ordalagen, eller enligt måttfull extensiv tolkning”. Lagstiftaren kan således åsidosätta prejudikat.²⁷⁵ Näst tyngst bland rättskällorna väger prejudikat, som inte fått sin auktoritet undergrävd av ”väl underbyggd kritik i litteraturen”²⁷⁶ samt uttalanden i lagstiftningens förarbeten. Samtidigt gäller att förarbetsuttalanden ”som preciserar lagstiftnings innebörd upphäver verkan av prejudikat, förutsatt att utta-

²⁷⁰ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 214.

²⁷¹ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 206 f. Med uppskattning från Strömholm, En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter, 1984 s. 923, som kallar undersökningen ”ingående och skarpsinnig”, s. 929.

²⁷² Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995, s. 315. Malmbergs avhandling är ett exempel på hur rättsdogmatiken gör domarrollens rationalitet ifråga om källor och argumentation till rättsvetenskapspersonens. Malmberg, *Anställningsavtalet*, 1997.

²⁷³ Jfr ”Som viktigaste rättskälla för arbetsrättens prejudikatlära framstår dock AD:s egen praxis, främst den från senare tid.” Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 214. En annan typ av argument framhåller istället betydelsen av att studera ”vad det rättsliga handlingssystemets aktörer har gjort och – i kombination med mina föreställningar om svenska domstolars och särskilt då Arbetsdomstolens rättskälleföreställningar – vad det finns anledning att anta att de kommer att göra i framtiden när motsvarande frågor hamnar på deras bord”. Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 21.

²⁷⁴ Artikelnen är närmast att uppfatta som en framställning av regleringen av den arbetsrättsliga normgivningsmakten – en arbetsrättens regeringsform – i generella termer.

²⁷⁵ Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören AD 1978 nr 89, 1997, s. 251-267, s. 262, se även Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 216.

²⁷⁶ Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören AD 1978 nr 89, 1997, s. 251-267, s. 262.

landena står oemotsagda eller utgör sista ordet under lagstiftningsproceduren”.²⁷⁷ Uttalanden efter behandlingen i utskott (t.ex. utskottsordförandes inlägg i riksdagsdebatten) får ges rättskällevärde endast ”undantagsvis, under speciella omständigheter”. När lagförarbeten i annat ärende innehåller tolkningar av en lag, väger dessa uttalanden lättare än de ursprungliga förarbetena, som en gång föreslog lagstiftningen.²⁷⁸

Avslutningsvis gäller att doktrinen ”inte tillskrivs större betydelse än som följer av den sakliga tyngden av anförda argument”.²⁷⁹

Ända sedan tiden före den nya arbetsrättens genomförande i lagstiftning på 1970-talet har Arbetsdomstolens lagtolkning uppfattats vara starkt bunden vid förarbetsuttalanden.²⁸⁰ Att domstolen ”är ytterst lyhörd för lagstiftarens vilja så som den framträder i lagmotiven” har också varit den förhärskande analysen i forskningen också under tiden fr.o.m. den tidens stora arbetsrättsreformer.²⁸¹ På senare år har dock andra uppfattningar presenterats. Arbetsgivarjuristerna Gellner och Sydolf menar att förarbetena var viktigare när lagstiftningen expanderade så snabbt att tillämpningen inte kunde hålla jämna steg, och att idag, när rättstillämpningen stabiliserats efter de många prejudikaten, är det rent generellt dessa som är utgångspunkten för besvarandet av arbetsrättsliga frågor.²⁸² Idag tillför internationaliseringen ett dynamiskt element till rättstillämpningen.²⁸³ Lunning anser sig i och för sig kunna identifiera prejudikat där domstolen inte diskuterat förarbetena, och därför ”måste [utgången] ha varit helt omöjlig att förutse för den som tillämpar sedvanlig rättskällelära”.²⁸⁴

²⁷⁷ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 216, se även Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören AD 1978 nr 89, 1997, s. 251-267.

²⁷⁸ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 216.

²⁷⁹ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 222. Det finns dessutom extrema exempel i äldre praxis på hur ”ett uttalande om rättsläget av en utomstående juridisk auktoritet såsom JO kan vara tillräckligt för att rubba prejudikat, vilkas ställning är undergrävd genom vidhållna reservationer från en stark minoritet inom domstolen”. Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 220. Författaren diskuterar här de s.k. Syndikalismålen under AD:s ”svarta år”. Om dessa, se Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte*, 1958, s. 356 f och *passim*.

²⁸⁰ Schmidt, Rättsläget vid vilda strejker, SvJT 1970 s. 707, Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 216.

²⁸¹ Fahlbeck, Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra, 1993, s. 96, Fahlbeck, *Praktisk arbetsrätt*, 1989, s. 38, Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten*, 2013, s. 51, Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 116, Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 1994, s. 15.

²⁸² Gellner & Sydolf, *Tvistlösning i arbetsrätten*, 2005, s. 6 f.

²⁸³ Se kapitel 1.5.6.

²⁸⁴ Lunning, anmälan av Folke Schmidt, Facklig arbetsrätt. Reviderad uppl. ombesörjd av Ronnie Eklund under medverkan av Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman, Juristförlaget. Stockholm 1997. 314 s., 1998/99, s. 1013-1018, s. 1014, Lunning, Arbetsdomstolen och dispositiviteten, JT 1995/96, s. 430-433, om AD 1995 nr 108.

Linjen att rättsvetenskapens juridiska argumentationer ska följa samma regler som gäller för rättstillämparen, gäller även för arbetsrättens del. Arbetsrättstillämpningens särdrag får därmed genomslag i rättsvetenskapliga argumentationer. För Arbetsdomstolens del handlar det om att domstolen har en särskild funktion i ett delvis korporativistiskt arbetsmarknadssystem, nämligen att vara ”ett starkt sammanhållande kitt för hela organisationsväsendet”²⁸⁵ Fahlbeck tillägger att Arbetsdomstolen uppfattar sig som en institutionell företrädare för arbetsmarknaden.²⁸⁶ Konkret är intresserepresentanterna i domarsätet det som tydligt skiljer Arbetsdomstolen från andra domstolar, och i och med detta flyttas ”grundläggande motsättningar mellan de två sidorna på arbetsmarknaden” in i domstolen.²⁸⁷ Den arbetsrättsliga lagstiftningens öppna karaktär, att den möjliggör flera tolkningar, framträder för övrigt i intresseledamöternas villkor. De organisationsnominerade ledamöterna anses i och med ”bedömningsmarginalen” i rättstillämpningen kunna samtidigt bedriva s.k. ”objektiv rättstillämpning”, och känna ”lojalitet med de värderingar som finns inom den organisation som nominerat vederbörande”.²⁸⁸

1.5.3 Rättsbildningens dynamiska element: samspelet mellan delarna och helheten

... domstolars kontinuerliga verksamhet på ett mycket tydligt sätt innebär att rätten ständigt produceras och omskapas. Rättens mångtydighet och potential blir [...] tydligare när man studerar rättspraxis, än när man tar del av mer kortfattade och relativt slutgiltiga texter som lagtext och förarbeten. Samtidigt kan de begränsningar, som den rättsliga kulturen riskerar att medföra, synliggöras när man fokuserar på rättspraxis.²⁸⁹

Den viktigaste och mest kritiska punkten i den arbetsrättsliga metodläran avser den situationen att de tyngsta rättskällorna inte löser något visst problem. Domstolens antagande om att lagstiftaren reflekterat kring och avgjort de flesta tolkningsfrågor har i den här typen av situationer visat sig vara felaktigt. Uttryckt i rättskällehierarkins termer handlar det om praxisförskjutning med stöd av analogi, och att ”prejudikat kan sättas ur kraft också då ny lagstiftning tillkommer som visserligen inte är direkt tillämplig men som berör närliggande områden och som vilar på värderingar avvikande från dem som prejudikatet uttryckt”.²⁹⁰ Alltså; när en rättsfråga

²⁸⁵ Sigeman, Arbetsdomstolen i internationellt perspektiv, SvJT 2004, s. 561-572, s. 562.

²⁸⁶ Fahlbeck, Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra, 1993, s. 95-115, s. 96.

²⁸⁷ Sigeman, Är arbetsdomstolen egentligen en domstol?, JT 1989-90, s. 193-206, s. 199.

²⁸⁸ Sigeman, Domarrollen i arbetsdomstolen. Tal till en jubilerande domstol, 2010, s. 551-564, s. 562.

²⁸⁹ Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012, s. 39.

²⁹⁰ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 219.

är oklar, och det föreligger ett ”visst rättsligt spelrum”, får problemet lösas med analogiresonemang med stöd av källor av lägre valör. Denna lösning är tillåten under förutsättning att den är ”systemimmanent”, dvs. ”att den är förenlig med de värderingar som kan utläsas av redan gällande rättsliga regleringar (främst i lag) vilka inte är direkt tillämpliga men avser situationer som liknar den som domaren har framför sig”.²⁹¹ Det sagda innebär att Arbetsdomstolen prioriterar lagtolkning med stöd av s.k. rättsanalogi, för den händelse det finns ett omfattande rättsligt material att analogisera med, före att göra en extensiv tolkning av en enskild lagregel. Denna modell för rättsbildning kan Arbetsdomstolen, och därför även forskaren, ta till när ”det rättsliga materialet lämnar domstolen viss frihet att välja lösning och att själv formulera en regel”.²⁹²

Denna metod för att utan inblandning av lagstiftaren utveckla reglerna har mycket gamla arbetsrättsliga anor, och har också kommit till användning på flera punkter. Redan 1955 skrev den svenska arbetsrättens nestor²⁹³ Folke Schmidt att

Om de gamla argumentationsmetoderna kan dock sägas, att de erbjuder frågeställningar, vilket i och för sig kan vara något värdefullt. De ger en anvisning efter vilka vägar svaret skall sökas. Resonemanget förs alltid i motsatspar: tillämpning eller icke-tillämpning. Utgångspunkten är en redan erkänd rättsgrundsats vars tillämpningsområde ställs under debatt. Denna teknik kan därför sägas bygga på grundprincipen, att *domaren inte skall helt nyskapa utan i stället så långt möjligt använda normer som redan är erkända för andra situationer*. Metoden att använda analogin innehåller ytterligare ett moment. Den betonar likheten som det avgörande för anknytningen. Att *lika skall behandlas lika* är kanske den värdesats som är starkast rotad i vårt västerländska samhällsskick.²⁹⁴

Att i den rättsliga argumentationen på detta sätt använda angränsande rättsregler för att hantera åtminstone delvis nya uppgifter har t.ex. använts för att ge den arbetsrättsliga s.k. lojalitetsplikten stadga.²⁹⁵

Tröskeln för att den systemimmanenta rättsanalogin ska bli tillåten framstår som lågt satt. Redan en rätt låg grad av rättslig oklarhet tillåter att en lösning härleds ur

²⁹¹ Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören AD 1978 nr 89, 1997, s. 251-267, s. 263, Sigeman, Är arbetsdomstolen egentligen en domstol?, JT 1989-90, s. 193-206, s. 205.

²⁹² Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören AD 1978 nr 89, 1997, s. 251-267, s. 264 ff. Sigeman diskuterar mot bakgrund av AD 1978 nr 89, och tillägger att rättsanalogin i den domen väl speglar ”gängse rättskällelära för civilrättsliga förhållanden”.

²⁹³ Sigeman, Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten, 2007, s. 512-531.

²⁹⁴ Schmidt, Domaren som lagtolkare, 1955, s. 263-298, s. 296. Kursiverat i original.

²⁹⁵ Jfr Selberg & Sjödin, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter, JT 2012-13, s. 846-877, med hänvisningar till denna rättsutveckling.

det arbetsrättsliga ”systemet”.²⁹⁶ I arbetsrätten används regler som avser en likartad situation, som den gestaltar sig ur arbetstagarens perspektiv, som grund för härledande av den nya normen.²⁹⁷ På den här punkten bygger arbetsrätten således på arbetstagarens synvinkel, medan lagtolkning i allmänhet snarare tar fasta på regler som avser specialfall av en generell norm.²⁹⁸ Inom arbetsrätten gäller dessutom att den generellare normen får härledas ur värderingarna som motiverar lagstiftningen. Detta skiljer sig från de generellare lärorna i juridiken som istället kräver ett flertal olika lagregler att använda för att skapa en ny regel.²⁹⁹

Normerna för rättsbildningen inom arbetsrätten förefaller generöst inställd mot en rättsutveckling inom ramen för en tolkning av det befintliga regelverket. Situationer där rättsläget är oklart får avgöras med tillämpning av en operationalisering av värden som präglar arbetsrättssystemet. Det finns därmed omfattande förutsättningar att tolkningsvägen (*de lege sententia*) anpassa den befintliga arbetsrätten till den nya fragmenterade arbetsmarknaden, utan att lagstiftarens agerande i alla delar måste inväntas.

1.5.4 Lagtolkning med stöd av motivuttalanden

Den jurist som idag hävdar att lagtexten är ensam rättskälla försvarar ett ideal som skrivare av lagtext övergivit för länge sedan. Lagtexten har mer och mer kommit att få funktionen av en ämnesrubrik att hålla i minnet när man skall leta efter vad som åsyftats i detalj. Föredragande departementschefens yttrande till regeringsprotokollet anger huvudsyftena, vilka alternativa lösningar som förkastats och vad som kan vara den närmare innebörden av förslaget. Departementschefen kan också uttala sig om vilka regler som anses gälla på närliggande områden, allt i syfte att dirigera rättstillämpningen.³⁰⁰

Det är en utbredd uppfattning att lagförarbetena är betydelsefulla när Arbetsdomstolen avgör rättsfrågor. Lagtolkning med stöd av förarbeten är variationsrikt och nyanserat: för den händelse domstolen uppfattar att någon viss lagregel inte är direkt tillämplig i målet, vänder man sig till regeringens proposition för att leta efter uttalanden där, som kan innebära att regeln ändå blir tillämplig. Om uttalandena man hittar i propositionen är motsägelsefulla, eller om det på annat sätt står

²⁹⁶ I den allmänna rättsläran anges tröskeln som att ”fallet ligger utanför det språkligt sett naturliga tillämpningsområdet för dessa bestämmelser”. Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995, s. 349 f.

²⁹⁷ Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören AD 1978 nr 89, 1997, s. 251-267, s. 263.

²⁹⁸ I allmän rättslära är kriteriet för identifiering av dessa bestämmelser att de ”så väl hänger samman med varandra och så mycket liknar varandra, att de kan uppfattas som specialfall” av en och samma generella norm. Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995, s. 349 f.

²⁹⁹ Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995, s. 349 f.

³⁰⁰ Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 1976, s. 262.

klart att någon lagstiftaravsikt inte uttrycks i texten, bortses från denna, och nästa steg i blir att istället använda ändamålsargument ("ändamålssynpunkter") och praktiska hänsynstaganden för att avgöra målet.³⁰¹ Praxis ger intryck av att Arbetsdomstolen utgår ifrån att lagstiftaren i förarbetena förhållit sig till om inte alla, så till de flesta, tänkbara situationer. Det ligger inte nära till hands för domstolen att konstatera att relevanta uttalanden saknas i förarbetena och att lagstiftarens avsikt måste hållas för oklar. Således blir lagförarbetena betydelsefulla då det saknas "uttryckliga lagregler" för en viss situation. För den händelse det saknas även förarbetsuttalanden om den fråga som ska avgöras, får domstolen istället överväga om det inte är möjligt att göra en analogi inom lagen. För den händelse detta inte går, undersöker domstolen i nästa steg om förarbetsuttalanden (till den aktuella lagen) avseende andra frågor än den som ska avgöras, "indirekt" kan "belysa" tvistefrågan. Saknas även sådana uttalanden tar domstolen "ställning till om man efter mera allmänna överväganden kan resonera sig fram till en lösning på problemet". I det här läget handlar det i första hand om att "undersöka om några slutsatser kan dras utifrån de allmänna grunderna för lagstiftarens åtgärd att införa regler", och i andra hand om att beakta de praktiska effekterna av att lösa tvisten på endera sättet.³⁰² Sammanfattningsvis; finns en lagstiftaravsikt uttryckt i lagförarbetena, lägger Arbetsdomstolen denna till grund för lagtolkningen.³⁰³

Om lagregler flyttats över från äldre rätt, blir de åtföljande äldre förarbetena relevanta att beakta vid tolkningen.³⁰⁴ Om utredningsbetänkanden till äldre rätt inte tagits med i det fortsatta lagstiftningsarbetet, ska dessa i regel inte tillmätas avgörande betydelse vid lagtolkningen.³⁰⁵ För den händelse varken lagtexten, eller dess förarbeten ger klart besked om hur en tvist ska lösas kan det bli aktuellt att beakta förarbeten till andra arbetsrättsliga lagar, som innehåller liknande regler eller rättsinstitut. Dessa förarbetsuttalandens värde är mer begränsat eftersom de tillkommit i ett annat sammanhang.³⁰⁶

När analysen av förarbetena ger vid handen att ställningstagande i en viss rättsfråga överlämnats till tillämparen ska de grundläggande idéer som definierar den aktuella lagstiftningen, och vilken typ av målkonflikter den är ägnad att hantera (t.ex. social skyddslagstiftning som även ska tillgodose behovet av flexibilitet). I det här skedet blir det relevant att fråga hur dessa idéer och målkonflikter kommer till uttryck och hanteras i just den bestämmelse som analyseras. Olika tänkbara lösningar ska testas i relation till det som uppfattas som lagstiftningens skyddsin-

³⁰¹ AD 1979 nr 33.

³⁰² AD 1979 nr 113.

³⁰³ AD 1979 nr 33.

³⁰⁴ AD 1979 nr 137.

³⁰⁵ AD 1979 nr 137.

³⁰⁶ AD 1979 nr 137.

tresse och i relation till den hantering av målkonflikter som finns förborgade i lagen och regeln. Det sista steget undersöker om huruvida endera lösningen leder till ”stora praktiska svårigheter” eller ”praktiska olägenheter”, och hur dessa i så fall är fördelade mellan de båda parterna.³⁰⁷

1.5.5 Särskilt om tolkningen av generalklausuler och avvägningsnormer

De i svensk arbetsrätt så vanligt förekommande generalklausulerna, tillika brett tillämpliga avvägningsnormerna,³⁰⁸ ska hanteras på särskilt sätt. Arbetsdomstolen uppfattar denna typ av regler som en form av delegation av rättsbildningsauktoritet, från lagstiftaren till domstolen.³⁰⁹ Vid tolkning av avvägningsnormer används uppräkningsregler i propositionen av situationer i vilka regeln är tillämplig som just exemplifierande; uppräkningsreglerna i sig ska inte ligga till grund för slutsatsen att andra fall inte omfattas av regeln.³¹⁰ Istället ska exemplifieringen, betraktad i ljuset av lagstiftningens syfte, utgöra ledning om huruvida en avvägningsnorm är tillämplig i ett visst fall.³¹¹ Öppet hållna och brett tillämpliga regler uppfattas av Arbetsdomstolen som avsedda ”att utgöra grundval för en vidareutveckling inom rättstillämpningen i enlighet med de allmänna värderingar som uppstår”, i första hand lagstiftningen generellt, och i andra hand enskilda institut förborgade i lagstiftningen. Statsmakternas intentioner som de presenteras i förarbetena är ledstjärnan vid lagtolkningen. Operationen avslutas med att det efterfrågas om det sålunda identifierade handlings sättet är förknippat med ”avgörande negativa följder” för någon intressent.³¹² När direkt ledning för tolkning av en avvägningsnorm inte finns vare sig i lagen eller i dess förarbeten uppfattar Arbetsdomstolen att man får ta utgångspunkt i allmänna uttalanden – om regelns utgångspunkter och syften, samt problemformuleringen i lagstiftningen – som ger en riktning för avgörande av frågan.³¹³ När lagförarbetena föreskriver att ”förändrade värderingar” på arbetsmarknaden ska ges genomslag i tolkningen (tillämpningen) gäller att ”sådana värderingar beaktas som yttrar sig i sedvänjor på betydande delar av arbetsmark-

³⁰⁷ AD 1979 nr 137.

³⁰⁸ T.ex. reglerna om ”saklig grund” för uppsägning, om ”tillräckliga kvalifikationer” som förutsättning för företräde till fortsatt anställning och återanställning vid arbetsbrist enligt 7 §, 22 § och 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd, samt primärförhandlingar vid ”viktigare förändring” enligt 11 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Jfr Rimsten, *Arbetsdomstolen och lagstiftaren*, 1998, s. 48ff, s. 139ff.

³⁰⁹ T.ex. Källström, *Alkoholpolitik och arbetsrätt*, 1992.

³¹⁰ Jfr Peczenik, *Vad är rätt?*, 1995, s. 344 f om motsatsslutets logik.

³¹¹ AD 1979 nr 149.

³¹² AD 1979 nr 118.

³¹³ AD 1978 nr 51.

naden, varvid någon överprövning av om sedvänjan är acceptabel knappast krävs”. Även lagstiftning på närliggande områden är ett sådant uttryck för förändrade värderingar som kan analogivis beaktas i tillämpning av öppna arbetsrättsliga regler.³¹⁴

1.5.6 Arbetsrättskällelärans, EU-rätten och Europakonventionen

The key question of who may legitimately define what valid law is in the Europeanized area of Swedish law cannot be answered solely by the Riksdag, through Swedish acts of law or in legislative preparatory works.³¹⁵

De arbetsrättsliga föreställningarna om rättskällor och lagtolkning, som har sin grund i 1970-talets nationella lagstiftning, har i och med EU-inträdet och den ökade betydelsen av diskurser om mänskliga fri- och rättigheter kommit att delvis förändras.³¹⁶ Redan för 15 år sedan gjorde Bruun gällande att, EU-arbetsrätten utvecklats så långt ”att det inte mera går att dra en klar skiljelinje mellan nationellt inriktad arbetsrättslig forskning och internationellt inriktad EG-arbetsrätt” och att EU-reglerna ”bör utgöra en del av det arbetsrättsliga normalparadigmet”.³¹⁷ Vidare; idag är Arbetsdomstolen, återigen med Sigemans fortfarande högaktuella formulering, att uppfatta som en nationell domstol som är ”en EG-domstol inlemmad i övernationell rättslig gemenskap”. Nya rättskällor har tillkommit och rättskällelärans har förändrats till det mer invecklade. Arbetsdomstolen, som, enligt Sigeman, ”på ett lyckligt sätt visat inte bara lyhördhet och lojalitet utan också självständighet i förhållande till EG-domstolen”³¹⁸ har ”i viss mening klavbundits, och den utveckling mot vidgat svenskt domstolsinflytande som inleddes på 70-talet har hejdats”.³¹⁹ De EU-arbetsrättsliga normerna blir relevanta som rättskälla i långt fler fall än endast de som inbegriper balanserandet av nationell lagstiftning

³¹⁴ Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, 1977, s. 203-229, s. 227.

³¹⁵ Reichel, European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts, 2011, s. 245-278, s. 274.

³¹⁶ Pettersson & Selberg, Abnormal Justice and Globalised Labour Markets: Thinking Labour Law with Judy Fudge, 2016, s. 263-284, Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande*, 2015, s. 39-55, Malmberg, Arbetsrätten efter EU-inträdet, SvJT 2011 s. 430.

³¹⁷ Bruun, Några synpunkter på EG-rättens utmaningar för arbetsrättslig forskning, 1999, s. 191-199, s. 191f.

³¹⁸ Sigeman, Arbetsdomstolen i internationellt perspektiv, SvJT 2004, s. 561-572, s. 571. Bruun & Malmberg, Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar, 2005, s. 65-90. Jfr Selberg & Sjödin, EU-rätten skulle gagnas av en arbetsrättslig avdelning i EU-domstolen, 2015, s. 415-424.

³¹⁹ Sigeman, Domarrollen i arbetsdomstolen. Tal till en jubilerande domstol, 2010, s. 551-564, s. 558.

(t.ex. på arbetsrättens område) och EU-fördragens regler om fri rörlighet.³²⁰ Sjödin menar i anslutning till detta att

det inte [är] meningsfullt att tala om EU och arbetsrätt och inte heller om europeisk arbetsrätt. Tvister löses i en nationell kontext där såväl nationell som EU-rätt måste beaktas i ett sammanhang.³²¹

Den traditionella inhemska rättskälleläran har således förändrats i flera hänseenden. Viktigast är förstås det faktum att EU-rätten har företrädare före nationell arbetsrätt, och att nationell arbetsrätt ska tolkas i ljuset av EU-rätten.³²² Gällande nationell rätt på områden som harmoniserats med stöd av direktiv måste tolkas med stöd av direktiven i sig och EU-domstolens praxis om dem.³²³ Uttalanden i nationella förarbeten får inte användas för att tolka EU-direktiv. När förarbeten innehåller tolkningar av EU-rätten är dessa inte att uppfatta som auktoritativa, utan snarare att förstå som ett övervägande om hur en viss bestämmelse skulle kunna komma att tolkas av EU-domstolen. Dessa argumentationslinjer måste alltid testas mot EU-rätten, med avseende på argumentationens tyngd, utan beaktande av auktoriteten hos den instans som framfört den. Ju mer av arbetsrätten som regleras i direktiv, desto större blir rörelsen bort från den källa som traditionellt varit viktigast i svensk arbetsrätt; lagmotiven.³²⁴ Arbetsdomstolen beaktar således EU-rätten när denna är relevant, och detta sker inom ramen för en tolkning av den nationella rätten som inte nödvändigtvis måste leda till dramatiska resultat. Bruun och Malmberg skriver om de nationella domstolarna att:

det allmänna intrycket [är] att domstolarna varit påtagligt försiktiga i att åsidosätta nationella arbetsrättsliga regler. Den allmänna inriktningen tycks vara att i möjligaste mån finna tolkningar utan att komma i konflikt vare sig med EU-rätten eller med nationell rätt.³²⁵

Den här typen av jämkning mellan reglering härstammande från EU och äldre svensk arbetsrätt kan uppfattas som en exponent för att de arbetsrättsliga normerna är öppna och ofta möjliggör olika tolkningar. Europeiseringen av de svenska rättskällorna i dess helhet har dessutom samtidigt beskrivits i termer av en stor och

³²⁰ Reichel, *European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts*, 2011, s. 245-278, s. 258 ff.

³²¹ Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande*, 2015, s. 46.

³²² Nielsen, *EU Labour Law*, 2013, Davies, *EU Labour Law*, 2012, Bercusson, *European Labour Law*, 2009, *passim*.

³²³ Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 64f med hänvisningar.

³²⁴ Malmberg, anmälan Bernard Johan Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, Juristförlaget i Lund, 2004, 392 s., 2005-06, s. 209. Nielsen, *EU Labour Law*, 2013, s. 110, *passim*.

³²⁵ Bruun & Malmberg, *Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar*, 2005, s. 65-90, s. 76.

betydelsefull förändring. När Reichel sammanfattar om europeiseringen av rättskällorna framträder tydligt att EU-rätten i princip är en överordnad rättskälla, och att de traditionella – nationella – rättskälleföreställningarna får vika vid vissa typer av konflikter med EU:

... Swedish law has undergone important changes during recent decades. Swedish courts have not hesitated to set aside acts of law on the basis of their being contrary to European legal sources on human rights, as well as broad principle-oriented provisions with strong economic and political connotations as the Treaty-based EU rules on free movement. The importance of general principles of law, court-based legal instruments, has increased, whereas legislative preparatory works, emanating from the legislator, have undergone a decrease in importance.³²⁶

För arbetsrättens vidkommande är de europeiska rättskällorna således framförallt viktiga i frågor som anknyter till fri rörlighet och gränsöverskridande situationer samt då tvister aktualiserar mänskliga fri- och rättigheter. EU-rättens inverkan på nordisk arbetsrätt brukar i övergripande termer karaktäriseras som att den utgör en förstärkning av den individuella dimensionen i arbetsrätten, och som en motsvarande nedtoning av den kollektiva dimensionen i reglerna.³²⁷

EU-arbetsrättens utveckling leder till förändringar inte endast för rättstillämparna, utan även till en förändrad agenda för rättsdogmatisk/-analytisk arbetsrättsforskning. Eftersom det idag inte på samma sätt som tidigare går att tydligt identifiera en rättstillämpare som är relevant för EU-rätten, blir det följaktligen mindre relevant att bedriva forskning som i form av prognoser och rekommendationer ytterst riktar sig till domare. Rättsdogmatisk/-analytisk forskning om EU-arbetsrättsliga tolkningsfrågor kan istället hanteras genom att ”kartlägga tolkningsproblem eller förfaranden i syfte att reda ut potentiella tolkningsmöjligheter och kanske sådana faktorer som talar för eller emot olika lösningar”.³²⁸ Tolkningen av EU-rätten – både i rättsvetenskapen och i rättstillämpningen – sker i ljuset av unionsrättens rättskällelära, som Nielsen karaktäriserar enligt följande:

³²⁶ Reichel, *European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts*, 2011, s. 245-278, s. 270. Referenser utelämnade här.

³²⁷ Nielsen, *Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning*, 1992, s. 25.

³²⁸ Bruun, *Några synpunkter på EG-rättens utmaningar för arbetsrättslig forskning*, 1999, s. 191-199, s. 196 f. Jfr dock: ”den svenska Arbetsdomstolen är benägen att begära förhandsavgörande om den efter en inträngande analys av EG-rätten inte anser sig kunna göra en prognos med hög grad av sannolikhet om hur EG-domstolen skulle ha avgjort målet”. Bruun & Malmberg, *Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar*, 2005, s. 65-90, s. 84.

in EU law there are many different sources of law stemming from different legal actors and sometimes with inconsistent content. Deciding *which sources of law are relevant and balancing different sources of law against each other* will therefore often be necessary – and controversial.³²⁹

Folkrättsligt material kan dessutom bli relevant i en nationell arbetsrättslig tillämpningskontext. Enligt Herzfeld Olsson är det ”sällsynt med mål som tyder på att domstolen över huvud taget varit beredd att tolka en viss bestämmelse i viss riktning på grund av en internationell förpliktelse”.³³⁰ I fall där domstolen ”anser det säkerställt att rättigheten har en privaträttslig dimension” är Arbetsdomstolen beredd att utsträcka skyddet i Europakonventionen till att gälla i relationen mellan enskilda.³³¹ Herzfeld Olsson menar att Europakonventionen ”även efter inkorporeringen i svensk rätt har 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.”³³² Sammanfattningsvis; ”det är mycket sällsynt att internationella förpliktelser av mänsklig rättighetskaraktär tydligt påverkat utgången av ett mål. Resultatet hade således blivit detsamma om enbart nationell rätt beaktats.”³³³ När det är relevant ska arbetsrätten tolkas konventionskonformt med Europakonventionen. Med Arbetsdomstolens egen formulering ansvarar man för ”att se till att i vissa fall rättigheterna enligt konventionen respekteras även i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare”.³³⁴ I förlängningen kan en implikation vara att allmänintresset får en starkare ställning i arbetsrättsliga argumentationer. Parternas intressen ska fortfarande vägas mot varandra inom ramen för en avvägning av omständigheterna i det enskilda fallet, men även samhällsintresset får tillskrivas ett värde och ges på så sätt ett genomslag i den arbetsrättsliga tvistelösningen.³³⁵ Arbetsdomstolen själv beskriver sambandet mellan Europakonventionen och tolkningen av arbetsrättslig lagstiftning i termer av

³²⁹ Nielsen, *EU Labour Law*, 2013, s. 41. Kursiverat i original.

³³⁰ Herzfeld Olsson, *Folkrätten i arbetsrätten*, 2011, s. 204-229, s. 214.

³³¹ Herzfeld Olsson, *Folkrätten i arbetsrätten*, 2011, s. 204-229, s. 218.

³³² Herzfeld Olsson, *Folkrätten i arbetsrätten*, 2011, s. 204-229, s. 225.

³³³ Herzfeld Olsson, *Folkrätten i arbetsrätten*, 2011, s. 204-229, s. 228.

³³⁴ AD 2012 nr 25.

³³⁵ AD 2012 nr 25. Jfr Selberg & Sjödin, *Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter*, JT 2012-13, s. 846-877.

Att domstolar ska vara försiktiga med att tolka en civilrättslig lag som att denna innefattar begränsningar av yttrandefriheten följer numera också av att svenska staten och dess domstolar är skyldiga att se till att yttrandefriheten enligt Europakonventionen respekteras även mellan enskilda.³³⁶

Detta kan uppfattas som ett uttryck för en utveckling som består i att partsautonomin i det svenska arbetsrättsliga systemet är på tillbakagång, eller åtminstone numera på ett tydligare sätt utspelas inom ramarna för en övergripande reglering av mänskliga rättigheter.

³³⁶ AD 2015 nr 29.

2. Anställningsskydd i komplexa arbetsorganisationer

2.1 Ansvarsfördelning och arbetsgivarbegrepp i det fragmenterade arbetslivets anställningsskydd

2.1.1 Anställningsskyddet och arbetsgivarbegreppet - individens anställning och kollektivets ställning

Problematiken kring arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddet kretsar kring frågan om var en arbetstagare kan göra gällande sin ”trygghet i anställningen”³³⁷

Redan anställningsförhållandets natur motiverar införande av anställningsskydd. En arbetstagare³³⁸ är nämligen en människa som säljer sin arbetskraft till ett annat subjekt. Om den arbetspresterande hade sålt arbete till flera, så hade hen inte arbetstagare utan uppdragstagare och inte inkluderad i arbetsrätten. Beroendet till en motpart är således en oskiljaktig del av arbetstagarbegreppet. För den som lever på att sälja sitt arbete är avtalsrelationen med köparen av avgörande betydelse, men det omvända gäller inte: arbetsgivaren kan ersätta en arbetstagare med en annan person. Detta ger arbetsgivaren en maktställning över arbetstagaren.³³⁹ Anställningsskyddslagen utgår från ett antagande om att makt ska utövas under ansvar och om att beslut fattade med stöd av en maktposition ska ha saklig grund. Att hålla den maktfulle ansvarig förknippas med både rättsstaten och arbetsrättens grundläggande syfte.³⁴⁰ Eftersom arbetstagaren är beroende av anställningsavtalet för sin försörjning, samtidigt som arbetsgivaren inte är beroende av det enskilda anställningsavtalet, så utgår lagstiftaren från att det vore orättvist om arbetsgivaren

³³⁷ Jfr titeln på utredningsbetänkandet avseende den första svenska heltäckande anställningsskyddslagen; SOU 1973:7.

³³⁸ Arbetstagare har fler kännetecken (”kriterier”) än så. Se SOU 1975:1, s. 691-725, Ds 2002:56, s. 75-138, Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964.

³³⁹ Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, s. 45-48 med vidare hänvisningar.

³⁴⁰ Se t.ex. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, s. 103, Malmberg, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om?*, 2010 Kahn-Freund, *Labour and the Law* 1977.

kunde avsluta detta avtal utan att kunna uppvisa sakliga skäl för åtgärden. Denna situation är inte för handen för uppdragstagare som bygger sin försörjning på flera enskilda avtalsrelationer – och därför blir varje enskilt avtal inte av avgörande betydelse, beroendet av de enskilda köparna blir litet, och något behov av skydd mot uppsägning av avtalen föreligger därmed inte. Det är således rimligt att arbets- tagare och uppdragstagare omfattas av olika regler vad gäller skydd mot uppsäg- ning av arbetsavtalet. Den som är huvudman i ett arbetsavtal som någon annan är starkt beroende av, bör få säga upp det endast om sakliga skäl motiverar det. Häri ligger förklaringen till varför lagstiftaren ansett att skyddsregler är och bör vara, tillämpliga på arbetsgivares uppsägning av anställningsavtal.³⁴¹

Lagstiftning som på detta sätt syftar till att reglera en avtalsrelation har automa- tiskt och nödvändigtvis parten som vill frigöra sig från avtalet som adressat. Ef- tersom anställningsskyddet är så nära kopplat till anställningsavtalet förekommer arbetsgivarbegreppet i detta sammanhang framförallt i egenskap av part i avtalet; den kontraktuella utgångspunkten således. Problematiken är emellertid mer kom- plex än så: anställningsskyddet avser i praktiken inte endast avtalsparterna i avtals- rättslig mening. Arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddet inbegriper problem kring var arbetstagaren kan göra gällande sitt anställningsskydd. Anställnings- skyddets arbetsgivarbegrepp handlar snarast om att avgränsa de hot mot anställ- ningsavtalets fortbestånd som lagstiftningen är tillämplig på. Dessutom handlar arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddet om att, delvis bortom anställningsavta- lets partsställning, ange de yttre ramarna för dessa reglers inneboende rättvisprin- ciper: mot vad ska det avgöras om arbetstagaren gjort sig skyldig till avtalsbrott (uppsägning p.g.a. personliga skäl), och vilka arbetstagare ska konkurrera med varandra om de kvarvarande arbetsuppgifterna när arbetsgivaren anför verksam- hetsrelaterade skäl för uppsägningen (arbetsbrist)?

Grundtemat i anställningsskyddet handlar om att reglera arbetsgivarens handlings- alternativ i relation till anställningsavtalets fortbestånd. För att tala med Ad- lercreutz från tiden före det lagstadgade anställningsskyddet (1968):

Givetvis avskedar en arbetsgivare i sitt eget intresse i allmänhet inte utan skäl, men det kan för honom stundom vara frestande att göra sig av med en arbetstagare, som han av någon anledning blivit förargad på, eller att föryngra sin personal till nackdel för de äldre anställda.³⁴²

Idag såväl som 1968 handlar anställningsskydd om att freda arbetskraften från arbetsgivarens frestelse att föryngra arbetsstyrkan, eller att göra sig av med någon

³⁴¹ Davidov, In Defence of (Efficiently Administered) 'Just Cause' Dismissal Laws, 2007, s. 117-138, Collins, *Justice in Dismissal. The Law of Termination of Employment*, 1992, *passim*, Da- vidov & Eshet, Intermediate Approaches to Unfair Dismissal Protection, 2015, s. 167-193.

³⁴² Adlercreutz, *Svensk arbetsrätt*, 1968, s. 71.

hen inte gillar.³⁴³ Problematiken i anställningsskyddet är således i princip oförändrad, men idag påverkar i högre grad också andra krafter arbetsgivarna. Globaliseringen av världsekonomin har lett till att de konkurrensutsatta sektorerna i högre grad är utsatta för marknadskrafternas påverkan. Vissa sektorer av den svenska arbetsmarknaden är särskilt konjunktur känsliga, och på dessa är riskerna för arbetsbrist uppsägningar ständigt närvarande när arbetsgivarna upplever sig utsatta för starka yttre krafter som påverkar deras behov av arbetstagare.³⁴⁴

Vidare; arbetstagarens person blir alltmer betydelsefull om det som produceras i anställningsförhållandet är en tjänst som ska tillhandahållas en konsument. På den växande tjänstesektorn är slutkonsumenternas bedömningar av arbetskraften en viktig omständighet för arbetsgivarens beslut kring anställningar.³⁴⁵

Förändrade migrationsmönster påverkar också arbetsmarknaden och anställningsskyddet. För reguljära arbetskraftsmigranter utgör anställningen i princip en förutsättning för vistelsen i landet, och därför är detta avtal av än större betydelse för denna grupp³⁴⁶, medan irreguljära migranter inte anses vara alls omfattade av anställningsskyddslagen.³⁴⁷

Ur rättslig synvinkel är möjligheterna att använda tidsbegränsade anställningar kanske den största skillnaden mellan den tidpunkt då anställningsskyddet lagstod (1971/1973) och idag. När anställningsskyddet lagstod kombinerades detta inledningsvis med ett snävt definierat område för att skapa tidsbegränsade anställningar, men efterföljande reformer har succesivt utökat möjligheterna att ingå tidsbegränsade anställningsavtal; förekomsten av tidsbegränsade anställningsavtal brukar uppfattas som en följd av den skyddsreglering som kopplades till tillsvidareanställningen.³⁴⁸ Idag råder således vidsträckta möjligheter att ingå tids-

³⁴³ Jfr bidragen i Manfredi & Wickers, *Challenges of Active Ageing*, 2016 och i Bernhardt, *Skitliv. Ungas villkor på en förändrad arbetsmarknad*, 2012.

³⁴⁴ Jfr t.ex. Valletta, Bengali & van der List, *Cyclical and Market Determinants of Involuntary Part-Time Employment*, 2016.

³⁴⁵ Jfr bl.a. Prajogo & Oke, Human Capital, Service Innovation Advantage, and Business Performance, 2016, s. 974-994.

³⁴⁶ 6 kap. och 6 a kap. utlänningslagen (2005:716).

³⁴⁷ AD 1979 nr 90. Jfr Selberg, Exkluderade ur nationen, inkluderade i arbetsrätten?, 2016, s. 241-274.

³⁴⁸ Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, Numhauser-Henning, Från begränsad till allmän visstidsanställning, 2007, s. 367-383, Engblom, Fixed-Term-at-will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden, 2008, s. 133-149, Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012, Ulander-Wänman & Blom, The Evolution of Fixed-term Employment in Swedish Legislation: What Can We Learn from History?, 2016, s. 207-223.

begränsade anställningsavtal och arbetsmarknaden har delvis segmenterats i grupper som under långa perioder omfattas av olika grader av anställningstrygghet.³⁴⁹

Navet i anställningsskyddet är regeln om att en uppsägning av en tillsvidareanställning från arbetsgivarens sida ska ha saklig grund. Om arbetsgivaren åberopar skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen ska dessa skäl prövas mot den juridiska standarden saklighet. Om arbetsgivaren istället åberopar verksamhetsrelaterade skäl för att vidta uppsägningar innebär anställningsskyddsreglerna att antingen arbetstagarna med längst anställningstid och tillräckliga kvalifikationer har bäst rätt att ha kvar anställningen (turordning enligt lag), eller så ingår arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen ett kollektivavtal som reglerar vem som har företräde till att stå kvar i anställningen (avtalsurlista).³⁵⁰

Anställningsskyddet har två huvudsakliga funktioner: för det första att skydda arbetskraften från godtyckliga uppsägningar, och för det andra att hantera – omfördela – de samhällseliga kostnader som är förknippade med uppsägningar. Ur den enskilde arbetstagarens synvinkel står maktrelationerna på arbetsplatsen och möjligheterna att för framtiden ha en trygg inkomst i förgrunden, medan anställningsskydd ur ett samhällsekonomiskt perspektiv snarare handlar om näringslivets förändring (strukturomvandling), effektiv resursfördelning och (full) sysselsättning (låg arbetslöshet).

Vid den tid – 1900-talets början för svenskt vidkommande – då tanken att arbetsmarknaden gav upphov till problem som borde bli föremål för särskild rättslig hantering på allvar började föras fram, var utgångspunkten för diskussionen att arbetsavtal skulle uppfattas som vilka avtal som helst mellan fria och jämställda parter (det s.k. fria tjänsteavtalet), och att de följaktligen fick sägas upp utan angivande av skäl.³⁵¹ I och med den s.k. Decemberkompromissen 1906 definierades den fria uppsägningsrätten som en del av arbetsgivarprerogativet och kom att gälla med grund i kollektivavtal på den sektorn av arbetsmarknaden som reglerades i kollektivavtal med arbetsgivarorganisation inom Svenska Arbetsgivarförbundet.³⁵² Mot denna historiska bakgrund kretsar i rättslig bemärkelse fortfarande anställningstrygghet kring (anställnings-)avtalet, och förutsättningarna för att ena parten – arbetsgivaren – ska få avsluta det, mot den andra partens – arbetstagarens

³⁴⁹ T.ex. Sveriges officiella statistik, Statistiska meddelanden, AM 110 SM 1501, Utvecklingen av tidsbegränsat anställda, 24 februari 2015, s. 34.

³⁵⁰ 2 § 3 st, 7 § och 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

³⁵¹ Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 42ff, s. 51, Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 131-263, Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte*, 1958, s. 112-197.

³⁵² Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 42ff, s. 51, Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 131-263, Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte*, 1958, s. 112-197.

– vilja. Anställningsskyddet länkar sålunda tillbaka till kontraktsrätten, som ju har gamla anor.³⁵³

Inom EU har frågan om ett generellt anställningsskydd uppfattats som en medlemsstatlig angelägenhet, och därför har EU-rätten inte kommit att spela en framträdande roll på anställningsskyddets område. EU:s betydelse för anställningsskyddet är istället indirekt i det att övergripande förskjutningar av synsättet på anställningsförhållandet kan komma att utvecklas på EU-nivå och sedan överföras till medlemsstaterna. Begrepp som flexicurity och employability är numera omistliga för att förstå anställningsskydd, och dessa begrepp har kommit till diskussionen via EU.³⁵⁴

Eftersom anställningsskyddet är, och alltid varit, både politiskt och rättsligt omstritt, har det kommit att uppstå en mytbildning kring reglernas radikalism och innehåll.³⁵⁵ Trots dessa debatter har det lagstadgade anställningsskyddet i allt väsentligt varit sig likt sedan 1970-talets början. Idag befinner sig dock regeln om saklig grund för uppsägning i en annan kontext än när den tillkom: bemanningsanställning är tillåten, utrymmet för tidsbegränsning av anställningar omfattande³⁵⁶, arbetsmarknaderna globaliserade, Sverige medlem i EU och med en åldrande befolkning.³⁵⁷

Anställningsskyddslagstiftningens yttersta funktion är att förstärka arbetstagarnas ställning i anställningsförhållandet. Dessutom är dessa regler kopplade till den grundläggande ordningen att arbetet presteras först och ersätts i efterhand och att arbetsgivarens åtagande är att svara för organisationen inom vilket arbetet utförs, medan arbetstagarens skyldighet är att prestera arbetet.³⁵⁸ Arbetstagarens intresse av en långsiktig relation är större än arbetsgivarens. Anställningsskydd är en förutsättning för att arbetsgivarens utfästelser om framtida fördelar för de anställda överhuvudtaget ska vara beaktansvärda. En utfästelse från arbetsgivaren om en

³⁵³ Jfr Vogel-Polsky, *The Problem of Unemployment*, 1986, s. 154-192, s. 180ff, Veneziani, *The Evolution of the Contract of Employment*, 1986, s. 31-72.

³⁵⁴ Se kapitel 2.1.5.

³⁵⁵ Glavå, 30 år med anställningsskydd – och med myter, 2005, s. 209-229, Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 19, s. 36.

³⁵⁶ Särskilt konstruktionen med anställning ”tills vidare, längst till och med ...” som kan sägas upp om arbetsgivaren har sakliga skäl, men som samtidigt inte är längre än den stipulerade tidpunkten; således en till arbetstagarens nackdel blandning av anställning tillsvidare och tidsbegränsning. Jfr Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 128. Även de s.k. intermitenta anställningarna utgör en svår utmaning mot tankar om anställningsskydd. Pettersson, *Arbetsdomstolen och behovsanställningarna*, 2014, s. 317-331.

³⁵⁷ Numhauser-Henning, *Labour Law in a Greying Labour Market – In need of a reconceptualisation of work and pension norms. The Position of Older Workers in Labour Law*, 2013, s. 84-100, Numhauser-Henning, *Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor*, 2010, s. 439-473.

³⁵⁸ Danhard, *Arbetskyldighetens gränser*, 2004, s. 7-57, Sigeman *Lönefordran*, 1967.

viss fördel till en anställd efter en viss anställningstid skulle sakna mening om arbetsgivaren var fri att avsluta anställningen när som helst (och därför kunde göra det strax före tidpunkten för infriandet infaller).³⁵⁹ Denna mekanism gör sig gällande också för möjligheterna att flytta fram positionerna i relation till arbetsgivaren; utan kontinuitet i anställningsförhållandet är det inte möjligt för arbetstagarna att utverka att i framtiden få ett större utbyte av anställningen.³⁶⁰

Anställningsskydd är en förutsättning för goda arbetsvillkor i flera avseenden. Kunde varje anspråk från arbetstagarnas sida på förbättringar av arbetsvillkoren och förutsättningarna för arbetet besvaras med att anställningsrelationen avslutades, skulle arbetsgivaren i praktiken arbeta mindre med dessa aspekter, eftersom arbetsstyrkan skulle kunna bytas ut efter att den slitits ut, men också redan av det skälet att arbetskraften inte skulle våga framföra klagomål av rädsla för att bli uppsagda.³⁶¹

Anställningsskydd är viktigt som komplement till de rättigheter av olika slag som välfärdsstaten innebär för arbetstagare. Om varje ianspråktagande av en rättighet som tillkommer en arbetstagare, och som innebär någon kostnad eller omgång för arbetsgivaren, t.ex. ledighet för vård av sjuka anhöriga m.m., kunde mötas med anställningsrelationens avslutande skulle arbetsrätten i praktiken motverka andra aspekter av välfärdsstaten. En arbetstagare som är rädd för att förlora arbetet om denne utnyttjar någon rättighet, blir självfallet mindre benägen att göra detta.³⁶² Anställningsskyddet samverkar här med bl.a. socialförsäkringssystemet och utbildningsväsendet och är en bakgrundsfaktor för dessa regelverk.

Ur övergripande synvinkel länkar anställningsskyddet in i själva konstruktionen av det byte – arbete mot ersättning i pengar – som anställningen utgör. Ett anställningsavtal är olika värdefullt för de respektive parterna i avtalet, och därför blir deras inbördes relation ojämlik. Arbetstagarna saknar alternativa möjligheter till försörjning än lönearbete, och det är befogat att tala om ett indirekt verkande strukturellt ekonomiskt tvång till lönearbete.³⁶³ Arbetsgivaren vill ha arbete utfört

³⁵⁹ Schmidt, *Tjänsteavtalet*, 1959, s. 150.

³⁶⁰ Anställningsskyddet kan begripliggöras på andra sätt. T.ex. har anställningsskyddet varit viktigt för utvecklandet av teorin om normativa grundmönster (Christensen, *Anställningsskyddet och besittningsskyddet. En komparativ undersökning*, 1994, s. 75-89, Christensen, *Skydd för etablerad position*, 1996, s. 519-574), men också för förståelsen av anställningsrelationen som en form av statusförhållande (Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2013, s. 130, Svensäter, *Anställning och upphovsrätt*, 1991). Jfr om begreppsliggöranden av arbetsrätten; Collins, *Labour Law as a Vocation*, 1989, s. 468-484.

³⁶¹ Jfr SOU 2011:11 och dess bilaga 6; SOU 2010:93, s. 121ff [Cahuc, *Det svenska anställningsskyddet*]. Aronsson, Gustafsson, *Kritik eller tystnad – en studie av arbetsmarknads- och anställningsförhållandens betydelse för arbetsmiljökritik*, 1999, s. 189-206, Aronsson, *Contingent Workers and Health and Safety*, 1999, s. 439-459.

³⁶² Olsson, *Anställningsskydd och föräldrarelaterad frånvaro*, 2013.

³⁶³ Karlsson, *Begreppet arbete. Definitioner, ideologier och sociala former*, 1986/2013, s. 79, s. 121.

för sig, men det är i princip inte avgörande vem som utför arbetet; flera olika arbetstagare kan komma ifråga för anställning. Blir det inte den ena arbetstagaren som utför arbetet, blir det den andra. Den enskilda anställningen är mer värdefull för arbetstagaren än, vad den är för arbetsgivaren.³⁶⁴

Frånvaro av anställningsskydd innebär att arbetsgivarens maktställning i relation till arbetstagaren förstärks. Med Fahlbeck kan man tala om att i frånvaro av anställningsskydd blir

Varje arbetsgivarens order [...] i praktiken samtidigt ett erbjudande om fortsatt anställning på orderns villkor.³⁶⁵

Eftersom anställningen är så betydelsefull för arbetstagaren får denna inte något val än att underkasta sig maktutövningen.³⁶⁶ Anställningsskyddet är därför en viktig faktor i att utjämna den ojämlikhet som råder på arbetsplatsen. Arbetsgivar- sidans historiska motstånd mot anställningstrygghet bekräftar detta. I Arbetsdom- stolens återgivande av denna arbetsgivarlinje heter det att

Regeln om arbetsgivarens rätt att uppsäga arbetare utan angivande av skäl betraktas på arbetsgivarsidan såsom ett av de viktigaste medlen för åstadkommande av en ef- fektiv ledning av arbetet och därmed också för ett gott driftsresultat. På arbetarsidan betraktas däremot regeln med misstro, i det att man anser, att densamma mången gång utnyttjas till avskedanden, som vid ett objektivt bedömande icke kunna försva- ras utan framstå som orättvisa.³⁶⁷

Anställningsskyddets funktion att balansera parternas faktiska ojämlikhet hamnar i fokus. Sigeman har i anslutning till detta anfört att anställningsskyddet ska

bidra till att ge de arbetande en självständig och värdig men för den skull inte oan- svarig ställning på arbetsplatserna.³⁶⁸

³⁶⁴ Deakin & Wilkinson, *Labour law and economic theory: A reappraisal*, 2000, s. 29-62, s. 42, med hänvisning till Adam Smith.

³⁶⁵ Fahlbeck, *Kollektivavtalets verkningar för utomstående. Kollektivavtalets roll i en ny miljö*, 1977, s. 129-146, s. 132. Den här framställningen av anställningsrelationen återopas ofta. Se bl.a. Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013, s. 88f, Malmberg, *Anställningsavtalet*, 1997, s. 245 och Selberg, *Flexibla regler, fragmenterade anställda. Den diskursiva och formella konstruktionen av det flexibla arbetslivet*, 2011, s. 245-261.

³⁶⁶ Fahlbeck, *Kollektivavtalets verkningar för utomstående. Kollektivavtalets roll i en ny miljö*, 1977, s. 129-146, s. 132.

³⁶⁷ AD 1932 nr 100, s. 442. Kursiverat här. Uttalandet bekräftat i AD 1967 nr 17, s. 184.

³⁶⁸ Sigeman, *Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling*, SvJT 1984 s. 875-892, s. 885.

2.1.2 Trygghet i anställningen: från uppsägningsförbud ...

Ambitionen att skapa anställningstrygghet är äldre än anställningsskyddslagstiftning.³⁶⁹ Det lagstadgade skyddet har växt fram successivt och i växelverkan med dels den kollektivavtalade arbetsrätten, dels internationella regler på området. Vid 1900-talets början var arbetsgivarens rätt att avskeda obegränsad – men också omstridd. Som ett led i skyddet av föreningsrätten krävde fackföreningsrörelsen skydd mot avskedanden (och trakasserier). Syftet var att hindra arbetsgivaren från att göra sig av med de fackligt organiserade arbetstagarna. I den stora arbetsmarknadsuppgörelsen 1906, den s.k. Decemberkompromissen, löstes denna stridsfråga genom att arbetsgivarna garanterades rätten att leda och fördela arbetet och att anställa och avskeda arbetare, samtidigt som arbetstagarna garanterades att föreningsrätten respekterades. Det första ingreppet i uppsägningsrätten utgjorde därför ett led i värnandet av föreningsrätten.³⁷⁰

Några lagregler eller principiella ställningstaganden om arbetsgivarens uppsägningsrätt existerade inte när Arbetsdomstolen 1932 dömde i det mål som brukar uppfattas som det tydligaste uttrycket för principen om den fria uppsägningsrätten.³⁷¹ I domen formulerade – och tillämpade – Arbetsdomstolen principen om den fria uppsägningsrätten (med inskränkningen att denna inte fick utövas i strid med lag eller goda seder). Arbetsdomstolen förankrade sitt ställningstagande i en allmän rättsprincip av innebörden att uppsägning av avtal inte krävde angivande av skäl, och inte med hänvisning till utfallet av Decemberkompromissen (att arbetsgivarna hade rätt att bl.a. avskeda). Detta innebär att arbetsgivarsidan i 1906 års Decemberkompromiss köpt (betalningen var alltså föreningsrättens helgd) något de redan hade (dvs. den fria uppsägningsrätten).³⁷²

Kollektivavtalet som kommit att symbolisera andan av samarbete och gemensamt ansvarstagande mellan parterna på den svenska arbetsmarknaden, Saltsjöbadsavtalet, ingicks 1938. Det råder delade meningar om avtalet verkligen innebar ett krav om att uppsägningar skulle ha saklig grund för att vara tillåtna. LO tolkade avtalet så, medan arbetsgivarna ansåg att avtalet bekräftade arbetsgivarnas frihet att säga upp.³⁷³ Till förverkligande av andra målsättningar än anställningstrygghet utfärda-

³⁶⁹ Nycander, *Makten över arbetsmarknaden*, 2008, s. 259-279 ger en övergripande bild av utvecklingen.

³⁷⁰ Lundh, *Spelets regler*, 2010, s. 115, Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 138f, Bengtsson, *Kampen mot § 23*, 2006, s. 59.

³⁷¹ AD 1932 nr 100.

³⁷² Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 185, Bengtsson, *Kampen mot § 23*, 2006, s. 59f, Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 51.

³⁷³ Bengtsson, *Kampen mot § 23*, 2006, s. 17, Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 160, Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 61.

des år 1939 och 1945 lagar om punktförbud mot uppsägning av anställningsavtal.³⁷⁴

1963 beslutade International Labour Organization om sin rekommendation om reglering av arbetsgivares uppsägning av anställningsavtal, som föreskrev att ”valid reason” skulle krävas för att uppsägning skulle vara tillåten.³⁷⁵ Sverige antog rekommendationen utan att vidta någon åtgärd.³⁷⁶ 1967 bekräftade Arbetsdomstolen synsättet som utvecklats i 1932 års prejudikat: inskränkningar i uppsägningsrätten kräver lagstiftning.³⁷⁷ 1971 stiftades så den första svenska lagen om ett generellt krav om saklig grund för uppsägning – den s.k. äldrelagen – för arbetstagare äldre än 55 år.³⁷⁸ Anställningsskyddet som det utformades i 1971 års anställningsskyddslag kom sedan att stå modell för 1974 års lag i samma ämne³⁷⁹, som också byggde ett krav på saklig grund för uppsägning, men som nu gällde utan avseende på arbetstagarens ålder. 1982 beslutade International Labour Organization sin konvention om förbud mot uppsägningar utan ”valid reason”³⁸⁰ och Sverige ratificerade den 1983.³⁸¹ 1982 stiftades den andra och alltjämt gällande lagen om anställningsskydd som fortfarande bygger på det generella kravet om att saklig grund krävs för arbetsgivarens uppsägning av tillsvidareanställningar.³⁸²

Anställningsskyddet inverkar emellertid inte endast på arbetskraftens ställning på arbetsplatsen, utan utgör samtidigt en omfördelning av samhällsliga kostnader.³⁸³ Arbetsrätten förvaltar således förskjutningar i socialpolitiken.³⁸⁴ Med Christensen:

³⁷⁴ Jfr kapitel 2.1.4. Se lagen (1939:727) om förbud mot uppsägning eller avskedande av arbetstagare med anledning av värnpliktstjänstgöring m.m. (upphävd i SFS 1994:1809) och lagen (1945:844) om förbud mot uppsägning eller avskedande av arbetstagare med anledning av äktenskap eller havandeskap m.m.; jfr för gällande rätt 17 § och 18 § föräldraledighetslagen (1995:584). Angående föreningsrättskränkande uppsägningar; se 3 § lagen (1936:506) om förenings- och förhandlingsrätt, som idag motsvaras av 8 § lagen (1976:508) om medbestämmande i arbetslivet.

³⁷⁵ ILO Recommendation no. 119 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, beslutad 26 juni 1963, art. II.2.1. Lagergren, *ILO-normer och deras inflytande på svensk lagstiftning och praxis*, 1987, s. 22f.

³⁷⁶ Prop. 1964:14.

³⁷⁷ AD 1967 nr 17.

³⁷⁸ Lagen (1971:199) om anställningsskydd för vissa arbetstagare, som upphävdes i och med lagen (1974:12) om anställningsskydd.

³⁷⁹ Nycander, *Sist in först ut*, 2010, s. 8.

³⁸⁰ ILO Convention no. 158 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, beslutad den 22 juni 1982, i kraft den 23 november 1985, art. 4. Till konventionen hör ILO Recommendation no. 166 concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, beslutad den 22 juni 1982.

³⁸¹ Prop. 1982/83:124.

³⁸² 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

³⁸³ Malmberg, *Inkomst- eller anställningstrygghet? Vad prioritera vid tillfälliga variationer i arbetskraftens storlek?*, 2003, s. 177-188.

Grundtanken i LAS är [...] att arbetsgivaren/företaget måste ta på sig ett socialt ansvar för sina anställda. Detta sociala ansvar är inte någon del av den prestations-skyldighet som kan härledas ur det enskilda arbetsavtalet, utan det är fråga om en *samhällelig* uppgift. [...] företagen – med eller utan direkt ekonomisk kompensati-on – får ta över delar av det sociala ansvaret från stat och kommun. [...] Gränserna för det sociala ansvaret kan då inte heller bestämmas av en civilrättslig relation mellan parterna utan av överordnade samhälleliga synpunkter och vad företaget kan klara av.³⁸⁵

Eklund talar om att anställningsskyddsreglerna flyttar in ”den ’första försvarslin-jen’ i arbetsmarknadspolitiken i företagen” och att dessa förväntas stå för en del av de kostnader som samhället stod för tidigare.³⁸⁶ Anställningsskyddets funktion är att omfördela kostnader för sjuka³⁸⁷ och äldre³⁸⁸ medborgare, från det offentliga till företagen. Ambitionerna med lagstiftningen har varit egaliserande, i den meningen att undantagen till anställningsskyddsregleringen är få.³⁸⁹

Detta politiska projekt att omfördela kostnader till företagen har historiskt haft det lagstiftningsmässiga uttrycket anställningsskydd i bemärkelsen reglering av förut-sättningarna för uppsägning av det anställningsavtal arbetstagaren arbetar inom. Detta innebär att lagstiftningen kommit att fokusera arbetstagarens motpart i an-ställningen. Ambitionerna med anställningsskyddslagstiftningen har hittills fram-förallt varit att i relation till motparten arbetsgivaren stärka arbetstagarens ställ-ning, och i avtalsrelationen utjämna maktförhållandet till arbetstagarens fördel. Anställningsskyddets fokus på det enskilda faktiska anställningsavtalets fortbe-

³⁸⁴ Källström, *Alkoholpolitik och arbetsrätt*, 1992. Prop. 1981/82:71, s. 71.

³⁸⁵ Christensen, Sanktioner för avvisande av lämpligt arbete i anställningsskyddslagen och i arbets-löshetsförsäkringen, 1977, s. 81-95, s. 81, också återopad av Eklund, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse*, 1983, s. 165.

³⁸⁶ Eklund, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse*, 1983, s. 43, s. 235, s. 165.

³⁸⁷ Westregård, En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering, JT 2006/07 s. 876-888, Westregård, De nya sjukpenningsreglerna i ett arbets-rättsligt perspektiv, 2009, s. 57-76, Westregård, Sjukpenningsregler i ett arbetsrättsligt perspektiv, 2010, s. 627-640, Westregård, Partiell ”sjuknärvaro”, 2011, s. 443-458, Westregård, Changes in the Swedish Sickness Insurance System and Labour Law due to Influence of Flexicurity, 2014, s. 30-50.

³⁸⁸ 32 a § och 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Jfr C-141/11. Numhauser-Henning & Rönnmar, Compulsory Retirement and Age Discrimination – The Swedish *Hörnfeldt* Case Put in Perspective, 2013, s. 401-415.

³⁸⁹ Saklig grund-regeln gäller inte för arbetstagare som arbetar i arbetsgivarens hushåll, arbetsgiva-rens familj och företagsledare. Lagen (1970:943) om arbetstid m.m. i husligt arbete och 1 § 2 st. 1-3 pp lagen (1982:80) om anställningsskydd, AD 2013 nr 2, AD 1991 nr 71 och AD 1991 nr 91. Calleman, *Ett riktigt arbete?*, 2007, Calleman, En flexibel arbetsrätt inom personlig assistans?, SvJT 2008 s. 484-498, Calleman, Domestic Services in a ”Land of Equality”: The Case of Swe-den, 2011, s. 121-139. Calleman, Om familjebandet i arbetsrätten. ”Ett förtäffligt korrektiv mot missbruk”, TFR 2004, s. 318-364, Källström, Familj och anställning, 1994, s. 303-324. Fahlbeck, ”Firing the boss”, 2001, s. 109-130.

stånd är sannolikt en produkt av att de krafter som försvarade den fria uppsägningsrätten gjorde det med argumentationslinjer som i hög grad utgick från att anställningsavtalet utgjorde ett förmögenhetsrättsligt avtal, och att det därför skulle bedömas på samma sätt också vad gäller förutsättningar för uppsägning (dvs. att uppsägningsrätten var fri).³⁹⁰

Både lagstiftaren och Arbetsdomstolen har i anställningstrygghetssammanhang satt det faktiskt existerande, men uppsägningshotade, anställningsavtalet i fokus. Detta är tydligt i principen om att uppsägning är tillåten endast i sista hand (principen om *ultima ratio*). I förarbetena framhåller lagstiftaren ifråga om arbetsbrist att den kontraktuella

arbetsgivaren bör överväga alla till buds stående möjligheter att genomföra driftsförändringen utan att arbetstagare behöver sägas upp.³⁹¹

Arbetsdomstolen har för sin del bekräftat uttalandet med orden

Anställningsskyddslagen bygger på att arbetsgivaren i görligaste mån skall försöka undvika friställningar.³⁹²

Att lagstiftningen bygger på tanken att det viktigaste är att arbetstagaren har ett anställningsavtal är vidare synligt i regeln om att omplaceringsförsök är en förutsättning för att en uppsägning ska vara sakligt grundad. Arbetsdomstolen har i anslutning till detta uttalat att

lagstiftaren inte genom reglerna om saklig grund för uppsägning i första hand avsett att skapa ett långtgående befattningsskydd utan i stället velat få till stånd en trygghet för anställningen i vidare mening, nämligen ett skydd mot friställningar.³⁹³

Anställningsskyddets fokus på anställningsavtalet – som ett skydd mot friställningar, i Arbetsdomstolens formulering – är synligt i många aspekter av lagstiftningen. Uppsägning med återopande av skäl hänförliga till arbetstagaren personligen diskuteras i avtalsrättsliga termer som fall av arbetstagares ”kontraktsbrott”³⁹⁴ och Arbetsdomstolen har framhållit anställningsskyddets släktskap med avtalsrät-

³⁹⁰ Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte*, 1958, s. 112-197. Fahlbeck, *Kollektivavtalets verkningar för utomstående. Kollektivavtalets roll i en ny miljö*, 1977, s. 129-146.

³⁹¹ Prop. 1981/82:71, s. 65, prop. 1973:129, s. 123.

³⁹² AD 1984 nr 26, AD 1993 nr 101, AD 1978 nr 161, AD 2008 nr 46.

³⁹³ AD 1978 nr 161, AD 1981 nr 1, AD 1996 nr 144.

³⁹⁴ AD 1977 nr 118; det särskilda yttrandet av ledamoten Sigeman.

tens hävningsgrunder.³⁹⁵ Uppsägning med anförande av skäl hänförliga till arbetstagaren personligen kan uppfattas som en form av sanktion för uppträdanden som visar att arbetstagaren för framtiden är klart olämplig för sitt arbete.³⁹⁶ Det faktum att uppsägningsrätten inte är fri och att lagstiftningen kräver av arbetsgivaren att denne på olika sätt agerar innan uppsägning får ske, innebär att regeln om saklig grund kommer att ligga till grund för en indirekt utveckling av positiva krav på vad som är en god arbetsledning.³⁹⁷

Befogenheten att säga upp anställningsavtal uppfattas alltså som ett utflöde av arbetsgivarens företags- och arbetsledningsrätt.³⁹⁸ Arbetsgivarens beslutsfattande inom denna befogenhet kan självfallet få implikationer för hur stort behovet av arbetstagare blir, och i anslutning till denna problematik har lagstiftaren i förarbetena slagit fast att

Det kan givetvis inte krävas av en arbetsgivare att han håller igång verksamheten i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet.³⁹⁹

Mot bakgrund av denna och likartade formuleringar om vad lagen inte begär av arbetsgivaren har Arbetsdomstolen kommit att ge arbetsbristbegreppet en vid omfattning, som i princip även avser situationer där det inte ”i konkret mening saknas arbetsuppgifter för en arbetstagare”.⁴⁰⁰

Reglerna om anställningsskydd har historisk släktskap med en kontraktsrättslig föreställningsvärld, som kommit att kompletteras med en politisk ambition att överföra sociala kostnader till företag. Anställningstryggheten fokuserar betydelsen av att arbetstagaren har ett arbete, nämligen det som det faktiska gällande anställningsavtalet avser; och så långt möjligt ska den kontraktuella arbetsgivaren hållas fast vid detta avtal. Den hittills gällande strategin för anställningsskyddet har på detta sätt varit kopplad till de befintliga anställningsförhållandenas fortbestånd, men trygghet i anställningen måste inte nödvändigtvis bygga på denna utgångspunkt. Historiskt har det svenska anställningsskyddet byggt på tankegången att arbetstagarens ställning ska stärkas med rättsliga medel i det existerande an-

³⁹⁵ AD 1997 nr 36, AD 1980 nr 89, AD 1979 nr 143, AD 1985 nr 129. Jfr Malmberg, *Arbetssökandes upplysningsplikt*, JT 2000/01 s. 638-647, Adlercreutz, *Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis*, 1998, s. 24-46, Eklund, *Att ingå avtal om anställning*, 1996, s. 119-140. Jfr Bengtsson, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott*, 1967, s. 327ff, s. 355ff.

³⁹⁶ Prop. 1973:129, s. 124ff, prop. 1981/82:71, s. 65-72.

³⁹⁷ AD 2008 nr 91 med hänvisningar till rättspraxis.

³⁹⁸ AD 1996 nr 20, AD 1993 nr 101.

³⁹⁹ Prop. 1973:129, s. 123.

⁴⁰⁰ AD 1993 nr 101 med hänvisning till Lunning, *Arbetsbristbegreppets utveckling kritiserar* av Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999.

ställningsavtalet och i relation till sin faktiska motpart. Reglerna som ställer materiella krav på arbetsgivaren – om bl.a. arbetsmiljö, likabehandling⁴⁰¹, god sed för arbetsledning⁴⁰² samt omplaceringsrättens gränser⁴⁰³ – förstärker, och förstärks i sin tur av anställningsskyddsreglerna.

Anställningsskyddslagen bygger på en tudelning av regelverket i uppsägningsskäl som är antingen hänförliga till arbetstagaren personligen eller till verksamheten (arbetsbrist). Arbetsgivarbegreppet har olika funktioner och tillgodoser olika målsättningar vid tillämpning av anställningsskyddet i de respektive situationerna. När arbetsgivaren önskar säga upp en enskild arbetstagare och åberopar något skäl som har med just denna att göra, kommer möjligheterna att skipa individuell rätt mellan parterna i förgrunden. Frågan rättstillämparen ställs inför blir; är detta en situation i vilken arbetsgivaren ska få säga upp just denna arbetstagare? Lagstiftaren har i anställningsskyddslagen gett riktlinjer för i vilka situationer det är rättvist att arbetstagaren ska förlora sin anställning på detta sätt. Med Sigeman kan i förtätning anställningsskyddet beskrivas som att:

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 har varit medveten om.⁴⁰⁴

Arbetsdomstolens rättstillämpning på detta område är omfattande⁴⁰⁵ och har stundom varit omdiskuterad.⁴⁰⁶

När det istället handlar om att arbetsgivaren önskar säga upp (ofta rör det sig om flera) arbetstagare, för att denna blivit övertalig, eftersom att det råder arbetsbrist i verksamheten gör sig andra överväganden gällande. När det uppstått arbetsbrist måste denna fördelas bland de anställda. Lagstiftaren har i anställningsskyddslagen definierat en rättvis princip för denna situation, som utgår från att det ifråga

⁴⁰¹ Rönnmär, Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar, JT 2006/07 s. 630-645.

⁴⁰² AD 1983 nr 46: ”arbetsdomstolen [vill] erinra om att det sedan gammalt i svensk rätt gällt den principen att en part inte får utnyttja honom eljest tillkommande befogenheter på ett sätt som strider mot lag och goda seder. Arbetsdomstolen har sålunda beträffande den tidigare gällande fria uppsägningsrätten uttalat, att den inte fick begagnas för ett syfte som kunde sägas vara rättsstridigt eller verkligen strida mot allmän moral (AD 1967 nr 26). Detta gäller också i fråga om arbetsledningsrätten.”

⁴⁰³ AD 1978 nr 89.

⁴⁰⁴ Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten*, 2013, s. 197.

⁴⁰⁵ Se t.ex. Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, Öman, *AD om uppsägning av personliga skäl och avskedande*, 2013.

⁴⁰⁶ Calleman, Arbetsdomstolen och sexismen, SvJT 2000, s. 685-694, Viklund, Avskedande eller uppsägning p g a engångs- eller impulsbrottslighet – Är ADs praxis rimlig?, 2001, s. 381-395. SOU 1993:32, s. 371-382. Selberg & Sjödin, *Långtgående lojalitetsplikt kan urgröpa saklig grund*, 2013, s. 40f.

om arbetsbrist handlar om rättvisa för ett kollektiv. Vid hantering av flera uppsägningar handlar det inte om att hantera en enskild arbetstagares situation, utan om att hantera en grupp av arbetstagares situation⁴⁰⁷; den enskilda arbetstagarens intressen balanseras inte endast mot arbetsgivarens, utan i viss mening även mot andra arbetstagare. Arbetsbrist har beskrivits ”som en slags olyckshändelse” som bör fördelas på ett solidariskt sätt och i första hand drabba de minst sårbara.⁴⁰⁸

2.1.3 ... till anställningsbarhet, inkomstskydd och minskat fokus på befintliga avtalsrelationer

Anställningsskyddets orientering mot att värna ett befintligt anställningsavtal och den därmed sammanknippade fokus på arbetstagarens motpart i avtalet har på senare år kommit att utmanas från flera håll. Dessa tendenser, som kan förebåda nya former för anställningsskyddet är sinsemellan olika, men förenas av att de orienterar sig bort från avtalet och dess partsställning. I framtiden kan den kontraktuellt orienterade anställningstryggheten komma att ersättas av andra modeller som i lägre grad uppfattar den kontraktuella arbetsgivaren som ansvarig för stabila positioner på arbetsmarknaden.

Den s.k. Supiot-rapporten, exempelvis, som redovisar ett europeiskt arbetsrättsligt forskningsprojekt, begreppsliggör arbetsrättens domäner inte i relation till anställningsavtalet, utan istället till egenskapen att vara medlem i arbetsstyrkan (labour force membership). Författarna menar att medlemskap i arbetsstyrkan är en lämplig utgångspunkt för arbetsrätten, eftersom detta begrepp fångar in ”the dynamic organization of the employer-employee relationship”, samt statusen av att vara arbetstagare, snarare än av att vara anställd. En implikation är att arbetslösa personer och tiden mellan olika anställningar räknas in i arbetsrätten. På så sätt expanderar rättsområdet till att även avse arbetsmarknadsreglering och -policy.⁴⁰⁹ Detta förslag om omdefiniering av arbetsrättens gränser har inte förverkligats, men inte desto mindre är tankegången om medlemskap i arbetsstyrkan viktig som analytiskt begrepp i diskussionen om arbetsrättens framtid.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Eklund, anmälan av Catharina Calleman, Turordning vid uppsägning. Ak. Avh. Umeå universitet. Rättsvetenskapliga institutionens skriftserie nr 2. Umeå 1999. 356 s., JT 1999/00 s. 692-698., s. 697.

⁴⁰⁸ Fahlbeck, *Praktisk arbetsrätt*, 1989, s. 309, s. 311.

⁴⁰⁹ Supiot, *Beyond Employment*, 2001, s. 28, s. 52f, s. 221, *passim*. Supiot, *Possible Europes*, 2009, s. 57-65.

⁴¹⁰ Freedland & Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, 2011, s. 24 ff, Davidov, *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: ‘Employee’ as a Viable (Though Over-used) Legal Concept*, 2006, s. 133-152, s. 137, Vosko, *Managing the Margins*, 2010, s. 218 ff, Fudge, *Labour as a ‘Fictive Commodity’: Radically Reconceptualizing Labour Law*, 2011, s.

Andra framtidsscenarier kretsar kring att förstärka arbetstagarens ställning i relation till arbetsgivaren med medel som inte är direkt kopplade till anställningsavtalets fortlevnad. Tanken är att om förlusten av anställningen kan göras mindre allvarlig för arbetstagarens del, så finns inte samma behov som idag av anställningsskydd. Ständigt aktualiserad utbildning⁴¹¹ och kompetensutveckling, aktiv arbetsmarknadspolitik samt generösa socialförsäkringar och arbetslöshetsförsäkring är sådana medel som förstärker arbetstagarens ställning i anställningsrelationen, men som inte verkar genom att direkt reglera anställningsavtalet (dvs. genom att försvåra för arbetsgivaren att avsluta det).⁴¹²

På den svenska arbetsmarknaden har sedan länge funnits s.k. trygghets- och omställningsavtal som utgör en form av autonom – från lagstiftaren och statskassan – arbetsmarknadspolitik.⁴¹³ Arbetsmarknadens parter har i en särskild kategori av branschvisa avtal utformat olika typer av stöd till uppsagda arbetstagare. Eftersom arbetsgivarna finansierar detta system genom en procentuell avgift på lönesumman, utan avseende på uppsägningsrisken i det enskilda företaget, så uppstår en form av solidariskt finansierad försäkringslösning. En arbetsgivare bidrar på detta sätt ekonomiskt till stöd för andra arbetsgivares övertaliga anställda. Riskspridningen blir god, eftersom avtalen omfattar stora områden av arbetsmarknaden. Omställningsavtalen reglerar inte hur arbetsbrist ska hanteras i företagen. Anställningsskyddslagens utgångspunkter eller kollektivavtalade lösningar om turordning vid arbetsbrist är oförändrade av omställningsavtalen. Modellen bygger istället på att en övertalig arbetstagare i rättslig mening gör en egenuppsägning, och kommer sedan att få del av det stöd som trygghets- och omställningsavtalet skapat; olika typer av ekonomiska ersättningar och hjälp vidare på arbetsmarknaden. Det handlar här inte om bättre rätt i turordningshänseende eller utökad omplaceringsrätt eller något förfarande som i princip innebär att arbetstagare sinsemellan konkurrerar med varandra. Därför måste inte dessa avtal innehålla begrepp som turordningskrets eller annars hantera någon konkurrenssituation mellan arbetstagare avseende den begränsade resursen kvarvarande anställningar. Avtalen kräver emellertid att arbetstagaren kan återopa en viss anställningstid för att omfattas av

120-136, s. 126 f, Bogg & Novitz, *Links between Individual Employment Law and Collective Labour Law*, 2014, s. 361-380, Deakin & Wilkinson, *The Law of the Labour Market*, 2005.

⁴¹¹ Jfr Utvecklingsavtal SAF-LO-PTK, Förhandlingsprotokoll från 1982-04-15, § 4: "Företaget skall också i så god tid som möjligt svara för att de anställda utbildas för de nya arbetsuppgifter som tekniken medför."

⁴¹² Calmfors, *Flexicurity – An Answer or a Question?*, 2007, Andersen & Svarer, *Flexicurity – den danska arbetsmarknadsmodellen*, 2006, s. 17-29, Rönnmar, *Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society*, 2001, s. 117-138, Numhauser-Henning, *Flexible Qualification – A Key to Labour Law?*, 2001, s. 101-115, Rönnmar & Numhauser-Henning, *EU, sysselsättningsstrategin och flexicurity*, 2008, s. 409-426.

⁴¹³ Dessa avtal beskrivs och analyseras i Sebardt, *Redundancy and the Swedish Model*, 2005 och SOU 2002:59.

åtgärderna. Denna tidmängd beräknas inte endast på anställningstid hos den nuvarande kontraktuella arbetsgivaren, utan på anställningstid hos alla arbetstagarens tidigare arbetsgivare som varit anslutna till det aktuella trygghets- eller omställningsavtalet. Kriteriet för att kvalificera sig för systemet är således i denna begränsade mening bortkopplat från den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar.⁴¹⁴ Omställningsavtalen gör inte något grundläggande avsteg från det kontraktuella arbetsgivarbegreppet, men illustrerar samtidigt hur verkningarna av detta begrepp kan hanteras i avtalslösningar. Så länge som anställningstrygghet vid driftinskränkningar är konstruerat på annat sätt än genom att turordna arbetstagarna eller på annat sätt hantera deras inbördes förhållanden, så föreligger inte samma behov av ett begrepp för att definiera vilka arbetstagare som omfattas. Å ena sidan ställer detta mindre krav på arbetsgivarbegreppet, men å andra sidan är arbetstagarna hänvisade till endast ekonomiskt stöd.⁴¹⁵ Eftersom samtliga branschens arbetsgivare bidrar, och beräkningen av anställningstid avser samtliga dessa arbetsgivare, så bygger anställningsskyddet här snarast på ett antagande om att arbetstagarens ställning ska avgöras i relation till branschen och inte i relation till den kontraktuella arbetsgivaren. Omställningsavtal är i denna mening ett uttryck för en branschvis avtalslösning om huvudmannens ansvar, som tunnar ut länken mellan arbetstagaren och den kontraktuella motparten.

Även det internationella systemet för skydd av mänskliga rättigheter samspelar med de nationella civilrättsliga reglerna om anställningsskydd⁴¹⁶, på ett sätt som representerar förskjutningar ifråga om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Europakonventionen är i olika avseenden relevant för regleringen av anställningsförhållandet, också när arbetsgivaren är ett privat rättssubjekt.⁴¹⁷ Eftersom Europakonventionen riktar sig till stater och reglerar vilka rättigheter som gäller mellan de bundna staterna och människorna som befinner sig inom deras jurisdiktion, blir konventionens relevans för anställningens del indirekt. Det blir snarast fråga om att Europadomstolen prövar om de arbetsrättsliga reglerna, som ju staterna ansvarar för, i en viss situation ger arbetstagaren ett skydd som motsvarar Europakon-

⁴¹⁴ Ett äldre exempel på denna typ av reglering återfinns i kollektivavtalsreglering av kvalifikations-tid för ledighet i byggbranschen: den föreskrivna anställningstiden kan få vara förlagd till branschen och inte endast på den arbetsplats där ledighetsfrågan aktualiseras. Se om detta prop. 1974:148, s. 94.

⁴¹⁵ Anställningsskyddslagstiftningen som sådan hindrar inte att arbetsgivaren omvandlar anställningsskydd till en fråga om pengar; jfr skadestandsreglerna i 38-39 §§ lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁴¹⁶ T.ex. Europakonventionen art. 6, art. 8, art. 9, art. 10. Herzfeld-Olsson, Folkrätten i arbetsrätten, 2011, s. 204-229. Se också bidragen i Dorsemont, Lörcher & Bruun (red.) *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, 2013.

⁴¹⁷ Heinisch v. Germany, dom den 21/7-08, ansökan nr 28274/08, p. 64, p. 44, Fuentes Bobo v. Spain, dom den 29/2-00, ansökan nr 39293/98, p. 38, Palomo Sánchez and others v. Spain, dom den 12/9-11, ansökan nr 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, p. 60-62. Jfr AD 1998 nr 17.

ventionens skyddsnivåer. I sin praxis har Europadomstolen hanterat mål i vilket klaganden argumenterat att ett avsked på privat sektor utgjort en kränkning av Europakonventionen, och på så sätt har det kommit att stå klart att anställnings-skyddsregler kan testas mot Europakonventionen.⁴¹⁸ Viktig praxis i Europadomstolen har kretsat kring föreningsfrihet och yttrandefrihet samt rätt till privatliv.⁴¹⁹ Europadomstolen anser att rätten till domstolsprövning och rättssäker process inbegriper en rätt till motivering av uppsägningar; om inte arbetstagaren vet varför den sades upp kan denne inte rättsligt ifrågasätta uppsägningen på ett effektivt sätt.⁴²⁰ I sin praxis har Europadomstolen dessutom uttalat att staterna måste lagstifta om skydd mot uppsägningar i strid med Europakonventionen.⁴²¹ Återinsättande i tjänst har vidare förekommit i Europadomstolens uppsättning av remedier för konventionsbrott.⁴²²

Den svenska Arbetsdomstolen har för egen del ansett att tillämpningen av anställningsskyddslagen måste respektera Europakonventionen och den domstolspraxis som föreligger kring denna.⁴²³ Ur ett rättighetsperspektiv är anställningsrelationen i och för sig svårbemästrad. Å ena sidan har Europadomstolen slagit fast att hot om avsked utgör ett allvarligt tvång⁴²⁴ och också att arbetsgivarens hot om avsked kan ha en starkt avhållande effekt på arbetstagarens benägenhet att utnyttja sina mänskliga rättigheter.⁴²⁵ Å andra sidan har ju arbetstagaren obestriddligen av fri vilja bestämt sig för att underkasta sig anställningsrelationen och arbetsgivarens överhöghet – och dessutom utgår ersättning för arbetet. Då blir det svårare att argumentera att det är rimligt att arbetsgivaren ska jämföras med staten, och att rättigheterna ska gälla mellan anställningsförhållandets parter. Har inte arbetstagaren i och med anställningsavtalet avtalat bort sitt rättighetsskydd? Europadomstolen anser att det faktum att en arbetstagare har möjlighet att byta anställning i sig inte

⁴¹⁸ Palomo Sánchez and others v. Spain, dom den 12/9-11, ansökan nr 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06, p. 60-62.

⁴¹⁹ Dvs. artiklarna 11, 10 och 8 i Europakonventionen. Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 2003, Vickers, *Freedom of Speech and Employment*, 2002, Westregård, *Integritetsfrågor i arbetslivet*, 2002.

⁴²⁰ K.M.C. v. Hungary, dom den 10/7-12, ansökan nr 19554/11, p. 34. Jfr tribunalens dom (överklagande från personaldomstolen) T-213/10 P för liknande synpunkter om betydelsen av motiverade uppsägningar i relation till möjligheterna att angripa dem rättsligt.

⁴²¹ Redfearn v. The United Kingdom, dom den 6/11-12, ansökan nr 47335/06, p. 57.

⁴²² Oleksandr Volkov v. Ukraine, dom den 9/1-13, ansökan nr 21722/11. Selberg, Unikt beslut av Europadomstolen: Den klagande ska få tillbaka sin tjänst, 2013, s. 10. Arbetstagaren som fallet rörde var domare i högsta instans och avsåg rätten till privatliv och rätten till domstolsprövning och rättssäker process i en särpräglad och extrem situation.

⁴²³ AD 2012 nr 25. Jfr AD 2001 nr 20 och AD 1997 nr 57.

⁴²⁴ I praxis kring negativ föreningsfrihet. Young, James and Webster v. The United Kingdom, dom den 13/8-81, ansökan nr 7601/76, 7806/77, p. 55.

⁴²⁵ Dorsemont & Lörcher, *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, 2013, s. 417-429, s. 419 med referenser till rättspraxis.

hindrar att en konventionsrättighet kränkts i anställningen; arbetstagaren är inte förhindrad att argumentera att anställningen inneburit en rättighetskränkning, trots att avtalet ingåtts av arbetstagarens fria vilja. När Europadomstolen bedömer om det i anställningsförhållandet förekommit en rättighetskränkning utförs en proportionalitetsbedömning i vilken arbetstagarens och arbetsgivarens intressen vägs emot varandra i ljuset av den enskilda åberopade konventionsrättigheten.⁴²⁶ Samspelet mellan arbetsrätt och diskurser om mänskliga rättigheter präglas av detta bakomliggande dilemma som har sin grund i grundläggande skillnader mellan medborgare/arbetstagare och arbetsgivare/stat samt anställningsavtal/medborgarskap.⁴²⁷

En ökad betydelse för en rättighetsdiskurs i anställningsskyddet kan komma att innebära förskjutningar av synen på arbetsgivarbegreppet som uteslutande kontraktuellt. I rättighetsdiskursen är arbetstagaren skyddsvärd – dvs. förtjänar anställningstrygghet – i egenskap snarast av medborgare och inte i egenskap av part i anställningsavtal. När anställningsskydd formuleras i termer av rättighet kopplas det ofta i hög grad till värden som är externa i relation till anställningsavtalet och fördelningen av rättigheter och skyldigheter mellan avtalsparterna, t.ex. som vid whistleblowing⁴²⁸ eller yttrandefrihet i facklig kontext.⁴²⁹ Om anställningstrygghet i ökande utsträckning skulle komma att formuleras som en mänsklig rättighet vore det en form av konstitutionalisering⁴³⁰ dels av arbetsgivarrollen, som ansvarig för medborgarnas ställning, dels av anställningsförhållandet; arbetstagarskydd är ett samhällsintresse (medborgarintresse). Arbetsgivarnas roll blir i ett rättighetsorienterat system för anställningstrygghet i högre grad att likna vid det huvudsakliga ansvarssubjektet för mänskliga rättigheter; staten. Att göra mänskliga rättigheter relevanta i anställningsrelationen innebär att slå fast att arbetsgivarnas betydelse och maktställning är sådan – så omfattande – att de bör vara skyldiga att respektera rättighetsinstrument i relation till arbetstagarna.

Synen på anställningsavtalets parter och riskfördelningen dem emellan kan också i ett annat avseende komma att förskjutas av mötet mellan civilrättsliga anställningsskyddsregler och staters förpliktelser att respektera mänskliga rättigheter. I praxis från Arbetsdomstolen och Europadomstolen kan skönjas en korsbefruktnings mellan föreställningar om mänskliga rättigheter och anställningsskydd. Europadomstolen anser att anställningsförhållandet måste beaktas vid tillämpningen av

⁴²⁶ Eweida and others v. The United Kingdom, dom den 15/1-13, ansökan nr 48420/10, 59842/10, 36516/10, p. 83, p. 94; om religionsfrihet.

⁴²⁷ De Schutter, *Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power*, 2013, s. 105-139.

⁴²⁸ Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing*, 2013, Larsson, *Skyddet för visselblåsare i arbetslivet*, 2015, SOU 2014:31.

⁴²⁹ Fransson & Stüber, *Freedom of Expression from a Trade Union Perspective*, 2013, s. 127-145.

⁴³⁰ Jfr Fudge, *Constitutionalizing Labour Rights in Europe*, 2011, s. 244-267 med hänvisningar till den omfattande litteraturen på området.

mänskliga rättigheter och Arbetsdomstolen anser att mänskliga rättigheter ska beaktas vid tillämpning av regler om anställningsskydd. När Europadomstolen tar ställning till om det ägt rum en konventionskränkning beaktar man ett flertal omständigheter: betydelsen av rättigheten ifråga, men också de inbördes rättigheter och skyldigheter som arbetsgivare och arbetstagare har (bl.a. arbetsgivarprerogativet). Den här operationen beskriver Europadomstolen själv i termer av intresseavvägning, och att det handlar om att utröna huruvida anställningsskyddet i en viss situation utgör ”a fair balance” mellan arbetsgivares och arbetstagares intressen i relation till konventionsrättigheten ifråga.⁴³¹ Arbetsdomstolen anser för sin del att när det agerande som arbetsgivaren åberopar som uppsägningsgrund utgörs av utövandet av en rättighet (enligt Europakonventionen)

får, i fråga om avslutande av anställningen, arbetsgivarens intresse av och skäl för att avsluta anställningen vägas mot inte enbart arbetstagarens intresse av att få behålla anställningen utan även mot intresset av att [...] få använda sina rättigheter.⁴³²

Enligt Arbetsdomstolen avgör en intresseavvägning om huruvida uppsägning är godtagbar i det enskilda fallet.⁴³³ Mot den här bakgrunden kan argumentationsformerna i anställningsskyddsmålen på ett övergripande plan komma att förskjutas, samtidigt som också anställningsskyddets materiella innehåll – vilka uppsägningar är tillåtna – påverkas av mötet mellan anställningsförhållandet och mänskliga rättigheter.

Åter andra exempel på potentiella förskjutningar av föreställningar om anställningstrygghet har det svenska utredningsväsendet som ursprung. I anslutning till 2011 års Långtidsutredning formulerades förslag om s.k. fiskalisering av anställningsskyddet, som går ut på att på visst sätt koppla finansieringen av arbetslöshetsförsäkringen till rättshandlingen uppsägning. Arbetsgivarnas bidrag till arbetslöshetsförsäkringen ska enligt förslaget stå i proportion till antalet uppsägningar som vidtas. Den arbetsgivare som orsakar mer arbetslöshet (dvs. vidtar fler uppsägningar) ska betala mer än den som orsakar mindre, och därmed uppstår incitament att avstå från uppsägningar.⁴³⁴ Skulle detta förslag genomföras – inget tyder i och för sig på det – skulle det skifta fokus från den kontraktuella arbetsgivaren till socialförsäkrings- och skatterättsliga föreställningar om och begrepp för det skatt- och avgiftsskyldiga subjektet. En ny uppsättning frågor om avgiftsskyldighetens placering och dennas förhållande till arbetsrättsliga utgångspunkter kan komma att uppstå.

⁴³¹ Heinisch v. Germany, dom den 21/7-08, ansökan nr 28274/08, p. 93-94.

⁴³² AD 2012 nr 25.

⁴³³ AD 2012 nr 25.

⁴³⁴ SOU 2011:11 och dess bilaga 6; SOU 2010:93, s. 121ff [Cahuc, Det svenska anställningsskyddet].

Vidare; reglering av segmenterade arbetsmarknader och förhållandena mellan olika arbetstagargrupper kan i kölvattnet av EU:s arbetsmarknadspolitik komma att bli en allt viktigare uppgift. I denna övergripande mening kan politiken kring anställningsbarhet och flexibilitet inom EU komma att växla arbetsrättens fokus från att avse den vertikala relationen mellan arbetstagaren och arbetsgivaren till att också hantera horisontella problemställningar förknippade med segmentering på arbetsmarknaden.⁴³⁵ En tänkbar följd av nedmontering av den arbetsrättsliga lagstiftningen i allmänhet, och det kontraktuellt orienterade anställningsskyddet i synnerhet, kan komma att bli en ökad betydelse för diskrimineringsrätten som en form av anställningsskyddsreglering. Numhauser-Henning anser att diskrimineringsförbud är en legal form för social rättvisa som inte står i motsättning till den flexibilerade – avreglerade – arbetsrätten.⁴³⁶

Sammanfattningsvis kan sägas att dessa modeller för anställningstrygghet är sinsemellan olikartade, men också att de har det gemensamt att de nedtonar betydelsen av arbetstagarens motpart som ansvarig för trygga anställningsförhållanden. Frågan är i vilken utsträckning någon eller några av dessa olika tankar om arbetsrätten kommer att bli verklighet, och i så fall när. I den gällande anställningsskyddsregleringen, som bygger på att arbetstagarens ställning ska stärkas i relation till motparten genom skyddsregler avseende avtalet, är det kontraktuella arbetsgivarbegreppet betydelsefullt. Länkas anställningstryggheten bort från befintliga anställningsrelationer och den kontraktuella utgångspunkten för ansvar, till förmån för en strategi som stärker arbetstagarens ställning med medel som föreligger bortom anställningsavtalets partsställning innebär det också ett skifte i synen på den kontraktuella arbetsgivarens roll och betydelse i relation till arbetstagarna och till staten.

2.1.4 Gällande anställningsskydds rättsliga konstruktion: delarna som gör helheten

Regeln att uppsägning måste ha saklig grund är endast skenbart enkel, och har gett upphov till en omfattande och invecklad lagstiftning i vilken de olika beståndsdelarna förutsätter varandra. Anställningsskyddet utgörs av en uppsättning olika

⁴³⁵ Fudge, *Flexicurity and Labour Law: Labour Market Segmentation, Precarious Work and Just Distribution*, 2011, s. 211-235, Mundlak, *The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers*, 2011, s. 315-328, Davies, *Identifying 'Exploitative Compromises': The Role of Labour Law in Resolving Disputes Between Workers*, 2012, s. 269-294.

⁴³⁶ Numhauser-Henning, *Den framtida arbetsrättens förutsättningar*, 1997, s. 97-108. Numhauser-Henning & Rönnmär, *Det flexibla svenska anställningsskyddet*, JT 2010/11 s. 382-411, Numhauser-Henning & Rönnmär, *Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis*, 2012, s. 443-468.

regler som länkar in i och bygger vidare på varandra.⁴³⁷ Syftet är att genomföra att saklig grund krävs för uppsägning av en tillsvidareanställning på arbetsgivarens initiativ.⁴³⁸

Eftersom det är till tillsvidareanställningen som anställningsskyddet är kopplat, måste rättsordningen generellt sett favorisera denna anställningsform. Utrymmet att ingå avtal om tidsbegränsning av anställning bör ju uppfattas som utrymmet för avtalsfrihet om anställningsskydd.⁴³⁹ En viktig bakgrundsfaktor för anställningsskydd är därför någon form av reglering av den tidsbegränsade anställningen.⁴⁴⁰ För att anställningstrygghet fullt ut ska råda, måste i princip avtal om tidsbegränsning av anställning vara tillåtet endast när sakliga skäl motiverar att anställning sker på viss tid.⁴⁴¹ Skillnaden mellan tillsvidareanställning och tidsbegränsade anställningar handlar om tidpunkten för saklig grund-bedomningen: när parterna ingår anställningsavtalet (tidsbegränsning), eller när arbetsgivaren vill att anställningen ska avslutas (tillsvidare). För att koherens ska råda i systemet för anställningsskydd måste krävas inte endast saklig grund för uppsägning – utan också saklig grund för tidsbegränsning av anställning.⁴⁴² I annat fall medger ju tidsbegränsningen av anställningen att arbetsgivaren avslutar anställningen utan att ha saklig grund för åtgärden. Idag är emellertid utrymmet för att ingå tidsbegränsade anställningar omfattande, och sådana anställningar får i princip skapas fritt, dvs. utan saklig grund.⁴⁴³ De tidsbegränsade anställningarna urgröper idag anställningstryggheten och utmanar tanken om att anställningar ska upphöra endast om det finns sakliga grunder för det.

Eftersom ingen rättsregel hindrar arbetsgivaren från att fatta beslut om sin verksamhet som får som följd ett minskat behov av anställda så måste anställningsskyddet delas upp i två spår; en uppsättning regler och bedömningsgrunder för när arbetsgivaren återoppar uppsägningsskäl hänförliga till arbetstagaren personligen, och ett regelverk för att hantera den situationen att verksamheten motiverar uppsägningar. Utmaningen blir därmed att konstruera ett system i vilket det inte är

⁴³⁷ Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, Glavå, 30 år med anställningsskydd – och med myter. En kritisk reflektion över anställningsskyddets utveckling, 2005, s. 209-229, Selberg, *Flexibla regler, fragmenterade anställda*, 2011, s. 245-261.

⁴³⁸ 4 § 2 st. och 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁴³⁹ Gotthardt, *Tidsbegränsade anställningar och uppsägning på grund av arbetsbrist i Sverige och Tyskland*, JT 2000/01 s. 281-303, s. 286, prop. 1973:129, s. 145.

⁴⁴⁰ Idag regleras detta i 5 § och 6 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Jfr Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, Numhauser-Henning, *Från begränsad till allmän visstidsanställning*, 2007, s. 367-383.

⁴⁴¹ Jfr Ds In 1971:1, s. 83.

⁴⁴² Direktiv 1999/70/EG, klausul 5.1.a.

⁴⁴³ Se den s.k. allmänna visstidsanställningen som regleras i 5 § 1 st. 1 p. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Engblom, *Fixed-Term-at-Will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden*, 2008, s. 133-149.

möjligt att använda den verksamhetsrelaterade uppsägningen för att avsluta ett anställningsavtal av skäl som hänför sig till arbetstagaren personligen.

När arbetsgivaren åberopar uppsägningsskäl hänförliga till arbetstagaren personligen ska dessa skäl prövas mot den rättsliga standarden saklig grund, som är en generalklausul: lagförarbetena ger vissa riktlinjer för rättstillämpningen, och pekar samtidigt ut prejudikaten från Arbetsdomstolen som den främsta rättskällan på detta område. Arbetsdomstolen har kommit att utveckla en rikhaltig praxis och en stor variation av omständigheter har bedömts av domstolen i relation till saklig grund-regeln.⁴⁴⁴

För att lagstiftningen ska kunna utgöra ett skydd mot uppsägning pga. personliga skäl, måste saklig grund-regeln vara generellt tillämplig. Skulle systemet istället bygga på utgångspunkten fri uppsägningsrätt kombinerad med en uppsättning lagstadgade punktförbud⁴⁴⁵ mot uppsägning skulle resultatet bli tvister om vad som var den ”verkliga” anledningen till en uppsägning, och om denna låg inom det fria området eller omfattades av något punktförbud.⁴⁴⁶ Möjligheterna att kringgå punktförbud mot uppsägning skulle omfattande och det vore befogat att påstå att detta system inte innebar någon verklig anställningstrygghet. Även om punktförbud mot uppsägning inte kan skapa ett effektivt anställningsskydd är det inte desto mindre så att anställningsskyddet historiskt varit starkt kopplat till just ett sådant; föreningsrätten. Anställningsskydd är ett svar på arbetsgivares önskan om att göra sig av med de anställda som genom att organisera sig fackligt förbättrar sina anställningsvillkor, och därmed ökar arbetsgivarens arbetskraftskostnader.⁴⁴⁷

Om nu arbetsgivaren är förhindrad att säga upp anställningsavtal pga. personliga skäl, men samtidigt har möjlighet att fatta beslut om verksamheten som leder till ett minskat behov av arbete utfört inom ramen för anställning så ligger det i öppen

⁴⁴⁴ Öman, *AD om uppsägning av personliga skäl och avskedande*, 2013, Öman, *Anställningsskydds-praxis*, 2014, Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 323-523, Bylund, m.fl., *Anställningsskyddslagen med kommentar*, 2011, s. 104-145, Danhard, *Skiljande från tjänsten – de personliga skälen*, 2007, s. 7-67.

⁴⁴⁵ Sådana har i och för sig funnits länge, och finns än idag, i svensk rätt. Se lagen (1939:727) om förbud mot uppsägning eller avskedande av arbetstagare med anledning av värnpliktstjänstgöring m.m. (upphävd i SFS 1994:1809) och lagen (1945:844) om förbud mot uppsägning eller avskedande av arbetstagare med anledning av äktenskap eller havandeskap m.m.; jfr för gällande rätt 17 § och 18 § föräldraledighetslagen (1995:584). Se diskussionerna i Calleman, *Befolkningskriserna och arbetsrätten*, 2001, s. 251-275, Calleman, *Demografi, arbetskraftsutbud och arbetsrätt*, 2014, s. 39-53.

⁴⁴⁶ Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 206, s. 234f, s. 262f.

⁴⁴⁷ Idag är en uppsägning motiverad av att någon organiserat sig eller agerat för en facklig organisation i strid med både anställningsskyddet och föreningsrätten; 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd och 8 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Se Bylund, *Bevisbörda och bevistema*, 1970, Bylund, *Bevisbörderegeln som överlevde sig själv*, 1977, s. 41-64 och Bylund, *Har arbetstagaren fått hela bevisbördan för en föreningsrättskränkning?*, SvJT 1980 s. 630-638.

dager att kravet att uppsägning ska ha saklig grund löper stor risk att ointetgöras. När arbetsgivaren fattar beslut om vilken typ av arbete som ska utföras, av vem, när och var, så avgör denna samtidigt hur många anställda som behövs i verksamheten. Det är med andra ord arbetsgivaren som avgör om det råder arbetsbrist (övertalighet vore en mer adekvat benämning⁴⁴⁸) i verksamheten.⁴⁴⁹ Hur kan arbetsgivaren hindras från att använda verksamhetsrelaterade skäl för att säga upp pga. personliga skäl och utan saklig grund? Svaret måste bli att arbetsgivaren inte själv får avgöra vilken arbetstagare som ska sägas upp, i den situationen att arbetsbrist åberopas som uppsägningsskäl. Om principen för uppsägning alltså inte får vara att arbetsgivaren väljer fritt själv, så måste en princip gälla istället, som utgår från objektivt konstaterbara kriterier som inte går att manipulera. Ett sådant kan vara anställningstidens längd.⁴⁵⁰

Om arbetsbristuppsägning sker enligt en ordning baserad på hur länge anställningen varat hos arbetsgivaren, så kan arbetsgivaren inte åberopa arbetsbrist för att säga upp en viss arbetstagare och därmed förhindras att arbetsgivaren kan använda arbetsbristuppsägningen för att genomföra uppsägningar pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen, som saknar saklig grund. Arbetsgivaren får således fritt bestämma att det ska anses råda arbetsbrist, men inte fritt välja vilken arbetstagare som ska bli uppsagd när det råder arbetsbrist.

För att inte turordningen enligt anställningstid ska skapa en alltför ineffektiv bemanning av organisationen kan ytterligare kriterium tillföras, nämligen att det krävs att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för att få vara med i turordningen.⁴⁵¹ Den verkliga radikalismen och det potentiellt omstridda momentet ifråga om anställningstrygghet vid arbetsbristuppsägning ligger i begreppet tillräckliga kvalifikationer (och i turordningskretsbegreppet). Det är i praktiken detta led som avgör räckvidden i anställningstryggheten och som därför kan sägas utgöra det verkligt stora ingreppet i arbetsgivarens beslutanderätt.⁴⁵² Det kan inte lämnas åt arbetsgivaren att själv avgöra när kriteriet är uppfyllt, eftersom det skulle skapa möjlighet att använda arbetsbristuppsägning för uppsägningar pga. personliga skäl.

⁴⁴⁸ Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten*, 2013, s. 194.

⁴⁴⁹ Se t.ex. AD 2010 nr 74, AD 1987 nr 34, AD 1977 nr 215, AD 2003 nr 29, AD 1983 nr 127 samt prop. 1973:129, s. 123. Jfr emellertid diskussionerna i Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, *passim*.

⁴⁵⁰ 22 § 4 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Calleman, *Turordning vid uppsägning*, 2000, s. 69 med hänvisningar till diskussioner i förarbeten. Tidigare gällde levnadsålder, och inte anställningstid, som turordningsprincip.

⁴⁵¹ 22 § 4 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Danhard, *Turordningsreglernas kärna*, 2003, s. 8-57.

⁴⁵² Se t.ex. AD 2011 nr 5 och Svenskt Näringsliv & PTK [Rudeberg & Hedlund], *Faktiska konsekvenser av turordningsreglerna i LAS och avtal. En rapport av Svenskt Näringsliv och PTK*, Juni 2011.

Kravet att uppsägning ska vara sakligt grundad förutsätter mot denna bakgrund inte bara en tudelning av regelverket i uppsägningsgrunderna personliga skäl och verksamhetsskäl, utan också att regleringen av de båda uppsägningsgrunderna samspelar och kompletterar varandra. För att anställningstrygghet ska föreligga kan det inte råda fri uppsägningsrätt då arbetsgivaren åberopar personliga skäl – detta skulle undanröja anställningsskyddet då arbetsgivaren åberopar verksamhetsskäl, och vice versa: råder det fri uppsägningsrätt vid verksamhetsskäl, kan det omöjligt råda anställningsskydd om personliga skäl åberopas. Turordning (vid arbetsbristuppsägning) skulle nämligen omöjliggöras om fri uppsägningsrätt rådde i övrigt; arbetsgivaren kunde göra gällande att en viss uppsägning berodde på personliga skäl och att turordning därför inte skulle ske.⁴⁵³ För att turordningsregler ska kunna fungera måste det krävas av arbetsgivaren att denne har saklig grund för uppsägningar som denna argumenterar beror på något annat än arbetsbrist (och att turordningsreglerna av det skälet inte är tillämpliga).⁴⁵⁴

En regel om turordning för uppsägning är inte tillräcklig för att skapa anställningstrygghet, utan måste kompletteras av ytterligare en regel. Den arbetsgivare som vill välja själv vem som ska sägas upp, och slippa behöva respektera turordning vid arbetsbristuppsägning, skulle ju kunna säga upp samtliga arbetstagare, och sedan erbjuda återanställning till endast de personer denna vill ha kvar i organisationen. Om inte regeln om turordning (oavsett vilket kriterium denna regel utgår från) kompletteras med en regel om företrädesrätt till återanställning, kan arbetsgivaren säga upp alla anställda, och återanställa endast de hen ville ha kvar, och på så vis blir utfallet som om arbetsgivaren fått bestämma själv från början – och det var ju det som turordningsreglerna skulle hindra. En regel om turordning för arbetsbristuppsägning, förutsätter därför en regel som ger de uppsagda arbetstagarna någon form av företrädesrätt till återanställning.⁴⁵⁵ För den händelse arbetsgivaren anställer igen, så har de tidigare anställda rätt att få frågan av arbetsgivaren om de önskar återvända till verksamheten, före det att arbetsgivaren ger andra personer anställningserbjudande.

Eftersom turordning för uppsägning handlar om att definiera vem som ska anses omfattad av arbetsbrist, och i nästa steg riskera bli uppsagd, krävs att lagstiftningen avgör vilka grupper av arbetstagare som ska turordnas tillsammans, för att sedan inbördes konkurrera med stöd av sin anställningstid och sina kvalifikationer. Företrädesrätt till återanställning är spegelbilden till turordning för uppsägning, och kräver därför också att det avgörs vilken del av verksamheten som avses. Begreppet turordningskrets används för att styra hur arbetsbristen får läggas ut av

⁴⁵³ Jfr Ds In 1971:1, s. 92.

⁴⁵⁴ Jfr AD 1939 nr 140.

⁴⁵⁵ 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Ulander-Wänman, *Företrädesrätt till återanställning*, 2008.

arbetsgivaren.⁴⁵⁶ Det är utformningen av den enskilda arbetsgivarens verksamhet som avgör vilka turordningskretsar som föreligger. Principen för turordningskretsar är att ju större sådan krets, desto mindre möjlighet för arbetsgivaren att styra arbetsbristen mot någon viss arbetstagare, och därmed i förlängningen i praktiken säga upp pga. personliga skäl.

Det föreligger således ett begreppsmässigt samband mellan anställningsskyddets olika delar. Den gällande anställningsskyddslagstiftningen fungerar på detta sätt, men innehåller även andra aspekter som är betydelsefulla, men i och för sig inte nödvändiga för att systemet ska fungera. Framförallt gäller detta principen om att uppsägning ska vara den åtgärd arbetsgivaren vidtar i sista hand, när alla andra utvägar är uttömda. Detta uttrycks i regeln om att arbetsgivaren måste ha försökt och misslyckats med att omplacera en arbetstagare innan uppsägning får ske. Denna omplaceringsskyldighet föreligger för båda uppsägningsgrunderna.⁴⁵⁷ I ärenden där arbetsgivaren åberopar skäl hänförliga till arbetstagaren personligen som grund för uppsägning innebär denna skyldighet att arbetsgivaren i viss utsträckning måste försöka organisera bort den skadliga verkan av en viss arbetstagare eller på annat sätt lösa problemet genom omplaceringsåtgärden, snarare än genom uppsägning.⁴⁵⁸ Anställningsskyddet innebär att uppsägning eller hot om uppsägning inte ska vara det primära sätt på vilket problem på arbetsplatsen hanteras, och därmed kräver anställningsskyddet indirekt att arbetsgivaren utvecklar en arbetsgivarpolitik med åtgärder på arbetsplatsen som istället för uppsägning kan hantera olika missförhållanden hänförliga till arbetskraften.⁴⁵⁹ Regeln om att misslyckade omplaceringsåtgärder är en förutsättning för att en uppsägning ska vara tillåten är tillämplig även på arbetsbristuppsägningar, och kan här sägas utmana den rättvisepincip som turordningsregeln föreskriver för hanteringen av övertalighet i verksamheten. Denna omplaceringsregel saknar, till skillnad från turordning i turordningskretsen, turordningsregel och arbetsgivaren är fri att välja själv i vilken ordning arbetstagare ska erbjudas omplacering på denna grund.⁴⁶⁰ Därefter görs turordning i turordningskretsen enligt anställningstid och kvalifikationer.⁴⁶¹

Anställningsskyddet bygger på att olika regler samverkar för att utfallet ska bli ett insteg på arbetsgivarens maktposition och ett effektivt förbud mot osakliga uppsägningar. Ett avskaffande av den fria uppsägningsrätten kräver en generellt till-

⁴⁵⁶ 22 § 2 st. och 25 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 513, med hänvisning till Lunning.

⁴⁵⁷ 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. AD 1994 nr 1.

⁴⁵⁸ Prop. 1973:129, s. 120f, AD 2010 nr 10, AD 1987 nr 91.

⁴⁵⁹ Jfr t.ex. Källström, *Alkoholpolitik och arbetsrätt*, 1992.

⁴⁶⁰ 7 § 2 st. jämförd med 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁴⁶¹ AD 2009 nr 50, AD 2011 nr 30, Numhauser-Henning & Rönnmar, Det flexibla svenska anställningsskyddet, JT 2010/11, s. 382-411, Numhauser-Henning & Rönnmar, Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis, 2012, s. 443-468.

lämplig regel om saklig grund för uppsägning, som kan utgöra en generalklausul då arbetsgivaren åberopar skäl hänförliga till arbetstagaren personligen som uppsägningsgrund – samtidigt förutsätter en sådan regel i sin tur en regel om turordning för uppsägning vid verksamhetsrelaterade uppsägningar, och den regeln förutsätter en regel om företrädesrätt till återanställning. Ur lagteknisk och begreppslig synvinkel sätter turordningsreglerna i förlängningen kraft bakom regeln som skyddar arbetstagaren från att bli uppsagd pga. skäl hänförliga till denne personligen. Skyddet för den äldre arbetskraften (med tillräckliga kvalifikationer) och den arbetstagare som förargat arbetsgivaren är därför ett och detsamma; den enes skydd hänger på den andres.

2.1.5 Europeisering av anställningsskyddet: fläckvisa uppsägningsförbud, grundläggande rättigheter och EU:s arbetsmarknadspolitik

Anställningsskydd har länge varit på agendan i EU och diskussionen har tidvis varit intensiv. I dagsläget föreligger emellertid ingen generell lagstiftning om anställningsskydd, utan istället ett flertal regler med avgränsad tillämplighet. Dessutom föreligger en växande rättighetsdiskurs med bäring på anställningsskydd samt en arbetsmarknadspolitik som börjat närma sig frågor om anställningsskydd.

EU är idag i och för sig behörigt att i det särskilda lagstiftningsförfarandet, med enhällighet i rådet och hörande av Europaparlamentet, utfärda minimidirektiv på området för ”Skydd för arbetstagarna då deras anställningsavtal slutar gälla.”⁴⁶² Medlemsstaterna har således i princip gett EU behörighet, men samtidigt förbehållit sig vetorätt mot varje lagstiftningsinitiativ på området. Någon lagstiftning antagen med denna grund föreligger idag inte, och det framstår dessutom som delvis oklart om denna fördragsregel verkligen kan ligga till grund för utveckling av ett generellt regelverk på EU-nivå om anställningsskydd. Regeln talar ju om att EU får lagstifta på denna grund om vad som händer efter att en anställning sagts upp; ett uppsagt anställningsavtal framstår snarast som endast en förutsättning för denna behörighet. Att EU med stöd av denna fördragsartikel skulle vara behörig att reglera förutsättningar för arbetsgivare att säga upp anställningsavtal framstår som mindre troligt. Vidare var anställningsskyddet frånvarande i de instrument som historiskt varit viktiga i utvecklingen av unionens socialpolitik; 1989 års gemenskapsstadga om arbetstagares grundläggande rättigheter⁴⁶³, och den europeiska sociala stadgan av 1961 (reviderad 1996).⁴⁶⁴

⁴⁶² Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt, art. 153.1.d och art. 153.2.b.

⁴⁶³ Se om denna stadga Bercusson, *The European Community's Charter of Fundamental Social Rights of Workers*, 1990, s. 624-642.

⁴⁶⁴ Se om denna stadga Mikkola, *Social Human Rights of Europe*, 2010.

Arbetsmarknadens parter på europeisk nivå har i alla händelser slutit ett ramavtal om visstidsarbete som genomförts i ett direktiv.⁴⁶⁵ EU-rätten hindrar inte tidsbegränsade anställningar, utan reglerar dem i form av en likabehandlingsprincip i relation till tillsvidareanställningar och med ett förbud mot missbruk av den typen av anställningar.⁴⁶⁶ I den svenska kontexten har regeln om missbruk av tidsbegränsade anställningar varit omstridd och legat till grund för lagändringar.⁴⁶⁷ De europeiska arbetsmarknadsparterna slår i avtalet fast en principiell utgångspunkt om att

Tillsvidareanställning är det generella anställningsförhållandet och förbättrar arbetstagarnas livskvalitet och ökar prestationer i arbetet.⁴⁶⁸

EU-rättens närmaste motsvarighet till en generell civilrättslig reglering av anställningsskydd föreligger i unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som föreskriver att

Varje arbetstagare har rätt till skydd mot uppsägning utan saklig grund, i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.⁴⁶⁹

Förklaringarna till stadgan framhåller den europeiska sociala stadgan och EU-direktiven om verksamhetsövergång och om arbetstagar skydd vid arbetsgivarens insolvens som inspirationskälla för regeln.⁴⁷⁰ Stadgans artikel om anställningsskydd har uppfattats vara kodifierande,⁴⁷¹ och tillämplig endast när det föreligger unionsrätt om anställningsskydd.⁴⁷² Stadgans tillämplighet hänger således på att det föreligger en koppling mellan den nationella regel som ifrågasätts och ett agerande från EU:s sida.⁴⁷³ Regeln om anställningsskydd i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna framstår som en, i stadgans mening, princip som ska genomföras av unionen i dess olika typer av akter, samt av medlemsstaterna när de i sin tur genomför EU-rätten.⁴⁷⁴

⁴⁶⁵ Direktiv 1999/70/EG.

⁴⁶⁶ Direktiv 1999/70/EG; ramavtalets klausuler 1, 4 och 5.

⁴⁶⁷ Se senast prop. 2015/16:62, Ds 2015:29 samt också Ds 2012:25 och Ds 2011:22. Lagändringarna avseende utrymmet för att ingå avtal om flera på varandra följande tidsbegränsade anställningar föreligger i SFS 2016:248.

⁴⁶⁸ Direktiv 1999/70/EG, ramavtalsparternas allmänna överväganden 6.

⁴⁶⁹ Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna, art. 30.

⁴⁷⁰ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, EUT nr C 303, 14.12.2007, s. 17-35.

⁴⁷¹ T-404/06 P.

⁴⁷² C-323/08, C-117/14.

⁴⁷³ Se Kenner, *Protection in the Event of Unjustified Dismissal*, 2014, s. 805-832.

⁴⁷⁴ Se Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna, art. 52(5).

I den arbetsrättsliga diskussionen har förts fram förhoppningar om att EU-domstolens tillämpning av EU-stadgan skulle kunna värna etablerade arbetsrättsliga synsätt och lösningsmodeller i relation till den ekonomiska åtstramningspolitik som blev unionens svar på den ekonomiska och finansiella krisen med början 2008.⁴⁷⁵ EU-domstolens praxis har emellertid inte kommit att ge något exempel på att stadgans regel om anställningsskydd skulle kunna ogiltigförklara någon åtgärd vidtagen inom ramen för den åtstramningspolitik som unionen föreskrivit för och genomdrivit i olika medlemsländer. Det förefaller som om stadgans regel om anställningsskydd idag inte kan utgöra en motvikt mot de avregleringar som är förknippade med åtstramningspolitik. Om EU skulle komma att föreskriva några särskilda reformprogram om anställningsskydd för svenskt vidkommande skulle stadgan bli tillämplig på dem, och det skulle i motsvarande mån öka betydelsen av denna rättighet i den nationella kontexten. Någon generell självständig betydelse har stadgan idag inte på anställningsskyddets område. Den kan dock bli relevant för prövningen av den fläckvisa EU-rättsliga regleringen av anställningsskydd. För svenskt vidkommande har stadgan inte kommit att spela någon framträdande roll i samtalet om anställningsskydd.⁴⁷⁶

Utanför EU-rätten, men innehållsligt sett nära EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna ligger Europarådets sociala stadga som innehåller en regel som talar om

alla arbetstagares rätt att inte bli uppsagda utan giltigt skäl som har samband med deras duglighet eller uppförande eller som har sin grund i de krav som verksamheten ställer i företaget eller förvaltningen.⁴⁷⁷

Tillägget till Europarådets sociala stadga förklarar dels att denna generella anställningsskyddsregel inte förbjuder tidsbegränsade anställningar, dels vilka omständigheter som inte ska utgöra ”giltigt skäl för uppsägning”. Bland dessa punktförbud återfinns bl.a. angrepp på föreningsrätten, diskriminering, och ianspråktagande av rätt till ledighet.⁴⁷⁸ Europarådets sociala stadgas regel om anställningsskydd är inte ratificerad av Sverige. Den svenska lagstiftaren har emellertid uttalat

⁴⁷⁵ Barnard, *The Charter in time of crisis: a case study of dismissal*, 2013, s. 250-277. Kilpatrick, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, 2015, s. 325-353.

⁴⁷⁶ Stadgan nämns i förbifarten av Uppsägningstvistutredningen: ”i allt högre grad uppfattas [anställningstryggheten] som en generell grundläggande rättighet för den anställda på arbetsplatsen, en rätt som numera återfinns i ...” SOU 2012:62, s. 45.

⁴⁷⁷ Sociala stadgan efter revidering art. 24.a. Den som blir uppsagd har rätt att få uppsägningen prövad av ett opartiskt organ och saknas giltigt skäl har arbetstagaren rätt till ”fullgod ekonomisk ersättning eller annan vederbörlig gottgörelse”. Art. 24.b och sista stycket. Stadgan och tillägget finns i SÖ 1998:35.

⁴⁷⁸ Tillägget till art. 24. Fackliga förtroendemän skyddas dessutom mot uppsägning i art. 28.

att svensk rätt överensstämmer i sak med stadgans materiella krav och att ratifikationshindret endast låg i att stadgans och anställningsskyddslagens personkretsar inte överensstämde helt.⁴⁷⁹

Även om EU inte har utfärdat någon allmän reglering om anställningsskydd har ett lapptäcke av regler tillämpliga på uppsägning av anställningsavtal kommit att utvecklas, tillsammans med ett regelverk om arbetstagarnas insyn i arbetsgivarens beslutsprocess i anslutning till uppsägningar. Ur medlemsstatlig synvinkel är anställningsskyddet därför delvis harmoniserat: saklig grund-regeln i anställningsskyddslagen får – på de punkter där EU utfärdat regler – inte tolkas och tillämpas på ett sådant sätt att rättsläget kommer att avvika från EU-rättens krav.⁴⁸⁰

EU har utfärdat en omfattande lagstiftning mot diskriminering som kan sägas utgöra en form av anställningsskydd. Diskrimineringsförbuden är tillämpliga på avslutande av anställning⁴⁸¹ och diskriminerande uppsägningar är otillåtna. EU-rätten kräver att diskriminerande bestämmelser i avtal ska kunna förklaras ogiltiga eller ändras.⁴⁸² I den svenska diskrimineringslagstiftningen gäller att en arbetsgivare som vägrar rätta sig efter en dom som ogiltigförklarar en diskriminerande uppsägning ska betala skadestånd beräknad på visst sätt och sedan ska anställningsförhållandet anses som upplöst. Det finns således inte någon ovillkorlig möjlighet att med stöd av diskrimineringsrätten utverka att ett anställningsavtal ska återuppstå efter uppsägning.⁴⁸³

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning innehåller en regel om dessa personers arbete och sysselsättning (deras s.k. rätt till arbete), som kräver av konventionsstaterna att de förbjuder diskriminering på grund av funktionsnedsättning ifråga om bl.a. ”bibehållande av anställning”.⁴⁸⁴ Denna konventionsregel, som får uppfattas som ett led i anställningsskydd, är bindande för EU.⁴⁸⁵

EU-direktivet om verksamhetsövergång innehåller en regel som innebär anställningsskydd. För det första ska en verksamhetsövergång ”i sig [inte] utgöra skäl för uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida”, däremot är ”uppsägningar

⁴⁷⁹ Prop. 1997/98:82, s. 30 f.

⁴⁸⁰ Se Bergström & Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, 2014, s. 413 ff om principen om EU-konform tolkning och 2 § och 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁴⁸¹ Direktiv 2000/43/EG, art. 3.1.c, direktiv 2000/78/EG, art. 3.1.c, direktiv 2006/54/EG, art. 14.1.c.

⁴⁸² Direktiv 2000/43/EG, art. 14.b, direktiv 2000/78/EG, art. 16.b, direktiv 2006/54/EG, art. 23.b.

⁴⁸³ 5 kap. 3a § diskrimineringslagen (2008:567).

⁴⁸⁴ Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, art. 27.1.a. (SÖ 2008:26).

⁴⁸⁵ Rådets beslut av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, EUT nr L 23, 27.1.2010, s. 35-61.

som görs av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl” tillåtna.⁴⁸⁶ Denna regel är genomförd i anställningsskyddslagen.⁴⁸⁷ För det andra föreskriver verksamhetsövergångsreglerna att

Om anställningsavtalet eller anställningsförhållandet upphör därför att överlåtelsen medför en väsentlig förändring av arbetsvillkoren som är till nackdel för arbetstagar-
ren, skall arbetsgivaren anses ansvarig för att anställningsavtalet eller anställnings-
förhållandet upphörde.⁴⁸⁸

Det är här fråga om en form av särreglering på EU-nivå av provocerad uppsägning i en viss snävt definierad situation.

EU-direktivet som genomför ramavtalet om deltidarbete befinner sig i anslutning till diskrimineringsrätten. Dessa regler föreskriver en sorts anställningsskydd i form av ett uppsägningsförbud, med oklar räckvidd, eftersom att undantaget till huvudregeln framstår som långtgående:

Om en arbetstagare vägrar att övergå från heltidsarbete till deltidarbete eller omvänt skall detta inte i sig vara giltig grund för uppsägning; detta skall dock inte påverka möjligheten att, i enlighet med nationell lag, nationella kollektivavtal och nationell praxis, säga upp arbetstagaren av andra orsaker, som är hänförliga till det aktuella företagets drift.⁴⁸⁹

Svensk rätt kan i och med dess inkluderande arbetsbristbegrepp inte sägas stå i god överensstämmelse med detta uppsägningsförbud. Det etablerade synsättet i Sverige är att arbetsgivaren får omorganisera verksamheten på ett sätt som innebär förändringar av de anställdas arbetstidsmått, och om arbetstagaren inte kan acceptera att arbeta i det arbetstidsmått arbetsgivaren önskar, så uppstår arbetsbrist och detta utgör i sin tur saklig grund för uppsägning. I de svenska förarbetena till lagstiftningen som genomför deltidsdirektivet uttrycks att det är arbetsbristen, och inte arbetstagarens ovilja att byta arbetstidsmått, som utgör saklig grund för uppsägning, och därför skulle inte någon ändring av det etablerade synsättet krävas. Pettersson kritiserar detta för formalism och förespråkar lagändringar.⁴⁹⁰ Arbetsdomstolen borde i alla händelser redan utan sådana kunna ta större hänsyn till det EU-rättsliga uppsägningsförbudet avseende arbetstidsmått.⁴⁹¹

⁴⁸⁶ Direktiv 2001/23/EG, art. 4.1.

⁴⁸⁷ 7 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Se också AD 1995 nr 60 och AD 1995 nr 97, AD 2014 nr 1.

⁴⁸⁸ Direktiv 2001/23/EG, art. 4.2.

⁴⁸⁹ Direktiv 97/81/EG, ramavtalets klausul 5.2.

⁴⁹⁰ Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012, s. 126 ff.

⁴⁹¹ Jfr AD 2012 nr 16.

Ett uppsägningsförbud med specifik räckvidd är utfärdat som ett led i mödraskyddet. Risken att bli uppsagd ”kan ha skadliga effekter” på gravida, nyförlösta och ammande arbetstagares ”fysiska och psykiska hälsa”, och därför är uppsägning av sådana arbetstagare förbjuden under tiden från graviditetens början till slutet av den barnledighet som EU-rätten förutsätter. Regeln är försedd med ett undantag: en moder i direktivets mening får i undantagsfall sägas upp om denna åtgärd inte sammanhänger med mödraskapet, och om medlemsstatliga regler om anställningsskydd medger det.⁴⁹² EU-rätten innebär dessutom att om det i en medlemsstat förekommer regler om föräldraledighet, måste medlemsstaten

vidta nödvändiga åtgärder för att skydda manliga och kvinnliga arbetstagare mot uppsägning och avskedande på grund av att de utövar denna rätt och se till att de vid slutet av en sådan ledighet har rätt att återgå till sitt arbete.⁴⁹³

Även ramavtalet om föräldraledighet som genomförts i EU-direktiv föreskriver ett skydd mot uppsägning för den som ”ansöker om eller utnyttjar sin rätt till föräldraledighet”, och överlämnar till medlemsstaterna att fastställa ”effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner” för regelöverträdelser.⁴⁹⁴

EU:s regler om arbetstagarinflytande innebär i förlängningen ett begränsat anställningsskydd. En arbetsgivare som överväger att vidta ett flertal uppsägningar av skäl som inte är hänförliga till arbetstagarna personligen, ska ”i god tid inleda överläggningar med arbetstagarrepresentanterna”, och förse dem med ”all relevant information”.⁴⁹⁵ Arbetsgivaren måste vidare informera en myndighet om den planerade kollektiva uppsägningen, och verkställande av uppsägningarna får ske tidigast 30 dagar efter denna anmälan.⁴⁹⁶ Enligt EU-domstolens praxis har arbetsgivaren rätt att vidta kollektiva uppsägningar efter det att överläggningen med arbetstagarrepresentanterna är avslutad, och efter det att uppsägningarna anmälts till myndigheten.⁴⁹⁷ Insynsrättigheterna som föreligger inom ramen för systemet med arbetstagarinflytande innebär på detta sätt i praktiken en uppsägningstid, eftersom uppsägningarna inte får ske före det att arbetstagarinflytandet iakttagits.

EU:s regler till skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens är tillämpliga också på avgångsvederlag.⁴⁹⁸

⁴⁹² Direktiv 92/85, preambeln och art. 10.1. Julén Votinius, *Föräldrar i arbete*, 2007.

⁴⁹³ Direktiv 2006/54/EG, art. 16. Se även samma direktivs art. 15 om moderskapsledighet och rätt att återgå till arbetet.

⁴⁹⁴ Direktiv 2010/18/EU, ramavtalets § 5, p. 4, direktivets art. 2.

⁴⁹⁵ Direktiv 98/59/EG, art. 1.a, art. 2.1, art. 2.3.a. Jfr AD 2012 nr 2.

⁴⁹⁶ Direktiv 98/59/EG, art. 3.1, art. 4.1.

⁴⁹⁷ C-188/03.

⁴⁹⁸ Direktiv 2008/94/EG, art. 3-4.

Anställningsavtalet, och därför inte heller uppsägningsgrunderna avseende det, hanteras inte inom ramen för samarbetet kring en europeisk avtalsrätt.⁴⁹⁹ Reglerna i den s.k. Draft Common Frame of Reference, ska inte tillämpas på anställningsavtal, eller på uppsägning av sådana avtal.⁵⁰⁰

2006 presenterade kommissionen en grönbok om modernisering av arbetsrätten som alltsedan dess utgjort en referenspunkt för samtalet om den framtida regleringen av arbetsmarknaden. I denna grönbok är grundantagandet kritiskt mot anställningsskydd: det anses skapa trösklar för inträde på arbetsmarknaden och vissa trögheter – men samtidigt sägs att rivande av dessa trösklar (dvs. anställningsskyddet) leder till en segmentering av arbetsmarknaden.⁵⁰¹ När svaren på grönbokens frågor sammanställdes 2007 stod det klart att arbetsmarknadens parter hållit fast vid sina gängse synsätt: arbetstagarsidan förespråkar anställningsskydd och arbetsgivarvidan är motståndare. De som förespråkade en tillbakarullning av anställningsskyddet – vissa medlemsstater, nationella parlament och arbetsgivarorganisationer – ansåg emellertid att det inte behövdes ytterligare lagstiftningsinitiativ på EU-nivå. Ansvarsfördelningen mellan EU och medlemsstaterna – att arbetsrätten framförallt var medlemsstaternas angelägenhet och att EU:s roll var att komplettera dessa – åberopades av bl.a. de flesta medlemsstaterna, Europaparlamentet, nationella parlament och arbetsmarknadens parter på europeisk nivå.⁵⁰²

På EU-nivå förekommer under rubriken flexicurity sedan ett antal år tillbaka en diskussion om arbetsmarknadspolitik och arbetsrätt. Flexicurity-politiken definierades 2007 av rådet i termer av

en avsiktlig kombination av flexibla anställningsavtal, övergripande strategier för livslångt lärande, effektiva arbetsmarknadsåtgärder och moderna, adekvata och hållbara sociala trygghetssystem.⁵⁰³

Grundtonen i flexicurity är skeptisk mot anställningsskydd, men avvisar inte att trygga anställningar är eftersträfvansvärda. I kommissionens bakgrundsdokument heter det t.ex. att

⁴⁹⁹ Se t.ex. COM(2010) 348 med hänvisningar.

⁵⁰⁰ Draft Common Frame of Reference Book I. – I:101(2). Jfr hur HD i NJA 2009 s. 672 åberopade DCFR i fråga om uppsägning av långvarigt avtal (om återförsäljning) slutet på obestämd tid och som saknade villkor om uppsägning. Se Ramberg, Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal, SvJT 2010 s. 94, och Herre, DCFR och svensk rätt, SvJT 2012, s. 933-940.

⁵⁰¹ COM(2006) 708.

⁵⁰² KOM (2007) 627, s. 5.

⁵⁰³ Europeiska Unionens Råd, Bryssel den 6 december 2007, dok. 16201/07; Gemensamma principer för ”flexicurity” – Rådets slutsatser.

Den enskilda individen behöver snarare sysselsättningstrygghet än anställningstrygghet eftersom allt färre behåller samma jobb hela livet.⁵⁰⁴

Samtidigt är ”en stadigvarande och lagligt säker anställning” något som flexicurity-policyn önskar att fler grupper arbetstagare ska få del av.⁵⁰⁵ I och med flexicurity-policyns fokus på att hantera och underlätta övergångar mellan olika anställningar står föreställningar om anställningstrygghet inte i främsta rummet. Den övergripande riktningen för flexicurity handlar om att avreglera anställningsskydd och om att motparten i anställningsavtalen inte ska vara skyldig att förse arbetstagaren med trygghet i anställningen i den mening som historiskt präglat t.ex. det svenska anställningsskyddet. Motiveringen som flexicurity-politiken ger för att avreglera anställningsskyddet förefaller vara att det idag ändå inte existerar verklig trygghet i anställningen, och att av det skälet skulle sysselsättningstrygghet vara att föredra före en illusorisk anställningstrygghet. På så sätt blir flexicurity-politikens verklighetsbeskrivning självuppfyllande. Ytterst handlar flexicurity om ett skifte i syn på arbetsrättens möjlighet att verka på arbetsmarknaderna och ingripa i riskfördelningen mellan arbetstagare och arbetsgivare. Det principiella synsättet i flexicurity pekar rent allmänt bort från arbetstagarens motpart som bärare av skyldigheter i arbetslivet, till förmån för andra organ som t.ex. stiftelser som arbetar med kompetensutveckling, arrangörer av arbetsmarknadspolitiska åtgärder, socialförsäkringar men också till arbetstagaren och dennes familj som bärare av de sociala kostnaderna för variationer i efterfrågan på arbete inom ramen för anställning.

I den utvärdering av svensk arbetsmarknadspolitik som genomfördes 2014 inom ramen för programmet EU2020, dvs. koordineringen av medlemsstaternas ekonomiska politik, konstateras att vissa grupper – unga, lågutbildade och migranter – har en svag ställning på den svenska arbetsmarknaden.⁵⁰⁶ Det är fråga om effekterna av det som bl.a. 2006 års grönbok om arbetsrätt talat om i termer av trösklar till arbetsmarknaden. Det är därför delvis överraskande att rekommendationen som lämnas med stöd av EU2020-mekanismen inte kretsar kring avregleringar av anställningsskyddslagstiftningen, utan istället om utbildningsinsatser, att fortsätta

⁵⁰⁴ KOM(2007) 359, s. 3.

⁵⁰⁵ Europeiska Unionens Råd, Bryssel den 6 december 2007, dok. 16201/07; Gemensamma principer för ”flexicurity” – Rådets slutsatser.

⁵⁰⁶ Rådets rekommendation av den 8 juli 2014 om Sveriges nationella reformprogram 2014, med avgivande av rådets yttrande om Sveriges konvergensprogram 2014, EUT nr C 247, 29.7.2014, s. 132-135.

arbetet med lärlingsanställningar⁵⁰⁷, och riktade arbetsmarknadspolitiska insatser till de drabbade grupperna.⁵⁰⁸

På EU-nivå föreligger således dels en uppsättning punktförbud mot uppsägning av anställningsavtal, dels en grundläggande rättighet till anställningstrygghet, som dock inte går utöver dessa punktförbud. Soft law och policydokument om anställningsskydd utgör sannolikt varken en möjliggörande eller tillbakahållande faktor för utvecklingen av ett EU-rättsligt anställningsskydd. I viss mening liknar rättsläget inom EU-arbetsrätten av idag den svenska situationen före det lagstadgade anställningsskyddets införande: det är eventuellt möjligt att argumentera att de enskilda reglerna sammantaget bör kunna uppfattas som ett visst implicit tolkningsstöd för existensen av en generell regel som kräver saklig grund för uppsägning.⁵⁰⁹ På medlemsstatlig nivå framstår bilden emellertid som splittrad; ”the great variation in national rules makes it difficult to speak of a *jus commune* of European rules on dismissal”, för att tala med Hepple.⁵¹⁰

EU-arbetsrätten har antagits bygga på tendenser mot inte endast individualisering av arbetsrätten, utan också mot ett krav om saklighet för arbetsledningsbeslut överhuvudtaget.⁵¹¹ Trots detta framstår det inte som troligt att EU-arbetsrätten skulle komma att få en generell regel om anställningsskydd i den närmaste framtiden. Förutom eventuella oklarheter om EU:s behörighet att agera är det av andra skäl inte sannolikt att unionen kommer att agera. Det är inte troligt att frågan om anställningsskydd då arbetsgivaren åberopar skäl hänförliga till arbetstagaren personligen skulle komma att uppfattas som ett så betydelsefullt och angeläget problem att EU-lagstiftning skulle anses motiverad; avståndet till den inre marknadens funktionssätt framstår här som stort.

Ifråga om anställningsskydd vid kollektiva uppsägningar eller annars arbetsbrist-uppsägningar är hindret mot EU-lagstiftning ett annat. Anställningsskydd vid arbetsbrist utgör ju en regel om arbetstagarkollektivets interna relationer: vem ska i en viss situation ha bäst rätt till den knappa resursen anställning? Varje lagreglering av arbetsbristuppsägning måste erkänna och hantera ett kollektivt arbetstagarintresse, och en sådan reglering skulle troligen snabbt komma att likna en sådan reglering av fackföreningar som ligger utanför unionens behörighet att lagstifta

⁵⁰⁷ Jfr om detta prop. 2013/14:80. SOU 2012:80 har inte lett till proposition.

⁵⁰⁸ Rådets rekommendation av den 8 juli 2014 om Sveriges nationella reformprogram 2014, med avgivande av rådets yttrande om Sveriges konvergensprogram 2014, EUT nr C 247, 29.7.2014, s. 132-135.

⁵⁰⁹ Jfr Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte*, 1958, s. 196.

⁵¹⁰ Hepple, *Dismissal Law in Context*, 2012, s. 207-214, s. 212.

⁵¹¹ Nielsen, *Employers' Prerogatives – in a European and Nordic Perspective*, 1996, jfr Rönnmar, *Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund*, 2000, s. 283-311 och Källström, *Proportionalitetsprincipen i svensk arbetsrätt*, 2005, s. 391-402.

om.⁵¹² Å ena sidan får unionen lagstifta om ”kollektivt tillvaratagande av arbetstagnas och arbetsgivarnas intressen”, men detta får inte gå in på området för löneförhållanden eller föreningsrätt.⁵¹³ Reglering av anställningsskydd vid arbetsbrist skaver mot denna behörighet i två avseenden: dels är turordning vid arbetsbrist en reglering om ett kollektiv, dels är anställningsskydd alltid relaterat till enskilda arbetstagares avtal, och är i den meningen en individuell reglering. Framtiden för EU-reglering av anställningsskyddet framstår sammanfattningsvis som oviss.

2.2 Den bilaterala arbetsorganisationen och anställningsskyddet

2.2.1 Två parter, ett anställningsavtal och trygghet i anställningen

I hög grad är lagstiftningen om anställningsskydd en reglering om förutsättningar för att avsluta anställningsavtalet. Här ligger förklaringen till att anställningsskyddet är tydligt kontraktuellt orienterat kring de två avtalsparterna, och skyddsregler blir automatiskt relaterade till motparten i avtalet. Vidare, behov att skydda den ena parten föreligger endast när avtalsrelationen är ojämlik och parterna har motstående intressen.⁵¹⁴ Också i detta grundläggande antagande bakom anställningsskyddet syns att anställningsförhållandet naturligen uppfattas som en (ojämlik) tvåsamhet och att det ligger nära till hands för arbetsrätten att utveckla en kontraktuell föreställningsvärld. Det finns många exempel på detta: redan arbetstagarbegreppet bygger på bland annat en förutsättning om att arbetet på grund av avtal ska tas emot av eller utföras för någon.⁵¹⁵ EU-reglerna om informationsskyldighet i relation till arbetstagaren anger att parternas identitet, arbetsplatsen eller företagets säte och när det är lämpligt arbetsgivarens hemvist är ett sådant väsentligt drag i anställningsavtalet som ska ingå i informationen som lämnas till arbetstagaren.⁵¹⁶ Ett annat exempel på hur arbetsrätten bygger på antaganden om en princi-

⁵¹² Jfr Hepple, *Community Measures for the Protection of Workers against Dismissal*, 1977, s. 489-500.

⁵¹³ Art. 153.1.f och art. 153.5 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

⁵¹⁴ Detta är en förklaringsmodell avseende de arbetsrättsliga reglerna, men självfallet kan även andra begreppsliiggöranden ha fog för sig. Jfr således Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 1977 och Malmberg, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om?*, 2010.

⁵¹⁵ SOU 1975:1, s. 722 f.

⁵¹⁶ Direktiv 91/533/EEG, art. 2.1 och 2.2.a-b. Se Sigeman, *Information om anställningsvillkor*, 2001, s. 289-315 och Sigeman, *Informationsplikt rörande anställningsvillkor*, 1994, s. 581-604, Eklund, *Att ingå avtal om anställning*, 1996, s. 119-140, Adlercreutz, *Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis*, 1998, s. 24-44. Trots dessa regler kan bevisfrågor uppstå i anslutning till avtalsrättsliga

piell tvåsamhet som präglar rättsområdet kan hämtas ur Arbetsdomstolens uttalande om kollektivavtalets uppgift som varandes

... begränsad till att reglera arbetarnas arbete i företaget, och det måste anses falla utanför dess ram att reglera det arbete, som arbetsgivaren själv eller person, som måste anses intaga ställning som arbetsgivare, utför i företaget.⁵¹⁷

ILO:s rekommendation för att stödja utvecklingen av kooperativa verksamheter, föreskriver att denna form aldrig får användas för att dölja anställningsförhållanden och utgår från att arbetsrätten fullt ut gäller i dessa verksamheter; dvs. mellan kooperativet och de anställda.⁵¹⁸

Sambandet mellan anställningsförhållandet, ojämlig tvåsamhet och behov av skyddsregler innebär att anställningsskydd blir aktuellt i de situationer där det är motiverat att påstå att en arbetstagare står i ett verkligt motsatsförhållande till sin kontraktuella arbetsgivare. Anställningsskyddslagen gäller därför inte för företagsledare, eller medlemmar av arbetsgivarens familj.⁵¹⁹ Kan en person vara både arbetstagare och ägare av den verksamhet i vilken arbetet utförs? Den kontraktuella utgångspunkten avgör saken för aktiebolag: det faktum att en person äger aktier eller är styrelseledamot i bolaget, innebär inte att denne inte kan vara arbetstagare i bolaget.⁵²⁰ Om ägandet är mer omfattande och kombinerat med väsentligt inflytande över verksamheten, så kan det emellertid inte vara fråga om ett anställningsförhållande med bolaget.⁵²¹ Den som arbetar i egenskap av delägare i ett enkelt bolag är inte heller arbetstagare däri.⁵²² När det är fråga om ett verkligt kompanjonskapsförhållande, dvs. att anställda gått in som delägare och därmed gjort något mer än endast kapitaltillskott, inskränks kompanjonernas handlingsutrymme inte av anställningsskyddsreglerna.⁵²³ I lagförarbeten ges den övergripande synpunkten att delägare som inte är personligt ansvariga för ”företagets skulder

problem avseende hos vilket subjekt en anställning ska anses föreligga. AD 1987 nr 91, AD 1994 nr 11, AD 1977 nr 40.

⁵¹⁷ AD 1931 nr 4, s. 20 i domssamlingen.

⁵¹⁸ ILO Recommendation No. 193, 2002, Promotion of Cooperatives, p. 8.1.b.

⁵¹⁹ 1 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁵²⁰ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 39 med hänvisning till äldre praxis; AD 1938 nr 46, AD 1946 nr 29, AD 1947 nr 17. SOU 1988:49 s. 239.

⁵²¹ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 39 med hänvisning till praxis; AD 1979 nr 60, AD 1983 nr 182, AD 1996 nr 37.

⁵²² Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 39f. SOU 1988:49 s. 239.

⁵²³ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 659, s. 40f, med hänvisning till praxis; AD 1994 nr 92, AD 1997 nr 123, AD 2009 nr 55.

inte anses ha tillräcklig anknytning till företagets roll som arbetsgivare”⁵²⁴ och på detta sätt länkas ansvaret för företagets åtaganden med arbetsgivarrollen.

I några fall saknas på detta sätt motsatsförhållandet mellan en arbetstagare och den kontraktuella arbetsgivaren, och då tonas skyddet ner. Detta bekräftar det närmast begreppsliga sambandet mellan arbetsrätten och en avtalsrelation mellan två parter i en ojämlig kontext med ett vidhäftande behov av skydd för den underordnade.

I allmänna termer gäller att i bilaterala arbetsorganisationer motsvarar de historiskt givna rättsliga grundantagandena om anställningsskydd den faktiska utsträckningen av arbetsorganisationen.

2.2.2 Arbetsgivarbegreppet vid arbetsgivarbyte: omstruktureringar och verksamhetsövergång

Vissa förändringsprocesser på huvudmannasidan i anställningsförhållandet får återverkningar för arbetstagarsidan och på arbetstagarens rättsliga ställning i olika avseenden. En förändring som är en s.k. verksamhetsövergång, får i sig inte leda till någon försämring för arbetstagaren; anställningen kvarstår men med en ny arbetsgivare. Reglerna låter sig beskrivas i termer av en indelning i en rättsfaktumsida och en rättsföljdssida.⁵²⁵ om en disposition på arbetsgivarsidan utgör en verksamhetsövergång så inträder rättsföljden att

Överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen skall till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren.⁵²⁶

På rättsfaktumsidan uppstår frågor om hur arbetsgivarbegreppet ser ut i definitionen av de dispositioner som utlöser rättsföljderna för anställningsavtalets del. Reglerna om verksamhetsövergång är tillämpliga

vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion.⁵²⁷

För att en disposition ska utgöra verksamhetsövergång ställs dessutom vissa krav på det överlåtna; det krävs att det rör sig om

⁵²⁴ SOU 1988:49, s. 239.

⁵²⁵ Malmberg, anmälan av Bernard Johan Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, Juristförlaget i Lund, 2004, 392 s., JT 2005-06, s. 204-213.

⁵²⁶ Direktiv 2001/23/EG, art. 3.1.

⁵²⁷ Direktiv 2001/23/EG, art. 1.1.a.

en ekonomisk enhet som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet.⁵²⁸

Med överlåtare avses ”varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse [...] upphör att vara arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten” och med förvärvare avses ”varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse [...] blir arbetsgivare i företaget, verksamheten eller en del av företaget eller verksamheten”.⁵²⁹

Det första EU-lagförslaget från 1974 om verksamhetsövergång utgick från en särpräglad syn på arbetsgivarbegreppet. Förutom arbetsgivarbyten i kontraktuell mening föreslogs att förbudet mot uppsägning p.g.a. övergången i sig, skulle vara tillämpligt på s.k. ”concentrations between undertakings”.⁵³⁰ Det uttryckliga syftet med regeln var att gå bortom verksamhetsövergångar som i obligationsrättslig mening är partsbyten på arbetsgivarsidan, och låta lagstiftningen omfatta också andra bolagssammanslagningar:

Not every amalgamations has the legal effect of a merger or a takeover, where the distinctive feature is that a change of employer takes place. Amalgamations can, on the contrary, take place in such a way that the undertakings remain legally separate and the identity of the employer is unchanged. On undertaking simply acquires control over another undertakings by contract. From a legal point of view it would therefore be wrong to speak in such cases of a legal succession. [...] Although in the case of such amalgamations the identity of the owner or employer is unchanged, the controlling undertaking can through its right of control exercise considerable influence upon the form of the employment relationship in the controlled undertaking, possibly with adverse effects on the workers' terms of employment.⁵³¹

1974 års lagförslag om verksamhetsövergång gick bortom att reglera partsbyten på huvudmannasidan: ”since the legal identity of the employer remains unchanged the legal consequences connected with a change of employer cannot arise.”⁵³² Uppsägningsförbudet skulle enligt förslaget bli tillämpligt om kontrollen över ett bolag skiftade, och definitionen av kontroll hämtade detta lagförslag om verksamhetsövergång inte från arbetsrätten, eller ens från civilrätten, utan istället från (ett EU-lagförslag) marknadsrättens område.⁵³³

⁵²⁸ Direktiv 2001/23/EG, art. 1.1.b.

⁵²⁹ Direktiv 2001/23/EG, art. 2.1.a och 2.1.b.

⁵³⁰ COM(74) 351/2, direktivförslagets art. 11 (s. 25).

⁵³¹ COM(74) 351/2, s. 14.

⁵³² COM(74) 351/2, s. 14.

⁵³³ COM(74) 351/2, s. 14.

Control is constituted by rights or contracts which, either separately or jointly, and having regard to the considerations of fact or law involved, make it possible to determine how an undertaking shall operate, and particularly by:

- 1) Ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking;
- 2) Rights or contracts which confer power to influence the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking;
- 3) Rights or contracts which make it possible to manage the business of an undertaking;
- 4) Contracts made with an undertaking concerning the computation or appropriation of its profits;
- 5) Contracts made with an undertaking concerning the whole or an important part of supplies or outlets, where the duration of these contracts or the quantities to which they relate exceed what is usual in commercial contracts dealing with those matters.⁵³⁴

Rättsföljden av att kontrollen över bolaget skiftar är inte omstörtande; uppsägningsförbudet inträder. Konstruktionen av rättsfaktumsidan – definitionen av vilka förfaranden som ska omfattas – är i princip desto radikalare. För arbetsrättens vidkommande skulle genomförande av förslaget ha inneburit en omläggning av utgångspunkterna för arbetsgivarbegreppet. De regler om verksamhetsövergång som till slut kom att utfärdas innebär i och för sig att det grundlades en sorts relation mellan arbetstagaren och *verksamheten*, snarare än med den kontraktuella *arbetsgivaren*, men om 1974 års lagförslag hade blivit verklighet så hade denna koppling varit än starkare och förståelsen av arbetsgivarbegreppet varit i än högre grad bortkopplad från egenskapen av att vara part i anställningsavtalet.⁵³⁵ Det skulle ha varit befogat att börja tala om en form av relation inte endast mellan anställningsavtalets parter, utan också mellan arbetstagare och andelsägare i företaget som är arbetsgivarpart eller mellan arbetstagaren och det subjekt som kontrollerar företaget som är part i anställningsavtalet.

Nästa lagförslag om verksamhetsövergång, från 1975, hade samma utgångspunkter som det föregående och innehöll regler som gick bortom partsbytet i obligationsrättslig mening och det kontraktuella arbetsgivarbegreppet.⁵³⁶ Den lagtekniska

⁵³⁴ Proposal for a Regulation (EEC) of the Council on the control of concentrations between undertakings (Submitted to the Council by the Commission on 20 July 1973), OJ No C 92, 31.10.1973, p. 1-7.

⁵³⁵ Hepple, Workers' Rights in Mergers and Takeovers: The EEC Proposals, 1976, s. 197-210, s. 210.

⁵³⁶ Hepple menar att 1974 års förslag urvattnades i lagstiftningsprocessen. Hepple, The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, 1982, s. 29-40, s. 29.

utformningen var emellertid annorlunda. 1975 års lagförslag innehåll en typ av lagstadgad analogi i vilken det föreskrevs att uppsägningsförbudet ”shall apply by analogy to” (som i 1974 års förslag) koncentrationer i marknadsrättens mening ”where such a concentration has the same effect upon dependent or controlling undertaking as would a transfer”, dvs. partsbyte.⁵³⁷ Förslagen till lagstiftning om verksamhetsövergång har således byggt på definitioner av övergång som i sig skulle ha inneburit avsteg från utgångspunkten om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet.

Den lagstiftning om verksamhetsövergång som faktiskt kom att utfärdas har emellertid alltid varit anknuten till utgångspunkterna om övergång och arbetsgivarbegreppet och reglerna har kretsat kring partsbyte och kontraktuella relationer. Detta har inte kommit att ändras i efterföljande revidering⁵³⁸ eller konsolidering tillika kodifiering av praxis.⁵³⁹ Arbetsgivarbegreppet i direktivet om verksamhetsövergång är kontraktuellt orienterat i det avseendet att sådana dispositioner som innebär att det i obligationsrättslig mening blir fråga om partsbyte på arbetsgivarsidan i anställningsavtalet utgör övergång i reglernas mening. I anslutning till kommissionens utvärdering av verksamhetsövergångsreglerna 2006-07 bekräftades att arbetsgivarbegreppet i reglerna var av denna karaktär. Från fackligt håll hade nämligen efterlysts lagändringar, men kommissionen var kallsinnig:

There must be a change, in contractual relations, in the legal or natural person who is responsible for the performance of the activity and who assumes the obligations of an employer with respect to the employees of the entity.

The transfer of ownership of the majority of the shares in an undertaking or a change in the majority of shareholders does not constitute a transfer because the legal personality of the employer is unchanged. [...] a revision of the Directive, extending the definition of “transfer” to include a change of control, [...] is not justified at this stage. Although a change of control can lead to changes in the undertaking, the employees’ legal position vis-à-vis the employer is unchanged.⁵⁴⁰

Vid tillämpning av verksamhetsövergångsreglerna ska ett ägarbyte inte uppfattas som ett arbetsgivarbyte, och en sådan förändring är inte en övergång i direktivets mening. Aktieöverlåtelse utgör således inte en verksamhetsövergång (detta slogs

⁵³⁷ COM(75) 429, art. 1.2.

⁵³⁸ COM(94) 300.

⁵³⁹ COM(2000) 259.

⁵⁴⁰ COM(2007) 334, s. 3f.

fast redan i de första direktivförarbetena⁵⁴¹ och upprepades i de svenska förarbetena till 1994 års lagstiftning som genomför direktivet⁵⁴²).

Arbetsgivarbegreppet är av betydelse ifråga om definitionen av vilka överlåtelse som direktivet är tillämpligt på: detta är tydligt inte minst av det skälet att vissa förfaranden utgör arbetsgivarbyte, men inte ägarbyte. EU-domstolen har slagit fast att direktivet om verksamhetsövergång är tillämpligt

wherever, in the context of contractual relations, there is a change in the legal or natural person who is responsible for carrying on the business and who incurs the obligations of an employer towards employees of the undertaking.⁵⁴³

EU-domstolen har dessutom expanderat denna tolkning när man slagit fast att direktivet om verksamhetsövergång är tillämpligt då en ägare av en verksamhet återtar denna, efter det att den varit upplåten till ett annat företag.⁵⁴⁴ I detta sammanhang utvecklade EU-domstolen sin syn på överlåtelsebegreppet och vad som är en förändring som reglerna är tillämpliga på:

Direktivet är således tillämpligt när det genom en lagenlig överlåtelse eller fusion sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som ansvarar för driften av företaget och som på grund därav som arbetsgivare ådrar sig skyldigheter gentemot företagets anställda. *Det är därvidlag utan betydelse om äganderätten till företaget har överlåtits eller inte.* Anställda i ett företag som byter arbetsgivare utan att det sker en överlåtelse av äganderätten befinner sig nämligen i en situation som är likställd med den situation som anställda i en avyttrad verksamhet befinner sig i och de har således samma skyddsbehov.⁵⁴⁵

Domstolens slutsats blev att

i den mån som den till vilken upplåtelsen skett i enlighet med upplåtelseavtalet får ställning som arbetsgivare i ovan [se citatet] angiven mening, skall upplåtelsen betraktas som en överlåtelse av ett företag till en annan arbetsgivare genom en lagenlig överlåtelse.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ COM (74) 351, COM (75) 429. Jfr också de förenade målen C-144/87 och C-145/87.

⁵⁴² Prop. 1994/95:102, s. 31.

⁵⁴³ C-101/87, p. 13, C-29/91, p. 11, C 209/91, p. 15.

⁵⁴⁴ C-287/86.

⁵⁴⁵ C-287/86, p. 12, C-324/86, p. 9, C-144-145/87, p. 17.

⁵⁴⁶ C-287/86, p. 13.

Eftersom verksamhetsövergång kan vara för handen i en situation i vilken en upplåtelse avbryts (och en verksamhet därför återtas⁵⁴⁷), kan det vara fråga om ett arbetsgivarbyte trots att något ägarbyte inte ägt rum. Ägandet till verksamheten har inte förändrats, likväl har det varit fråga om verksamhetsövergång och arbetsgivarbyte. Arbetsgivarbytet är därför i denna mening i princip bortkopplat från äganderätten till verksamheten.

För att det ska vara fråga om verksamhetsövergång krävs inte att hela verksamheten övergår, och därför uppstår frågor om arbetsgivarbegreppet vid indelning av verksamheten i mindre delar. Hur avgörs vilka anställningsförhållanden som ska följa med vid partiell överlåtelse av den kontraktuella arbetsgivarens verksamhet? Endast anställningsförhållanden som är knutna till den överlåtna delen ska följa med.⁵⁴⁸ Enligt EU-domstolen ska bedömningen av vilka anställningsförhållanden som ska följa med till den nya arbetsgivaren ta fasta på hur arbetsgivaren utnyttjat sin arbetsledningsrätt och tilldelat arbetstagaren en arbetsplats som

formed the organizational framework within which their employment relationship took effect.⁵⁴⁹

Detta organisatoriska synsätt på relationerna mellan anställningsavtalets parter är synligt i EU-domstolens övergripande syn på anställningsavtalet:

An employment relationship is essentially characterized by the link existing between the employee and the part of the undertaking or business to which he is assigned to carry out his duties.⁵⁵⁰

Vid ställningstagande till huruvida ett anställningsförhållande omfattas av verksamhetsövergången är det

therefore sufficient to establish to which part of the undertaking or business the employee was assigned.⁵⁵¹

En arbetstagare som är aktiv i flera delar av verksamheten, ska inte anses höra till någon särskild del, och därför inte följa med om en av dessa skulle överlåtas.⁵⁵² I just det här sammanhanget är arbetsgivarbegreppet i verksamhetsövergångsregler-

⁵⁴⁷ Direktivet är dessutom tillämpligt i den likartade situationen att ägaren först återtar den upplåtna verksamheten för att sedan upplåta den till en ny arrendator. C-324/86.

⁵⁴⁸ Prop. 1994/95:102, s. 82, s. 30 f. SOU 1994:83, s. 53.

⁵⁴⁹ C-186/83, p. 14.

⁵⁵⁰ C-186/83, p. 15, Synsättet bekräftat i C-209/91, p. 16, C-392/92, p. 13.

⁵⁵¹ C-186/83, p. 15.

⁵⁵² Förslag till avgörande C-186/83.

na i och för sig nödvändigtvis (lika med eller) mindre än den kontraktuella arbetsgivarens juridiska person och kopplingen mellan arbetstagaren och dennes arbetsplats står i förgrunden, snarare än arbetsgivaren i bemärkelsen part i anställningsavtalet. Arbetsgivarens tidigare beslutade fördelning av arbetstagarna i organisationen avgör vilka som påverkas av att en del av verksamheten överläts.

Lagstiftning om verksamhetsövergång träder in i stället för allmänna obligationsrättsliga principer om partsbyte.⁵⁵³ Den här typen av regler skapar en form av samband mellan arbetstagaren och verksamheten (som övergår). Verksamhetsövergång kan vara konstruerat på olika sätt; lagstiftningen kan göras tillämplig på olika förfaranden och förses med olika typer av rättsföljder. De idag gällande reglerna om verksamhetsövergång anknyter till arbetsgivaren som part, och inte till rena ägarbyten, och är i den meningen kontraktuellt orienterade. I och för sig kan det vara fråga om arbetsgivarbyte, även om något ägarbyte inte ägt rum. I verksamhetsövergångsreglerna är arbetsgivarbegreppet en faktor i definitionen av vilka förändringar reglerna är tillämpliga på.

2.2.3 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen

Ifråga om de personliga uppsägningsskälerna kan arbetsgivarbegreppet uppfattas som att det fyller två funktioner. Å ena sidan handlar anställningsskyddet om avtalet ska fortleva eller inte, och i den meningen kan det endast avse den kontraktuella motparten som pliktsubjekt. Denna aspekt av arbetsgivarbegreppet återfinns på rättsföljdsidan av saklig grund-regeln. Å andra sidan handlar anställningsskyddet om vilka kontraktsbrott som kan ligga till grund för anställningsavtalets upphörande. Denna aspekt av arbetsgivarbegreppet föreligger på rättsfaktumsidan av saklig grund-regeln. De materiella reglerna om anställningsskydd – dvs. reglerna om vilka ageranden från arbetstagarens sida som ska anses utgöra kontraktsbrott mot motparten i anställningen – avgör på den här punkten arbetsgivarbegreppet.

I Arbetsdomstolens tillämpning av saklig grund-regeln syns hur anställningsskyddet är kopplat till en avtalsrättslig modell⁵⁵⁴ och till den kontraktuella definitionen av arbetsgivarbegreppet. Beröringspunkterna mellan arbetsgivarbegreppet och anställningsskyddet vid uppsägning pga. personliga skäl utgörs av arbetsgivaren som angreppsobjekt vid arbetstagarens kontraktsbrott. Arbetstagarens åtagande i anställningsavtalet med arbetsgivaren innebär i förlängningen ett indirekt åtagande i relation till fler subjekt än det som är den kontraktuella motparten. Det är emel-

⁵⁵³ Jfr de förenade målen C-144/87 och C-145/87, p. 13.

⁵⁵⁴ I lagtext framträder saken tydligare i regeln om avskedande: ”Avskedande får ske, om arbetstagaren grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren.”; 18 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Jfr Bengtsson, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott*, 1967, s. 327-430.

lertid alltså avtalet (med en part) som är grunden för den mångsidiga förpliktelsen. I Arbetsdomstolens praxis syns att inte ens bilaterala arbetsorganisationer är okomplicerade, eller för den delen inte ens i princip bilaterala. Komplexiteten ligger i att anställningsavtalet, även om det gäller endast mellan de två parterna, ur arbetstagarens synvinkel innebär skyldigheter också mot arbetsgivarens affärs- och samarbetspartners.⁵⁵⁵ På detta sätt innehåller även den bilaterala arbetsorganisationen (oftast) fler subjekt än två som är relevanta för att avgöra arbetstagarens anställningsskydd.

Den kontraktuella synen på arbetsgivarbegreppet ligger bakom Arbetsdomstolens hållning att arbetsgivarföreträdare äger ett särskilt skydd i arbetsorganisationen. Verbala eller fysiska angrepp, hotfulla åtbörder, smädelser, ofredande och liknande riktade mot arbetsledare tillika arbetsgivarföreträdare ser Arbetsdomstolen strängt på, och saklig grund för uppsägning är i praxis ofta uppfyllt.⁵⁵⁶

det [finns] anledning att reagera mycket starkt mot våld och hot om våld som riktar sig mot annan person på en arbetsplats. Detta gäller inte minst när anställda i arbetsledande ställning utsätts för detta från underställd personal.⁵⁵⁷

Saklig grund-kriteriet är enklare uppfyllt om ett angrepp skulle vara riktat mot en arbetsgivarföreträdare, än om samma angrepp hade riktats mot en arbetskamrat, och detta beror på att det i den situationen är fråga om ett (mer) direkt avtalsbrott, dvs. riktat mot någon som uppfattas representera motparten.

Vidare; arbetstagarens ställning i organisationen påverkar vilket anställningsskydd denna har i en given situation. Motivet för anställningsskyddslagens generella undantag för företagsledare är att dessa arbetstagare är

tjänstemän som direkt företräder arbetsgivaren och därigenom har en utpräglad arbetsgivarfunktion.⁵⁵⁸

I Arbetsdomstolens praxis om saklig grund-regelns tillämplighet syns dessutom hur arbetstagarens (höga) ställning påverkar anställningsskyddet (negativt för arbetstagaren). Domstolen utgår från att de högsta befattningarna i en organisation förutsätter arbetsgivarens förtroende, och om arbetsgivaren förklarar att detta saknas, godtar Arbetsdomstolen ofta detta. På detta sätt blir anställningstrygghet

⁵⁵⁵ Se Arbetsdomstolens praxis som diskuteras nedan.

⁵⁵⁶ AD 1985 nr 27, AD 1984 nr 88, AD 1978 nr 92, AD 1989 nr 102, AD 1996 nr 82, AD 1976 nr 51, AD 1975 nr 17, AD 1999 nr 148, AD 2013 nr 53.

⁵⁵⁷ AD 1982 nr 67.

⁵⁵⁸ 1 § 2 st. 1 p. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Prop. 1973:129 s. 230, s. 194. Jfr prop. 1981/82:71 s. 92-94, s. 112f., Ds A 1981:6, s. 237-249, s. 277f.

otänkbart för arbetstagarna på de högsta nivåerna i organisationer.⁵⁵⁹ Om anställningen ligger mycket nära den företagsledande kretsen – på vilken anställningsskyddslagen inte är tillämplig –

tunnas därmed [kraven på saklig grund] ut avsevärt jämfört med vad som skulle ha varit fallet i fråga om en arbetstagare i mera underordnad ställning.⁵⁶⁰

Arbetsdomstolen uppfattar arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren som en ”väsentlig förutsättning i ett anställningsförhållande” och att med högre tjänsteställning får det ställas högre krav på de anställda.⁵⁶¹ Avvikelser från rutiner och överträdelse av instruktioner som för en vanlig arbetstagare möjligen inte hade utgjort saklig grund för uppsägning, kan utgöra det för en person i chefsställning.⁵⁶² Tumregeln är att ju högre upp i arbetsgivarens organisation, desto högre krav får det ställas på arbetstagaren. Gränsen för när saklig grund är uppfylld är varierande och avhängig hur nära den felande arbetstagaren är den organisatoriska nivå som kan binda huvudmannen i avtalsrättslig mening, eller med andra ord arbetsgivaren i strikt kontraktuell bemärkelse.

I viss mening ska arbetstagarna själva jämföras med arbetsgivaren. Enligt Arbetsdomstolen innebär nämligen anställningsavtalet en förpliktelse för arbetstagaren att behandla sina arbetskamrater väl. Implikationen av detta blir att i en tvist om saklig grund för uppsägning blir ett övergrepp – t.ex. sexualiserade kränkningar och hot⁵⁶³, eller förskingring⁵⁶⁴ – riktat mot en arbetskamrat att uppfattas som ett avtalsbrott riktat mot arbetsgivaren. Arbetsdomstolens synsätt bygger på att motsättningar mellan arbetstagarna leder till mindre effektiva arbetsplatser och att förövarna inte kan kvarstå i anställningen;

⁵⁵⁹ AD 1981 nr 163. Jfr diskussionen i Ds A 1981:6 s. 242.

⁵⁶⁰ AD 1998 nr 22. Likartat i AD 1977 nr 223 (om fartygsbefälhavare).

⁵⁶¹ AD 2013 nr 94, likartat i AD 2011 nr 90. Se också AD 2014 nr 23.

⁵⁶² AD 1987 nr 130, AD 1982 nr 9, AD 1988 nr 123, AD 1994 nr 10, AD 1993 nr 144, AD 1998 nr 2, AD 1999 nr 61. (Arbetstagare som arbetar direkt åt den högsta ledningen, t.ex. som sekreterare anses för övrigt också ha en förtroendeställning och kan därför också omfattas av det uttunnade anställningsskyddet. Se t.ex. AD 1993 nr 203.) (Stundom är förtroendeställningen en förutsättning för arbetstagarens åtgärd, t.ex. att begå ett visst brott, mot arbetsgivaren. Förtroendeställningen är då särskilt försvårande för arbetstagaren. Se t.ex. AD 1979 nr 25, AD 1999 nr 29.) (I avsaknad av instruktioner från en överordnad nivå innebär chefsställningen att det föreligger ett utrymme för arbetstagaren att handla efter eget omdöme. Se t.ex. AD 1989 nr 26.).

⁵⁶³ AD 2014 nr 90.

⁵⁶⁴ AD 1994 nr 108.

till de förpliktelser mot arbetsgivaren som följer av ett anställningsavtal hör även en skyldighet att inte uppträda så hänsynslöst mot andra anställda hos denne att relationerna på arbetsplatsen och andra arbetstagares anspråk på rimligt goda arbetsförhållanden allvarligt skadas eller äventyras.⁵⁶⁵

I detta sammanhang fungerar arbetsgivarbegreppet som en sammanhållande bakgrundsfaktor som skapar förutsättningar för ett system med indirekta och förmedlade skyldigheter på horisontellt plan mellan arbetstagarna, som ju i relation till varandra är tredjeman, dvs. att de inte står i något avtalsförhållande till varandra. Genom att ett angrepp mot en arbetskamrat konstrueras som ett angrepp på motparten i anställningen uppkommer ett maktmedel arbetsgivaren kan använda för att reglera arbetsplatsen.⁵⁶⁶

Arbetsdomstolens förståelse av vad som ska anses utgöra ett avtalsbrott mot arbetsgivaren kan sägas vara delvis gränslös: Så länge som ett handlande varit ”ägnat att allvarligt skada förhållandet mellan” parterna, kan även ”annat än direkta åligganden i tjänsten” ligga till grund för avskedande.⁵⁶⁷ Att något visst händelseförlopp ägt rum på arbetstagarens fritid hindrar inte att det åberopas som avtalsbrott eller förseelse i anställningen.⁵⁶⁸ Arbetsdomstolen anser dessutom att en förseelse av arbetstagaren är allvarligare, ju närmare arbetsgivaren den förekommit.⁵⁶⁹ Även händelser med indirekt koppling till arbetsplatsen⁵⁷⁰, arbetsledningen och arbetskamraterna – t.ex. resor till arbetet⁵⁷¹ och personalfester⁵⁷² – har Arbetsdomstolen ansett inträffade hos arbetsgivaren och omfattade av det strängare synsättet som gäller för skeenden på arbetsplatsen. Inte ens i de bilaterala arbetsorganisationerna sammanfaller faktisk arbetsorganisation och kontraktuell arbetsgivare; arbetsorganisationen är i praktiken större och omfattar ytterligare områden.

⁵⁶⁵ AD 1992 nr 86; våldtäkt av arbetskamrat på personalfest arrangerad av arbetstagarna, utanför arbetsplatsen. Likartat i AD 1999 nr 64.

⁵⁶⁶ Jfr SOU 1993:32 som förespråkade tydligare fokus på arbetskamraternas ställning i anställningsskyddet.

⁵⁶⁷ AD 1981 nr 51 med praxisgenomgång. T.ex. AD 1995 nr 3 om arbetstagares befattning med egendom som denne insett eller borde insett frånhänts arbetsgivaren genom brott.

⁵⁶⁸ AD 2000 nr 5. AD 2006 nr 77. AD 2011 nr 26.

⁵⁶⁹ Bl.a. AD 1995 nr 121 (tillgreppsbrott som ”har riktat sig direkt mot bolaget/arbetsgivaren, begåtts på arbetsplatsen och avsett [...] ett inte obetydligt värde”. Jfr AD 1990 nr 24 om smuggling: ”Brottet hade visserligen en anknytning till Günther Ws anställning men riktade sig inte direkt mot arbetsgivaren och kan inte heller sägas ha blivit begånget med särskilt utnyttjande av något förtroende som arbetsgivaren lämnat Günther W i och för tjänsten.” AD 1989 nr 25. AD 1990 nr 91.

⁵⁷⁰ Det kan också handla om brott på arbetsplatsen som ej är riktade mot arbetskamrater eller arbetsgivare, men som är begångna med arbetsgivarens utrustning; AD 2008 nr 10.

⁵⁷¹ AD 1998 nr 30.

⁵⁷² AD 1998 nr 145, AD 1995 nr 11; jfr AD 2009 nr 27. Se också AD 1992 nr 86, AD 1999 nr 64.

Arbetsdomstolen uppfattar angrepp på företag som arbetsgivaren samarbetar med som förseelser i relation till den kontraktuella arbetsgivaren.⁵⁷³ Detsamma gäller för angrepp på arbetsgivarens kunder⁵⁷⁴ och brukare⁵⁷⁵. När det i ett uppsägnings- ärende ska avgöras om arbetsgivaren lidit skada får det även beaktas

om handlingen har inneburit skada för arbetsgivaren även på det sättet att dennes relationer till kunder eller affärsförbindelser i övrigt äventyras.⁵⁷⁶

Som angreppsobjekt i uppsägningsmål anser Arbetsdomstolen att arbetsgivaren ska uppfattas som större än den kontraktuella motparten i anställningen. Saklig grund-regeln har två sidor. Om rättsföljdsidan är enkel – anställningsavtalet ska upphöra, eller inte –, så är rättsfaktumsidan mer komplicerad och omfattar angrepp på ett område som är mer omfattande än endast motparten. Arbetsdomstolens tolkning av vilka förfaranden som utgör ett avtalsbrott är inkluderande, och fler angrepp än sådana som riktar sig direkt mot den kontraktuella arbetsgivaren uppfattas som avtalsbrott. Detta uppställer en relation mellan arbetstagaren och arbetsgivarens intressesfär⁵⁷⁷ – som inkluderar både affärspartners och andra arbetstagare hos arbetsgivaren. Trots att huvudmannen på rättsfaktumsidan i saklig grund-regeln i praktiken avser något större än den kontraktuella arbetsgivaren, så är denna rättstillämpning i och för sig underordnad ett tvåpartsmönster där den kontraktuella synen på huvudmannen i princip är intakt.

2.2.4 Verksamhetsrelaterade uppsägningar

2.2.4.1 Arbetsbrist och turordning för uppsägning

Vid verksamhetsrelaterade uppsägningar (arbetsbrist) avgör begreppet turordningskrets var de anställda kan göra gällande sina rättigheter. I den bilaterala arbetsorganisationen motsvarar arbetsgivarens juridiska person utrymmet för turordningskrets enligt anställningsskyddslagen: begreppet turordningskrets är per definition mindre än, eller lika stort som, det kontraktuella arbetsgivarbegreppet.

Turordningskretsar ska fastställas för var och en av arbetsgivarens driftsenheter för sig.⁵⁷⁸ Begreppet driftsenhet är det begrepp i turordningsreglerna som är starkast kopplat till arbetsgivarbegreppet och blir grundläggande för anställningsskyddet

⁵⁷³ AD 1998 nr 2.

⁵⁷⁴ AD 2002 nr 85.

⁵⁷⁵ AD 2002 nr 83.

⁵⁷⁶ AD 1979 nr 25.

⁵⁷⁷ Jfr Danhard, Skiljande från tjänsten – de personliga skälen, 2007, s. 7-67.

⁵⁷⁸ 22 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Begreppet var omstritt i lagstiftningsprocessen. Se prop. 1973:129, s. 156 ff.

när arbetsgivaren vill säga upp arbetstagare under återopande av arbetsbrist. Turordningen i driftsenheten görs i varje kollektivavtalsområde⁵⁷⁹ för sig, och arbetskraften konkurrerar enligt senioritetsprincipen om de kvarvarande arbetstillfällena med stöd av sin upparbetade anställningstid.⁵⁸⁰ Driftsenhet definieras i anställningsskyddslagens förarbeten som

i princip sådan del av ett företag som är belägen inom en och samma byggnad eller inom ett och samma inhägnade område, dvs. fabrik, butik, restaurang osv.⁵⁸¹

Faktiska geografiska förhållanden, och inte organisatoriska teoretiska strukturer avgör driftsenhetsbegreppet.⁵⁸² Snarare än att handla om arbetsplatsens storlek som sådan eller om huruvida den skulle ha en utbyggd administration eller inte, är det geografiska synsättet avgörande för om en arbetsplats utgör en driftsenhet.⁵⁸³ Arbetsdomstolen varnar för ett ”organisatoriskt synsätt” på driftsenhetsbegreppet med orden:

Om man [...] låter sådana omständigheter som graden av central ledning av arbetet, integrationen av olika led i en produktionsprocess och uppläggningsenheten av personaladministrationen bli avgörande, har man enligt domstolens uppfattning avlägsnat sig från det driftsenhetsbegrepp som åsyftades av lagstiftaren och försatt sig i en situation där man i realiteten inte längre har några fasta kriterier för bestämmande av begreppets innebörd.⁵⁸⁴

En driftsenhet kan inte sträcka sig över flera orter.⁵⁸⁵ Gemensam turordning för samtliga driftsenheter på orten⁵⁸⁶ ska fastställas om kollektivavtalsbunden arbetstagarorganisation på visst sätt begär det.⁵⁸⁷

I och med ledet driftsenhet utgår turordningskretsbegreppet från ett rumsligt synsätt. Arbetstagare i olika turordningskretsar konkurrerar aldrig med varandra. Det är endast inom driftsenheten som en arbetstagare kan kräva att bli omplacerad till nya arbetsuppgifter, för den händelse arbetstagaren i kraft av sin anställningstid har förtur till fortsatt anställning, samtidigt som dennas arbetsuppgifter avskaffats

⁵⁷⁹ AD 1996 nr 149.

⁵⁸⁰ 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Arbetsdomstolen anger i AD 1992 nr 130 att turordning utformas med stöd av begreppen ”arbetsgivaren, driftsenheten, avtalsområdet och orten”.

⁵⁸¹ Prop. 1973:129, s. 260.

⁵⁸² AD 1988 nr 32, AD 1988 nr 100. Lokaler i byggnader mitt emot varandra kan utgöra en och samma driftsenhet; se AD 2006 nr 15.

⁵⁸³ AD 1993 nr 99. AD 1988 nr 100.

⁵⁸⁴ AD 1988 nr 100.

⁵⁸⁵ AD 1996 nr 56.

⁵⁸⁶ AD 1984 nr 4, AD 1984 nr 59, AD 1993 nr 99.

⁵⁸⁷ 22 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

eller förändrats av arbetsgivaren. För att bereda arbetstagarna med längre anställningstid och tillräckliga kvalifikationer fortsatt anställning blir en arbetstagare med kortare anställningstid uppsagd från driftsenheten, trots att dennes arbetsuppgifter inte försvunnit. Förutsättningen för att få företräde till fortsatt anställning är att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för arbetet.⁵⁸⁸ Denna regel är en avvägningsnorm som har tillämpats av Arbetsdomstolen i ett stort antal mål. Eftersom begreppet tillräckliga kvalifikationer ska prövas i relation till arbetet som det ska bedrivas i framtiden blir det arbetsgivarens framtida verksamhet som avgör om kvalifikationerna är tillräckliga i regelns mening.⁵⁸⁹

Utöver att använda sig av möjligheten att förlägga arbetsplatser på olika geografiska platser, kan arbetsgivaren inte själv disponera över det område mot vilket som de anställdas rättigheter ska avgöras. En arbetstagarorganisation och arbetsgivaren kan emellertid i kollektivavtal avvika från lagens driftsenhetsbegrepp.⁵⁹⁰ Detta begrepp får göras mindre eller större, och också drabba de anställda negativt relativt den lagstadgade lösningen. I denna begränsade mening är arbetsgivarbegreppet en del av det autonoma systemet för reglering av anställningsvillkor, anställningsskydd och löner, och kan komma att ingå i en förhandling kring dessa aspekter. Arbetstagsidan skulle kunna tänkas acceptera en för arbetsgivaren fördelaktig definition av driftsenhet⁵⁹¹ i utbyte mot något de å sin sida eftersträvar, t.ex. högre lön.

Anställningsskyddet vid arbetsbrist förhåller sig på ett särskilt sätt till verksamhetsövergång. Övertalighet i en verksamhet som ska överlätas innebär att det råder arbetsbrist (och saklig grund för uppsägning) hos överlåtaren, och att den ska hanteras där (turordning och omplacering). Arbetstagare som sägs upp hos överlåtaren följer i förekommande fall med till förvärvaren för att arbeta under uppsägningstiden. Att på detta sätt bli uppsagd av överlåtaren men ändå medfölja till förvärvaren under uppsägningstiden innebär inte att arbetstagare kan kräva omplacering till eventuellt lediga befattningar hos förvärvaren under den återstående uppsägningstiden.⁵⁹² Övertalighet som uppstår p.g.a. övergången utgör inte arbetsbrist och saklig grund för uppsägning hos överlåtaren. Överlåtaren kan alltså inte vidta uppsägningar för förvärvarens räkning. I enlighet med huvudregeln om automatisk

⁵⁸⁸ 22 § 4 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁵⁸⁹ Calleman, *Turordning vid uppsägning*, 2000, Danhard, *Turordningsreglernas kärna*, 2003, s. 8-57.

⁵⁹⁰ 22 § och 2 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁵⁹¹ I VVS-avtalet, t.ex., är företaget driftsenhet, men om företaget har filialer är de driftsenheter. En filial definieras i sin tur som "enhet inriktad för permanent verksamhet", och "Sådan inriktning anses föreligga när filialens verksamhet riktar sig mot en marknad (flera kunder) och den står under överinseende av en chef." Jfr AD 1951 nr 34. VVS-avtalet [Anställningsskyddsöverenskomst (ÖLAS)] 2010-04-01 – 2012-03-31 mellan VVS Företagen och Svenska Byggnadsarbetareförbundet, § 21, anmärkning 1-2.

⁵⁹² Prop. 1994/95:102, s. 44.

övergång av anställningsavtalen kommer övertalighet som är en följd av övergången att hanteras hos förvärvaren, med stöd av anställningsskyddets huvudregler; hos den nya arbetsgivaren kommer omplacering, turordning och uppsägning att äga rum. Rättsläget innebär att de båda huvudmännen – överlåtaren och förvärvaren – inte kan avtala sinsemellan om vem som ska hantera övertalighet i anslutning till verksamhetsövergången.⁵⁹³

2.2.4.2 Företrädesrätt till återanställning

I reglerna om företrädesrätt till återanställning har begreppet för arbetsgivaren funktionen att definiera var de tidigare anställda kan göra gällande sina rättigheter. Reglerna om turordning vid uppsägning och företrädesrätt till återanställning bygger på samma begreppsbyggnad⁵⁹⁴: företrädesrätt har arbetstagaren i samma driftsenhet (och kollektivavtalsområde) som denne arbetade i när anställningen upphörde.⁵⁹⁵ Begreppen driftsenhet (och kollektivavtalsområde och ort) har samma betydelse i regeln om företrädesrätt till återanställning som i regeln om turordning vid uppsägning.⁵⁹⁶ Den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet gäller därmed också ifråga om företrädesrätt till återanställning.

Utsträckningen av företrädesrätten till återanställning var föremål för diskussion i lagstiftningsprocessen; en bifallen riksdagsmotion ändrade regeringens lagförslag på den här punkten. I propositionen hade det föreslagits att återanställningsrätten skulle knytas till begreppet rörelse och att det skulle bortses från att denna bedrevs på skilda driftsenheter och orter; samtliga arbetsplatser skulle omfattas (dessutom skulle företrädesrätten inte heller gälla endast inom kollektivavtalsområdet).⁵⁹⁷ I en (Socialdemokratisk) motion anfördes att återanställning istället skulle begränsas till att avse driftsenheten, i den betydelse begreppet har enligt turordningsreglerna. Motionären ansåg att en alltför bred återanställningsrätt innebar att syftet med den gick förlorat och att rättsosäkerhet för arbetskraften skulle bli följden om regeringens förslag genomfördes i lagstiftningen. De anställda skulle uppfatta det som orättvist om konkurrenssituationer uppstod mellan arbetstagare som arbetat på någon viss arbetsplats och en person som inte gjort det, och att den arbetstagare som nekade återanställning på en annan ort, skulle komma att förlora sin företrädesrätt till kommande återanställningar på den ort (arbetsplats) där denna tidigare

⁵⁹³ Prop. 1994/95:102, s. 45, AD 1999 nr 21.

⁵⁹⁴ AD 1993 nr 179.

⁵⁹⁵ 25 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁵⁹⁶ Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 160.

⁵⁹⁷ Prop. 1973:129, s. 164 f. SOU 1973:7, s. 160f, s. 191f, lagförslagets 20 §.

faktiskt arbetat.⁵⁹⁸ Inrikesutskottet och Riksdagen instämde i detta: motionärens förslag ansågs ”leda till rimligare resultat” och ett enhetligare system.⁵⁹⁹

Vidare; den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet präglar reglerna om företrädesrätt till återanställning i så motto att de är tillämpliga endast i relation mellan arbetstagaren och dennes motpart i anställningsavtalet. Följaktligen kan en arbetstagare, efter det att företrädesrätten aktualiserats, med giltig verkan avstå den; men endast i en rättshandling riktad till arbetsgivaren. Arbetstagarna kan inte avtala sinsemellan om företrädesrätten, dvs. om vilken person som ska anses ha bäst rätt i detta avseende, och arbetsgivaren kan aldrig återropa en sådan överenskommelse mellan arbetstagare som motiv för att anställa eller inte anställa någon viss arbetstagare.⁶⁰⁰

Arbetstagarna har endast företrädesrätt till återanställning avseende sådant arbete som de har tillräckliga kvalifikationer för att utföra. Rekvisitet ska tolkas på samma sätt som i turordningsreglerna.⁶⁰¹ Kriteriet tillräckliga kvalifikationer för företrädesrätt till återanställning har prövats otaliga gånger av Arbetsdomstolen.⁶⁰² Bedömningen av om arbetstagarens kvalifikationer är tillräckliga ska göras i relation till arbetet som det ska bedrivas av arbetsgivaren i framtiden. Vid uppsägningstillfället är det därför i princip okänt vilken relevans som en arbetstagares kvalifikationer verkligen kommer att ha när återanställningsrätten aktualiseras.

Reglerna om företrädesrätt till återanställning tillämpas på ett särskilt sätt för den händelse det ägt rum en verksamhetsövergång. Företrädesrätten till återanställning gäller i relation till förvärvaren, även om det är överlåtaren som vidtagit uppsägningen.⁶⁰³ Om en verksamhetsövergång äger rum efter uppsägningstidens slut gäller företrädesrätten till återanställning i relation till förvärvaren.⁶⁰⁴ Har en arbetstagare utnyttjat möjligheten att neka att följa med till förvärvaren och sedan blivit uppsagd av överlåtaren har denna emellertid inte någon företrädesrätt hos förvärvaren.⁶⁰⁵

⁵⁹⁸ Motion 1973:2028.

⁵⁹⁹ InU 1973:36, s. 40.

⁶⁰⁰ AD 2001 nr 25.

⁶⁰¹ 22 § och 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Prop. 1981/82:71, s. 138. Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 160.

⁶⁰² Ulander-Wänman, *Företrädesrätt till återanställning*, 2008, Sydolf, Begreppet tillräckliga kvalifikationer i Arbetsdomstolens rättstillämpning, 2001, s. 349-365.

⁶⁰³ Prop. 1994/95:102, s. 44.

⁶⁰⁴ Prop. 1994/95:102, s. 63.

⁶⁰⁵ Prop. 1994/95:102, s. 82.

2.2.5 Omplaceringsskyldighetens omfång

En arbetsgivare har inte saklig grund för uppsägning om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren omplacerar arbetstagaren ”hos sig”.⁶⁰⁶ Omplacering med stöd av saklig grund-regeln ska, i förekommande fall, göras innan turordning för uppsägning fastställs.⁶⁰⁷ Omplacering inom turordningskretsen ska ske om detta krävs för att arbetstagarna med längst anställningstid och tillräckliga kvalifikationer ska kunna beredas fortsatt anställning.⁶⁰⁸ Innan arbetsgivaren aktualiserar uppsägningar i verksamheten kan denne, oavsett arbetstagarens inställning till åtgärden, omplacera arbetstagarna inom ramen för deras arbetsskyldighet. Denna omplaceringsåtgärd är ett utflöde av arbetsledningsrätten, och inte en del av anställningsskyddsregleringen.⁶⁰⁹ Dessa tre olika regler om omplacering bygger på tre olika begrepp med olika räckvidd, för det första ”sig”, dvs. ”arbetsgivaren” (7 §), för det andra turordningskretsen (22 §) och för det tredje, arbetsskyldighetens gränser (ej lagstadgat).⁶¹⁰

I rättspraxis kring omplaceringsskyldigheten i saklig grund-regeln har slagits fast att den kontraktuella utgångspunkten gäller: det är hos det rättssubjekt som är motpart i anställningsavtalet som omplacering ska ske.⁶¹¹ Enligt förarbetena ska arbetsgivaren (motparten) successivt vidga området på vilket en ledig anställning ska eftersökas åt den uppsägningshotade. I första hand avser omplaceringsskyldigheten den ”arbetsplats” eller ”företagsenhet” som arbetstagaren var sysselsatt i. Sökandet börjar inom arbetsskyldigheten, men är i och för sig inte begränsad till detta område. Arbetsgivaren är ”i princip skyldig att undersöka om det någonstans inom företaget” finns en ledig anställning.⁶¹² Sökandet ska avse samtliga företags driftsenheter⁶¹³, men regelns begränsning till att avse krav om endast skäliga åtgärder innebär att för den händelse arbetsgivaren har ”flera olika rörelser på skilda orter”, måste omplacering mellan rörelsegrenarna inte prövas:

⁶⁰⁶ 7 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶⁰⁷ AD 2009 nr 50, AD 2011 nr 30, Numhauser-Henning & Rönmar, *Det flexibla svenska anställningsskyddet*, JT 2010/11 s. 382-411, Numhauser-Henning & Rönmar, *Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis*, 2012, s. 443-468.

⁶⁰⁸ 22 § 4 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶⁰⁹ AD 1929 nr 29. Danhard, *Arbetsskyldighetens gränser*, 2004, s. 7-56, Rönmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet*, 2004, Malmberg, *Anställningsavtalet*, 1997.

⁶¹⁰ Danhard, *Arbetsskyldighetens gränser*, 2004, s. 7-56, Rönmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet*, 2004, s. 45-102, s. 148-197, s. 256-286, s. 347-351.

⁶¹¹ AD 1984 nr 141 (AD 1983 nr 42 är ett preludium till 1984 års dom). Denna begränsning av omplaceringsskyldigheten har bekräftats och tillämpats vid ett flertal tillfällen. Se t.ex. AD 1992 nr 65, AD 1995 nr 2, AD 1996 nr 144, AD 2013 nr 60.

⁶¹² Prop. 1973:129, s. 121f. AD 1999 nr 13.

⁶¹³ Stundom använder Arbetsdomstolen termen filial för avdelningar inom en och samma juridiska person. Se t.ex. AD 1982 nr 82.

Särskilt gäller detta, om varje rörelsegren har egen personalavdelning som självständigt sköter rekrytering och andra personalfrågor för rörelsegrenen i fråga.⁶¹⁴

Arbetsdomstolen har uppfattat dessa utgångspunkter som att de i någon utsträckning innebär att det sätt på vilket arbetsgivaren organiserat sin verksamhet får genomslag i tillämpningen av omplaceringsregeln: om det skapas självständiga rörelsegränar till vilka det delegeras beslutsbefogenheter kan det inte krävas att omplacering övervägs i hela verksamheten.⁶¹⁵ Omplaceringsregeln ställer blygsamma krav på att arbetsgivaren genomför organisationsförändringar⁶¹⁶ till undvikande av uppsägning, och detta utgår i sig från den kontraktuella utgångspunkten för omplaceringsskyldighetens utsträckning: arbetsgivaren kan inte i den egen-skapen fatta beslut bortom sin juridiska person.

2.3 Bolagiserade verksamheter och anställningsskyddet

2.3.1 Koncernarbetsrätten, arbetsgivarbegreppet och anställningsskyddet

När arbetstagaren är verksam i en koncern är den kontraktuella arbetsgivaren infogad i ett mönster av ägande- och maktrelationer mellan olika bolag. En utmaning i koncernsammanhang kan vara att makten i arbetsorganisationen ligger på ett annat ställe än hos det subjekt som är den kontraktuella arbetsgivaren. Koncerner – dvs. summan av moderbolag och dotterbolag – är för handen när ägandet av och kontrollen över flera rättssubjekt är samlad på en hand. Fenomenet är definierat i bolagsrätten.⁶¹⁷ I arbetsrätten gäller på en viss punkt – beräkning av anställningstid – särskild lagstiftning för koncerner.⁶¹⁸ Frågan om hur den bolagsrättsliga konstruktionen koncerner ska begripliggöras och regleras i arbetsrätten är en problemställning som är lika gammal som det lagstadgade anställningsskyddet.⁶¹⁹

I anställningsskyddet uppstår två grupper av utmaningar. För det första föreligger en uppsättning problem som uppstår med anledning av att flera verksamheter är

⁶¹⁴ Prop. 1973:129, s. 243.

⁶¹⁵ AD 1995 nr 2, AD 1995 nr 152.

⁶¹⁶ AD 1983 nr 127, AD 2004 nr 40; jfr AD 2005 nr 57.

⁶¹⁷ 1 kap. 11 § aktiebolagslagen (2005:551).

⁶¹⁸ 3 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶¹⁹ Dessutom utgör koncernerna en problemställning inom den kollektiva arbetsrätten (samt inom reglerna för arbetstagarinflytande), där det handlar om att hantera fackliga rättigheter när organisationens motpart i kollektivavtalet inte är den enda eller mest relevanta aktören på arbetsgivar sidan. Se bl.a. AD 1978 nr 156, AD 1978 nr 157, AD 1979 nr 1, AD 2003 nr 40.

sammanhållna ifråga om ägande och kontroll och i förekommande fall faktiskt integrerade, och som förutsätter tillämpning av de allmänna arbetsrättsliga reglerna i koncernkontext. För det andra föreligger en uppsättning problem som löses med stöd av särregleringen för anställningsskydd i koncerner. Den koncernarbetsrättsliga problematiken kretsar kring frågan om var i arbetsorganisationer som är koncerner som arbetsrättens regler kan göras gällande: handlar det endast om den kontraktuella motparten i anställningsavtalet, eller; kan 'koncernen' som helhet, eller moderbolaget eller något eller några av dotterbolagen göras ansvariga som arbetsgivare?

Koncerner karaktäriseras av att de är strikt rättsligt definierade och att denna definition tar fasta på de bakomliggande förhållandena på huvudmannasidan i anställningen. Det är utmärkande för koncerner att inget måste rent faktiskt utmärka dem; det syns inte för ögat att en arbetsorganisation i rättslig mening är en koncern. När en arbetsorganisation som korresponderar med ett rättssubjekt, t.ex. ett bolag, omvandlas till en koncern – ibland talar man om "bolagisering"⁶²⁰ – blir arbetsorganisationen i rättslig mening en mer eller mindre formaliserad samverkan mellan flera rättssubjekt, som ägs och kontrolleras av ett subjekt, och dessa bolags verksamhet är i praktiken ofta integrerad. I arbetsorganisationer som är koncerner arbetar i förekommande fall arbetstagare med olika motparter i anställningsavtalen sida vid sida. En utgångspunkt är att arbetstagare kan vara verksamma på flera olika ställen i koncernen, även om de har anställningsavtal endast med en huvudman. Om personalen är anställd i moderbolaget används ofta termen moderbolagsanställning.⁶²¹ Personalen är i rättslig mening föremål för (mer eller mindre långvariga) lån mellan olika arbetsgivare.⁶²² I vissa delar är därför regleringen av koncernsituationen snarlik regleringen av arbetsorganisationer som är entreprenader eller som präglas av bemanningsarbete.

De avtalsrättsliga reglerna om fullmakt gäller som vanligt i koncerner. De olika bolagen kan därför på avtalsrättslig grund komma att utgöra varandras representeranter och som fullmäktige binda varandra i arbetsgivarrollen i relation till arbetstagarna i koncernen. Denna grund för bundenhet och för arbetsgivaransvar kan vara viktig i praktiken då koncernbolagens verksamhet i olika avseenden är nära varandra, som arbetsgivare på samma kollektivavtalsområde och alla bolagen på något sätt tillgodogör sig det arbete som utförs i koncernen.⁶²³ Ett bolag, ofta moderbolaget, kan företräda de andra bolagen som mellanman i relation till arbets-

⁶²⁰ Eklund anser för övrigt att termen är "ganska hemsk". Eklund, *Tjänsteentreprenad*, 1986, s. 51, Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 21. Termen bolagisering har i alla hän- delser använts av Arbetsdomstolen i anslutning till privatisering av statliga myndigheter till ak- tiebolag. Se AD 1995 nr 148 och AD 2001 nr 42.

⁶²¹ AD 1993 nr 131.

⁶²² AD 2010 nr 72 är ett exempel.

⁶²³ AD 1979 nr 129.

kraften.⁶²⁴ Utformningen av anställningsvillkoren i koncernens dotterbolag kan av det skälet i praktiken vara indirekt präglade av moderbolaget.⁶²⁵ Avtalsrättens regler förklarar således att regleringen av anställningsvillkoren kan framstå som invecklad och svåröverskådlig i koncerner i vilka de olika ingående bolagens verksamheter är integrerade med varandra.⁶²⁶ I koncerner med integrerade verksamheter är arbetsrättens sedvanliga reglering av partsbyte i och för sig tillämpliga.⁶²⁷

Redan en kort tid efter tillkomsten av 1982 års anställningsskyddslag väcktes i rättspraxis frågan om huruvida koncernförhållandet skulle tillåtas få genomslag i rättstillämpningen och påverka anställningstryggheten i någon riktning. Vid denna tid förefaller rättstillämpningen vara öppen för att anpassa anställningsskyddslagen till koncernsituationen, men dessa tendenser kom inte att få inverkan på efterföljande praxis. I en dom 1984 tog Arbetsdomstolen uttryckligen ställning för en särskild rättstillämpning i koncerner, snarare än att i sin analys åberopa ett prejudikat som avsåg en bilateral situation (dvs. verksamhetsövergång i entreprenadförhållanden enligt då gällande regler⁶²⁸).⁶²⁹ I 1984 års dom var det fråga om att ett företag var ett helägt dotterbolag till ett annat, och Arbetsdomstolen noterade ett antal bolagsrättsliga effekter av detta, men också effekten att det ena företaget ”i kraft av sitt ägande kunnat helt dirigera verksamheten” i det andra företaget. Koncernförhållandet hade möjliggjort att en viss verksamhet lagts ned för att istället delvis föras över till ett annat bolag.⁶³⁰ Arbetsdomstolen noterade att om det ena företaget hade överlåtit denna del av verksamheten till det andra, så hade det varit fråga om övergång av verksamhet. Men, nu hade det inte gått till på detta sätt; istället hade företaget utnyttjat de specifika fördelar som var förknippade med koncernkonstruktionen. Arbetsdomstolen:

⁶²⁴ Jfr AD 1989 nr 3.

⁶²⁵ Jfr AD 1994 nr 132.

⁶²⁶ AD 1990 nr 58, AD 1994 nr 132, AD 1998 nr 28.

⁶²⁷ AD 1987 nr 108, AD 1998 nr 28.

⁶²⁸ Målet var den s.k. Landvetterdomen AD 1978 nr 153 om företrädesrätt till återanställning efter verksamhetsövergång i entreprenadkontext (avtal med sjukvårdsförvaltning om serveringsrörelse i ett sjukhus lokaler).

⁶²⁹ AD 1984 nr 14. Källström framhåller att domstolen beaktar ”ägarförhållandena (bildbyråns ställning som dotterbolag till förlaget)”. Se Källström, anmälan av Ronnie Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser. Lund 1983. Norstedts. 367 s., SvJT 1984 s. 979-896, s. 986.

⁶³⁰ AD 1984 nr 14.

Omorganisationer inom koncerner kan emellertid också genomföras genom olika beslut som fattas inom moderbolaget resp dotterbolaget utan att något ömsesidigt avtal träffas mellan bolagen. Moderbolaget ser till att dotterbolaget beslutar att lägga ned sin verksamhet och fattar därefter beslutet att utvidga sin egen rörelse så att den omfattar en del av den verksamhet dotterbolaget tidigare drev. Att denna senare väg överhuvudtaget är framkomlig beror på ägarförhållandena. Hade det varit fråga om sinsemellan självständiga företag hade arrangemanget krävt något slags överenskommelse mellan företagen.

För de intressen anställningsskyddslagen avser att slå vakt om ter sig denna skillnad mellan olika sätt att genomföra omorganisationer inom koncerner helt betydelselösa. Det skulle framstå som otillfredsställande om endast det ena men inte det andra sättet att genomföra omorganisationer skulle grunda företrädesrätt för berörda arbetstagare. Det kan rentav hävdas att ett sådant synsätt innebär att företag, som byggts upp som koncerner, får större möjlighet än andra företag, som tillämpar en indelning i divisioner, att fritt genomföra omorganisationer och i samband därmed friställa och rekrytera arbetstagare utan att bindas av reglerna om företrädesrätt till återanställning.⁶³¹

Arbetsdomstolens slutsats blev att ”övergång av företag” var för handen. Domstolens analys i 1984 års dom tog inledningsvis uttryckligen avstamp i praxis om arbetsrätten i tillämpning i den bilaterala arbetsorganisationen, men analysen gick sedan vidare för att beskriva särdragen i koncernupplägget ur arbetsrättslig synvinkel, och sist och slutligen tillämpade domstolen rättsreglerna på ett sätt som innebar att koncernförhållandet inte kom att inverka menligt på anställningsskyddet. 1984 års dom – som gällde äldre rätt – kan uppfattas som ett embryo till utveckling av en särskild koncernarbetsrätt inom ramen för tillämpningen av den generellt tillämpliga anställningsskyddslagstiftningen.

Arbetsdomstolen har dock inte kommit att följa upp den hållning man lanserade i 1984 års dom. I efterföljande praxis för domstolen inte uttryckliga resonemang om i vilka hänseenden koncernförhållandet ska ges genomslag i tillämpningen av anställningsskyddsreglerna. Praxis efter 1984 års dom utgår istället från den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet. Arbetsdomstolen har t.ex. diskuterat den situationen att en och samma fysiska person äger och kontrollerar två bolag, och slagit fast att företrädesrätt till återanställning endast kan göras gällande mot motparten i anställningsavtalet och att koncerner (s.k. oäkta) inte som sådana ska uppfattas som ett kringgående av anställningsskyddslagen, trots att koncernbildningen kan ge omfattande möjligheter att göra företrädesrätten till återanställning irrelevant för arbetstagarna.⁶³²

⁶³¹ AD 1984 nr 14.

⁶³² AD 1996 nr 67.

Domstolen har inte gett någon förklaring till varför den inte fortsatt på den en gång inslagna vägen. Rättstillämpningen på koncernarbetsrättens område sker således idag inte efter några principer som är specifika för koncernförhållandet; den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar är avgörande. Den rättsvetenskapliga forskningens förslag om en dynamisk rättstillämpning i syfte att utveckla ett funktionellt arbetsgivarbegrepp för koncerner har inte heller hörsmats av Arbetsdomstolen.⁶³³ Domstolens synsätt kan sägas bygga vidare på antaganden om att bolagsrättens utgångspunkter inte kan överprövas i arbetsrättsliga sammanhang och att generaliteten i anställningsskyddslagen är viktig. Att det inte föreligger en särskild hantering av koncerner kan uppfattas som ett uttryck för kraften i den kontraktuella utgångspunkten i arbetsrätten.

Vetoreglerna i den kollektiva arbetsrätten, som kan åberopas av den kollektivavtalsbärande fackföreningen, är tillämpliga som vanligt i koncerner. Detta betyder att om ett koncernföretag, över bolagsgränserna i koncernen, använder arbetstagarare som man inte är kontraktuell arbetsgivare för, aktualiseras en skyldighet att informera och förhandla med arbetstagarorganisationen i det företaget. Mot denna bakgrund framstår det som troligt att koncerngemensamma kollektivavtal kommer att ingås som reglerar koncernens personalförsörjning, och som får ersätta lagens vetoregler. En kollektivavtalsbärande fackförening kan hindra sin motpart i kollektivavtalet – om förutsättningarna i övrigt för detta är uppfyllda – från att använda arbetskraft med en annan kontraktuell arbetsgivare, utan hinder av att de båda företagen ingår i samma koncern.⁶³⁴

2.3.2 Framväxten av koncernbegreppet i anställningsskyddet: den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar utmanad – och bekräftad

Även om gällande anställningsskyddslag inte tillskriver koncernbildningen relevans annat än i ett mycket marginellt avseende⁶³⁵, så kan det historiska perspektivet på framväxten av begreppet för koncernen, som alltså på en viss punkt träder istället för begreppet arbetsgivare, illustrera hur arbetsrätten har uppfattat möjligheter och begränsningar förknippade med försök att spränga den kontraktuella utgångspunkten för anställningsskyddet.

⁶³³ Bruun & Töllborg, Koncernarbetsrättens problemställning, 1992, s. 13-21, Töllborg, Sverige, 1992, s. 22-81, Töllborg, Medinflytande och ansvarsgenombrott, TfR 1994 s. 723-785, jfr Eklund, Turordning i koncerner – en fråga om begreppsbildning och avtalsfrihet, 1993, s. 47-60. Jfr Även Prassl, *The Concept of the Employer*, 2015, *passim*.

⁶³⁴ 38-40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

⁶³⁵ Se kapitel 2.3.3.

Redan den första lagstiftningen om anställningsskydd 1971 (den s.k. äldrelagen) innehöll särskilda regler för koncernförhållanden; det handlade om beräkningen av anställningstid vid tillämpning av en kvalifikationstid för att omfattas av lagens skydd. I propositionen resonerade departementschefen om att

Det finns emellertid situationer när anställningsavtalet formellt sett inte har varat i tre år men där arbetstagaren likväl kan anses ha befogat krav på att komma i åtnjutande av det skydd den föreslagna lagen ger.⁶³⁶

Och i utredningsbetänkandet hette det dessutom att

Syftet med reglerna är, att arbete som från ett praktiskt betraktelsesätt får anses ingå i en anställning också rättsligt behandlas som ingående i en och inte i flera anställningar.⁶³⁷

Beräkningen av anställningstidens längd skulle i 1971 års lag beakta anställning i annat företag i samma koncern, anställning hos förutvarande ägare och anställning hos företag i koncern som förutvarande ägare har tillhört.⁶³⁸ I 1971 års lagstiftning slogs emellertid inte fast vilket koncernbegrepp som skulle gälla, och mot bakgrund av det inte lanserades ett anställningsskyddsrättsligt begrepp, får det antas att lagstiftarens avsikt var att göra en implicit hänvisning till befintliga bolagsrättsliga definitioner. Motivet för att genomföra detta begränsade undantag från den kontraktuella utgångspunkten utvecklades inte utförligt, men förefaller kretsa kring rättviseföreställningar om att formaliteter inte ska tillåtas avgöra arbetstagarnas rättsliga ställning. Anslaget var pragmatiskt och angav att formalia får vika för ”befogade krav” som talar i annan riktning. Den här argumentationslinjen åberopades i och för sig endast för beräkning av anställningstid, och inte för några andra aspekter av anställningsskyddet. Den här typen av frimodigt anslag ifråga om konstruktionen av arbetsgivarbegreppet hade kunnat användas för att skapa en radikal omläggning av anställningsskyddet med bortseende från den kontraktuella utgångspunkten även om t.ex. omplacering och turordning.

Också 1974 års anställningsskyddslagstiftning (de s.k. Åmanlagarna) innehöll särskilda regler för beräkning av anställningstid i koncerner. I detta lagstiftningsärendet diskuterades dessutom möjligheterna att gå längre än till koncernen ifråga om att göra avsteg från den kontraktuella utgångspunkten i anställningsskyddet. Utredningsbetänkandet föreslog nämligen att lagregeln om koncernerna skulle föräskes med ett andra stycke;

⁶³⁶ Prop. 1971:107, s. 55. Likartat i DsIn 1971:1 s. 81 f.

⁶³⁷ DsIn 1971:1, s. 114.

⁶³⁸ Prop. 1971:107, s. 55, s. 141 f. Remissinstanserna anmärkte inte mot förslaget. Prop. 1971:107, s. 108.

Första stycket äger motsvarande tillämpning då mellan arbetsgivarna föreligger sådan intressegemenskap, som kan likställas med ett koncernförhållande.⁶³⁹

Utredningsbetänkandet förtydligade regeln som vidgar ansvaret utöver koncernförhållandet:

Stadgandet syftar främst till ett slags koncernansvar för arbetskraften och ett skydd mot sådan spekulation i olika slags företagsformer som skulle kunna ske för att kringgå detta ansvar. Med en koncern förstås i allmänhet det fall att två eller flera bolag står i ett sådant förhållande till varandra att de kan betecknas som moder- och dotterbolag. Ett koncernförhållande kan emellertid föreligga på andra grunder, nämligen om ett bolag på grund av avtal eller annan orsak har ett bestämmande inflytande över ett annat bolag – t. ex. genom gemensam företagsledning – och samtidigt har ett väsentligt intresse i det senare bolagets ställning och resultat. Detta kan även vara förmedlat av en mellanhand, öppet eller förtäckt. Men motsvarande intressegemenskap kan förekomma även i andra former, t. ex. genom tysta bolag eller konsortier [...] Är samverkan av den arten, att aktiebolagslagens koncernregler skulle ha blivit tillämpliga om blott de formella förutsättningarna härför varit uppfyllda, eller föreligger det en reell och mer än tillfällig samverkan mellan arbetsgivarna, särskilt om de befinner sig i samma bransch och har samma verksamhetsinriktning, är förutsättningarna uppfyllda för stadgandets tillämpning.⁶⁴⁰

Förslaget var att arbetstagarna skulle få ta med sig anställningstid de arbetat upp i arbetsgivare som ingår i konsortier (som utgör ett enkelt bolag), och i tysta bolag, som definieras av att någon lånat ut pengar på villkor om andel i rörelseresultatet.⁶⁴¹ I remissomgången påpekade vissa instanser – dock inte fackföreningarna, som förespråkade regeln – att begreppet intressegemenskap var för vagt, svårtolkat och kunde leda till orimliga konsekvenser.⁶⁴² Departementschefen kom att instämma i denna remisskritik: praktiska svårigheter (bl.a. för arbetstagarna att belägga att den åsyftade samverkan mellan arbetsgivare existerade i det enskilda fallet) och begreppets vaghet hindrade att regeln om intressegemenskap tillfördes anställningsskyddslagstiftningen.⁶⁴³ En reservation avslutade emellertid departementschefens resonemang:

⁶³⁹ 5 § 2 st. lagförslaget i SOU 1973:7, s. 13 f.

⁶⁴⁰ SOU 1973:7, s. 173.

⁶⁴¹ Prop. 1973:129, s. 137.

⁶⁴² Prop. 1973:129, s. 135, s. 342 (jfr reservationen i SOU 1973:7, s. 290).

⁶⁴³ Prop. 1973:129, s. 137.

Skulle det i framtiden visa sig att andra samverkansformer än koncernförhållanden används i sådan utsträckning att arbetstagarnas behöriga intressen eftersätt, får frågan om en utvidgning av lagen på denna punkt övervägas ytterligare.⁶⁴⁴

Även om regeln som jämställde intressegemenskap mellan företag med koncernförhållanden, och den därmed sammanhängande expansionen av räckvidden i reglerna, aldrig kom att genomföras, så innebar 1974 års lagstiftning andra förskjutningar i synen på den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddet. I lagstiftningsärendet kom frågor om koncernreglering att länkas närmare frågor om förändringar på arbetsgivarsidan. Koncernproblematiken hanterades i utredningsbetänkandet som ett av flera

fall, då formella förändringar på arbetsgivarsidan skulle – om inte särskilda regler infördes – kunna leda till att en arbetstagare förlorade de rättigheter, som han tidigare har tjänat in i anställningen.⁶⁴⁵

Dessutom gjorde utredningen ett principiellt hållet ställningstagande:

Lösningen av frågan om arbetstagaren bör få behålla de rättigheter, som han har tjänat in i en tidigare anställning, bör [...] inte ta som utgångspunkt de formella förändringar som skett på arbetsgivarsidan utan bero av om de medfört några konsekvenser för arbetstagarna.⁶⁴⁶

I princip innebär detta en syn på arbetsgivarbegreppet som underordnat och avhängigt anställningsförhållandet som det gestaltar sig ur arbetstagarens perspektiv; dispositioner på arbetsgivarsidan ska inte ges inverkan på arbetstagarens ställning. Departementschefen instämde dessutom i princip i utredningens slutsatser:

jag [anser] det angeläget att förhindra att de rättigheter som arbetstagaren har tjänat in i en anställning går förlorade genom att det utan arbetstagarens medverkan sker en förändring på arbetsgivarsidan.⁶⁴⁷

1974 års lagförarbeten om anställningsskydd hänvisar till aktiebolagsrätten för koncerndefinitionen.⁶⁴⁸ 1974 års lagstiftningsärende om anställningsskydd innebar ingen utvidgning av att koncernregleringen, utan snarare att den konsoliderades och länkades till frågor om förändringar på arbetsgivarsidan. Det principiellt präglade anslaget i motiveringarna för en koncernregel om beräkning av anställningstid

⁶⁴⁴ Prop. 1973:129, s. 137.

⁶⁴⁵ SOU 1973:7, s. 143.

⁶⁴⁶ SOU 1973:7, s. 143.

⁶⁴⁷ Prop. 1973:129, s. 136.

⁶⁴⁸ Prop. 1973:129, s. 136.

har i sig stor räckvidd, och hade kunnat användas för att motivera radikala omläggningar av anställningsskyddsreglerna till att avse andra subjekt än arbetstagarens motpart i anställningsavtalet. Den principiella argumentationen om bortseende från formaliteter på arbetsgivarsidan har emellertid inte kommit att användas på detta sätt, och den enda regel som den verkligen kommit att motivera är regeln om beräkning av anställningstid i koncernförhållanden. Eftersom undantaget till huvudregeln om den kontraktuella utgångspunkten i anställningsskyddssammanhang är så blygsamt, får denna undantagsregel idag uppfattas som en förstärkning av huvudregeln.

2.3.3 Gällande anställningsskyddslags koncerndefinition och senioritetsprincipens räckvidd

Det svenska anställningsskyddet bygger i hög grad på senioritetsprincipen.⁶⁴⁹ Arbetstagarnas rättsliga ställning definieras av längden på deras anställningstid. Principen om att längre anställningstid ger bättre rätt vid turordning för uppsägning innebär att arbetstagarna får ett intresse av att tillgodogöra sig så lång tid som möjligt, och detta förklarar varför frågan om att ”ta med sig” anställningstid från ett anställningsförhållande till ett annat” kommit att bli så central.⁶⁵⁰ Saken har blivit föremål för lagreglering: vid tillämpning av ett antal bestämmelser som fäster vikt vid anställningstidens längd, får en arbetstagare som byter anställning genom att övergå från en arbetsgivare till en annan i den senare anställningen tillgodoräkna sig också tiden i den förra, om arbetsgivarna vid tidpunkten för övergången tillhör samma koncern.⁶⁵¹ Vissa aspekter av semester⁶⁵² och studieledighet⁶⁵³ ska relateras till koncernen, och inte till arbetsgivaren vid avgörande av arbetstagarnas rätt.

Arbetstagarnas rättigheter ska således inte i alla lägen avgöras med stöd av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet: ifråga om beräkningen av anställningstidens längd ska istället koncernbegreppet användas. I anställningsskyddslagen är anställningstidens längd avgörande i flera avseenden: uppsägningstidens längd⁶⁵⁴, rätten till besked om att tidsbegränsad anställning inte kommer att fortsätta⁶⁵⁵,

⁶⁴⁹ Jfr diskussionen i Evju, Om ansiennitet, 2014, s. 112-121.

⁶⁵⁰ Prop. 1981/82:71 s. 95 f.

⁶⁵¹ 3 § 1 st. 1 p. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Enligt samma paragrafs 3 p. får arbetstagaren, om det skett flera sådana byten räkna samman anställningstiden hos alla arbetsgivarna.

⁶⁵² 31 § 2 st. semesterlagen (1977:480).

⁶⁵³ 3 § 2 st. lagen (1974:981) om arbetstagares rätt till ledighet för utbildning.

⁶⁵⁴ 11 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Fram till 2007 fick en arbetstagare tillgodoräkna sig en extra anställningsmånad för varje anställningsmånad som arbetstagaren hade påbörjat efter fyllda 45 år. Detta skydd för den äldre arbetskraften avskaffades i SFS 2007:389; jfr prop. 2006/07:111.

⁶⁵⁵ 15 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

företrädesrätt till återanställning⁶⁵⁶, företrädesrätt till högre sysselsättningsgrad⁶⁵⁷, turordning vid uppsägning⁶⁵⁸ samt skadeståndsnivåerna⁶⁵⁹.

Särskilda regler om (beräkning av anställningstid i) koncerner har alltid förekommit i det lagstadgade anställningsskyddet. I 1982 års revidering av 1974 års anställningsskyddslag utfördes omfattande analyser av koncernbegreppet.⁶⁶⁰

Gällande lagstiftning⁶⁶¹ förklarar inte vilket koncernbegrepp som gäller i anställningsskyddet; istället måste lagförarbetena konsulteras. I dessa hänvisades till, vid den tiden gällande, bolagsrättsliga regler, särskilt 1975 års aktiebolagslag.⁶⁶² Mot bakgrund av efterföljande lagändringar får anställningsskyddets koncerndefinition istället sökas i dagens bolagsrättsliga lagstiftning.⁶⁶³ Dessa reglers koncerndefinition hämtar sitt innehåll från EU-rätten.⁶⁶⁴ Således påverkar EU – som inte utfärdat generella regler om anställningsskydd – indirekt, via bolagsrätten (som antagits med stöd av fördragets behörighetsregel om etableringsfriheten), anställningsskyddets räckvidd.⁶⁶⁵

Vad avses med begreppet koncern i den gällande anställningsskyddslagen? Reglerna är nyanserade, men den bolagsrättsliga koncerndefinitionen är den viktigaste. Den arbetsrättsliga senioritetsprincipens räckvidd avgörs sålunda av det bolagsrättsliga begreppet koncern, som ju i sig syftar till att reglera intressena hos ”aktieägare, delägare och tredje parter”⁶⁶⁶, och som avgör i vilka situationer särregleringen för koncerner i bolagsrätten ska bli tillämplig.⁶⁶⁷ Det som definierar en koncern och det som utlöser den särskilda regleringen är att ett bolag (moderbolaget) har ett bestämmande inflytande över andra bolag (dotterbolag), oftast genom förfogande över en betydande andel av rösterna i dessa bolag.⁶⁶⁸ Om det s.k. ekonomiska synsättet, som både svensk och EU-bolagsrätt bygger på, ger vid handen

⁶⁵⁶ 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶⁵⁷ 25 a § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶⁵⁸ 22 §, 26 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶⁵⁹ 38-39 §§ lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁶⁶⁰ Se kapitel 2.3.2. Ds A 1981:6, s. 205-236, prop. 1981/82:71 s. 95-101.

⁶⁶¹ Styrelserepresentationslagen gör det genom hänvisningar till framförallt bolagsrättens regler. 2 § 2 st. lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda.

⁶⁶² Aktiebolagslagen (1975:1385), upphävd i SFS 2005:552.

⁶⁶³ 1 kap. 11 § aktiebolagslagen (2005:551).

⁶⁶⁴ Direktiv 2013/34/EU.

⁶⁶⁵ Direktiv 2013/34/EU. FEUF art 50.1.

⁶⁶⁶ Direktiv 2013/34/EU, skälsats 3.

⁶⁶⁷ Prop. 1995/96:10, del 2, s. 105 ff.

⁶⁶⁸ Prop. 1995/96:10, del 2, s. 105 f.

att en grupp företag ska uppfattas som en enda enhet, så ska de anses vara en koncern.⁶⁶⁹ Departementschefen konkluderar:

Avsikten med koncerndefinitionen [...] har varit att fånga in sådana företagsgrupper som reellt ekonomiskt är och drivs som ett företag, något som förutsätter att moderbolaget har ett avgörande inflytande över övriga företag i koncernen.⁶⁷⁰

Grupper av företag som ”är och drivs som ett företag”, ska också behandlas som sådant. Således används ett begrepp som utvecklats i syfte att skydda intressenterna i bolag med begränsat ansvar, och som är ägnat att spegla situationer när det måste ställas särskilda krav på årsredovisningen avseende en verksamhet för att denna ska ge en rättvisande bild av tillgångar och skulder⁶⁷¹, för att definiera senioritetsprincipens räckvidd i anställningsskyddet.⁶⁷²

En koncern kan uppstå på olika sätt, och framförallt tre av dessa är relevanta ur arbetsrättslig synvinkel. För det första är ett aktiebolag moderbolag och en annan juridisk person dotterföretag, om aktiebolaget ”innehar mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar i den juridiska personen”.⁶⁷³ Röstandelen avgör här: röstmajoritet innebär koncernförhållande. För det andra uppstår koncernförhållande då ett aktiebolag ”äger aktier eller andelar i den juridiska personen och på grund av avtal med andra delägare i denna förfogar över mer än hälften av rösterna för samtliga aktier eller andelar”.⁶⁷⁴ Enligt denna grund uppstår ett koncernförhållande om ett företag äger någon aktie i ett bolag, och det finns ett avtal som ger företaget röstmajoritet i bolaget. Om delägare i ett bolag avtalar (aktieägaravtal, eller s.k. konsortialavtal) så att den ena delägaren kommer att förfoga över mer än hälften av rösterna är ett koncernförhållande för handen. Det föreligger inga särskilda begränsningar ifråga om avtalet mellan delägarna; det kan röra sig om rena rösträttsavtal och utvecklade samarbetsavtal.⁶⁷⁵ Att konsortialavtal mellan delägare kan grunda koncernförhållande är en nyhet i svensk rätt sedan 1995.⁶⁷⁶ Denna expanderande förändring har genomförts efter det att 1982 års lagstiftare kopplade anställningsskyddslagens regel om beräkning av anställningstid till det bolagsrättsliga koncernbegreppet. För det tredje uppstår koncernförhållande om ett aktiebolag ”äger aktier eller andelar i den juridiska personen och har rätt att utse eller avsätta

⁶⁶⁹ Prop. 1995/96:10, del 2, s. 111. Direktiv 2013/34/EU, skälsats 31, avseende koncernredovisningar.

⁶⁷⁰ Prop. 1995/96:10, del. 2, s. 106.

⁶⁷¹ Prop. 1995/96:10, del 2, s. 105 ff.

⁶⁷² Prop. 1981/82:71, s. 115.

⁶⁷³ 1 kap 11 § 1 st. 1 p. aktiebolagslagen (2005:551).

⁶⁷⁴ 1 kap 11 § 1 st. 2 p. aktiebolagslagen (2005:551).

⁶⁷⁵ Nerep & Samuelsson, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 1. Kapitel 1-10*, 2007, s. 77.

⁶⁷⁶ Prop. 1995/96:10, del 2, s. 177.

mer än hälften av ledamöterna i dess styrelse eller motsvarande ledningsorgan”.⁶⁷⁷ På denna grund uppstår koncernförhållande då delägare avtalat sinsemellan om att den ena ska äga denna rätt att utöva inflytande på styrelsens sammansättning.

Den gällande koncerndefinitionen i anställningsskyddslagen framstår som samtidigt under- och överinkluderande. Definitionen kan ur arbetsrättslig synvinkel sägas vara underinkluderande eftersom att verksamheter som är integrerade utan att vara samägda eller avtalsreglerade på sätt som stipuleras i bolagsrätten inte omfattas. Samtidigt kan definitionen sägas vara överinkluderande, eftersom den inbegriper rättssubjekt mellan vilka relationerna inte framstår som nödvändigtvis nära (t.ex. att äga aktie och ha rätt att påverka styrelsens sammansättning, eller med stöd av vissa andra avtal).⁶⁷⁸

Koncerner inom bank- och försäkringssektorn omfattas av regeln om beräkning av anställningstid.⁶⁷⁹ Dessutom är denna regel tillämplig på koncerner med stiftelse⁶⁸⁰, rörelsedrivande ideell förening⁶⁸¹ samt handelsbolag⁶⁸² som moderbolag. Regeln är tillämplig på moderföreningar (en sådan och dotterföretag utgör tillsammans en koncern).⁶⁸³ Anställningsskyddslagens regel om beräkning av anställningstid i koncerner anses inte vara begränsad till koncerner med svenska moderbolag.⁶⁸⁴

Utanför tillämpningsområdet för regeln om beräkning av anställningstid ligger två koncernvarianter. För det första omfattas inte s.k. sidoordnade koncerner, som uppstår när en fysisk eller juridisk person, som inte är skyldig upprätta årsbokslut enligt bokföringslagen, har två eller flera bokföringsskyldiga juridiska personer under sin gemensamma ledning och dessutom ett bestämmande inflytande över dem.⁶⁸⁵ För det andra omfattas inte s.k. 50/50-bolag, som uppstår när två företag äger ett tredje till lika delar och med lika stort inflytande över det ägda företa-

⁶⁷⁷ 1 kap. 11 § 1 st. 3 p. aktiebolagslagen (2005:551).

⁶⁷⁸ Nerep & Samuelsson, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 1. Kapitel 1-10*, 2007, s. 84, s. 80f.

⁶⁷⁹ Prop. 1981/82:71, s. 115. Se för dagens förhållanden lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse och försäkringsrörelselagen (2010:2043) samt lagen (1995:1560) om årsredovisning i försäkringsföretag.

⁶⁸⁰ Prop. 1981/82:71, s. 115. Se 5 § stiftelselagen (1994:1220) för koncerndefinitionen.

⁶⁸¹ Prop. 1981/82:71, s. 115.

⁶⁸² Prop. 1981/82:71, s. 115. Se 4 § lagen (1980:1103) om årsredovisning m.m. i vissa företag för koncerndefinitionen.

⁶⁸³ Prop. 1981/82:71, s. 115. Se 4 § lagen (1987:667) om ekonomiska föreningar för koncerndefinitionen.

⁶⁸⁴ Prop. 1981/82:71, s. 116. Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 142: ”Möjligen får det bli moderbolagets rent faktiska anknytning till svenska förhållanden som faller utslaget, när anställningsskyddslagen ska tillämpas.”

⁶⁸⁵ Prop. 1981/82:71, s. 97-99, s. 116.

get.⁶⁸⁶ I ett 50/50-bolag har ingen av de båda delägarna positiv bestämmanderätt över det ägda, utan endast en möjlighet att motsätta sig beslut.⁶⁸⁷ Inte heller ingår konsortier, som är enkla bolag.⁶⁸⁸

Även om 1992 års arbetsrättskommitté diskuterade koncernarbetsrättsliga frågor så presenterades inte några reformförslag.⁶⁸⁹ I de bolagsrättsliga lagstiftningsärendena som uppmärksammat koncerndefinitionen har de arbetsrättsliga sidorna av saken inte lyfts fram.

Anställningsskyddslagens regel om beräkning av anställningstid i koncerner utgör i två avseenden avsteg från det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. För det första innebär regeln att ett rättssubjekt tvingas beakta sådant som ägt rum i ett annat; arbetstagaren tar med sig anställningstid från en motpart till en annan, efterkommande. För det andra utgör regeln om koncernförhållandet ett avsteg från den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet i så motto att regeln tar fasta på bakomliggande ägandeförhållanden, snarare än endast omständigheter hänförliga till det rättssubjekt som är part i anställningsavtalet. Ägandeförhållandet avseende det rättssubjekt som är den kontraktuella arbetsgivaren ges på detta sätt genomslag i tillämpningen av anställningsskyddslagstiftningen. Koncerndefinitionen bygger på ägarnas agerande, inte på något som arbetsgivaren gör,⁶⁹⁰ endast ägare, inte arbetsgivare, kan skapa koncerner. Att på detta sätt bortse från den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet är ovanligt i arbetsrätten. Ett annat exempel på ett i princip liknande genomslag för just ägandeförhållandena vid tillämpning av arbetsrätten är förbud mot stridsåtgärder mot familjeföretag (dvs. där arbetstagarna är ägare).⁶⁹¹

⁶⁸⁶ Prop. 1981/82:71, s. 97-99, s. 116.

⁶⁸⁷ Prop. 1995/96:10, del 2, s. 107, prop. 1979/80:143, s. 71 ff.

⁶⁸⁸ Prop. 1981/82:71, s. 116.

⁶⁸⁹ SOU 1993:32, s. 449, s. 259-261, SOU 1994:141, s. 430-433, s. 458-480.

⁶⁹⁰ Jfr i princip med att vissa arbetsrättsliga regler är försedda med trösklar för tillämpligheten avseende arbetsgivarens storlek i bemärkelsen antal arbetstagare. Genom ingående av ett visst antal anställningsavtal så påverkas arbetsrättens tillämplighet. Se t.ex. 22 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd, AFS 2001:1, 6 §, 6 kap. 2 § och 8 § arbetsmiljölagen (1977:1160), 3 kap. 13 § och 14 § diskrimineringslagen (2008:567). Jfr diskussionen i Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, om företagsledningsrätten i relation till arbetsgivarrollen.

⁶⁹¹ Ett sådant förbud har funnits en kort tid (SFS 1993:1498, upphävd i SFS 1994:1686); se prop. 1993/94:67 och prop. 1994/95:76. Frågan har varit föremål för långvariga diskussioner. Se bl.a. SOU 1988:49, s. 149-246, SOU 1993:32, s. 719-752.

2.3.4 Ett mer passande koncernbegrepp för anställningsskyddet?

De bolagsrättsliga reglerna framstår delvis som en illa vald förlaga för det arbetsrättsliga koncernbegreppet. Den individuella arbetsrätten saknar begrepp som skulle kunna ersätta bolagsrätten på den här punkten. EU-reglerna om arbetstagarinflytande⁶⁹², däremot, innehåller ett begrepp motsvarande koncern, som skulle kunna tjäna som referenspunkt och inspirationskälla. Direktivet om inrättande av ett europeiskt företagsråd i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag, har som mål ”att förbättra arbetstagarnas rätt till information och samråd” i dessa företag.⁶⁹³ Dessa reglers koncernbegrepp tjänar syftet att garantera arbetstagarna insyn i en verksamhet eller organisation, som det är befogat att säga angår dem i deras egenskap av arbetstagare. Koncernbegreppet i företagsrådsreglerna drar den yttre gränsen för arbetstagarinflytande och rätten till information om förhållandena på arbetsgivarsidan – och därför är parallellen till anställningsskyddet inte långsökta.⁶⁹⁴ Arbetstagarinflytandereglererna får anses ligga närmare anställningsskyddet än vad bolagsrätten gör. Dessutom; i anställningsskyddet handlar det – som i företagsrådsreglerna – om att definiera en lämplig enhet på arbetsgivarsidan som kan tjäna som utgångspunkt för beräkningen av arbetstagarnas rättigheter i olika avseenden. I företagsrådsdirektivet används termen ”grupp av företag” som beteckning på ”ett kontrollerande företag och dess kontrollerade företag”.⁶⁹⁵ Relationen av kontroll mellan företagen beskrivs i definitionen av kontrollerande företag, nämligen

ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över ett annat företag, det kontrollerade företaget, till exempel i kraft av äganderätt, ekonomisk delaktighet eller de regler som gäller för det kontrollerande företaget.⁶⁹⁶

I den svenska genomförandelagstiftningen används termen ”företagsgrupp”, och inte koncern⁶⁹⁷, och kontrollerande företag definieras som ”ett företag som utövar

⁶⁹² Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande*, 2015, är en genomgång av denna typ av regler ur svensk synvinkel.

⁶⁹³ Direktiv 2009/38/EG, art. 1. Såväl föregångaren – direktiv 94/45/EG – till EU-reglerna, som de svenska genomförandeåtgärderna är likalydande på den här punkten. Jfr Ds 2010:10, s. 50, s. 122, s. 128, prop. 2010/11:60, s. 40, s. 105. Direktivet diskuteras i relation till arbetsgivarbegreppet och den svenska/nordiska arbetsrätten i Bruun, Nielsen & Töllborg, *Europeiska företagsråd i ett nordiskt perspektiv*, JT 1994/95 s. 917-935 och i Töllborg, *Medinflytande och ansvarsombrott*, Tfr 1994 s. 723-785.

⁶⁹⁴ Det är fråga om just en parallell; direktiv 2009/38/EG, skälsats 17 ger vid handen att begreppet kontrollerande företag är direktivspecifikt och att det inte påverkar definitionen av grupp av företag eller kontroll i andra regler.

⁶⁹⁵ Direktiv 2009/38/EG art. 2.1.b. Direktiv 94/45/EG art. 2.1.b.

⁶⁹⁶ Direktiv 2009/38/EG art. 3.1. Direktiv 94/45/EG art. 3.1.

ett bestämmande inflytande över ett annat företag”.⁶⁹⁸ I svensk lagstiftning ges inte någon legaldefinition av detta inflytande, men förarbetena upplyser, efter att ordagrant återgivit direktivets formulering, att det är direktivets definition som gäller.⁶⁹⁹ Istället för att – som den svenska lagstiftaren gjort i anställningsskyddslagen för begreppet koncern – knyta definitionen av företagsgrupp till bolagsrättsliga former för kontroll av bolag, laborerar företagsrådsreglerna med ett i princip eget begrepp; bestämmande inflytande.⁷⁰⁰ Detta begrepp kan komma att utvecklas i praxis på EU-nivå (några prejudikat finns inte). I det svenska genomförandeärendet utesluts t.ex. inte att ”nya verksamhetsformer såsom franchising, imaginära bolag, olika nätverk etc” ska kunna anses som företagsgrupper.⁷⁰¹ Hur det nu än är med just detta, borde en inkluderande syn på vad som utgör en företagsgrupp kunna finna stöd i direktivets tal om ”ekonomisk delaktighet” som grund för bestämmande inflytande.

EU-direktivet om information till arbetstagarna vid kollektiva uppsägningar⁷⁰² innehåller likartade regler som direktivet om europeiskt företagsråd. Direktivet föreskriver att skyldigheterna inträder

oavsett om beslutet om kollektiva uppsägningar har fattats av arbetsgivaren eller av ett företag som kontrollerar arbetsgivaren.⁷⁰³

Det är emellertid endast den kontraktuella arbetsgivaren som ansvarar för skyldigheterna.⁷⁰⁴

⁶⁹⁷ Utredningsbetänkandet hade föreslagit att termen koncern skulle användas och att detta begrepp skulle ha en särskild betydelse anpassad just för företagsrådsreglerna. Departementschefen höll inte med. SOU 1995:115, s. 46, prop. 1995/96:163, s. 30f.

⁶⁹⁸ 3 § 1 st. lagen (2011:427) om europeiska företagsråd.

⁶⁹⁹ SOU 1995:115, s. 46 f, prop. 1995/96:163, s. 31f, s. 56f, s. 59f, Ds 2010:10, s. 50, s. 122, s. 128, prop. 2010/11:60, s. 37, s. 40, 100, 105 f.

⁷⁰⁰ Reglerna är försedda med en presumtion som innebär att bestämmande inflytande ska anses föreligga om inte annat visas i ett antal fall. Se direktiv 2009/38/EG, art. 3.2 och 13 § lagen (2011:427) om europeiska företagsråd.

⁷⁰¹ SOU 1995:115, s. 47, prop. 1995/96:163, s. 23, s. 59. Saken var inte omdiskuterad i de EU-rättsliga förarbetena; COM(91) 345 och COM (2008) 419.

⁷⁰² Se AD 2012 nr 2 för tillämpning i svensk kontext av detta direktivs regler.

⁷⁰³ Direktiv 98/59/EG, art. 2.4. Dessutom föreskriver direktivet (art. 2.4, 2 st) att ”Vid prövning av påstådd försummelse att fullgöra de krav på information, överläggning och anmälan som fastställs i detta direktiv får arbetsgivaren inte åberopa att nödvändig information inte hade lämnats till honom från det företag som fattade det beslut som ledde till kollektiva uppsägningar.” Denna reglering utfärdades 1992 (direktiv 92/56/EEG) och utgör en utvidgning jämfört med det ursprungliga direktivet av 1975 (direktiv 75/129/EEG). Se vidare EU-domstolens dom C-449/93. I svensk lagstiftning är dessa principer genomförda med stöd av en hänvisning till reglerna om medbestämmande i arbetslivet och deras tillämpning i koncernförhållanden. Se prop. 1994/95:102, s. 75, SOU 1994:83, s. 120.

⁷⁰⁴ C-44/08.

EU-reglerna om arbetstagarinflytande innehåller, för den kollektiva arbetsrättens del, en definition av huvudmannasidan som inkluderar flera skilda rättssubjekt – och som i princip är bortkopplad från bolagsrättens synsätt på koncerner.

Mot denna bakgrund framstår det inte som omöjligt att konstruera ett begrepp för arbetsgivaren också för anställningsskyddets del, som motsvarar de behov och den intresseavvägning som gör sig gällande på detta område. Definitionen av vilka fristående rättssubjekt det kan vara rimligt att betrakta som en enhet ur arbetsrättslig synvinkel bör i något avseende ta utgångspunkt i vilka företag som är föremål för gemensam kontroll, snarare än i bolagsrättens begrepp. Det första svenska lagstiftningsärendet om anställningsskydd och EU:s regler om arbetstagarinflytande utgör relevanta inspirationskällor för konstruktionen av anställningsskyddets arbetsgivarbegrepp i koncernsammanhang.

2.3.5 Arbetsgivarbegreppet vid verksamhetsövergång och omstruktureringar i koncerner

Vissa förändringar i arbetsorganisationen aktualiserar verksamhetsövergång⁷⁰⁵ och därmed också frågor om vilka antaganden om arbetsgivarbegreppet som dessa regler bygger på, t.ex. avseende från vilket subjekt en viss förändring ska anses utgå. Rättsföljden av att en omstrukturering av arbetsorganisationen utgör en verksamhetsövergång är att arbetstagarnas rättigheter och skyldigheter övergår från överlåtaren till förvärvaren.⁷⁰⁶ Direktivet om verksamhetsövergång är tillämpligt vid ”överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare”.⁷⁰⁷

Om antagandet bakom reglerna vore att alla anställda i en koncern ska anses ha en och samma arbetsgivare, så hindras direktivets tillämplighet, eftersom dispositioner inom en och samma arbetsgivare ju inte kan utgöra en överlåtelse. Definitionen av överlåtelse i koncernkontext har förtydligats i EU-domstolens dom Allen från 1999.⁷⁰⁸ I detta mål slår domstolen fast att direktivets tillämplighet inte påverkas av koncernkontexten⁷⁰⁹ och att frågan om verksamhetsövergång i koncerner ska prövas som vanligt och med stöd av de sedvanliga bedömningsgrunderna.⁷¹⁰

⁷⁰⁵ Direktiv 2001/23/EG. Se om dessa regler Næss, *Virksomhetsoverdragelse*, 2013.

⁷⁰⁶ Direktiv 2001/23/EG, art. 3.1.

⁷⁰⁷ Direktiv 2001/23/EG, art. 1.a.

⁷⁰⁸ C-234/98.

⁷⁰⁹ Förslag till avgörande C-234/98 står i samklang med domen. Generaladvokaten såg inte heller några hinder mot direktivets tillämplighet i koncerner: ”det faktum att [överlåtare och förvärvare] är företag som ingår i samma företagskoncern, har gemensam ägare, ledning och lokaler och bedriver samma verksamhet, i hög grad komplicerar den nationella domstolens arbete, men det är inte avgörande för att utesluta att det förekommit en överlåtelse”. Se Förslag till avgörande C-

... direktivet är avsett att omfatta varje rättslig förändring av arbetsgivarens person, om även de övriga villkor som fastslås i direktivet är uppfyllda, och att det således är tillämpligt på en överlåtelse mellan två dotterbolag i samma koncern, som utgör skilda juridiska personer och som vart och ett har ingått ett särskilt anställningsförhållande med sina anställda. Att bolagen i fråga inte bara har samma ägare utan även samma ledning, lokaler och arbetsuppgifter har i detta avseende ingen betydelse.⁷¹¹

Att utesluta överlåtelser mellan bolag i samma koncern från verksamhetsövergångsreglerna skulle strida mot dessa reglers syfte,

som enligt domstolen består i att såvitt möjligt säkerställa att arbetstagarnas rättigheter bevaras vid byte av arbetsgivare, genom att de får vara kvar i tjänst hos den nya arbetsgivaren på samma villkor som de som avtalats med överlåtaren.⁷¹²

Den här utgångspunkten har bekräftats också av EFTA-domstolen i ett mål från 2004:

Provided that other conditions for the application of the Directive have been met, its applicability is similarly not precluded by the fact that the transferee carries out the transferred functions together with an affiliated company within the same group of companies, which also engages some of the transferred employees. Determinative, is whether the same functions will continue to be performed. A different result would make the application of the Directive subject to the transferee's organization of its work.⁷¹³

Den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet upprätthålls ifråga om definitionen av verksamhetsövergång: vid tillämpning av detta begrepp ska de anställda anses tillhöra det subjekt som är deras motpart i anställningsavtalen och det ska bortses från koncernförhållandet; varje bolag ska hanteras för sig. Här föreligger en situation där det i rättstillämpningen uppfattats vara i linje med arbetsrättens skyddssyfte att i koncernförhållandet snarast värna, och inte utmana, den kontraktuella utgångspunkten. Detta har att göra med konstruktionen av verksamhetsövergångsreglerna: att uppfatta koncernbolagen som ett enda arbetsgivarbolag hade hindrat direktivets tillämplighet.

234/98, p. 37 (Domen C-234/98 avser en entreprenadkedja i vilken moder- och dotterbolag samtidigt var entreprenör och underentreprenör i relation till ett beställarföretag [p. 32].)

⁷¹⁰ C-234/98.

⁷¹¹ C-234/98, p. 17.

⁷¹² C-234/98, p. 20.

⁷¹³ EFTA-domstolen mål E-02/04, Reidar Rasmussen, Jan Rossavik och Johan Kåldman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann, EFTA Court Report 57, dom den 10/12/2004, p. 48.

En angränsande fråga handlar om hur verksamhetsövergångsreglerna ska tillämpas i den i koncernsammanhang vanliga situationen att arbetstagarna inte är verk-samma i det koncernbolag som de har som kontraktuell arbetsgivare, utan i något annat av koncernens bolag (s.k. personalbolag eller moderbolagsanställning). Kan det inlånande koncernbolaget, som inte är part i anställningsavtalen, men i vilket arbetstagarna är verksamma, vara överlåtare i direktivets mening?⁷¹⁴ Överlåtare definieras i direktivet som ”varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse [...] upphör att vara arbetsgivare” och förvärvare som ”varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse [...] blir arbetsgivare”.⁷¹⁵ I Heineken- domen som belyser detta problem avviker EU-domstolen uttryckligen från den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet i anställnings-skyddet. Frågan om ett inlånande koncernbolag kan vara arbetsgivare, trots att det inte är part i några anställningsavtal, löste domstolen genom att använda begreppet ”icke avtalsbunden arbetsgivare” för detta bolag, medan det bolag som är part i anställningsavtalen benämns ”avtalsbunden arbetsgivare”.⁷¹⁶ Denna begreppsap-parat lanserades utan förankring i direktivets lydelse. Med stöd av det nyskapade begreppet kunde domstolen sedan konstatera att det inlånande bolaget i och med överlåtelsen upphört att vara icke avtalsbunden arbetsgivare – och därför har det skett en verksamhetsövergång. Ur dogmatisk synvinkel har domstolen jämfört inlåning av arbetskraft med att ha ett anställningsförhållande, som ju direktivet är tillämpligt på, utöver anställningsavtal, och på så vis har inlånaren kunnat uppfatt-tas som arbetsgivare i direktivets mening.⁷¹⁷ Domstolen kunde dock inte stanna här, eftersom direktivet är tillämpligt när ”en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet” övergår från överlåtare till förvärvare.⁷¹⁸

vid bedömning av vilken person som är överlåtare kan den ställning som innehas av en avtalsbunden arbetsgivare, som dock inte ansvarar för den ekonomiska verksam-heten i den övertagna enheten, inte alltid ges företräde framför den ställning som innehas av en icke avtalsbunden arbetsgivare som ansvarar för nämnda verksam-het.⁷¹⁹

Enligt EU-domstolen kan verksamhetsövergången tydligen ske med utgångspunkt i ett inlånande bolag, som ansvarar för verksamheten i den aktuella enheten, snarare än med utgångspunkt i det subjekt som är part i anställningsavtalen, men som

⁷¹⁴ C-242/09.

⁷¹⁵ Direktiv 2001/23/EG, art. 2.1.a och art. 2.1.b.

⁷¹⁶ C-242/09, p. 20.

⁷¹⁷ C-242/09, p. 24.

⁷¹⁸ Direktiv 2001/23/EG, art. 1.b.

⁷¹⁹ C-242/09, p. 29.

inte ansvarar för den aktuella verksamhetens bedrivande. Domstolens slutsats blir således att

Om det under dessa förhållanden samtidigt finns två arbetsgivare i en koncern, varav den ene har ingått anställningsavtal med arbetstagarna i koncernen och den andre inte har sådana avtal med dessa, kan även den arbetsgivare som ansvarar för den ekonomiska verksamheten i den övertagna enheten och som därmed inleder anställningsförhållanden med dessa arbetstagare anses vara en 'överlåtare' i den mening som avses i direktiv 2001/23, trots avsaknaden av anställningsavtal med dessa arbetstagare.⁷²⁰

Generaladvokaten i målet använde sig också av termen anställningsförhållande och en distinktion mellan "formellt anställd" och "ett faktiskt och varaktigt anställningsförhållande" som "till stor del är jämförbart med det anställningsförhållande som skulle ha förelegat om han hade anställts direkt" för att identifiera en koppling mellan den i målet aktuella arbetstagaren och verksamheten där denna var verksam, utan att vara anställd.⁷²¹ Generaladvokaten argumenterade slutligen att

Den omständigheten att anställningsavtalen för de medarbetare som knutits till det överlåtna bolaget ingåtts med ett annat bolag i koncernen ska följaktligen inte utgöra hinder mot att de rättigheter och skyldigheter som följer av dessa avtal övergår på förvärvaren.⁷²²

Domen har i den svenska diskussionen framhållits som ett exempel på "språklig akrobatik".⁷²³ Det står i alla händelser klart att domstolen gör en expanderande tolkning⁷²⁴ av verksamhetsövergångsreglerna avseende utgångspunkterna om arbetsgivarbegreppet. EU-domstolens sätt att laborera med en tankegång om två arbetsgivare i en arbetsorganisation indikerar att man är öppen för att med stöd av arbetsrättens syfte om arbetstagarskydd fördela ansvar på ett sätt som gynnar de anställda. Det är dessutom tydligt att frågor om arbetsgivarbegreppets (och om överlåtare i verksamhetsövergångskontexten) utformning ska hanteras med beaktande av förutsättningarna för skyddsreglernas faktiska genomslag. Generaladvokaten i Heineken-målet menade att det är

⁷²⁰ C-242/09, p. 31.

⁷²¹ Förslag till avgörande C-242/09.

⁷²² Förslag till avgörande C-242/09, p. 47.

⁷²³ Öman, Anställda i särskilt arbetsgivarbolag följer med när koncernbolag utan anställda överlåts, 2010.

⁷²⁴ De Groof, The Scope of the Transfer of Undertaking Directive Further Enlarged Through the *Heineken-Case*, 2010, s. 508-512.

nödvändigt att tillämpa direktiv 2001/23 i ifrågavarande situation för att undvika att koncerner, genom att organisera sina anställningsförhållanden på sådant sätt som Heinekenkoncernen gjort, kan undvika en tillämpning av direktivet

och att koncernbildning annars kunde bli en modell arbetsgivare kunde använda för att undvika kostnader som är förknippade med direktivets tillämplighet.⁷²⁵ Detta skulle överlämna tillämpligheten av verksamhetsövergångsreglerna till ”koncernernas eget skön, vilket strider mot direktivets tvingande karaktär och eftersträfvade syfte”.⁷²⁶ Denna tillämpning av reglerna syftade delvis till att omöjliggöra illojala ageranden mot skyddsregleringen i arbetsrätten.

I Heineken-domen lanserade EU-domstolen också ett begrepp för den som bedriver verksamhet utan att vara part i anställningsavtal; parterna i ’anställningsförhållanden’ är enligt domstolen arbetstagaren och ’den arbetsgivare som ansvarar för den ekonomiska verksamheten i den övertagna enheten’. Detta är ett sätt att foga in inlånning i en kontraktuell modell: istället för att ange att inlånare tillika verksamhetsutövare ska jämföras med arbetsgivare vid tillämpning av företagsövergångsreglerna, lanserade domstolen en hel begreppsapparat, som i och för sig ännu inte kommit att följas upp i någon efterföljande dom. Heineken-domen framstår som ett uttryck för att begreppsbildningen kring arbetsgivarbegreppet inte är så distinkt som man kanske hittills räknat med i t.ex. svensk arbetsrätt. Efter Heineken-domen kan även begreppsbildning kring anställningsförhållande och icke avtalsbunden arbetsgivare behöva beaktas, och direktivets begrepp för överlåtare förefaller vara i högre grad autonomt än vad man hittills räknat med, och i alla händelser inte endast lika med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet.

Heineken-domen innebär att om ett inlånat företag överläts, så följer de inlånade arbetstagarna med, som om de skulle ha haft inlånaren som kontraktuell arbetsgivare. Domstolens frikopplande av verksamhetsövergångsreglernas definition av överlåtare från den kontraktuella utgångspunkten ger emellertid upphov till en inkongruens. Den inlånade personalen får här en ny kontraktuell arbetsgivare, trots att deras kontraktuella arbetsgivare inte varit föremål för några förändringar. Om domstolen velat skapa fullständig överensstämmelse mellan omtolkningen av begreppet överlåtare och begreppet förvärvare, så skulle det ha inneburit att förvärvaren varit förpliktad att fortsätta att låna in den aktuella personalen och inte att bli deras kontraktuella arbetsgivare.⁷²⁷ Denna omtolkning av rättsföljdssidan i verksamhetsövergångsreglerna gjorde domstolen emellertid inte, utan man nöjde sig med att omtolka överlåtARBEGREPPET. En alternativ lösning, som domstolen alltså

⁷²⁵ Förslag till avgörande C-242/09, 49.

⁷²⁶ Förslag till avgörande C-242/09, p. 49-51.

⁷²⁷ Jfr Öman, Anställda i särskilt arbetsgivarbolag följer med när koncernbolag utan anställda överläts, 2010. Direktivet bygger ju på att överföringen av anställningsavtalen är direkt och tvingande. Se C-305/94, C-478/03.

inte använde sig av, hade varit att slå fast att arbetstagarnas kontraktuella arbetsgivare skulle kvarstå (dvs. personalbolaget), men att förvärvaren av det inlåande bolaget skulle tvingas erbjuda arbetstagarna att fortsätta inlåningen och därmed fortsätta vara verksamma i det dotterbolag som sålts utanför koncernen. Det framstår självfallet som osannolikt att en domstol skulle kunna komma till denna slutsats, som ju hade inneburit att reglerna om verksamhetsövergång fått en ny typ av inverkan på de inbördes relationerna mellan olika bolag. Dessutom hade verksamhetsövergångsreglerna kommit att kraftigt kringskära den kontraktuella arbetsgivarens arbetsledningsrätt: att låna ut personal till ett visst bolag är ju en åtgärd som vidtas med stöd av arbetsledningsrätten. Ett bolag hade tvingats att bemanna ett fristående bolags verksamhet. En domstol skulle sannolikt inte komma till detta slut, men resonemanget illustrerar vad som står på spel när verksamhetsövergångsreglerna utvecklas bort från den kontraktuella utgångspunkten.

Heineken-domen om verksamhetsövergångsreglerna innebär vidare att rätten för arbetstagarna att motsätta sig att anställningen överförs till en ny arbetsgivare, måste uppfattas innebära också en rätt för arbetstagarna att motsätta sig att inlåningen överförs; i båda fallen förblir den kontraktuella arbetsgivaren densamma.⁷²⁸ Rättsläget är möjligen oklart ifråga om vad som händer då en arbetstagare som är utlånad till ett företag som sedan blir föremål för verksamhetsövergång – och motsätter sig att få en ny arbetsgivare.

EU-domstolens Heineken-dom innebär att den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet inte gäller för verksamhetsövergångar som omfattar koncernbolag som endast lånar in arbetskraft som är anställd i koncernens moderbolag eller personalbolag. I sålunda organiserade koncerner är det inte det kontraktuella arbetsgivarbegreppet som är det centrala, utan istället verksamhetsansvarig och icke avtalsbunden arbetsgivare. Om det företag i vilket arbetstagarna är verksamma blir föremål för en verksamhetsövergång, följer anställningsavtalen med till förvärvaren, trots att de inte förelegat hos överlåtaren. Arbetsdomstolen har apropå en situation där den påstådda överlåtaren och förvärvaren var bolag med samma bolagsmän och ägare, och där överlåtelsen skett formlost yttrat att när det

⁷²⁸ Förenade målen C-132/91, C-138/91, C-139/91. Kanske den arbetstagare som på detta sätt väljer att stanna kvar hos personalbolaget kan dra nytta av att omplaceringsmöjligheterna ska bedömas i relation till hela detta bolags juridiska person och all verksamhet som bedrivs däri. Möjligheterna till omplacering kan således antas vara rätt goda just i den typen av koncernupplägg. Direktivet reglerar inte följderna för arbetstagarnas del av att motsätta sig överföring av anställningsavtalet. Jfr Gotthardt, Arbetstagarens rätt att motsätta sig företagsövergång enligt tysk och svensk rätt, 2010, s. 255-265.

föreligger en total intressegemenskap mellan parterna är det naturligt att de inte funnit något behov av att reglera sina mellanhavanden i formellt hänseende.⁷²⁹

EU-reglerna om verksamhetsövergång stipulerar att ”med överlåtelse enligt detta direktiv förstås överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet”.⁷³⁰ EFTA-domstolen har hanterat en situation i vilken övergången skedde till flera bolag i en koncern och slagit fast att

an economic entity within the meaning of [...] the Directive may retain its identity in a situation where part of an undertaking is transferred from one company to another that carries out the same or corresponding activities together with another affiliated company within the same group of companies, and when each company takes over some of the employees in question.⁷³¹

Av EFTA-domstolens resonemang att döma framstår det som om frågan om den ekonomiska enheten behållit sin identitet efter övergången kan avgöras i relation till koncernen.⁷³²

2.3.6 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen

I Arbetsdomstolens praxis syns hur koncernförhållandet delvis får genomslag i tillämpningen av anställningsskyddet då arbetsgivarens uppsägningsskäl är hänförliga till arbetstagaren personligen.⁷³³ Regeln som kräver saklig grund för uppsägning pga. personliga skäl är i och för sig generellt tillämplig och tvingande, men detta hindrar inte att det föreligger ett utrymme för domstolen att beakta de specifika förväntningar arbetsgivaren har på just en viss arbetstagare i ett visst enskilt fall, och det är delvis utifrån dessa faktorer som prövningen av uppsägningens tillåtlighet ska göras. För att i princip kunna avgöra om arbetsgivaren har anledning att vara missnöjd med arbetstagaren eller arbetstagarens prestation, måste det inledningsvis klargöras vilka krav och förväntningar som gäller för denna person.

Arbetsdomstolen har här accepterat att dessa förväntningar hämtas från koncernen på ett sådant sätt att det är befogat att säga att kravet på saklig grund för uppsägning pga. personliga skäl i förekommande fall ska avgöras i relation till koncernen. Det kan dessutom förekomma att anställningsavtalen föreskriver att koncernen är

⁷²⁹ AD 1995 nr 44. Avgörandet avsåg äldre rätt. Det att bolagen ägs och leds av samma person är inte automatiskt avgörande för frågan om övergång skett; AD 1996 nr 67.

⁷³⁰ Direktiv 2001/23/EG, art. 1 b.

⁷³¹ EFTA-domstolen mål E-02/04, Reidar Rasmussen, Jan Rossavik och Johan Kåldman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann, EFTA Court Report 57, dom den 10/12/2004, p. 49.

⁷³² Domen avsåg verksamhetsövergångsreglerna i äldre tappning (direktiv 77/187/EEC).

⁷³³ 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

den som utfärdar de instruktioner arbetstagaren har att efterkomma i arbetet.⁷³⁴ Vidare kan koncernövergripande policys uttryckligen förtydliga vilka förväntningar som arbetstagaren har att efterleva.⁷³⁵ Överenskommelser om sekretess, t.ex., kan konstrueras så de blir koncernövergripande.⁷³⁶ Att hota och verbalt angripa befattningshavare i den koncern arbetsgivaren ingår, kan leda till uppsägning och avsked.⁷³⁷ I ett mål har varit fråga om en misshandel mot en annan arbetstagar skulle anses ha haft tillräcklig anknytning till anställningsförhållandet för att kunna läggas till grund för uppsägning, och Arbetsdomstolen framhöll att misshandeln varit riktad mot en person anställd i samma koncern.⁷³⁸ Att i olika avseenden inte sätta koncernens bolag i främsta rummet kan domstolen komma att lägga arbetstagaren till last i bedömningen av om saklig grund är för handen.⁷³⁹ Arbetsdomstolens formuleringar antyder att domstolen utgår från att det av anställningsavtalet som sådant i princip kan följa en lojalitetsplikt till inte endast den kontraktuella arbetsgivaren, utan också mot den koncern i vilken arbetsgivaren ingår, samt också bolagets ägare.⁷⁴⁰

Arbetsdomstolen inte bara accepterar och upprätthåller uttryckligen avtalade arrangemang som föreskriver en relation mellan en enskild arbetstagar och den koncern i vilken arbetsgivaren ingår, utan domstolen förefaller själv utgå från ett antagande om att det kan finnas tillfällen då det ska sättas likhetstecken mellan arbetsgivaren och koncernen. Arbetstagaren och dennes prestation ska delvis relateras till koncernen, och detta utvidgar i motsvarande mån arbetstagarens skyldigheter till att avse koncernen, som ju är större än motparten i anställningsavtalet. Den här rättstillämpningen öppnar upp för en sorts uppspjälkning av anställningsrelationen: det är fortfarande endast motparten i anställningsavtalet som kan vidta rättshandlingen uppsägning, men en större entitet än motparten kan i rättslig mening vara drabbad av arbetstagarens kontraktsbrott. Dessutom; om nu koncernen – som inte är, och inte rättsligen kan vara, part i anställningsavtalet – kan göra anspråk på t.ex. lojalitet från arbetstagarens sida, hur kan föreställningen om att lojalitetsplikten är ömsesidig upprätthållas?⁷⁴¹ Kommer det i förlängningen bli rele-

⁷³⁴ AD 1989 nr 133.

⁷³⁵ AD 2001 nr 12.

⁷³⁶ AD 2012 nr 85 (om arbetstvistdefinitionen; jfr AD 2013 nr 45).

⁷³⁷ AD 2000 nr 75.

⁷³⁸ AD 2000 nr 28.

⁷³⁹ AD 2011 nr 94.

⁷⁴⁰ AD 1993 nr 56, s. 420: "... får han anses ha agerat högst anmärkningsvärt och i detta hänseende visat en avsevärd brist på lojalitet och hänsyn gentemot [arbetsgivaren], [koncernen] och dess ägare". Arbetstagaren i målet var VD, och hade vitsordat att lagen (1982:80) om anställningsskydd därför inte var tillämplig på honom.

⁷⁴¹ Ds 2002:56, s. 285ff, Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, Selberg & Sjödin, *Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter*, JT 2012/13, s. 846-877.

vant att säga att koncernen har en lojalitetsplikt motsvarande den kontraktuella arbetsgivarens mot arbetstagarna? Än så länge är Arbetsdomstolens praxis om anställningsskyddet vid uppsägning pga. personliga skäl i koncerner inte rikhaltig, och dessa sistnämnda frågor har ännu inte aktualiserats i domstolen.

2.3.7 Verksamhetsrelaterade uppsägningar

2.3.7.1 Arbetsbrist och turordning i koncerner – allmänna frågor

Diskussionen i förarbetena om begreppen turordning för uppsägning och företrädesrätt till återanställning visar att arbetsbrist ska föreligga hos motparten i anställningsavtalet för att kunna drabba en arbetstagare.⁷⁴² Röster i doktrinen har också tagit fasta på utgångspunkten att dispositioner i andra rättssubjekt än den kontraktuella motparten inte ska kunna leda till att en arbetstagare drabbas arbetsbrist: Eklund anför att arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddslagens turordningsregel (som blir tillämplig vid uppsägning pga. arbetsbrist) inte är dispositivt, och att det är en ”hårdkokt princip” att ”Arbetsgivarbegreppet i LAS förkroppsligas av rättssubjektsläran”.⁷⁴³ Arbetsdomstolens praxis om kollektivavtalade s.k. återanställningsgarantier visar dessutom att det inte hur som helst går att avtala om arbetsbrist, på ett sådant sätt att detta drabbar arbetstagare, som vore det inte för avtalet inte skulle drabbas av arbetsbrist.⁷⁴⁴

Lunning och Toijer framhåller att endast koncernbildningar som skett i ”rättsligt sett oantastliga former och syften” ska beaktas: skulle en ombildning av en sammanhållen verksamhet

ha skett inför en förestående driftinskränkning i syfte att minimera exempelvis turordningsreglerna, är det antagligt att arbetsdomstolen vid en rättslig prövning (”genomlysning”) skulle bortse från ombildningen och betrakta den som ett otillåtet försök att kringgå lagens skyddsregler.⁷⁴⁵

Någon praxis föreligger inte på den här punkten. Bevissvårigheter uppstår för den som gör gällande att detta syfte i relation till lagstiftningens skyddsfunktion föreläggat.

Vad menas närmare bestämt med att arbetsbrist ska föreligga hos motparten, och endast där för att uppsägning ska vara möjlig på denna grund? Vad gäller om det fattas beslut någonstans i koncernen, och detta beslutsfattande får som effekt ett

⁷⁴² Prop. 1981/82:71, s. 57, s. 63, *passim*. Se också AD 1996 nr 67.

⁷⁴³ Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 230, se också Eklund, *Turordning i koncerner – en fråga om begreppsbildning och avtalsfrihet*, 1993, s. 47-60, *passim*.

⁷⁴⁴ AD 1993 nr 131. Se vidare kapitel 2.3.7.3, kapitel 2.3.7.4 och kapitel 2.4.5.2.

⁷⁴⁵ Lunning och Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 44.

minskat behov av arbetstagare (dvs. arbetsbrist) i ett annat bolag än det som fattade beslutet? Arbetsdomstolen avgör frågan om huruvida arbetsbrist är för handen endast i relation till motparten i anställningen; man bortser från att anledningen till arbetsbristen kan finnas i koncernen, utanför motparten. Beslutsfattande i koncerner uppfattas av Arbetsdomstolen som vilken arbetsbristskapande, utomstående faktor som helst i relation till den kontraktuella arbetsgivaren, såsom t.ex. avtagande orderingång⁷⁴⁶ och försäljning.⁷⁴⁷ Domstolen bortser från att beslutsfattandet som leder till arbetsbrist sker i bolag som är föremål för gemensam kontroll i koncernen, och behandlar det på samma sätt som en utomståendes beslut att t.ex. upphöra att köpa varor och tjänster av arbetsgivarbolaget, som leder till arbetsbrist. I denna mening är arbetsbristbegreppet bortkopplat från den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet: beslutsfattande av något subjekt som ingår i koncernen kan leda till arbetsbrist utanför beslutsfattarens juridiska person och drabba andra anställda än de med beslutsfattaren som motpart i anställningsavtalet. Ansvar för arbetsbristen, däremot, följer den kontraktuella utgångspunkten och ligger hos den uppsägningshotade/uppsagda arbetstagarens motpart i anställningsförhållandet och det är där skyddsreglerna för arbetskraften (omplacering och turordning) aktualiseras.

Dessa utgångspunkter speglar den svenska kollektiva arbetsrättens⁷⁴⁸ och EU-arbetsrättens regler om arbetstagarinflytande⁷⁴⁹ vad gäller beslutsfattande i koncerner: reglerna utgår från antagandet att beslut som leder till uppsägningar fattas utanför arbetsgivaren, av ett företag som ”kontrollerar” denna, men att ansvaret för att hantera följderna ligger på den kontraktuella arbetsgivaren.

Räckvidden i skyddsreglerna som gäller i arbetsbristsituationer avgörs i praktiken i hög grad av rekvisitet tillräckliga kvalifikationer.⁷⁵⁰ Endast om arbetstagaren uppfyller detta krav, får hon vara med i turordningen vid uppsägning och omfattas av företrädesrätten till återanställning. I Arbetsdomstolens praxis kan skönjas hur domstolen relaterar arbetstagarens kvalifikationer inte endast till den kontraktuella arbetsgivaren, utan också till verksamheten i den koncern i vilken arbetsgivaren ingår. När koncernbolagens verksamheter är integrerade med varandra prövas om huruvida arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer i relation till koncernen.⁷⁵¹

⁷⁴⁶ Jfr t.ex. AD 1977 nr 215.

⁷⁴⁷ T.ex. AD 2000 nr 18.

⁷⁴⁸ SOU 1975:1, s. 774, prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 353, SOU 1982:60, s. 235. AD 1978 nr 91, AD 1978 nr 156, AD 1978 nr 157. SOU 1994:83, s. 120, prop. 1994/95:102, s. 75.

⁷⁴⁹ Direktiv 98/59/EG, art. 2.4, direktiv 2001/23/EG, art. 7.4.

⁷⁵⁰ Detta rekvisit förekommer både i regeln om turordning för uppsägning och i regeln om företrädesrätt till återanställning och ska tolkas på samma sätt i båda sammanhangen. (22 § och 25 § lagen [1982:80] om anställningsskydd). Prop. 1981/82:71, s. 138. Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 160.

⁷⁵¹ AD 1995 nr 107 om turordning för uppsägning.

Detta synsätt är emellertid inte ett uttryck för något koncernarbetsrättsligt synsätt, utan snarast att måttstocken för arbetskraftens kvalifikationer alltid utgörs av arbetsgivarens verksamhet. Inte desto mindre är det ett exempel på hur arbetstagarrens rätt i relation till sin motpart i anställningen påverkas av vad andra än detta subjekt företar sig – och i koncerner är alltså dessa skilda subjekt sammanhållna av makt och ägande.

2.3.7.2 Arbetsbrist och turordning i koncerner – enligt lag

Hur förhåller sig det för anställningsskyddet så viktiga begreppet turordningskrets till koncernen? Kan anställda i olika koncernbolag turordnas tillsammans vid tillämpning av anställningsskyddslagen? Denna fråga har sysselsatt lagstiftaren och forskningen och var åtminstone tidigare en omdiskuterad och delvis omstridd aspekt av arbetsrätten. Inför revideringen 1977-1981 av den första lagen om anställningsskydd hade fackföreningsrörelsen fört fram kravet om en möjlighet till gemensam turordning för alla företagen i en koncern. Ur lagteknisk synvinkel anknöt förslagsställarna till de kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationernas möjlighet att begära gemensam turordning för driftsenheter på samma ort.⁷⁵² Tanken var att facket skulle ges möjlighet att begära koncerngemensam turordning. 1982 års lagstiftare kom sist och slutligen att avvisa förslaget om gemensam turordning i koncerner, även om man i samma andetag slog fast att det finns

fall, i vilka det vore av värde med en sådan möjlighet att upprätta en gemensam turordningslista för arbetstagare hos flera koncernföretag.⁷⁵³

Argumenten som fördes fram mot förslaget om koncernturordning kretsade kring det interna sambandet mellan anställningsskyddslagens omplaceringsregler: den ena kan inte vara större än den andra, argumenterade man – och därmed skulle det krävas alltför stora ingrepp i lagen för att genomföra turordning i koncerner.⁷⁵⁴ Dessutom stod det klart för lagstiftaren att även i andra avseenden stod mycket på spel i denna fråga. Koncernövergripande turordning innebar, menade man,

också att man får ta det principiellt ganska viktiga steg som det innebär att i lag tvinga fristående rättssubjekt, låt vara inom koncern, att träffa anställningsavtal. Saken gäller i realiteten en omdefinition och en vidgning av lagens arbetsgivarbegrepp, om än bara i vissa fall.⁷⁵⁵

⁷⁵² Ds A 1981:6, s. 231. 22 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁵³ Prop. 1981/82:71, s. 62.

⁷⁵⁴ Prop. 1981/82:71, s. 62 f. 7 § och 22 § lagen 1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁵⁵ Ds A 1981:6, s. 233.

1982 års lagstiftare får sägas uttrycka en ambivalens vis-à-vis koncernen som rättslig företeelse och faktiskt existerande arbetsorganisation: å ena sidan ansåg man att koncernen kan vara relevant i anställningsskyddssammanhang, å andra sidan avstod man med åberopande av rätt lättviktiga skäl från att lagstifta om saken.

Med stöd av anställningsskyddslagstiftningen går det inte att utverka en turordning över bolagsgränserna i koncerner: varje bolags juridiska person ska uppfattas som den yttre gränsen för turordningskretsen och arbetstagarna ska turordnas hos sin motpart i anställningsavtalet.⁷⁵⁶

Ur arbetstagersynvinkel kan en bolagiserad verksamhet vara en nackdel jämfört med en som bedrivs i en och samma juridiska person under förutsättning att det rör sig om samma driftsenhet och samma kollektivavtalsområde (eller att det handlar om olika driftsenheter på samma ort som facket begär ska behandlas som en enda vid turordningen): i den situationen kommer arbetstagare inte att turordnas tillsammans, som annars skulle ha gjort det – om det inte vore för koncernbildningen. Eftersom anställningsskyddet på denna punkt bygger på den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar får koncernförhållandet på huvudmannasidan genomslag för arbetstagarnas del.

1992 års arbetsrättskommitté lämnade många förslag på förändringar av anställningsskyddet, men utgick i alla dessa från ”arbetsgivarbegreppet såsom detta uttolkats enligt gällande rätt”, och med detta avsåg man den kontraktuella utgångspunkten.⁷⁵⁷ Eklund har föreslagit en lagreglerad koncernövergripande turordning med stöd av modellen att de anställda i koncernens bolag ska anses som om de vore anställda hos en och samma arbetsgivare när turordning upprättas.⁷⁵⁸ Varken 1992 års arbetsrättskommittés eller Eklunds förslag har genomförts i lagstiftning, och idag står turordning i koncerner inte högt upp på den arbetsrättsliga dagordningen.

2.3.7.3 Arbetsbrist och turordning i koncerner – avtalsfrihetens gränser

Någon lagregel som möjliggör koncernövergripande turordning kom alltså inte att stiftas, men kan inte detta ändå åstadkommas i kollektivavtalets form? Med andra ord; råder semidispositivitet om koncernövergripande turordning? 1982 års lagstiftare förefaller svara jakande på den frågan: ”På vanligt sätt kan också den mera allmänna frågan lösas genom kollektivavtal.”⁷⁵⁹ Resonemanget utgår tydligtvis

⁷⁵⁶ Calleman, *Turordning vid uppsägning*, 2000, s. 115. Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 44, SOU 1994:141, s. 458-461. SOU 1993:32, s. 448.

⁷⁵⁷ SOU 1993:32, s. 448, s. 490.

⁷⁵⁸ Eklund, *Turordning i koncerner – en fråga om begreppsbildning och avtalsfrihet*, 1993, s. 47-60, s. 57.

⁷⁵⁹ Prop. 1981/82:71, s. 63.

från att det skulle vara mindre radikalt och problematiskt att möjliggöra en koncernövergripande lista om kollektivavtalsparterna är överens om saken, än att stifta en lagregel som tillåter den kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationen att själv genomdriva koncernturordning (jämför hur facket kan begära gemensam turordning på samma ort). Lagstiftaren utgår från att det inte vore önskvärt om reglerna skulle bryta upp sambandet mellan anställningsskyddslagens båda omplaceringsregler, men att det samtidigt kan accepteras att kollektivavtalsparterna gör just detta: 7 § (och dess omplaceringsregel) är ju tvingande, medan 22 § är semi-dispositiv.⁷⁶⁰ Lunning har instämt i vad som framstår som lagstiftarens bedömning; koncernturlistor står inte i strid med anställningsskyddslagen: ”Den enda rätta metoden är att avtalsreglera det. Då kan man få en anpassning till varje situation.”⁷⁶¹ Också Töllborg har utgått från att avtalsparterna kan avtala om kretsar som omfattar hela eller delar av koncernen.⁷⁶²

Eklund anser däremot att mycket talar för att koncernturlistor i kollektivavtal står i strid med anställningsskyddslagen, och närmare bestämt arbetsgivarbegreppet i den lagen.⁷⁶³ Eklunds argumentation bygger på att anställningsskyddets arbetsgivarbegrepp på den här punkten är präglad av ”rättssubjektsläran”.⁷⁶⁴ Koncernturlistor uppges emellertid ha förekommit i praktiken.⁷⁶⁵ Rättsläget kan på den här punkten möjligen sägas vara oklart, men i alla händelser är frågan om koncernturlistor en god illustration av vilken roll arbetsgivarbegreppet spelar i den arbetsrättsliga lagstiftningen.

Vilka är effekterna av koncernturordning, och hur kan den förstås i ljuset av både arbetsgivarbegreppet och avtalsfriheten (semi-dispositiviteten) i anställningsskyddslagstiftningen? Vad är det egentligen för intressen som står på spel i detta sammanhang? En koncernturlista innebär att arbetstagare i olika koncernbolag ingår i samma turordningskrets och avtalet innebär i praktiken att turordningen ska ske med bortseende från koncernförhållandet. Flera bolag behandlas som ett enda. Eklund beskriver det hela i termer av ett avtalat ansvarsgenombrott.⁷⁶⁶ Effekten av upplägget kan bli att ett bolag, i vilket det inte råder arbetsbrist, kommer att bli tvungen att säga upp en arbetstagare för att bereda en annan mer senior arbetstagare fortsatt anställning. I denna mening kommer arbetsbrist i en juridisk person

⁷⁶⁰ 2 § 2 st. och 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁶¹ Lunning, Fortsatt lagstiftningsarbete, 1982, s. 127-142, s. 131.

⁷⁶² Töllborg, Sverige, 1992, s. 22-81, s. 64.

⁷⁶³ Eklund, *Tjänsteentreprenad – ett sätt att organisera arbetet?*, 1986, s. 55, s. 60.

⁷⁶⁴ Eklund, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, 1983, s. 274, Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 223, s. 230, Eklund, *Tjänsteentreprenad – ett sätt att organisera arbetet?*, 1986, s. 55, s. 60.

⁷⁶⁵ SOU 1994:141, s. 474-477. Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 224 ff. Edling, Efter bolagiseringen: Flera företag men samma turlista, 1992, s. 24-26.

⁷⁶⁶ Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 222.

påverka en annan juridisk person; arbetsbrist i ett bolag drabbar de anställda i ett annat – men föreligger det verkligen arbetsbrist i det sistnämnda bolaget? Innebär inte tanken på koncernturlistor förändringar av inte bara arbetsgivarbegreppet utan också framförallt en förskjutning av arbetsbristbegreppet? I viktiga avseenden innebär koncernturlistan endast en förskjutning av arbetsbristbegreppet.

I anställningsskyddssammanhang i koncerner avgörs arbetstagarnas ställning av två aspekter av avtalsfriheten: å ena sidan är det tillåtet att i kollektivavtal göra avsteg från turordningen, å andra sidan är ett kollektivavtal ogiltigt i den mån det inskränker en arbetstages rättigheter enligt anställningsskyddslagen.⁷⁶⁷ Lunning antar att

Det kan också finnas kollektivavtal med ett vidsträcktare arbetsgivarbegrepp än [anställningsskydds-]lagens, vilka kan åberopas när det inte är till nackdel för de anställda.⁷⁶⁸

Är det mot denna bakgrund tillåtet att en arbetstagare sägs upp med stöd av en koncernturlista för att det föreligger arbetsbrist i ett annat koncernbolag? Om den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet ska gälla här, så följer att den uppsagda arbetstagaren drabbats av en nackdel jämfört med om anställningsskyddslagen skulle tillämpas, och slutsatsen måste bli att den arbetstagarens rätt har kränkts på ett sätt som står i strid med anställningsskyddslagen.⁷⁶⁹ Eftersom grunden för uppsägningen är arbetsbrist är arbetstagarna hänvisade till att föra skadeståndstalan; talan om ogiltigförklaring av uppsägning till följd av turordningsbrott är inte tillåten.⁷⁷⁰ Frågan om vilket kollektivavtalat arbetsgivarbegrepp som ska anses vara till arbetstagarens nackdel är avhängigt vilket arbetsgivarbegrepp som ska anses gälla som utgångspunkt för bedömningen. Med en annan syn på koncernen som arbetsorganisation hade utfallet kunnat bli att det inte vore till nackdel för arbetstagarna att turordnas i hela koncernen. Den avgörande faktorn ifråga om tillåtligheten av koncernturordning handlar om vilket kollektiv som arbetstagarnas rättsliga ställning ska mätas emot.

Samtidigt saknas i och för sig inte anledning att uppfatta koncernturordning som odramatiskt, och därför som rätt enkelt att fördra. För det första kan en arbetsgivare skapa arbetsbrist genom att besluta att få arbete utfört för sig inom ramen för inlåning, entreprenad eller personalinhyrning, snarare än att använda arbetsta-

⁷⁶⁷ 2 § 2 st. och 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁶⁸ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 44. Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 230, fn 81.

⁷⁶⁹ Samma slutsats har Eklund kommit till. Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 230.

⁷⁷⁰ 34 §, 38-39 §§ lagen (1982:80) om anställningsskydd.

gare.⁷⁷¹ Mot denna bakgrund framstår det som mindre problematiskt att tillåta en arbetsgivare i en koncern att, genom koncernturordning, skapa arbetsbrist i ett bolag. För det andra är det en vanligt förekommande och av lagstiftaren förutsedd effekt att en viss arbetstagare skulle komma att drabbas negativt av turordningslistor i kollektivavtal, jämfört med vad som skulle gälla om anställningsskyddslagens regler tillämpats för honom eller henne. Återigen framstår koncernturordningslistor som mindre problematiska: om det är tillåtet för en arbetstagarorganisation att, med vilken bevekelsegrund som helst, kollektivavtala bort någon arbetstagarställning, så varför skulle det vara otillåtet att ingå ett avtal om koncernturordning som drabbar arbetstagare negativt jämfört med vad som skulle bli utfallet av lagen?

Att grundläggande och delvis uttalade antaganden om arbetsgivarbegreppet är viktiga för diskussioner om anställningsskydd i koncerner är synligt också i Arbetsdomstolens praxis om s.k. återanställningsgarantier⁷⁷² i koncernförhållanden.⁷⁷³ Avtalsfrihetens gränser innebär att en arbetsgivare inte får inskränka någon arbetstagarers rätt, men dessa hindrar samtidigt inte att arbetsgivaren gör ett längre gående åtagande än vad lagen kräver av honom eller henne.⁷⁷⁴ En arbetsgivare, som ingår i en koncern, får ingå ett kollektivavtal som innehåller åtagandet att anställa viss personal för den händelse deras anställningar i ett annat bolag avslutas pga. arbetsbrist. Ett sådant kollektivavtal är enligt Arbetsdomstolen inte i strid med anställningsskyddslagstiftningen, eftersom det ska uppfattas som ett avtal om framtida anställning. De anställda i bolaget som utfärdar återanställningsgarantin, riskerar att drabbas av arbetsbrist för den händelse garantin tas i anspråk och arbetsgivaren därmed kommer att få fler anställda än hen behöver. Garantiutfärdarens anställda och de som anställs där i och med garantin turordnas sedan tillsammans enligt vanliga regler. Upplägget med återanställningsgaranti uppfattas inte av Arbetsdomstolen varken som ett sätt att flytta arbetsbrist mellan olika juridiska personer, eller som ett sätt att indirekt konstruera en form av bolagsöverskridande turordning. Gränserna för avtalsfriheten i anställningsskyddet överträds inte för den händelse arbetstagarna i det garantiutfärdande bolaget drabbas negativt av

⁷⁷¹ Se kapitel 2.4, kapitel 2.4.5.1 och kapitel 2.5.5.1.

⁷⁷² Den här typen av avtal förekommer i AD 1995 nr 101 och AD 1988 nr 8. (Återanställningsgarantier förekommer dessutom i diskussioner om privatiseringar, som ett medel för att stimulera of-fentliganställda att säga upp sig från sina anställningar och bedriva likartad verksamhet som egenföretagare istället; då talar man om återanställningsgarantier som ett led i ”avknoppnings-stöd”. Se prop. 2008/09:29, s. 132).

⁷⁷³ AD 1993 nr 131.

⁷⁷⁴ 2 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

garantin.⁷⁷⁵ Vid arbetsgivarbyten i koncerner får de anställda ta med sig sin upp-
betade anställningstid.⁷⁷⁶

Koncernturordning är i och med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet inte tillå-
tet, men återanställningsgarantier med ett snarlikt utfall för de anställda, är tillåtet,
delvis med anledning av just det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Att kollektiv-
avtalsvägen skapa en turordningskrets som omfattar arbetstagare med olika mot-
parter i anställningsavtalen, är i och med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet i
strid med anställningsskyddslagen. Samtidigt är det kollektivavtalsvägen möjligt
att skapa en återanställningsgaranti som skapar övertalighet i den juridiska person
som ingått avtalet om detta, och som leder till att turordning ska göras i en turord-
ningskrets som innehåller grupper av arbetstagare som tidigare haft olika motpar-
ter i anställningsavtalen. Koncernturordningslistor är därmed otillåtna i form av
uttryckliga avtal om saken, som fördelar arbetsbrist över bolagsgränser, men sam-
tidigt tillåtna i termer av konsekvens av arbetsgivarens olika åtaganden i avtal. Det
saknas anledning att anta att Arbetsdomstolen skulle anse att detta utgjorde en
form av otillåtet kringgående av anställningsskyddslagen.⁷⁷⁷ Den kontraktuella
utgångspunkten är närvarande i återanställningsgarantiupplägget i så motto att det
är tillåtet att avtala om ett längre gående åtagande än vad anställningsskyddslagen
kräver, och så länge detta är att uppfatta som ett åtagande om framtida anställning
anses någon anställd inte ha drabbats negativt i och med detta avtal.

Arbetsgivarbegreppet i dess kontraktuella variant ger vid handen att det är tillåtet
att i kollektivavtal skapa upplägg som drabbar de anställda negativt, så länge som
det sker i ett åtagande att bli arbetsgivare för en ny grupp arbetstagare, medan det
framstår som om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet skulle innebära att det är
otillåtet att skapa något liknande inom bestående anställningsrelationer, dvs. att i
kollektivavtal skapa en bolagsöverskridande turordningskrets i vilken de båda
grupperna arbetstagare ingår. Rättsläget är möjligen oklart och en domstol skulle
kunna vara benägen att ta fasta på utrymmet i arbetsrätten att kollektivavtala bort
grundläggande aspekter av lagstiftningen och tillåta avsteg från vad som följer av
den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvaret i anställningsskyddet i
koncerner.

2.3.7.4 Återanställningsrätten i koncerner

Spiegelbilden till turordning vid arbetsbristuppsägning är företrädesrätt till återan-
ställning i den verksamhet där arbetstagaren tidigare var sysselsatt.⁷⁷⁸ Regeln som
ger de tidigare anställda förtur till komma tillbaka till anställning aktualiserar två

⁷⁷⁵ AD 1993 nr 131.

⁷⁷⁶ 3 § 1 st. 1 p. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁷⁷ Jfr AD 2003 nr 4, AD 2007 nr 72.

⁷⁷⁸ 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

aspekter hos arbetsgivarbegreppet. För det första, var i koncernen kan de anställda göra gällande rätten till återanställning? För det andra, vilken huvudmans handlingsutrymme inskränks av att tidigare anställda i koncernen har företrädesrätt till återanställning?

Tillämpningen av regeln om företrädesrätt till återanställning tar inte hänsyn till koncernförhållandet.⁷⁷⁹ Regelns rekvisit om turordningskrets har samma innehåll som vid turordning för uppsägning⁷⁸⁰ och den kontraktuella syn på arbetsgivarbegreppet som den regeln är behäftad med gäller även för återanställningsrätten. Den övergripande utgångspunkten är därför att företrädesrätt till återanställning inte gäller i andra bolag i samma koncern.⁷⁸¹ Detta utgångsläge har implikationer för de anställda i koncerner.

Företrädesrättens till återanställning begränsning till att avse endast arbetstagarens motpart i anställningsavtalet har utmanats i Arbetsdomstolen vid några tillfällen. I ett mål förekom en fysisk person som ägde två bolag, vars respektive verksamheter var integrerade och där arbetstagarna var aktiva över bolagsgränserna i den meningen att det ena bolaget bedrev verksamhet utan att ha egna anställda och genom att använda det andra bolagets personal.⁷⁸² Ägaren till de båda bolagen beslutade att bolaget som haft anställda, inte längre skulle ha det, och också att bolaget som hittills saknat anställda, nu skulle ha det. Det förelåg således arbetsbrist i det ena bolaget, och i det andra anställdes personal. Eftersom inte alla de tidigare anställda kom att få anställning i det anställande bolaget, väckte arbetstagarorganisationen talan under påstående att arbetsgivaren i och med detta förfarande kränkt personalens företrädesrätt till återanställning. Att reglerna om företrädesrätt till återanställning bygger på det kontraktuella arbetsgivarbegreppet syns i det faktum att Arbetsdomstolen slog fast att med mindre än att dispositionen utgjort en verksamhetsövergång⁷⁸³, har företrädesrätten inte kränkts. Personalomflyttningar (som inte utgör verksamhetsövergång) mellan bolag som bedriver integrerad verksamhet och som ägs av en och samma fysiska person utlöser inte företrädesrätt till återanställning.⁷⁸⁴ De förutvarande anställda har företrädesrätt till återanställning hos det bolag som sagt upp dem. Arbetsdomstolen testade sedan denna analys mot sin egen doktrin om otillåtna kringgåenden av anställningsskyddslagen⁷⁸⁵, och konkluderade att förfarandet är tillåtet.⁷⁸⁶ Koncernen, som

⁷⁷⁹ Töllborg, Sverige, 1992, s. 22-81, s. 65.

⁷⁸⁰ Prop. 1981/82:71, s. 138. Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 160.

⁷⁸¹ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 667.

⁷⁸² AD 1990 nr 67. Töllborg anser att fallet kunde diskuteras i termer av otillbörligt missbruk av anställningsskyddsreglerna. Töllborg, Sverige, 1992, s. 22-81, s. 65.

⁷⁸³ 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁸⁴ AD 1996 nr 67. Dvs. en oäkta koncern.

⁷⁸⁵ AD 1996 nr 56, AD 1980 nr 54, AD 1986 nr 50, AD 1986 nr 144.

helhet betraktad, kan genom arbetsbristuppsägning (om inte alla sägs upp så avgör turordning enligt lag eller avtal vem som blir uppsagd) i ett bolag kombinerad med selektiv återanställning i ett annat bolag, förändra arbetsstyrkans sammansättning. Anställningsskyddsreglerna blir på detta sätt irrelevanta för de anställda när en fysisk person bedriver sin verksamhet i form av två bolag och flyttar anställningar mellan dem. Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet blir den faktor som avskaffar sanktionssystemet – dvs. företrädesrätten till återanställning – bakom turordningsreglerna.⁷⁸⁷ Turordningen, i sin tur, är ju det regelverk som ska hindra arbetsgivaren från att använda arbetsbristuppsägning för att vidta uppsägningar av personliga skäl som saknar saklig grund.

Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet är synligt när ett moderbolag tillsammans med ett helägt dotterbolag bedriver en integrerad verksamhet (dvs. att arbetstagarerna är verksamma över bolagsgränserna), och moderbolaget sagt upp på grund av arbetsbrist (och personal därför har företrädesrätt till återanställning) samtidigt som ett dotterbolag anställer.⁷⁸⁸ Den kontraktuella utgångspunkten innebär att de som varit anställda i moderbolaget inte har företrädesrätt till återanställning i det anställande helägda dotterbolaget, med mindre än att förfarandet utgör verksamhetsövergång.⁷⁸⁹ I sammanhanget har Arbetsdomstolen gjort en del kategoriska uttalanden som med rätta karaktäriserats som formalistiska.⁷⁹⁰

Det nu anförda innebär att de arbetstagare som SEF för talan för inte på anställningsskyddslagens regler kan grunda några anspråk på företrädesrätt till återanställning hos Inelta, som är en annan juridisk person än den, ABB Installation, från vilken de sagts upp. Därmed står Inelta inte i ett sådant förhållande till dessa arbetstagare att de över huvud taget kan grunda några anspråk gentemot Inelta på anställningsskyddslagens regler. Saken kan också uttryckas på det sättet att Inelta inte gentemot dessa arbetstagare har haft några skyldigheter som Inelta hade anledning att försöka undkomma genom ett sådant förfarande som av SEF betecknats som ett kringgående av anställningsskyddslagen.⁷⁹¹

Detta måste förstås som att det kontraktuella arbetsgivarbegreppet har en stark ställning vad gäller företrädesrätt till återanställning. Formuleringarna kan till och med tas till intäkt för att det kontraktuella arbetsgivarbegreppet på något sätt skulle omöjliggöra en tillämpning av läran om otillåtna kringgåenden av anställningsskyddslagen. När Arbetsdomstolen fortsatte resonemanget framstår det emellertid

⁷⁸⁶ AD 1996 nr 67.

⁷⁸⁷ Det är emellertid möjligt att ingå kollektivavtal om s.k. återanställningsgaranti. Se kapitel 2.3.7.1, kapitel 2.3.7.3 och kapitel 2.4.5.2.

⁷⁸⁸ AD 1995 nr 156.

⁷⁸⁹ AD 1995 nr 156. 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁹⁰ Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 517-519.

⁷⁹¹ AD 1995 nr 156.

snarast som om domstolen inte stänger dörren helt för att argumentera att uppsagd personal i ett helägt dotterbolag skulle kunna göra gällande sin företrädesrätt till återanställning i det anställande moderbolaget:

Det kan dock tilläggas att utredningen i målet inte ger belägg för att de olika bolagen inom ABB-koncernen samverkat på det sätt som SEF påstått för att undvika att återanställa de berörda arbetstagarna. Utredningen ger alltså inte stöd för annat än att Inelta självständigt fattat beslutet om att på nytt starta verksamhet i Örnsköldsvik och att Inelta anställde elektrikerna från Siemens därför att Inelta därigenom också kunde som kunder ta över de företag som dessa elektriker redan var sysselsatta hos.

Denna skrivning, som i och för sig inte var nödvändig för att lösa tvisten, antyder att Arbetsdomstolen skulle kunna tänka sig att bortse från den kontraktuella utgångspunkten om företrädesrätt till återanställning i koncerner. Undantaget skulle i så fall inte bygga på läran om otillåtet kringgående av anställningsskyddslagen, utan istället på förutsättningarna att det aktuella koncernbolaget är helägt, att bolagen samverkat, att beslutet inte varit självständigt fattat samt att målet varit att undvika de företrädesrättsberättigade arbetstagarna. Dessa ställningstaganden har inte kommit att följas upp i något efterföljande mål. Det framstår dock som att domstolen i och för sig skulle kunna lägga dessa skrivningar till grund för utvecklandet av en doktrin om genomsyn ifråga om företrädesrätt till återanställning i koncerner. Denna skulle kunna sägas utgöra en specialvariant av den lära om otillåtna kringgåenden av anställningsskyddslagen som utvecklats i rättstillämpningen, och förefaller anknyta till fullmaktsrättsliga utgångspunkter om att beslut fattade av bolag i koncerner kan binda andra eftersom bolagen representerar varandra som mellanmän.

När det i en koncern beslutas om omstrukturering av verksamheten och arbetsuppgifter flyttas mellan bolagen, och det uppstår arbetsbrist i något bolag blir företrädesrätten till återanställning inte relevant som skyddslagstiftning för de anställda. Om en koncern beslutar att vissa arbetsuppgifter inte längre ska utföras i ett visst bolag, utan istället fördelas ut i arbetsorganisationen genom att dels utföras i ett annat bolag av personer som är anställda där, dels utföras i samma bolag som tidigare, men av personal anställda på annat håll i koncernen, skyddar företrädesrätten till återanställning inte personalen som ursprungligen utfört detta arbete. Den här typen av omflyttning av arbetsuppgifter innebär att den person som tidigare utförde arbetet inte har någon nytta av reglerna om företrädesrätt till återanställning i relation till dessa arbetsuppgifter: i det första fallet flyttas arbetet till en annan juridisk person än den som arbetstagaren har som motpart i anställningen, och därför kan företrädesrätten inte åberopas mot denna, och i det andra fallet lånas en arbetstagare in för att utföra arbetet, och därför har det inte skett någon anställning till vilken arbetstagaren kan ha företräde. Arbetstagaren hamnar sålunda mellan

stolarna när koncerner flyttar runt arbetsuppgifter.⁷⁹² Omflyttning av arbetsuppgifter i koncerner kan emellertid utgöra verksamhetsövergång, och i det läget har arbetstagaren företrädesrätt till återanställning i sin förutvarande kontraktuella arbetsgivare.⁷⁹³

Vilken huvudmans handlingsmöjligheter inskränks – och hur – av att det i koncernen förekommer arbetstagare med företrädesrätt till återanställning? Det är endast det bolag som var part i de anställningsavtal som sagts upp pga. arbetsbrist som måste förhålla sig till reglerna om företrädesrätt till återanställning.⁷⁹⁴ Eftersom inlåning av personal enligt Arbetsdomstolens praxis inte kränker tidigare anställdas företrädesrätt till återanställning⁷⁹⁵, har koncernen möjlighet att utöka arbetskraften också i det uppsägande bolaget utan att kränka företrädesrätten. Den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet ger ju vid handen att det är arbetstagarens motpart som är arbetsgivare, också i koncerner. Det bolaget kan sedan låna ut de anställda till andra koncernbolag (jämför personalbolag och moderbolagsanställningar⁷⁹⁶), utan hinder av företrädesrätten; någon anställning har inte ägt rum. Detta får antas gälla ograverat i koncernsammanhanget, även om ett viktigt argument för lagstiftaren att tillåta detta upplägg var att de anställda genom sina organisationer kunde påverka arbetsgivarens personalpolitik, och det argumentet har ju mindre räckvidd i koncerner, där medbestämmandets räckvidd och relevans i praktiken kan vara beskuret.⁷⁹⁷

I praktiken ligger arbetsgivarens beslut om anställningar nära andra allmänna verksamhetsförändringar, och detta gäller också när anställningar sker samtidigt som tidigare anställda har företrädesrätt till återanställning och därför eventuellt har rätt till de aktuella anställningarna. Med anledning av närheten mellan beslut om anställning och uppsägning och verksamhetsförändringar innehåller reglerna om verksamhetsövergång, som är tillämpliga också på vissa typer av omstruktureringar av arbetsorganisationer som är koncerner, en särskild hantering av företrädesrätt till återanställning.⁷⁹⁸

⁷⁹² AD 1983 nr 54.

⁷⁹³ 6 b § och 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁷⁹⁴ AD 1996 nr 67, AD 1995 nr 156, AD 1983 nr 54.

⁷⁹⁵ AD 1980 nr 54.

⁷⁹⁶ AD 1993 nr 131, AD 2010 nr 72.

⁷⁹⁷ AU 1983/84:3, s. 15. Se diskussionen i Ardelius & Alarik, MBL i koncerner, 1980, s. 89-101 och i Schmidt, Förhandlingsrätt och tolkningsföreträde, 1980, s. 47-72, s. 61 f. Jfr Töllborg, Sverige, 1992, s. 22-81, s. 50.

⁷⁹⁸ 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Direktiv 2001/23/EG. Jfr kapitel 2.3.5 om verksamhetsövergång i koncernkontexten.

2.3.8 Omplaceringsskyldighetens omfång

För att en uppsägning ska vara tillåten krävs att arbetsgivaren försökt och misslyckats med att omplacera den aktuella arbetstagaren.⁷⁹⁹ Omplaceringsskyldighetens omfång har därför bäring på anställningsskyddet: ju större område inom vilket arbetsgivaren måste leta efter en anställning till en uppsägningshotad, desto bättre för arbetstagaren. I lagförarbetena uttalade departementschefen att:

det [torde] av praktiska skäl inte vara möjligt att låta omplaceringsskyldigheten avse andra företag – även om företagen i fråga skulle ingå i samma koncern – eller andra myndigheters verksamhetsområden.⁸⁰⁰

Tanken på omplacering i andra koncernföretag avvisades således med ”praktiska” och inte principiella motiv. Uttalandet kan uppfattas som en form av principiellt erkännande av koncernen som relevant enhet i anställningsskyddssammanhang, låt vara att slutsatsen till sist och slutligen blev att den kontraktuella utgångspunkten ska gälla och omplacering ske inom ramen för den juridiska person som är den uppsägningshotade arbetstagarens kontraktuella arbetsgivare. Praktiska skäl är ju det som begränsar omplaceringsskyldighetens utsträckning också i sammanhållna verksamheter.⁸⁰¹ Omplaceringsskyldighetens omfattning begränsas i två steg: först och främst gäller den hos den juridiska person som är kontraktuell arbetsgivare, och för det andra krävs skäliga omplaceringsåtgärder av detta subjekt. Den kontraktuella utgångspunktens genomslag om omplaceringsskyldighetens räckvidd innebär att ett koncernbolag inte kan uppfylla sin omplaceringsskyldighet genom att erbjuda omplacering i ett annat koncernbolag.⁸⁰² Ur arbetstagarens perspektiv innebär detta att denna kan bortse från omplaceringserbjudanden i andra koncernbolag; arbetstagaren kan inte sägas upp för att denna nekat bli omplacerad till ett annat bolag i koncernen.

Även om 1973 års lagstiftare alltså framhöll praktiska skäl för att inte tillåta omplacering i andra koncernbolag, ansåg 1982 års lagstiftare att sambandet mellan omplacering enligt saklig grund-regeln och omplacering vid turordning utgjorde ett avgörande argument mot koncernövergripande turordning. Farhågan för 1982

⁷⁹⁹ 7 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁸⁰⁰ Prop. 1973:129, s. 121. Direktören Lindström förefaller i sin reservation i utredningsbetänkandet mot omplaceringsregeln anta att arbetsgivare vid driftsinskränkning brukade ”undersöka möjligheterna att bereda vederbörande anställning vid en annan enhet inom företaget eller koncernen”. SOU 1973:7, s. 292.

⁸⁰¹ Prop. 1973:129, s. 242f.

⁸⁰² Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1993, s. 208. AD 1984 nr 141 och AD 1977 nr 80.

års lagstiftare var att det skulle uppstå bristande kongruens mellan skyldigheternas räckvidd enligt anställningsskyddslagens två omplaceringsregler.⁸⁰³

Lagförarbetenas uttalanden som framhåller den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet i omplaceringsskyldigheten har vid flera tillfällen bekräftats i rättspraxis.⁸⁰⁴ I en dom förefaller det emellertid som om Arbetsdomstolen öppnar upp för en friare hållning till förarbetena: omplaceringsskyldigheten enligt saklig grund-regeln

gäller [åtminstone i princip bara] det företag anställningen avser och inte andra företag även om dessa ingår i samma koncern.⁸⁰⁵

Den modifiering av förarbetsuttalandet som domstolen gör kan inte gärna vara slumpartad; skrivningen öppnar i och för sig upp för genomsyn och krav på omplacering i andra koncernbolag, även om något sådant inte kom att genomföras i det målet, eller i något efterföljande.

När arbetstagarna haft sin anställning i moderbolaget i koncernen och varit utplacerade i ett dotterbolag med mindre omfattande verksamhet innebär den kontraktuella utgångspunkten att arbetsgivarens omplaceringsskyldighet blir mer omfattande än vad som varit fallet om denna skulle beräknats utifrån det bolag där arbetstagarna varit verksamma, men inte anställda. I den här typen av arrangemang – där arbetstagarna är moderbolagsanställda – avgör regelns begränsning till att endast avse ”skäligen” omplaceringsåtgärder den faktiska räckvidden i omplaceringsskyldigheten.⁸⁰⁶ Om moderbolaget bedriver en omfattande och innehållsligt varierad verksamhet blir moderbolagsanställningen en fördel för de anställda. Hur långt skyldigheter sträcker sig i det enskilda fallet hänger på Arbetsdomstolens uttolkning av vad som är ”skäligt” att kräva för en viss situation.⁸⁰⁷ Regeln framstår som en anpassning av anställningsskyddet till koncernsituationen och som en form av moderering av räckvidden i den kontraktuella utgångspunkten, när denna riskerar att leda till orimliga utfall. Skälighetsrekvisitetet garanterar att omplaceringsskyldigheten vid moderbolagsanställning inte blir alltför svårhanterlig för arbetsgivaren.

⁸⁰³ Ds A 1981:6, s. 233, jfr prop. 1981/82:71 s. 98.

⁸⁰⁴ AD 1987 nr 91, AD 1977 nr 80.

⁸⁰⁵ AD 1977 nr 80.

⁸⁰⁶ AD 1987 nr 91.

⁸⁰⁷ Se om skälighetsbedömningen t.ex. AD 2013 nr 60, AD 1981 nr 1.

2.4 Entreprenadförhållandet och anställningsskyddet

2.4.1 Företagssamarbeten och trygghet i anställningen

När ett företag köper arbete med stöd av både anställning och avtal med entreprenadföretag som har egna anställda uppstår en arbetsorganisation som är en entreprenad: flera fristående företag är verksamma på samma plats och inom ramen för en samordning i relation till något gemensamt mål. Arbetsorganisationen utmärks av företagssamarbete, och det är i relation till detta samarbete som det blir intressant att fråga om var de anställda kan göra gällande anställningsskyddet. De tänkbara ansvarssubjekten är antingen kundföretaget som köper tjänsten/arbetet, eller leverantören/entreprenören som levererar arbetet.

Att ett företag köper arbete av ett annat som levererar detta genom sina egna anställda har varit omstritt i arbetsrätten, och i centrum för kontroversen stod anställningsskyddet. Fackföreningsrörelsen argumenterade för att ett företags köp av entreprenadarbete skulle uppfattas som ett otillåtet kringgående av anställningsskyddslagen, men Arbetsdomstolen kom att avvisa detta synsätt.⁸⁰⁸ Det är tillåtet enligt anställningsskyddslagstiftningen för en arbetsgivare att växla från att köpa arbete med stöd av anställning till att köpa det inom ramen för entreprenad.⁸⁰⁹ Företagsledningsrätten, som ligger i arbetsgivarens händer, tillåter en växling av roll från att vara part i anställningsavtal till att istället bli kund i entreprenadavtal. Entreprenadförhållandet har, till skillnad från bemanningsanställningen, aldrig varit otillåtet eller kriminaliserat. Inte desto mindre är både arbetsorganisationer som är entreprenader och bemanningsanställningen triangulära arbetsrättsliga relationer.⁸¹⁰ Entreprenadförhållandet bygger på att arbetstagaren har en kontraktuell arbetsgivare, som i sin tur är part i ett kommersiellt avtal om att prestera arbete – som utförs av dennas arbetstagare – till kundföretaget. Ur kundföretagets synvinkel innebär entreprenaden att ett företag levererar arbete, som utförs av dennas arbetstagare.

Den kollektivavtalade arbetsmarknadsregleringen antyder att entreprenadarbete betraktats med misstro från den fackliga sidan. I kollektivavtal finns reglering som är ägnad att i olika avseenden kringskära arbetsgivarens möjlighet att utnyttja möjligheten att skapa en arbetsorganisation som är en entreprenad. En arbetsgivare kan i relation till en arbetstagarorganisation i kollektivavtalets form åta sig en form

⁸⁰⁸ AD 1980 nr 54.

⁸⁰⁹ AD 1990 nr 67.

⁸¹⁰ Jfr Vosko, Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective, 1997-98, s. 43-78, Trebilcock, A Comment on "Legitimizing the Triangular Employment Relationship", 1997-89, s. 79-84.

av entreprenadförbud, dvs. ett åtagande att i verksamheten inte använda entreprenörer för arbete av viss typ.⁸¹¹ De på vissa delar av arbetsmarknaden vanligt förekommande ackordsöverenskommelserna innebär emellertid i sig inte en utfästelse att använda anställning: det strider inte mot ett sådant kollektivavtal att ta in entreprenörer för att utföra arbete som avses med ackordöverenskommelsen.⁸¹²

Arbetsorganisationer som är entreprenader är ofta föränderliga och olika entreprenörer kan komma att avlösa varandra i arbetsorganisationen. En poäng med entreprenadarbetet är möjligheten att upphandla arbetet i konkurrens och på så vis pressa priset.⁸¹³ Eftersom varje byte av entreprenör representerar någon minskad kostnad för den som upphandlar och tillgodogör sig arbetet i arbetsorganisationen, kan sådana byten bli vanligt förekommande. Ur arbetsrättslig synvinkel aktualiserar dessa förändringar reglerna om verksamhetsövergång, som hanterar de anställdas rättigheter när verksamheter blir föremål för vissa typer av förändringar.⁸¹⁴ I kollektivavtal kan dessutom förekomma reglering som kompletterar reglerna om verksamhetsövergång: exempelvis s.k. garantiregler av innebörd att en arbetsgivare som i egenskap av underentreprenör tar över visst arbete, också åtar sig att erbjuda nyanställning till arbetstagare ”på arbetsplatsen”, dvs. hos det företag som tidigare utfört arbetet.⁸¹⁵

Om arbetsgivaren är kollektivavtalsbunden gäller dessutom särskilda förutsättningar för att anlita entreprenörer. Eftersom dessa ska utföra arbete utan att vara anställda är arbetsgivaren skyldig att informera och förhandla med sin motpart i kollektivavtalet om den tilltänkta åtgärden.⁸¹⁶ Arbetstagarorganisationen kan, om den antar att lag eller kollektivavtal för arbetet skulle åsidosättas, eller att åtgärden skulle strida mot vad som är allmänt godtaget på avtalsområdet, hindra arbetsgivaren från att använda entreprenören.⁸¹⁷ Denna möjlighet för varje kollektivavtalsbärande fackförening i arbetsorganisationen att i relation till sin motpart hindra denna från att lämna ut arbete som utförts av anställda, för att istället utföras av ett annat företag (dvs. detta företags anställda), innebär att facket

⁸¹¹ AD 1998 nr 112. Jfr MD 1989:13. För diskussion ur konkurrensrättslig synvinkel, se Malmberg, *Collective Agreements and Competition Law in Sweden*, 2001, s. 187-208, s. 197f.

⁸¹² AD 1996 nr 126, AD 2006 nr 34.

⁸¹³ Wright & Kaine, *Supply Chains, Production Networks and the Employment Relationship*, 2015, s. 483-501 med hänvisningar.

⁸¹⁴ Direktiv 2001/23/EG.

⁸¹⁵ AD 2007 nr 44.

⁸¹⁶ 38 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

⁸¹⁷ 39-40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

skall kunna hindra att arbetsgivaransvaret för den personal som faktiskt utför arbetet får en olämplig placering.⁸¹⁸

De många tvisterna om vetoregleringen – dvs. i förlängningen tvister om var facket anser att arbetsgivaransvaret för de arbetande helst bör ligga – och upprepade analyser av reglerna i det statliga utredningsväsendet, samt inte minst det faktum att reglerna upphävts och återinförts, antyder att entreprenaderna är omstridda.⁸¹⁹

Nära diskussionen om arbetsorganisationer som är entreprenader ligger frågor om vilka arbetspresterande som de tvingande skyddsreglerna i arbetsrätten ska vara tillämpliga för, och i vilka situationer som det är rimligt att avtalsfrihet råder, dvs. frågan om arbetsrättens gränser.⁸²⁰ I anslutning till gränsdragningen med stöd av arbetstagarbegreppet har uppstått flera problem på dagens arbetsmarknad. Det har handlat om s.k. falska egenföretagare⁸²¹, dvs. personer som rätteligen borde ha klassificerats som arbetstagare, om behovet av nya bedömningar avseende arbetspresterande på gränsen⁸²² mellan de båda kategorierna, samt om behovet av en tredje kategori⁸²³ arbetspresterande mellan arbetstagare och egenföretagare/entreprenör.

⁸¹⁸ Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling, SvJT 1984 s. 875-892, s. 889.

⁸¹⁹ Se ur rättspraxis, t.ex. AD 1978 nr 45, AD 1978 nr 109, AD 1978 nr 114, AD 1979 nr 1, AD 1979 nr 31, AD 1980 nr 24, AD 1982 nr 104, AD 1982 nr 134, AD 1983 nr 2, AD 1984 nr 110, AD 1987 nr 154, AD 2003 nr 4, AD 2007 nr 72, AD 1979 nr 129, AD 1982 nr 165, AD 1988 nr 102. Se om förhandlings- och vetoreglerna i tillämpning Bergqvist, Lunning & Toijer, *Medbestämmandelagen*, 1997, s. 383-410, Holke & Olauson, *Medbestämmandelagen*, 2012, s. 290-303. I det statliga utredningsväsendet märks SOU 1982:60, s. 150-179 och SOU 1993 nr 32, s. 679-718. Lagstiftning om avskaffande och återinförande av dessa regler föreligger i prop. 1993/94:67 respektive prop. 1994/95:76.

⁸²⁰ Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 23. Sciarra, *The Evolution of Labour Law (1992-2003) Volume I: General Report*, 2005, s. 30ff. Engblom, *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law*, 2003, Van Peijpe, *EU Limits for the Personal Scope of Employment Law*, 2012, s. 35-53. Waas, *The Legal Definition of the Employment Relationship*, 2010, s. 45-57. Engblom, *Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers*, 2001, s. 211-231.

⁸²¹ Thörnquist, *False (Bogus) Self-Employment in East-West Labour Migration. Recent trends in the Swedish construction and road haulage industries*, 2013.

⁸²² Muehlberger & Bertolini, *The Organisational Governance of Work Relationships between Employment and Self-employment*, 2008, s. 449-472.

⁸²³ Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003, Ds 2002:56, s. 126-134.

2.4.2 Entreprenader som verksamhetsövergång: företagssamarbete och partsbyte

Arbetsorganisationer som är entreprenader är ofta stadda i konstant förändring, och detta aktualiserar reglerna som ska skydda arbetstagarna vid vissa förändringar på huvudmannasidan i anställningsförhållandet. Förändringar av arbetsorganisationen kan testas mot begreppet verksamhetsövergång, och om reglerna bedöms tillämpliga så inträder rättsföljder för de anställda, framförallt att anställningsavtalet automatiskt byter arbetsgivarpart (om arbetstagaren inte motsätter sig detta).⁸²⁴

Reglerna om verksamhetsövergång är i princip tillämpliga på outsourcing, dvs. avtal som går ut på att med stöd av ett kommersiellt avtal med en entreprenör köpa in en tjänst att använda i verksamheten, istället för att låta egna anställda utföra arbetet. EU-domstolen har slagit fast att direktivet om verksamhetsövergång är tillämpligt

where one businessman entrusts, by means of an agreement, responsibility for running a facility of his undertaking [...] to another businessman who thereby assumes the obligations of employer vis-à-vis the employees assigned to that facility.⁸²⁵

En förutsättning för direktivets tillämplighet är emellertid att det är fråga om en avtalsrelation som innebär ”a change in the legal or natural person who is responsible for carrying on the business”.⁸²⁶ En arbetsgivares beslut att skapa en komplex arbetsorganisation utgörs av affärsbeslutet att inte köpa allt arbete inom ramen för anställningsavtal, utan att låta entreprenörer, inom ramen för kommersiella avtal, stå för en del av det arbete som behövs i arbetsorganisationen. Med tillämpning av reglerna av verksamhetsövergång kan därför skapandet av en komplex arbetsorganisation i sig leda till ett byte av kontraktuell arbetsgivare för de arbetstagare som hör till verksamheten ifråga.

När arbetsgivaren skapat den komplexa arbetsorganisationen kan denna komma att vilja byta utförande företag: Det aktuella arbetet ska fortfarande utföras av en entreprenör, men den som köper in arbetet har funnit anledning att byta leverantör. Mellan det företag som levererat tjänster och som ska bytas ut, och det tillkommande som i framtiden ska leverera tjänster, föreligger ingen avtalsrelation: det är endast med det beställande företaget som de respektive leverantörerna har avtalsrelationer. Betraktad ur både arbetskraftens och det beställande företags synvinkel innebär detta egentligen inte någon förändring: samma arbete som innan ska

⁸²⁴ Direktiv 2001/23/EG, art. 3. Jfr 6 b § 4 st lagen (1982:80) om anställningsskydd. Se Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 292.

⁸²⁵ C-209/91, p. 17, C-392/92, p. 14.

⁸²⁶ C-209/92, p. 15, C 144 och 145/87, p. 15, C-392/92, p. 12.

utföras. EU-domstolen har slagit fast att det faktum att det saknas avtalsrelation mellan de båda leverantörerna inte hindrar att verksamhetsöverlåtelsedirektivet är tillämpligt.⁸²⁷ Bytet av leverantör kan utgöra verksamhetsövergång, och arbetskraften kan komma att få en ny kontraktuell arbetsgivare, trots att den hittillsvarande och tillkommande entreprenadfirman inte står i en avtalsrelation i och med bytet.

Reglerna om verksamhetsövergång är tillämpliga även när arbetsorganisationen består av en kedja av entreprenörer. En arbetsgivare lägger ut ett arbete på entreprenad, och denna entreprenör kan i sin tur ha ingått ett avtal med en underentreprenör om att utföra hela eller delar av detta arbete. Om beställarföretaget bestämmer sig för att byta entreprenör, kan detta komma att utgöra verksamhetsövergång, och underentreprenörens anställda komma att få den nya entreprenören som kontraktuell arbetsgivare.⁸²⁸ När EU-domstolen slog fast att verksamhetsövergångsdirektivet är tillämpligt i entreprenadkedjor uttalade man att underentreprenadavtalet utgör en ”direkt anknytning mellan uppdragsgivaren och underentreprenören”, och att [d]enna anknytning kan vara rättslig, såsom direkt betalning, och utgör i varje fall en faktisk anknytning, såsom övervakning och daglig kontroll av arbetet”.⁸²⁹ EU-domstolen utgår från en inkluderande syn på arbetsorganisationer som är entreprenader: man anser att det beställande företaget har en anknytning till avtalsparter avtalsparter (dvs. entreprenörers underentreprenörer).

Vidare; genom att välja att avsluta entreprenadavtalet i syfte att istället låta anställda utföra arbetet kan en arbetsorganisation komma att upphöra att vara en entreprenad. Även på verksamhetsförändringar i kölvattnet av den typen av beslut (s.k. insourcing) är direktivet om verksamhetsövergång tillämpligt, och arbetskraften i entreprenadföretag kan med stöd av dessa regler komma att få beställarföretaget som ny kontraktuell arbetsgivare.⁸³⁰

2.4.3 Arbetstagarbegreppet, de arbetsrättsliga mellanmännen och anställningsskyddet i arbetsorganisationer som är entreprenader

Den kontraktuella utgångspunkten gäller för arbetsorganisationer som är entreprenader; anspråk med stöd av anställningsskyddslagen kan – med mindre det inte ägt rum en verksamhetsövergång – endast riktas mot motparten i anställningsavtalet, och kan inte sträcka sig längre än detta rättssubjekts gränser. Med stöd av den i

⁸²⁷ De förenade målen C-173/96 och C-247/96. De förenade målen C-171/94 och C-172/94, p. 27-32, C-13/95, C-51/00, p. 31.

⁸²⁸ C-51/00, p. 32-33.

⁸²⁹ C-51/00, p. 32.

⁸³⁰ De förenade målen C-127/96, C-229/96, C-74/97, p. 25, p. 35, C-287/86.

och för sig väletablerade, men idag något slumrande, rättsfiguren arbetsrättslig mellanman kan emellertid den kontraktuella utgångspunkten ifrågasättas, och under vissa förutsättningar kan arbetskraften som formellt sett har underentreprenören som kontraktuell arbetsgivare, komma att få huvudentreprenören som arbetsgivare istället. De möjligheter till genomsyn av den formella partsställningen som är förknippad med figuren arbetsrättslig mellanman syftar till att motverka att de företag som tillsammans utgör arbetsorganisationen entreprenad använder detta upplägg för att undslippa arbetsrättens tvingande regler; dvs. arbetsgivaransvaret.⁸³¹

Doktrinen om arbetsrättsliga mellanmän är tillämplig i arbetsorganisationer där flera subjekt förekommer på huvudmannasidan. Mellanmansfallen karaktäriseras schematiskt av att ett subjekt, beställaren, avtalar med ett annat, leverantören, om att prestera arbete – och detta arbete utförs av arbetskraft med leverantören som kontraktuell arbetsgivare. Frågan kan nu väckas; vem ska anses vara arbetsgivare för de som presterar arbetet i arbetsorganisationen? Den kontraktuella arbetsgivaren, eller det subjekt som ytterst tillgodogör sig arbetet?⁸³²

För den händelse leverantören med tillämpning av arbetstagarbegreppet ska anses vara arbetstagare i relation till beställaren, så är arbetskraften att uppfatta som arbetstagare med beställaren som arbetsgivare. Förklaringen till detta är att domstolarna blir benägna att uppfatta avtalet mellan beställaren och leverantören/mellanmannen som att det inbegriper en fullmakt att skaffa ytterligare arbetskraft, och därför blir beställaren/huvudmannen arbetsgivare för den arbetskraften.⁸³³ I den här situationen tillämpas arbetstagarbegreppet mellan huvudmannen och leverantören, och om denna prövning utfaller så att leverantören är arbetstagare, så blir också dennes medhjälpare arbetstagare hos beställaren/huvudmannen. Arbetskraften, inklusive leverantören/mellanmannen⁸³⁴, kan då göra gällande sina rättigheter, t.ex. avseende anställningsskydd, hos beställaren i arbetsorganisationen. Grunden för arbetsgivaransvaret är här inte någon form av genomsyn, utan snarare en fullmaktsrättslig analys av relationen mellan de tre ingående parterna; beställare, leverantör och arbetskraft.

Har tillämpningen av arbetstagarbegreppet på relationen mellan beställaren/huvudmannen och leverantören/mellanmannen utfallit så att denna är uppdragstagare eller självständig företagare, så avgör som huvudregel den kontraktuella utgångspunkten arbetsgivaransvarets placering: arbetsgivaransvaret för ar-

⁸³¹ Adlercreutz, *Svensk arbetsrätt*, 1968, s. 23f. Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 167f.

⁸³² Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 162.

⁸³³ Schmidt, *Löntagar rätt*, 1994, s. 73-75 med hänvisning till bl.a. NJA 1911 s. 375.

⁸³⁴ Även om det formellt sett är en juridisk person som ingått avtalet kan en fysisk person som står bakom detta subjekt uppfattas som arbetstagare. Jfr AD 1990 nr 116, AD 2005 nr 16, NJA 1996 s. 311. AD 1994 nr 130, AD 1995 nr 26.

betskraften ligger på den kontraktuella motparten i anställningsavtalen, dvs. leverantören/mellanmannen.⁸³⁵ Tillämpningen av arbetstagarbegreppet avser den ledande företrädaren för underleverantören i relation till det beställande företaget.

Sammanfattningsvis; om företrädaren för underleverantören är arbetstagare i relation till beställaren, är arbetstagarna i underleverantören (dess ”medhjälpare”) det också, och om företrädaren för underleverantören är självständig företagare i relation till beställaren, så har arbetstagarna i underleverantören denna som arbetsgivare. Vilka möjligheter föreligger att avvika från dessa utgångspunkter om arbetsgivaransvarets placering? Under vilka förutsättningar skulle arbetsgivaransvaret kunna förläggas på något annat subjekt än den kontraktuella motparten – dvs. på beställaren/huvudmannen i arbetsorganisationen?

De prejudikat som artikulerar huvudregeln om att en självständig företagares medhjälpare (dvs. arbetstagare med denna som kontraktuell arbetsgivare) ska anses som arbetstagare hos detta företag, och inte hos beställaren, är från 1970 respektive 1975. Dessa båda domar innehåller i princip öppningar för möjligheter att vad gäller arbetsgivaransvarets placering avvika från den formella partsställningen i anställningsavtalet.⁸³⁶ Varken röster i den arbetsrättsliga forskningen⁸³⁷ eller statliga utredningar⁸³⁸ har uteslutit att det i den här typen av trepartsrelation skulle vara möjligt att göra avsteg från den kontraktuella utgångspunkten och förlägga arbetsgivaransvar på beställaren/huvudmannen, istället för på leverantören. I sin prövning tillämpar Arbetsdomstolen arbetstagarbegreppet mellan de två huvudmännen i arbetsorganisationen och gör

en helhetsbedömning utav samtliga förekommande omständigheter som kan belysa det sätt på vilket förhållandet mellan [beställare och leverantör] faktiskt gestaltat sig liksom de förhållanden i övrigt under vilka [arbetet] bedrivits.⁸³⁹

I denna bedömning tar domstolen fasta på ett stort antal omständigheter, bl.a. om leverantörens företrädare själv deltagit i arbetet och i vilken utsträckning, hur mycket av leverantörens sysselsättning som varit avhängig beställaren, möjligheten att välja andra uppdrag, hur beställaren kontrollerat arbetet, leverantörens kapital och tillgångar, verktyg, leverantörens driftställe och administration, om beställaren valt personal och haft inflytande på anställningsvillkor, vem som betalat lön

⁸³⁵ Schmidt, *Löntagarrätt*, 1994, s. 74 med hänvisning till AD 1958 nr 17, AD 1958 nr 31, RÅ 1991 ref. 18, AD 1975 nr 33. SOU 1994:141, s. 87 f. SOU 1975:1, s. 728. SOU 1987:17, s. 185. AD 1970 nr 16. Sigeman, *Contract Labour in Sweden*, 1970.

⁸³⁶ AD 1970 nr 16 och AD 1975 nr 33.

⁸³⁷ Schmidt, *Löntagarrätt*, 1994, s. 74. Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 51 f.

⁸³⁸ SOU 1994:141, s. 88, SOU 1975:1, s. 728.

⁸³⁹ AD 1975 nr 33.

och andra förmåner, vem som tillhandahållit verktyg och material m.m.⁸⁴⁰ I 1975 års fall avslutade Arbetsdomstolen denna bedömning med en öppning för att se saken på ett annat sätt och framhöll att beställaren i relation till varken leverantören eller arbetskraften:

i övrigt ägt utöva några mera centrala arbetsgivarfunktioner, såsom t ex rätt att leda och fördela det av dem utförda arbetet samt att avkräva dem lydnadsplikt vid utövandet av denna arbetsledning

Med anledning av detta förhållande kunde de därför inte anses som anställda hos beställaren.⁸⁴¹ I situationer då leverantören är självständig företagare så ska arbetstagarna anses ha leverantören, och inte beställaren, som arbetsgivare. Möjligheten att avvika från den utgångspunkten är avhängig tillämpningen av arbetstagarbegreppet i relationen mellan (företrädarna för) huvudmännen. På detta sätt avgör arbetstagarbegreppet placeringen av arbetsgivaransvaret i arbetsorganisationen. Om relationen mellan beställaren och leverantören är uttunnad, så kan arbetskraften med leverantören som kontraktuell arbetsgivare med stöd av mellanmansfiguren komma att få beställaren som arbetsgivare.

Bedömningen låter sig beskrivas i termer av kommunicerande kär!; ju fler arbetsgivarfunktioner i relation till arbetskraften som ligger på beställaren, desto färre uppdragstagarfaktorer kommer att föreligga hos leverantören. Frånvaron av uppdragstagarfaktorer innebär i praktiken att arbetstagarfaktorerna ökar hos leverantören, och om denna ska anses vara arbetstagare hos beställaren, ska ju arbetskraften (som har leverantören som kontraktuell arbetsgivare) det också. Var gränserna går här är svårt att sia om. Figuren arbetsrättslig mellanman utgör hursomhelst en relevant fokuspunkt i samtida diskussioner om huvudentreprenörens ansvar för arbetskraften i arbetsorganisationer som är entreprenader.⁸⁴²

Tillämpning av arbetstagarbegreppet hindras inte av att den arbetspresterande parten i avtalet är en juridisk person.⁸⁴³ Det är inte heller avgörande hur parterna själva har klassificerat sitt avtal.⁸⁴⁴ Det är just den tvingande karaktären hos arbetstagarbegreppet som möjliggör att detta är relevant även i framtiden för att dra gränsen för arbetsrättens tillämplighet i nya former av arbetsorganisationer och kontexter.⁸⁴⁵

⁸⁴⁰ AD 1970 nr 16, AD 1975 nr 33.

⁸⁴¹ AD 1975 nr 33.

⁸⁴² T.ex. SOU 2015:38, s. 77-162. SOU 2010:63 s. 265-286. Bet. 2012/13:AU5, s. 66-91.

⁸⁴³ AD 1990 nr 116, AD 2005 nr 16, NJA 1996 s. 311. AD 1994 nr 130, AD 1995 nr 26, AD 2013 nr 32.

⁸⁴⁴ AD 1990 nr 116.

⁸⁴⁵ Herzfeld Olsson & Sjödin, *The Fissured Workplace: Some Responses to Contemporary Challenges in Sweden*, 2015, s. 143-162. Se kapitel 5.1 och 5.4.

Arbetsdomstolen har 2013 tillämpat arbetstagarbegreppet på relationen mellan en beställare/huvudman och en person som stod i avtalsrelation till en underleverantör till beställaren, och kommit fram till att den arbetspresterande hos leverantören skulle anses som arbetstagare hos beställaren.⁸⁴⁶ I målet, som Herzfeld Olsson och Sjödin uppfattar som ett uttryck för arbetstagarbegreppets potential att hantera komplexa arbetsorganisationer,⁸⁴⁷ hade den arbetspresterande en avtalsrelation med leverantören, och denne betalade också för arbetet – men denna administration var också bolagets enda verksamhet. Arbetsdomstolen menade att leverantörens enda uppgift föreföll vara att ”förmedla ersättningen” från beställaren till den arbetspresterande. Dessutom ägdes och drevs de båda bolagen av samma personer. Arbetsdomstolen tillämpade arbetstagarbegreppet mellan beställaren och en person som stod i avtalsförhållande med en leverantör, och med stöd av arbetstagarbegreppet – domstolen nämnde inte doktrinen om arbetsrättsliga mellanmän – ansågs beställaren vara arbetsgivare.⁸⁴⁸ Källström framhåller att bedömningen inte påverkades av att det var fråga om urskiljbara uppdrag ”eller att chaufförer sedan gammalt anses som s.k. outsider, dvs. en som inte deltar i företagets kärnverksamhet eller centrala funktioner”.⁸⁴⁹ 2013 års fall har uppfattats på delvis olika sätt. Källström och Malmberg refererar fallet i anslutning till avtalsrättsliga utgångspunkter om vem som är arbetsgivare:

... den får anses som arbetsgivare som arbetstagare haft fog att uppfatta som sådan [...] Ett vårdslöst beteende kan med andra ord medföra arbetsgivaransvar på avtalsrättslig grund.⁸⁵⁰

Glavå och Hansson framhåller fallet som ett exempel på att

Det kan också hända att ett anställningsförhållande anses föreligga med någon än den direkte avtalsparten.⁸⁵¹

Utan avseende på exakt hur Arbetsdomstolens dom låter sig förklaras kvarstår det faktum att domstolens prövning av arbetstagarbegreppet i komplexa arbetsorganisationer framstår som att den utgår från den arbetspresterandes sociala situation (dvs. är denna i behov av skydd?) och från en lämplig placering av arbetsgivaransvaret (dvs. vem är lämplig att stå för skyddet?). Detta ligger i linje med Eklunds

⁸⁴⁶ AD 2013 nr 92; målet handlade om huruvida visst kollektivavtal var tillämpligt på arbetet. Jfr AD 2006 nr 24.

⁸⁴⁷ Herzfeld Olsson & Sjödin, *The Fissured Workplace: Some Responses to Contemporary Challenges in Sweden*, 2015, s. 143-162, s. 150.

⁸⁴⁸ AD 2013 nr 92.

⁸⁴⁹ Källström, *Är arbetstagarbegreppet en distributiv reglering?*, 2014, s. 207-211, s. 211.

⁸⁵⁰ Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 41.

⁸⁵¹ Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 97.

rekommendation för tillämpningen av mellanmansformeln: utgångspunkten ska vara frågan om vilket företag som kan anses vara ett lämpligt ansvarssubjekt för arbetsgivarförpliktelser.⁸⁵²

Även om det var länge sedan arbetsrättsliga mellanmän och arbetstagarbegreppet⁸⁵³ var högt uppe på den arbetsrättsliga dagordningen⁸⁵⁴ framstår dessa doktriner och begrepp som lämpliga strategier för att hantera frågor om placeringen av arbetsgivaransvar i arbetsorganisationer som är entreprenader.

2.4.4 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen

Tillämpningen av anställningsskyddsreglerna då arbetsgivaren önskar avsluta anställningen av skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen⁸⁵⁵ präglas indirekt av att arbetsorganisationen den ska tillämpas i är en entreprenad. Rättsföljdsidan av anställningsskyddet är enkel; frågan är om anställningen ska upphöra, eller inte. Men på rättsfaktumsidan syns hur Arbetsdomstolens synsätt på vad som utgör ett avtalsbrott möjliggör att inte endast den kontraktuella arbetsgivaren utan också arbetsorganisationen beaktas. På rättsfaktumsidan i saklig grund-regeln förekommer arbetsgivarbegreppet i bemärkelsen angreppsobjekt; långt fler omständigheter än sådana som direkt avser den kontraktuella arbetsgivaren får återopas av denna som grund för uppsägning. Denna utgångspunkt är betydelsefull i entreprenadkontexten. Arbetsdomstolens tillämpning av anställningsskyddet är ägnat att skydda den kontraktuella arbetsgivarens affärs- och kundrelationer, och det betyder att angrepp på den kontraktuella arbetsgivarens olika samarbetspartners uppfattas som ett angrepp på motparten i anställningen, och därför som ett avtalsbrott.⁸⁵⁶ Tillgrepp mot arbetsgivarens samarbetspartners anses utgöra ett kontraktsbrott i anställningsrelationen⁸⁵⁷ och angrepp på arbetstagare hos den kontraktuella arbetsgivarens samarbetspartners och underleverantörer anses ha anknytning till anställningen och får därför i princip läggas till grund för uppsägning.⁸⁵⁸ Rent allmänt finns inga hinder mot att relatera en arbetstagares påstådda misskötsamhet till både den kontraktuella arbetsgivaren, och dennes affärspartners, dvs. de andra företagen i en arbetsorganisation som är en entreprenad. Arbetsdomstolen utgår

⁸⁵² Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 174.

⁸⁵³ NJA 1949 s. 768.

⁸⁵⁴ Senast möjligen om franchising. Se om detta SOU 1987:17, s. 185-190. Jfr i princip också de s.k. jämställda eller beroende uppdragstagarnas ställning enligt 1 § 2 st. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (och AD 1985 nr 57).

⁸⁵⁵ 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁸⁵⁶ AD 1981 nr 144.

⁸⁵⁷ AD 1987 nr 61, AD 2010 nr 18, AD 2013 nr 89.

⁸⁵⁸ AD 2005 nr 35.

från att den kontraktuella arbetsgivaren är beroende av sina affärspartners förtroende. I praktiken bedöms därmed påstådd missskötsamhet i relation till arbetsorganisationen. Arbetsdomstolen framhåller att inte endast den kontraktuella arbetsgivaren, utan också dennes affärspartners, ska kunna ha förtroende för arbetstagararen.⁸⁵⁹ Om arbetsgivaren inom ramen för en entreprenad gjort ett åtagande mot ett annat företag kan angrepp, t.ex. tillgrepp, riktade mot den kontraktuella arbetsgivarens affärspartner åberopas som uppsägningsgrund.⁸⁶⁰ Lojalitetsplikten anses innehålla en skyldighet för arbetstagararen att avhålla sig från att äventyra den kontraktuella arbetsgivarens kundrelationer.⁸⁶¹

De här utgångspunkterna för Arbetsdomstolens tillämpning av saklig grund-regeln innebär att på rättsfaktumsidan är arbetsgivarbegreppet utvidgat till att avse inte endast den kontraktuella arbetsgivaren, utan också arbetsorganisationen som är en entreprenad: missskötsamhet begången någonstans i arbetsorganisationen kan utgöra kontraktsbrott i relation till den kontraktuella arbetsgivaren. Huvudmannens affärsförbindelser på horisontell nivå, med andra företag, får på detta sätt genomslag i anställningsrelationen och i tillämpningen av anställningsskyddsreglerna.

Vidare; om en arbetstagarare av sin kontraktuella arbetsgivare getts en uppgift i relation till ett entreprenadföretag är det i relation till denna uppgift som arbetstagararens missskötsamhet ska bedömas.⁸⁶² Avtalen mellan företagen i entreprenaden förmedlas till avtalsrelationen mellan arbetstagararen och den kontraktuella arbetsgivaren. Krav som ett företag ställer i avtal med det andra, kommer att bli en del av den kontraktuella arbetsgivarens förväntningar på arbetskraften och påverkar indirekt anställningsskyddet. Det är inte endast den kontraktuella arbetsgivaren som formulerar kraven och förväntningarna på arbetstagararna.

För arbetstagarare som är ansvariga för att skapa och administrera själva arbetsorganisationen (entreprenaden), dvs. arbetstagarare med ansvar för upphandling av tjänster, gäller att missskötsamhet på detta område, t.ex. behörighets- och befogenhetsöverskridanden⁸⁶³ eller att läcka information inför förhandlingar⁸⁶⁴, kan utgöra saklig grund för uppsägning. Den här typen av inköpsansvariga anses ofta ha förtroendeställning, och Arbetsdomstolen anser att arbetsgivaren är berättigad att ställa höga krav på dem, just med avseende på deras betydelse för leverantörs- och kundrelationer.⁸⁶⁵ Det anses t.ex. illojalt av en arbetstagarare att vara aktiv i ett före-

⁸⁵⁹ AD 2007 nr 33.

⁸⁶⁰ AD 1998 nr 2.

⁸⁶¹ AD 2010 nr 42 med hänvisningar till rättspraxis.

⁸⁶² AD 1983 nr 93.

⁸⁶³ AD 2004 nr 56.

⁸⁶⁴ AD 2004 nr 57.

⁸⁶⁵ AD 1993 nr 127.

tag som är kund till den kontraktuella arbetsgivaren.⁸⁶⁶ Det mest extrema exemplet på denna situation är när en arbetstagare är aktiv i ett företag som konkurrerar med den kontraktuella arbetsgivaren om ett arbete, och på detta sätt driver ner intäkterna för denna.⁸⁶⁷

Företagssamarbeten (entreprenader) kan emellertid i ett annat avseende inverka på tillämpningen av lojalitetsplikten; företag kan vara inlemmade i varandra på ett sätt som överhuvudtaget försvårar för den kontraktuella arbetsgivaren att påtala att arbetstagaren skulle ha varit illojal. Uttalanden från en arbetstagares sida som i annat fall (utan det nära företagssamarbetet) hade uppfattats som brott mot lojalitetsplikten, kan enligt Arbetsdomstolen snarast vara att uppfatta som ett internt agerande. Om företag är inlemmade i varandra, kan det därför i ett enskilt fall vara befogat att uppfatta den som lyssnar på uttalandena/informationen som en arbetskamrat, och inte en företrädare för ett utomstående företag.⁸⁶⁸

Entreprenadmodellen som sådan kan användas av i övrigt bilaterala arbetsorganisationer för att övervaka arbetstagarna; särskilda företag kan upphandlas för detta, t.ex. göra provköp i affärer.⁸⁶⁹

2.4.5 Verksamhetsrelaterade uppsägningar

2.4.5.1 Arbetsbrist och turordning för uppsägning

Om en kontraktuell arbetsgivare beslutar sig för att köpa in tjänster istället för att få arbete presterat för sig inom ramen för anställning, så uppstår saklig grund för uppsägning p.g.a. verksamhetsskäl (arbetsbrist) för arbetskraften med detta subjekt som motpart i anställningsavtalet. Beslutet att lämna arbetsgivarrollen för att bli kund i ett entreprenadkontrakt ligger bortom de arbetsrättsliga reglerna. Arbetsdomstolen har uttryckt detta i termer av att

⁸⁶⁶ AD 1989 nr 90.

⁸⁶⁷ AD 1981 nr 161.

⁸⁶⁸ AD 1990 nr 18. Jfr dock AD 1961 nr 27 från tiden före det lagstadgade anställningsskyddet som i sammanhanget tydligare framhåller de formella bolagsgränserna.

⁸⁶⁹ AD 1993 nr 65, AD 1994 nr 102.

Anställningsskyddslagen har den allmänna innebörden att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. Finner arbetsgivaren det vara motiverat från företagsekonomisk synpunkt att begränsa den egna verksamheten genom att anlita entreprenör för ett arbete eller eljest låta annan utföra arbetet, kan därför arbetsgivarens beslut i princip inte angripas under återopande av anställningsskyddslagens regler, även om det med fog kan påstås att åtgärden är till förfång för sysselsättningen vid företaget.⁸⁷⁰

Verksamhetsrelaterad uppsägning hotar de anställda i det företag som beslutar sig för att ingå ett entreprenadavtal om inköp av det aktuella arbetet: arbetsbrist är följden av att den kontraktuella arbetsgivaren beslutar sig för att istället upphandla entreprenadtjänster. Vidare; för den händelse beställaren i arbetsorganisationen beslutar att inte längre upphandla arbete från en viss leverantör/underentreprenadbolag, kan det uppstå arbetsbrist i det bolaget, och därmed riskerar arbetskraften med underentreprenören som kontraktuell arbetsgivare att bli uppsagd på grund av verksamhetsskäl.⁸⁷¹ Affärsbeslutet att avsluta entreprenadavtalet fattas i ett subjekt i arbetsorganisationen, men får sitt arbetsrättsliga uttryck – arbetsbrist – i ett annat.

Arbetsbrist hanteras i enlighet med den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet: arbetsbrist i ett subjekt kan inte hota anställningarna för arbetstagare med annan kontraktuell arbetsgivare.⁸⁷² De faktorer som avgör arbetstagarnas rättsliga ställning vid arbetsbristuppsägningar i arbetsorganisationer som är entreprenader blir för det första den kontraktuella arbetsgivarens omfång och driftsenhetsbegreppet.⁸⁷³ För det andra indelas arbetskraften efter arbetsuppgifter (tillhörighet till kollektivavtalsområde) och efter anställningstidens längd (enligt senioritetsprincipen). Anställningstryggheten då arbetsgivaren uppger verksamhetsrelaterade skäl för uppsägning i arbetsorganisationer som är entreprenader avgörs av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet, ett rumsligt kriterium, arbetsuppgifternas innehåll och anställningstidens längd samt arbetstagarnas kvalifikationer, helt i enlighet med anställningsskyddslagens huvudregler.

Ingående av ett entreprenadkontrakt kan leda till arbetsbrist i det beställande företaget, och förlusten av ett entreprenadkontrakt kan leda till arbetsbrist i leverantörsföretaget. Att genom ingående av entreprenadavtalet omvandla den bilaterala arbetsorganisationen till en entreprenad skapar i sig möjligheter att utöva press på villkoren för de anställda i arbetsorganisationen. Den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvaret ifråga om arbetsbrist och turordning möj-

⁸⁷⁰ AD 1980 nr 54.

⁸⁷¹ T.ex. AD 2001 nr 92.

⁸⁷² Prop. 1981/82:71, s. 57, s. 63, *passim*. Se också AD 1996 nr 67 och Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 230.

⁸⁷³ 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

liggörs att arbetsorganisationer med två eller fler huvudmän (beställare och leverantör av entreprenadtjänster) kan användas för att pressa anställningsvillkoren genom att införa en form av marknadsmekanism i arbetsorganisationen. Arbetsgivarna själva kan få förklara en variant av detta upplägg:

Branschen är kraftigt konkurrensutsatt och det är vanligt att arbetsgivaren inför en ny upphandling, som en säkerhetsåtgärd i händelse av att arbetsgivaren inte får förnyat kontrakt, säger upp de anställda. Om arbetsgivaren vinner upphandlingen är arbetstagarna berättigade till återanställning hos arbetsgivaren. Om en ny aktör vinner upphandlingen kan arbetstagarna komma att anställas hos denne med hos den arbetsgivaren gällande arbetsvillkor.⁸⁷⁴

När arbetsorganisationen byter leverantör av entreprenadtjänster kan detta innebära förändringar för arbetskraftens del, och det kontraktuella arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddsreglerna inverkar på arbetstagarnas situation i arbetsorganisationen. Den kontraktuella utgångspunkten kan nämligen innebära att även om ens kontraktuella arbetsgivare vinner upphandlingen, och ska vara kvar i arbetsorganisationen, så uppstår en situation som för de anställda ger samma utfall som om det skett ett byte av leverantör. Att vinna ett entreprenadkontrakt kan, tydligenvis, också leda till arbetsbrist i leverantörsbolaget. Återigen får arbetsgivarna själva förklara upplägget:

Bolaget, som lämnade sitt anbud vid upphandlingen utifrån ändade lönevillkor och vann upphandlingen, erbjöd arbetstagarna omreglering av anställningsvillkoren. [...] Samtliga arbetstagare avböjde erbjudandet. Då det saknas möjlighet för arbetsgivaren att ensidigt, dvs. utan överenskommelse med respektive anställd, byta avlöningsform tvingades bolaget att säga upp arbetstagarna på grund av den arbetsbrist som uppstod till följd av att arbetstagarna inte accepterade de nya villkoren. Uppsägningarna grundades alltså på ekonomiska och organisatoriska överväganden. Bolagets förfarande är närmast att jämställa med den situationen att en konkurrent i stället hade vunnit upphandlingen och erbjudit arbetstagarna anställning till andra villkor.⁸⁷⁵

Med mindre än att det föreligger ett kollektivavtal med välutvecklat löneskydd som hindrar lönesänkning i den här typen av situationer⁸⁷⁶, kan entreprenadorganisationens trepartsrelation utan hinder av anställningsskyddsreglerna användas för att utöva press på anställningsvillkoren. Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet bidrar till att marknadskrafterna kan verka i arbetsorganisationen. En arbetsorganisation som är en entreprenad kan på detta sätt skapa en konkurrenssituation mellan olika leverantörer av entreprenadtjänster, tillika kontraktuella arbetsgivare, och på

⁸⁷⁴ AD 2010 nr 6. Arbetsgivarpartens sakframställan; bakgrunden till händelseförloppet.

⁸⁷⁵ AD 2010 nr 6. Arbetsgivarpartens sakframställan; bakgrunden till händelseförloppet.

⁸⁷⁶ Tolkning av ett sådant kollektivavtal illustreras i AD 2010 nr 6.

detta sätt kan besparingar och villkorspress i entreprenadavtalen omvandlas till press på arbetstagarnas löner och andra villkor. Arbetsorganisationen bygger på att det står en huvudman som kontraktuell arbetsgivare (leverantören) mellan arbetskraften och den som tillgodogör sig och ytterst betalar för arbetet (beställaren). Mot bakgrund av detta framstår det snarast som mindre väsentligt om den ena eller den andra leverantören/arbetsgivaren vinner upphandlingen: pressen på anställningsvillkoren är ändå närvarande i arbetsorganisationen.

Via entreprenadavtalet påverkar arbetsorganisationens beställande företag vilka anställningsvillkor som förekommer. På detta sätt står beställaren i en faktisk men inte rättslig relation till arbetskraften, som ju har underleverantörerna som kontraktuella arbetsgivare. Reglerna om verksamhetsövergång garanterar att arbetskraften får vara kvar i arbetsorganisationen, trots entreprenörsbytena (så länge som förändringarna utgör verksamhetsövergångar).⁸⁷⁷ Exakt vilka subjekt som är underleverantör och kontraktuell arbetsgivare framstår som mindre betydelsefullt (beaktansvärda skillnader kan förekomma, t.ex. avseende likviditet). I övergripande termer är arbetstagsidans svar på den här marknadsmekanismen och konkurrensen mellan olika underleverantörsbolag/arbetsgivare dels att sträva efter att införa löneskydd i kollektivavtalen, dels branschvisa kollektivavtal med hög täckningsgrad som reglerar löner och andra anställningsvillkor, i enlighet med den svenska/nordiska arbetsmarknadsmodellen.⁸⁷⁸ Om lönerna är lika för alla arbetstagare i branschen, och det i praktiken inte går att välja en firma med lägre löner, måste entreprenadföretagen i entreprenadarbetsorganisationen hämta hem sina vinster annorstädes, t.ex. genom verklig rationalisering och utvecklade produktionstekniker osv. Fackföreningsrörelsen kan på detta sätt motverka entreprenadförhållandets inneboende tendenser till press på löner och villkor genom att verka för sektoriell reglering i kollektivavtal och därmed hindra att kostnadspressen som uppstår i konkurrensen mellan olika underleverantörer vidarebefordras till arbetstagarna.⁸⁷⁹

2.4.5.2 Företrädesrätt till återanställning

Förekomsten av arbetsbristuppsagda arbetstagare som har företrädesrätt till återanställning hindrar inte den förutvarande kontraktuella arbetsgivaren från att köpa in arbete med stöd av ett entreprenadavtal. Förklaringen till detta ligger enligt Arbetsdomstolen i sambandet mellan arbetsbristdefinitionen och företrädesrättsreglerna. Får arbetsgivaren säga upp anställningsavtal för att istället köpa in entreprenadarbete, får entreprenadarbete köpas in trots att de tidigare anställda har företrä-

⁸⁷⁷ Direktiv 2001/23/EG, art. 3.

⁸⁷⁸ Lundh, *Arbetsmarknadens karteller*, 2008.

⁸⁷⁹ Jfr Selberg & Sjödin, Stridsåtgärder i Högsta domstolen, JT 2016/17, s. *kommande*.

desrätt till återanställning.⁸⁸⁰ En arbetsgivare kan i kollektivavtalets form åta sig att då en verksamhet ska återupptas, så ska det ske genom just återanställning – och ett sådant avtal innebär skadeståndsskyldighet för avtalsbrott för den händelse arbetsgivaren sedan anlitar entreprenörer istället för att anställa.⁸⁸¹ Om en entreprenör vinner ett entreprenadavtal och ska anställa igen, så har de tidigare arbetstagarna företrädesrätt till återanställning i verksamheten. Om det nya entreprenadarbetet ska bedrivas inom ramen för anställning och äga rum inom samma driftsenhet och kollektivavtalsområde som tidigare, har arbetstagarna företräde till anställningar som ledigförklaras inom nio månader.⁸⁸² Företrädesrätt till återanställning följer den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar och kan inte åberopas mot något annat subjekt än det som är motpart i anställningsavtalet.

En funktion hos reglerna om företrädesrätt till återanställning är att definiera den storhet hos vilken en tidigare anställd har bättre rätt än någon annan att (åter) få ett arbete. I lagstiftningsärendet om anställningsskydd 1973 diskuterades och avfärdades förslaget att knyta återanställningsrätten till branschen, och avse samtliga nyanställningar där.⁸⁸³ En så bred återanställningsrätt skulle ha spätt ut huvudmannens ansvar för de förutvarande anställda på ett sådant sätt att det skulle framstått som närmast meningslöst. Effekten av ett så brett ansvarssubjekt för återanställningsrätt hade utgjorts av en, på samhällelig nivå, allmän fördelning av nyanställningstillfällen enligt senioritet (ålder och anställningstid), eller kollektivavtalad turordning. En sådan lösning hade i och för sig inneburit att återanställningsrätten hade kommit att spela en annan roll i arbetsorganisationer som är entreprenader.

I kollektivavtalets form kan förekomma s.k. återanställningsgarantier.⁸⁸⁴

Om det efter det att arbetsbristuppsägningen skett, men före det att företrädesrätten till återanställning löpt ut, ägt rum sådana förändringar i den kontraktuella arbetsgivarens verksamhet att det är fråga om en verksamhetsövergång, så gäller företrädesrätten i relation till det subjekt som då driver verksamheten.⁸⁸⁵ Effekten av detta blir att ifråga om förändringar av arbetsorganisationen där flera subjekt är inblandade och där delar av verksamheter köps och säljs föreligger en koppling mellan arbetstagaren och verksamheten, som i och med verksamhetsbegreppets tvingande karaktär och obligatoriska följder, delvis överskuggar den kontraktuella

⁸⁸⁰ AD 1980 nr 54.

⁸⁸¹ AD 1988 nr 8.

⁸⁸² 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁸⁸³ Prop. 1973:129, s. 164, jfr diskussionen i prop. 1973:39 om byggbranschens förutsättningar.

⁸⁸⁴ Se kapitel 2.3.7.1, kapitel 2.3.7.3 och kapitel 2.3.7.4.

⁸⁸⁵ 25 § 2 st, 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

utgångspunkten om att anställningsförhållandets partsställning är viktigast och avgörande för skyddsansvarets placering.

2.4.6 Omplaceringsskyldighetens omfång

En förutsättning för att saklig grund för uppsägning ska vara för handen är att arbetsgivaren genomfört skäligen omplaceringsåtgärder ”hos sig”, och försökt finna lediga arbetsuppgifter till den uppsägningshotade arbetstagaren.⁸⁸⁶ Den kontraktuella utgångspunkten avgör här räckvidden i denna omplaceringsskyldighet; den kan aldrig vara större än arbetsgivarens juridiska person.⁸⁸⁷

En arbetsgivare kan heller aldrig uppfylla omplaceringsskyldigheten genom att erbjuda arbetstagaren en anställning i ett annat bolag.⁸⁸⁸ Arbetsdomstolen har anfört att ett argument för denna hållning är att det skulle vara svårt att avgöra om ett omplaceringserbjudande ska anses likvärdigt med ett erbjudande hos den kontraktuella arbetsgivaren – och saklig grund-regeln är ju tvingande rätt och får inte avvika från till arbetstagarens nackdel.⁸⁸⁹ Om den kontraktuella arbetsgivaren arrangerar anställningar hos andra juridiska personer, är detta något som går utöver skyldigheterna enligt anställningsskyddslagen, och befriar därför inte från skyldigheterna i den lagen. Eftersom en arbetstagare alltid är fri att säga upp sig och ta anställning hos ett annat rättssubjekt kan detta också beskrivas i termer av att den individuella arbetstagaren kan medge (genom att själv byta arbetsgivare) att omplacering får ske till en annan arbetsgivare. Det blir då arbetstagarens sak att bedöma om det skulle vara bättre att byta arbetsgivare, än att bli föremål för omplaceringsåtgärder enligt saklig grund-regeln hos den kontraktuella arbetsgivaren, vid äventyr att detta inte skulle vara till någon nytta. I ett senare skede kanske anställningen hos den andra arbetsgivaren inte kvarstår. Arbetsdomstolens anslag framstår som delvis pragmatiskt i och med dess fokus på jämförbarheten som argument mot att låta omplacering avse andra juridiska personer än den kontraktuella arbetsgivaren. Domstolen tillade dessutom att man inte ville ha sagt att

en arbetsgivares medverkan i arbetsbristfall [...] till att arbetstagarna erbjuds anställning hos en annan arbetsgivare skulle från en mer allmän synpunkt strida mot de intressen som anställningsskyddslagen har till uppgift att skydda.⁸⁹⁰

⁸⁸⁶ 7§ 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁸⁸⁷ AD 1984 nr 141.

⁸⁸⁸ AD 1987 nr 2.

⁸⁸⁹ AD 1987 nr 2.

⁸⁹⁰ AD 1987 nr 2.

2.5 Bemanningsarbete och anställningsskydd

2.5.1 Legaldefinierad ansvarsfördelning – arbetsgivare, inhyrare och arbetstagare, inhyrd

Bemanningsanställningens rättsliga konstruktion är komplex i så motto att den har tre parter; arbetstagare, bemanningsföretag/uthyrare och kundföretag/inhyrare – två subjekt på huvudmannasidan, således. Redan i lagstiftningen slås viktiga utgångspunkter fast om var en bemanningsanställd kan göra gällande sina rättigheter och de båda företagens – in- och uthyrarens – inbördes relationer. Rättigheterna och skyldigheterna i relation till arbetskraften i bemanningsarbetet fördelas mellan bemanningsföretaget, dvs.

en fysisk eller juridisk person som har arbetstagare anställda i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning

och kundföretaget, dvs.

en fysisk eller juridisk person för vilken och under vars kontroll och ledning arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag arbetar.⁸⁹¹

Denna legaldefinition uttrycker huvudregeln att det är bemanningsföretaget som är kontraktuell arbetsgivare i relation till den bemanningsanställda, och att det följaktligen är i det företaget som de kontraktuellt definierade anställningsskyddsreglerna kan göras gällande.⁸⁹² Samtidigt gäller i praktiken ofta att kundföretaget har egna anställda, och därför också en kontraktuell arbetsgivarroll i relation till vissa arbetstagare.

Den faktiska arbetsorganisationen präglas således av två huvudmän och deras respektive anställda. Var kan arbetstagarna göra sin anställningstrygghet gällande? Hur ska den lagstadgade arbetsgivarrollen närmare förstås, och hur fungerar anställningsskyddet i trepartskontexten? De tänkbara ansvarsubjekten för arbetstagarnas anspråk är in- och uthyraren. Anställningsförhållandet färgas av bemanningskontexten och det föreligger ett samspel mellan händelser i de båda huvudmännen, som påverkar arbetstagarens trygghet i anställningen. Frågan om vilka hot mot anställningen som anställningsskyddslagen omfattar, och på vilket sätt, är

⁸⁹¹ 5 § 1 p. och 2 p. lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare, direktiv 2008/104/EG, art. 1 och art. 3.

⁸⁹² SOU 1997:58, s. 47, Ds 1989:30, s. 112 f., prop. 1990/91:124, s. 55, SOU 1992:116, s. 99 och s. 108, i prop. 1992/93:218, s. 34 heter det att ”LAS regelsystem bör gälla fullt ut även för anställda i uthyrningsföretag”.

mer komplicerad än den legala partsställningen förstone ger sken av. Lagstiftningen innehåller en modifierande reglering av den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet. Detta är synligt inte minst i Arbetsdomstolens resonemang om begreppet som definierar gränserna kring arbetsrättens tillämplighet; arbetstagarbegreppet:

Hur arbetstagarbegreppet avseende en arbetstagare hos en uthyrare skall definieras är oklart. Den helhetsbedömning som normalt görs för att avgöra om en person är arbetstagare eller inte kan inte till fullo användas eftersom de typiska arbetsgivarfunktionerna är delade mellan in- och uthyraren. En person som typiskt sett är att betrakta som arbetstagare hos t.ex. ett bolag för vilket personen utför arbete betraktas normalt inte som arbetstagare hos det bolaget om personen är inhyrd, dvs. mot ersättning är ställd till beställarens förfogande. Personen är då typiskt sett arbetstagare hos uthyraren i stället och kommer hos den arbetsgivaren på så sätt i åtnjutande av rättigheter som tillkommer en arbetstagare. Vid bedömningen av hos vem personen skall betraktas som arbetstagare blir det i dessa fall av särskild vikt att uppmärksamma den grundläggande förutsättningen för ett arbetstagarförhållande, nämligen att arbetsåtagandet skall ha sin grund i ett avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagaren.⁸⁹³

En utgångspunkt är att köp av arbete inom ramen för inhyrning är en tillåten, legitim och t.o.m. av statsmakterna omhulad företeelse. Kärnan i bemanningsupplägget är just möjligheten att köpa arbete utfört av arbetstagare, utan att därmed blir bärare av allt det skyddsansvar som arbetsrätten föreskriver i relation till arbetstagare, dvs. utan att ikläda sig arbetsgivarrollen – och detta måste rättstillämpningen respektera. Att bemanning inte desto mindre historiskt har varit en omstridd företeelse, särskilt avseende dess effekter för anställningsskyddet, står klart.

I kollektivavtalsförhållanden är informations- och förhandlingsreglerna, och ytterst även möjligheten för arbetstagarorganisationen att lägga in veto mot inhyrning, tillämpliga i relation till den kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisationen.⁸⁹⁴ Det stora antalet tvister om denna fråga visar hur omstridd företeelsen är.⁸⁹⁵

Även i kollektivavtalen regleras inhyrning och det finns exempel på avtal som har bäring på förutsättningarna för arbetsgivarens användning av personalinhyrning.⁸⁹⁶

⁸⁹³ AD 2006 nr 24.

⁸⁹⁴ SOU 1997:58, s. 56 antar t.o.m. att det skulle gå att lägga in veto mot en permanent inhyrning, eftersom agerandet skulle strida mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde.

⁸⁹⁵ AD 1979 nr 31 och AD 1987 nr 154 handlar om veto pga. misstanke om olaga arbetsförmedling. Tvister om förhandlingsskyldighet är bl.a. AD 2005 nr 46, AD 2012 nr 26.

⁸⁹⁶ Jfr t.ex. AD 2005 nr 46, AD 2008 nr 109, AD 2009 nr 10, AD 2012 nr 26 som innehåller illustrationer av kollektivavtalsreglering som har bäring på bemanningsarbete.

2.5.2 Inhyrare eller arbetsgivare? Uthyrare eller förmedlare? Förutsättningar för genomsyn

I bemanningskontexten följer (tre-)partsställningen redan av lagens lydelse: bemanningsföretaget är arbetsgivare och det subjekt på vilket anställningsskyddsreglerna är tillämpliga, medan kundföretaget endast bär det ansvar som lagstiftningen uttryckligen placerar på det.⁸⁹⁷ Detta utgör en form av lagfästade av den kontraktuella synen på arbetsgivaren: anställningsavtalets partsställning avgör ansvarsfördelningen, och allt därutöver kräver lagstöd. Denna ansvarsordning är emellertid inte bortom diskussion. Förarbetena till lagstiftningen som avkriminaliserade bemanningsarbete i svensk nationell kontext uppehöll sig vid definitionen av bemanningsarbete i relation till arbetsförmedling. Uttalanden i den här gränsdragningsfrågan bör kunna uppfattas som en särskild doktrin som möjliggör överflyttning i rättstillämpningen av arbetsgivarrollen från bemanningsföretaget till kundföretaget. Förarbetenas analyser anknyter på den här punkten inte till Arbetsdomstolens doktrin om otillåtet kringgående av anställningsskyddslagen⁸⁹⁸, utan istället handlar det om mer avtalsrättsligt präglade grunder som möjliggör bortseende från bemanningsföretagets arbetsgivarroll till förmån för kundföretaget. Den arbetsrättsliga doktrinen har alltid hållit dörren öppen för att omdefiniera den så kallade ”formella partsställningen med bemanningsföretaget som arbetsgivare” vid tillämpning av anställningsskyddslagen. Lunning och Toijer skrev 2010 att

Det torde dock knappast kunna helt uteslutas att ett mycket långvarigt arbete hos en och samma inhyrare, kanske under förhållanden som starkt påminner om en anställning hos inhyraren, i förlängningen kan grunda ett rättsförhållande dem emellan.⁸⁹⁹

Sannolikt är den här ståndpunkten – trots dess nyansrikedom och många reservationer – inte möjlig för en domstol att biträda: beskrivningen av den situation i vilken arbetsgivaransvaret enligt författarna ska kunna skiftas, motsvarar ju faktiskt inget mer än vad lagstiftningen i sig kräver av inhyraren. Likabehandling mellan inhyrarens arbetstagare och de inhyrda är en grundläggande princip i EU:s bemanningsdirektiv.⁹⁰⁰ Dessutom är bemanningsarbete som sådant accepterat och etablerat på arbetsmarknaden och ska enligt lagstiftningen snarast vara i allt väsentligt organiserat på det sätt som Lunning och Toijer skildrar. Författarnas resonemang utgår i alla händelser från ett antagande om att det är möjligt att i rättstillämpningen överflytta arbetsgivaransvaret från bemanningsföretaget till kundföretaget och att de formellt och uttryckligen avtalade relationerna inte alltid ska vara

⁸⁹⁷ 1 § och 5 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

⁸⁹⁸ AD 1980 nr 54, AD 1986 nr 50, AD 1986 nr 144, AD 1996 nr 56.

⁸⁹⁹ Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2010, s. 55.

⁹⁰⁰ Direktiv 2008/104/EG, genomfört i lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

utslagsgivande. Den här hållningen vinner även stöd av förarbetena från legaliseringen av bemanningsanställningen på 1990-talet. Modellen som analyserades i dessa förarbeten framstår idag som underbetonad och slumrande, men bör alltså kunna utgöra en relevant utgångspunkt för rättstillämpningen i mål där frågor om arbetsgivaransvar i bemanningskontext uppkommer. Det framstår som om förflyttningen av arbetsgivarstatus ska ske med stöd av en särskild form av genomsyn som anspelar på avtalsrättsligt präglad tankegods. Departementschefen skrev 1990:

Om emellertid anställningen till sitt innehåll blir så uttunnad att den inte längre kan anses uppfylla de krav som måste kunna ställas på en anställning för att anställningsförhållande rättsligt sett skall anses ha uppkommit eller, om det är fråga om s.k. skenavtal i syfte att kringgå lagstiftningen, kan situationen vara att bedöma an-norlunda. Förhållandena är då likartade med dem som råder när en arbetstagare anställs endast ”uppdrag för uppdrag”. I dessa fall torde arbetstagaren vid en rättslig bedömning i realiteten vara att betrakta som anställd inte hos det uthyrande företaget, utan hos det företag, till vars förfogande arbetstagaren ställs. Verksamheten torde då vara att bedöma som arbetsförmedling. [...] i sista hand får [det] ankomma på domstol att på basis av en helhetsbedömning i det enskilda fallet avgöra om en viss verksamhet är att hänföra till arbetsförmedling eller uthyrning.⁹⁰¹

Med stöd av principerna i detta förarbetsuttalande ska under vissa förutsättningar anställningsförhållandet anses föreligga mellan arbetstagaren och det påstådda kundföretaget. Förekomsten av ett formellt anställningsavtal mellan bemanningsföretaget och arbetstagaren omöjliggör inte en sådan omläggning och avtalet är endast en omständighet som talar för att bemanningsföretaget är arbetstagarens arbetsgivare i anställningsavtalet.⁹⁰²

Den modell för genomsyn som förarbetena diskuterar här har beröringspunkter med den sedvanliga tillämpningen av arbetstagarbegreppet: det avgörande är hur arbetsprestationen gestaltar sig i verkligheten. Vid tillämpning av arbetstagarbegreppet finns möjlighet att bortse från den formella beteckningen av avtalet och slå fast att en viss arbetspresterande ska anses vara en arbetstagare i relation till det subjekt som tillgodogör sig arbetet.⁹⁰³ Arbetsdomstolen kan tillämpa arbetstagarbegreppet i relationen mellan inhyraren och den påstått inhyrda arbetstagaren.⁹⁰⁴ Att anställningsavtalet föreligger mellan den inhyrde och bemanningsföretaget hindrar inte detta.⁹⁰⁵

⁹⁰¹ Prop. 1990/91:124, s. 26 f, likartat i Ds 1989:30 s. 102.

⁹⁰² Prop. 1990/91:124, s. 26.

⁹⁰³ Se kapitel 2.4.3, 5.1 och 5.4 med vidare hänvisningar om arbetstagarbegreppet.

⁹⁰⁴ Fahlbeck, Employment exchange and hiring out of employees in Sweden, TfR 1995, s. 589-622, s. 617.

⁹⁰⁵ AD 2006 nr 24, AD 2013 nr 92.

När bemanningsarbete legaliserades diskuterade lagstiftaren uttryckligen en modell för överflyttning av arbetsgivaransvar mellan de båda ingående huvudmännen. Denna åtgärd att framhålla något som hade varit möjligt även utan kommentar i förarbetena får tolkas som att lagstiftaren önskar särskilt framhålla arbetstagarbegreppets relevans i trepartsrelationer, betydelsen av att ansvaret flyttas i vissa situationer samt inhyrarföretagets potentiella arbetsgivarroll för den händelse bemanningsföretaget inte agerar som en arbetsgivare.

Den modell för genomsyn av partsställningen vid bemanningsarbete med tillhörande överflyttning av arbetsgivaransvar har beröringspunkter inte bara med arbetstagarbegreppet utan också med gränsdragningsoperationen avseende förmedling av arbetskraft och uthyrning av personal. Denna sistnämnda modell är ett korrektiv som kan användas för att motverka missbruk av bemanningsanställningen i form av försök att upplösa arbetsgivaransvar genom att föra in ett bemanningsföretag mellan den som tillgodogör sig arbetet och den som presterar det som arbetstagare. I det moment av ”uttunning” av relationerna mellan arbetstagare och den kontraktuella arbetsgivaren som förarbetena beskriver som förutsättning för omläggning av arbetsgivaransvaret från bemanningsföretaget till den påstådda inhyraren syns en form av koppling till den allmänna avtalsrätten som ju föreskriver att skenavtal inte gäller mellan de parter som ingått det.⁹⁰⁶ Genomsyn av bemanningsanställningens partsställning är avtalsrättsligt präglad också i den meningen att enligt allmänna regler blir en arbetsförmedlare – dvs. det subjekt som etiketterats bemanningsföretag – aldrig part i anställningsavtal⁹⁰⁷; det blir istället det subjekt som betecknats inhyrare/kundföretag.

Möjligheten att bortse från den avtalade partsställningen i bemanningskontext och omfördela arbetsgivaransvaret framstår som underutnyttjad i rättstillämpningen och som underanalyserad i forskningen. Under vilka förutsättningar kan ett kundföretag/inhyraren på denna grund omvandlas till arbetsgivare, istället för bemanningsföretaget. Arbetsdomstolen har inte uttalat sig om saken och lagförarbetena uttalar sig inte utöver det som citerats.

Om de båda huvudmännen hade ingått ett regelrätt skenavtal om bemanning i syfte att kringgå arbetsrätten, så framstår det som oproblematiskt att, närmast som en form av sanktion⁹⁰⁸, förlägga arbetsgivaransvaret på kundföretaget.⁹⁰⁹ Arbetstaga-

⁹⁰⁶ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 232, Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2007, s. 249.

⁹⁰⁷ Jfr 1 § 3 st. lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling: ”Med arbetsförmedling avses i denna lag verksamhet som har till ändamål att skaffa arbete till arbetssökande eller arbetskraft åt arbetsgivare.”

⁹⁰⁸ Jfr Grönfors diskussion om avtals- och fullmaktsgrundande rättsfakta och hur bundenhet stundom utlöses som en form av sanktion. Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 1993, *passim*.

ren ska inte drabbas av den här typen av ageranden mellan företagen. Det är svårare att definiera vilka brister i den kontraktuella arbetsgivar/bemanningsföretaget som ska leda till att kundföretaget, som ett led i förverklighandlet av skyddslagstiftningen, omvandlas till arbetsgivare. Sannolikt bör någon form av vårdslöshet vara för handen på bemanningsföretagets sida, i kombination med förekomsten av omständigheter på inhyrarens sida som gör det rimligt att omfördela arbetsgivaransvaret. Lagförarbetenas principiella syn på bemanningsarbete och motivering till legaliseringen av det skulle kunna utgöra en tumregel och en standard att relatera anställningsrelationen till vid ställningstagande om genomsyn ska ske. 1990 anförde departementschefen på denna punkt:

Enligt min mening är det därför viktigt att skapa ett system som inte medför att uthyrningsföretagen tar lättare på sitt arbetsgivaransvar än andra arbetsgivare utan uppfyller de krav som i allmänhet åvilar en arbetsgivare med avseende på bl.a. anställningsförhållanden och anställningsvillkor, samt utbildning och andra personalpolitiska åtgärder. Detta är särskilt viktigt mot bakgrund av att den som anlitar ett uthyrningsföretag inte har något personaladministrativt ansvar eller något eget arbetsgivaransvar för den som man på detta sätt anlitar.⁹¹⁰

Regleringen av bemanningsarbete bygger således på den principiella ståndpunkten att endast seriösa verksamheter gagnar arbetsmarknadens effektivitet.⁹¹¹ Vid legaliseringen av bemanningsarbetet var lagstiftarens främsta farhåga att denna form för arbete skulle möjliggöra att ansvaret för de risker som arbetsrätten placerat på den kontraktuella arbetsgivaren skulle komma att övervältras på arbetstagarna och att personaluthyrning skulle bädda för ökade möjligheter att smita undan arbetsgivaransvar.⁹¹² Bakom lagstiftarens åtgärd att tillåta skapandet av en trepartsrelation i arbetsrätten ligger ståndpunkten att en anställningsrelation med i praktiken två huvudmän/företag inte får ge upphov till en situation med noll arbetsgivare. Ett riktmärke för ställningstagande till om genomsyn bör ske och kundföretaget göras ansvarigt som arbetsgivare skulle mot denna bakgrund kunna vara att någon part måste axla arbetsgivaransvaret och om uthyraren inte gör det så måste inhyraren göra det. Standarden som uthyraren jämförs med blir den ansvarstagande kontraktuella arbetsgivaren. Den ovillkorliga utgångspunkten är att arbetsgivaransvar inte får övervältras på arbetstagarna, och det kan innebära att kundföretaget kan få bära

⁹⁰⁹ Enligt avtalsrättsliga regler gäller inte skenavtal mellan parterna; en medkontrahent i avtalet kan ju aldrig i god tro försöka göra avtalet gällande enligt sin lydelse. Se Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 232.

⁹¹⁰ Prop. 1990/91:124, s. 16. Likartat i SOU 1997:58, s. 71.

⁹¹¹ Prop. 1992/93:218, s. 29, SOU 1992:116, s. 102, SOU 1997:58, s. 69.

⁹¹² Prop. 1990/91:124, s. 15 f, prop. 1992/93:218, s. 29, SOU 1997:58, s. 54, s. 63. I prop. 1992/93:218, s. 28 heter det att "oseriösa arbetsgivare [...] vältrar över arbetsgivaransvaret på de anställda".

det ansvar som uthyraren inte tagit. Rättsläget skulle möjligen kunna liknas vid en form av solidariskt ansvar som arbetsgivare mellan två huvudmän.⁹¹³

Sannolikt är det bemanningsarbetets historiska tillhörighet till offentligrättslig tillsyn och sanktioner (straff) som medverkat till att civilrättsliga tankefigurer som genomsyn av partsställningen och avtalsbundenhet som sanktionsform inte kommit att bli betydelsefulla i regleringen av denna form för arbete. Arbetsmarknadsstyrelsen, polis, åklagare och allmän domstol har tidigare varit de centrala aktörerna för att sanktionera regleringen av (dvs. förbudet mot) bemanningsarbete. Förbudseran är nu slut, och därför måste andra sanktionsformer tillkomma för att inte bemanningsarbete ska kunna utvecklas till ett sätt att undslippa arbetsgivaransvar. Modellen 1990-talets lagförarbeten föreskriver för genomsyn i bemanningskontexten anknyter till sanktionsformer som varit ägnade att skapa stadga och trygghet i anställningsrelationen; t.ex. att felaktigt tidsbegränsade anställningar av domstol kan omvandlas till tillsvidareanställningar⁹¹⁴, eller att en viss anställningstid i sig leder till att en tidsbegränsad anställning övergår till att vara tillsvidare.⁹¹⁵ Skillnaden är att ifråga om bemanning så bortses från ett subjekt på huvudmannasidan, medan i anställningsskyddet ändras anställningsavtalets innehåll. Utrymmet att vidta genomsyn och omdisponera arbetsgivaransvaret i bemanningskontexten framstår som stort. Någon rättspraxis föreligger inte och möjligen kan rättsläget sägas vara oklart. En sådan oklarhet kretsar kring hur arbetstagarbegreppet, som ju utvecklats framförallt för att hantera riskfördelningen mellan parterna i den bilaterala arbetsorganisationen, ska tillämpas i den legaldefinierade trepartsställning som bemanningsarbetet utgör.

Idag, till skillnad från tiden för avkriminaliseringen av personaluthyrning, är bemanningsarbete reglerat på EU-nivå. EU:s bemanningsdirektiv ger emellertid ingen egen definition av bemanningsföretaget, tillika arbetsgivaren, utan hänvisar till nationell rätt ("varje fysisk eller juridisk person som i enlighet med nationell lagstiftning ingår anställningskontrakt eller inleder anställningsförhållanden med arbetstagare...").⁹¹⁶ Direktivet om bemanningsarbete hindrar därför inte den här typen av genomsyn som bygger på tillämpning av nationell rätt. Den svenska lagen som genomför bemanningsdirektivet definierar bemanningsföretaget i termer av att det har "arbetstagare anställda".⁹¹⁷ Genomsyn av partsställningen i beman-

⁹¹³ Jfr hur samgäldenärer i avsaknad av avtal om saken är solidariskt ansvariga för skuldens hela belopp (2 § lagen [1936:81] om skuldebrev), hur solidariskt skadeståndsansvar föreligger för de som orsakat samma skada (6 kap. 4 § skadeståndslagen [1972:207]) samt hur borgensmän utan avtal om saken svarar "en för alla och alla för en för sin förbindelse" (10 kap. 11 § Handelsbalken). Jfr vidare Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956, § 55 B (s. 617-629).

⁹¹⁴ 36 § och 4 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹¹⁵ 5 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹¹⁶ Direktiv 2008/104/EG, art. 3.1.b.

⁹¹⁷ 5 § 1 p. lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

ningsarbetet hindras därför inte heller av den nationella lagstiftning från 2012 som genomför 2008 års EU-direktiv.

2.5.3 Företagsomstrukturering, bemanningsarbete och arbetsgivarbegreppet: verksamhetsövergång?

Hur ska reglerna om verksamhetsövergång, som utvecklats mot bakgrund av den bilaterala arbetsorganisationen – där kontraktuellt arbetsgivarbegrepp och arbetsorganisation sammanfaller på ett okomplicerat sätt – tillämpas i bemanningskontexten, som ju är en trepartskonstellation där den kontraktuella arbetsgivaren inte sammanfaller med arbetsorganisationen? Ett bemanningsföretag är kontraktuell arbetsgivare, men saknar arbetsorganisation; bemanningsarbete definieras av att det faktiskt utförs på en annan arbetsplats än den kontraktuella arbetsgivarens. Innebär det faktum att arbetskraften förutsätts bemanna andra arbetsorganisationer än den kontraktuella arbetsgivaren att de inte kan omfattas av en verksamhetsövergång avseende motparten i anställningen? Den här frågan har tydligtvis ansetts vara av sådan betydelse att den uttryckligen reglerats i direktivet, som anger att reglerna inte får utesluta vissa anställningsförhållanden på grund av att de:

är tillfälliga enligt artikel 1.2 i direktiv 91/383/EEG och det företag, den verksamhet eller den del av ett företag eller en verksamhet som överläts är, eller är del av, en verksamhet som hyr ut arbetskraft och som är arbetsgivaren.⁹¹⁸

Redan enligt EU-direktivet kan bemanningsföretaget utgöra överlåtare i direktivets mening. Förändringar på huvudmannasidan i anställningsavtalet kan, om förutsättningarna för det i övrigt är uppfyllda, utgöra verksamhetsövergång i direktivets mening och föra med sig de rättsföljder som är förknippade med verksamhetsövergång, även om de anställda inte är verksamma i den arbetsorganisation som är föremål för förändringarna. EU-direktivet om verksamhetsövergång anknyter till arbetsmiljörättens⁹¹⁹ definition av bemanningsarbete, och inte till bemanningsdirektivets⁹²⁰ motsvarande definition, som utgörs av en hänvisning till nationell rätt. Verksamhetsövergångsreglernas definition av bemanningsarbete är därför inte medlemsstatlig som i bemanningsdirektivet⁹²¹, utan harmoniserad på EU-nivå;

⁹¹⁸ Direktiv 2001/23/EG, art. 2.2.c.

⁹¹⁹ Direktiv 91/383/EEG.

⁹²⁰ Direktiv 2008/104/EG.

⁹²¹ Direktiv 2008/104/EG, art. 3.1.b.

Tillfälliga anställningsförhållanden mellan ett företag som hyr ut arbetskraft, vilket är arbetsgivaren, och arbetstagaren, som får i uppdrag att arbeta för och under kontroll av ett företag och/eller en verksamhet som tar hans tjänster i anspråk.⁹²²

I sin praxis har EU-domstolen kommit in på frågan om hur begreppet övergång av en ekonomisk enhet ska tillämpas i bemanningskontexten, och i situationer då arbetskraften är verksam i inhyrarens, och inte i den kontraktuella arbetsgivarens arbetsorganisation. Domstolen slog fast att det faktum att arbetskraften i fråga är integrerad i kundföretagens verksamhet inte utesluter att en disposition på den kontraktuella arbetsgivarens sida ska anses utgöra övergång av en ekonomisk enhet.⁹²³ Svårigheten med att tillämpa verksamhetsövergångsreglerna på bemanningsföretag handlar om att arbetskraften inte är verksam där – och av det skälet är det svårt att urskilja olika ekonomiska enheter som kan särskiljas från den gamla arbetsgivarens organisation.⁹²⁴ Mot denna bakgrund slog EU-domstolen sedan fast att

Om det aktuella företag som bedriver uthyrning av arbetskraft inte har en identifierbar organisationsstruktur finns det följaktligen anledning att vid prövningen beakta dess specifika karaktär snarare än att försöka fastställa huruvida det finns en ekonomisk enhet i dess organisation.⁹²⁵

Dessutom yttrade domstolen att

Det förhållandet att den uthyrda arbetskraften är integrerad i organisationsstrukturen hos den kund för vars räkning arbetskraften ställs till förfogande [...] kan i sig inte utgöra något hinder för att konstatera att det rör sig om en övergång av en ekonomisk enhet. [...] Att arbetstagarna [...] var bundna till den gamle arbetsgivaren genom ett anställningsförhållande och att de fick lön direkt av denne utgör en bekräftelse på deras anknytning till det företag som bedrevs av den gamle arbetsgivare och följaktligen även på deras medverkan till att det existerade en ekonomisk enhet hos denne arbetsgivare.⁹²⁶

Enligt EU-domstolen utgörs en ekonomisk enhet i bemanningsföretaget av ”administrativ personal, arbetskraft som hyrs ut och know-how” samt resurser för drift, när syftet är att personalen ska vara verksam hos kundföretag mot ersättning till bemanningsföretaget.⁹²⁷ Bemanningsanställningens legala partsställning – att be-

⁹²² Direktiv 91/383/EEG, art. 1.2.

⁹²³ C-458/05, p. 36.

⁹²⁴ C-458/05, p. 33.

⁹²⁵ C-458/05, p. 34.

⁹²⁶ C-458/05, p. 36.

⁹²⁷ C-458/05, p. 37.

manningsföretaget är arbetsgivare trots att arbetet utförs för kundföretaget – avgör: dispositioner på den motpartens sida kan, om förutsättningarna i övrigt är uppfyllda, utgöra verksamhetsövergång och utlösa de rättsföljder som är förknippade med detta. Att den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet faller avgörandet blir tydligt om situationen betraktas ur arbetskraftens perspektiv: eftersom de anställda är verksamma utanför arbetsgivarens arbetsorganisation märker de inte förändringar hos motparten i anställningsavtalet, men det är likväl förändringar just där som verksamhetsövergångsreglerna utgår från. De förändringar som bemanningsarbetskraften inte kan undgå att notera handlar istället om skiften på inhyrarsidan och nya uthyrningsuppdrag (i enlighet med bemanningsarbetets natur), men denna typ av förändring utgör normalt sett inte verksamhetsövergång. EU-domstolen förefaller vidare kräva att personal som är sysselsatt i bemanningsföretagets egen arbetsorganisation samt resurser som är tillräckliga för fortsatt tillhandahållande av tjänsterna måste följa med vid omstruktureringen, för att det ska kunna vara fråga om en verksamhetsövergång.⁹²⁸

Den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet är viktig i regleringen av verksamhetsövergång i bemanningskontext. Hur förhåller sig bemanning som sådan till övergångsbegreppet? Kan en bemanning aldrig utgöra en verksamhetsövergång mellan inhyrare och uthyrare? Dessa företag kan ju vara sammanflätade i olika avseenden. Denna fråga har diskuterats i Arbetsdomstolens praxis, där domstolen gjort antagandet att det ”i normalfallet” inte är fråga om verksamhetsövergång då ett bemanningsföretag hyr ut personal för att utföra vissa arbetsuppgifter hos ett kundföretag, och denna personal står till förfogande för arbete på samma villkor som beställarens ”egna anställda”.⁹²⁹ Dessutom slog domstolen fast att det inte automatiskt utgör verksamhetsövergång då ett företag hyr in all den personal som ska utföra en viss arbetsuppgift, men domstolen uteslöt inte heller att ett bemanningsuppdrag skulle kunna vara att anse som en verksamhetsövergång.⁹³⁰ När Arbetsdomstolen definierade de bemanningsupplägg som utgör verksamhetsövergång åberopade man den rättspraxis i vilken gränserna historiskt dragits mellan tillåten entreprenad och straffbar personaluthyrning.⁹³¹ Således; om bemanningsföretagets åtagande går längre än att endast hyra ut personal och ställa den till kundföretagets förfogande, kan det bli tal om att upplägget utgör entreprenad, och därmed kan det utgöra verksamhetsövergång. Om ett bemanningsupplägg utgör verksamhetsövergång eller inte avgörs av hur långtgående ansvar bemanningsföretaget åtagit sig. Går åtagandet längre än att hyra ut arbetskraft, ”och tar sikte på att gentemot beställaren svara för resultatet av den uthyrda personalens verksamhet,

⁹²⁸ C-458/05, p. 37-38. Arbetsdomstolen gör denna tolkning av domen; se AD 2008 nr 51.

⁹²⁹ AD 2008 nr 51.

⁹³⁰ AD 2008 nr 51.

⁹³¹ NJA 1989 s. 629.

torde det i vissa fall kunna bli fråga om en övergång av verksamhet”, menade Arbetsdomstolen. Denna situation karaktäriserade domstolen i termer av att ”bemanningsföretaget har tagit över en del av beställarens verksamhet för att gentemot denna svara för resultatet”.⁹³² Dessa riktlinjer kan inte sägas ge mycket ledning ifråga om vilka bemanningsupplägg som utgör verksamhetsövergång med de rättsföljder detta för med sig. Rättsläget framstår som oklart. I sammanhanget åberopade Arbetsdomstolen rätt ålderstigen praxis kring gränsdragning mellan entreprenad och personaluthyrning. Denna praxis, som en gång uppstått i och med att gränserna kring det kriminaliserade området skulle dras, var omstridd och rättsläget ansågs vara oklart redan under kriminaliseringens tid. Nu tog Arbetsdomstolen dessa prejudikat till heders i en ny kontext.

I bemanningskontexten innebär verksamhetsövergångsreglerna följande för arbetstagare med bemanningsföretaget som kontraktuell arbetsgivare. För det första; vid omstrukturering i bemanningsföretagets arbetsorganisation på ett sätt som har effekter för dels de bemanningsanställda (de som är verksamma i kundföretagens arbetsorganisationer), dels de som är verksamma i bemanningsföretagets egen arbetsorganisation, så kan verksamhetsövergång vara för handen och anställningarna komma att övergå till det andra bolaget på huvudmannasidan. För det andra; vissa bemanningsupplägg, dvs. relationer mellan in- och uthyrare, kan vara av den karaktären att de ska anses utgöra verksamhetsövergång. Förutsättningen för detta är att bemanningsrelationen låter sig beskrivas som en entreprenad. I det läget kan anställningsavtalen komma att övergå från den kontraktuella arbetsgivaren (bemanningsföretaget) till inhyraren, dvs. köparen av entreprenadtjänsten. In- och uthyrare utgör då i själva verket entreprenör och köpare av entreprenadtjänster, och, i och med verksamhetsövergångsreglerna, samtidigt överlåtare och förvärvare. Följden av ”bemanningen” blir då att anställningsavtalen övergår från ”bemanningsföretaget” till det företag som ansvarar för den ”inhyrande” arbetsorganisationen, där arbetskraften varit verksamma, men inte anställda.

2.5.4 Uppsägning pga. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen

I och med att bemanningsanställningen är en trepartsrelation blir anställningsskyddet avseende uppsägning pga. personliga skäl invecklat. En utgångspunkt är att regeln om saklig grund för uppsägning är tvingande; arbetstagaren ska aldrig berövas detta skydd. Dessutom gäller att varje uppsägning rättsligt måste kvalificeras som antingen pga. personliga skäl eller pga. arbetsbrist.⁹³³ Att bemanningsanställningen är en trepartsrelation påverkar – och utmanar delvis – tillämpningen av anställningsskyddet. Utmärkande för bemanningsarbete är att det inte endast före-

⁹³² AD 2008 nr 51.

⁹³³ 7 § och 2 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Ds 2002:56, s. 162f.

kommer anställningsavtal utan också ett kommersiellt avtal om inhyrning av arbetskraft mellan in- och uthyraren – och detta avtal samspelar också med anställningsskyddet.

Som utgångspunkt gäller att endast den kontraktuella arbetsgivaren kan vara den formella beslutsfattaren om uppsägningar eller andra åtgärder i anställningen, medan de närmare förväntningarna på arbetstagarnas person och utförande av arbetet kommer att definieras av den part som faktiskt tillgodogör sig arbetet, dvs. inhyraren. Även om saklig grund regeln är tvingande avgörs vad som är en saklig uppsägning delvis i relation till de närmare förväntningarna på arbetstagaren som gäller för just den aktuella tjänsten och arbetsuppgifterna – och dessa utformas av den som tillgodogör sig arbetet, dvs. inhyraren. Anställningsskyddsreglernas föremål blir på detta sätt tudelat; den ena huvudmannen, uthyraren, har befogenheten att besluta om att vidta uppsägning, medan den andra huvudmannen, inhyraren, åtminstone delvis har befogenheten att definiera förväntningarna på arbetstagaren – och dessa avgör till viss del om den andra partens åtgärd ska vara tillåten (dvs. vara sakligt grundad).

Relationerna mellan in- och uthyraren är inte särskilt lagreglerade. Om avtalet mellan huvudmännen ska påverkas på något sätt med anledning av kontroverser mellan parterna, avgörs av avtalets lydelse samt allmänna kontraktsrättsliga principer kring kontraktsbrott. Uthyraren ansvarar för den uthyrde arbetstagarens agerande vid fullgörande av bemanningsavtalet mellan in- och uthyre. Inhyraren får åberopa arbetstagarens försummelse och begära skadestånd för eventuell förlust och andra kontraktsrättsliga sanktioner av uthyraren. Inhyrarens agerande mot den inhyrda arbetstagaren kan på motsvarande sätt åberopas av uthyraren och ligga till grund för påföljder i avtalsrelationen mellan in- och uthyre.⁹³⁴

Vad gäller i den situationen att den inhyrde arbetstagaren gör sig skyldig till någon förseelse eller dylikt⁹³⁵, som skulle utgjort saklig grund för uppsägning, om den hade begåtts mot den kontraktuella arbetsgivaren, dvs. omedelbart inom ramen för ett anställningsförhållandes partsställning? Anställningsskyddslagen är ju tillämplig i relation mellan arbetstagaren och bemanningsföretaget, men hur verkar anställningsskyddet för den händelse inhyraren avslutar inhyrningen av den felande arbetstagaren, och uthyraren tvingas leverera en annan arbetstagare. Vilket skydd har den felande arbetstagaren när denna återkommer till uthyraren, och alltså inte skapar några inkomster för denna? Den kontraktuella arbetsgivaren bemanningsföretaget kanske vill avsluta anställningsförhållandet med hänvisning till förseelsen

⁹³⁴ Hellner, m.fl. *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*, 2006, s. 121: ”Det är obestridligt så att part som skall utföra en prestation ansvarar för sina anställda på samma sätt som för sig själv. Denna princip gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet...”

⁹³⁵ T.ex. trakasserier och kränkningar riktade mot arbetsledning och arbetskamrater; se om detta exempelvis AD 2013 nr 12 och AD 2014 nr 90.

hos inhyraren. En grundläggande problematik avser vad som ska anses vara grunden för uppsägningen. Handlar det om en uppsägning pga. omständigheter hänförliga till arbetstagaren personligen, eller om en uppsägning pga. arbetsbrist? Om uppsägningen ska anses vara pga. personliga skäl kan arbetstagaren utöver skadestånd yrka också ogiltigförklaring av uppsägningen. Ifråga om arbetsbristuppsägning ska turordning göras, och arbetstagaren är begränsad till att föra skadeståndstalan under påstående om turordningsbrott. Ska arbetstagarens förseelse eller den efterföljande övertaligheten stå i fokus för tillämpningen av anställningsskyddslagen? Båda lösningarna kan sägas ha fog för sig, samtidigt som vare sig lagförarbeten eller praxis innehåller någon uttrycklig diskussion i frågan.

Å ena sidan kan en argumentera att bemanningsarbetets själva idé – att affärsmässigt sälja arbete utfört av arbetstagare, utan att arbetsgivaransvaret följer med till köparen av arbetet – borde ges genomslag på den här punkten. Då skulle återsändandet av en arbetstagare, oavsett skälet härför, anses leda till en arbetsbristsituation – det saknas arbetsuppgifter till alla arbetstagare – i vilken arbetsgivaren får vidta uppsägningar, med iakttagande av turordningsreglerna.⁹³⁶ Detta synsätt tar fasta på allmänna arbetsrättsliga synsätt och överför dem till bemanningsarbetets område: avtar efterfrågan på arbetsgivarens produkter eller tjänster får uppsägningar äga rum, utan att det måste utredas varför köparna på marknaden inte längre efterfrågar produkten (eller om deras beslut är sakligt eller ens väl underbyggt). På bemanningsarbetets område skulle detta innebära att en arbetstagare som inte kan hyras ut blir del i en övertalighet i relation till mängden arbetsuppgifter som arbetsgivaren behöver få utförda, och att uppsägningar då skulle bli sakligt grundande, och ske med stöd av arbetsbristreglerna (turordning enligt lag eller kollektivavtal utan möjlighet till ogiltighetstalan). Effekten av detta synsätt blir att en arbetstagers agerande som skulle utgöra saklig grund för uppsägning om det ägde rum i relation till en kontraktuell arbetsgivare, hos en inhyrare omvandlades till en arbetsbristsituation hos uthyraren. På detta sätt skulle en arbetstagers misskötsamhet eventuellt kunna drabba andra arbetstagare (i samma driftsenhet/kollektivavtalsområde, med sämre plats i turordningen), som skulle riskera uppsägning.⁹³⁷ I detta synsätt är anställningsskyddets ursprung i en bilateral arbetsorganisation framträdande, och vidare bejakas bemanningsarbetets kärna att sälja arbetstagers arbete utan att det kontraktuella arbetsgivaransvaret följer med till den som tillgodosör sig arbetet. Det framstår emellertid inte som rimligt att det accepteras att inhyrarens avbrytande pga. personliga skäl av inhyrningsrelationen avseende en viss arbetstagare, ska tillåtas omvandlas till arbetsbrist i uthyraren; då skulle ju en arbetstagers felande riskera en annan arbetstagers anställning. Dessutom; konsumenters avtagande efterfrågan på en produkt eller tjänst bör inte jäm-

⁹³⁶ Prop. 1981/82:71, s. 65: ”Arbetsbrist är saklig grund för uppsägning.” 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹³⁷ 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

ställas med en arbetsgivares efterfrågan av arbetskraft, ens i en bransch där arbetsgivarens produkt utgörs uteslutande av arbetstagares arbete. Särskilda regler – anställningsskyddet – är tillämpligt på arbetsgivares efterfrågan av arbetskraft. Den anställningsskyddsrättsliga grundsatsen att ”uppsägningsskäl som primärt hänger samman med en viss arbetstagare bedöms ha skett av personliga skäl även om skälen ytterst har verksamhetsanknutna motiv”⁹³⁸ aktualiseras. Det betyder att arbetsgivarens kostnader för (t.ex.) en misskötsam arbetstagare inte ska stå i förgrunden, utan att misskötsamheten ska anses utgöra uppsägningsskälet. Man kan tala om att ”orsakskedjan” eller ”kausallinjerna” inte ska dras längre än till arbetstagarens agerande (etc.).⁹³⁹ Om dessa utgångspunkter tillåts fälla avgörandet ska uthyrarens uppsägning av den felande bemanningsarbetstagaren bedömas som grundad i skäl hänförliga till arbetstagaren personligen.

Å andra sidan kan argumentationen anknyta till rättsläget avseende s.k. splittrad motivbild i anställningsskyddet, dvs. situationer då arbetsbrist föreligger i verksamheten, samtidigt som arbetsgivaren vill avsluta ett visst anställningsavtal av skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen. Att placera en annan arbetstagare på den felandes bemanningsuppdrag och säga upp den sistnämnde handlar då samtidigt om att minska kostnader i verksamheten och om att hantera en viss arbetstagares misskötsamhet. Det hela kan förstås som ett samband mellan arbetsbristen och det som utgör de personliga skälen, och i en sådan situation måste arbetsgivaren (bemanningsföretaget) få säga upp den felande med stöd av arbetsbrist – annars skulle ju den som misskött sig få ett starkare skydd än den som inte gjort det.⁹⁴⁰

Det framstår måhända fortfarande som oklart hur den här situationen ska infogas i det anställningsskyddsrättsliga systemet. Frågan framstår emellertid som värd att uppmärksamma eftersom lagstiftningen om bemanningsarbete bygger på antaganden om en strikt funktions- och rolluppdelning mellan in- och uthyrare i kombination med utgångspunkten att anställningsskyddslagen ska gälla fullt ut i relationen mellan bemanningsföretag (kontraktuell arbetsgivare) och de bemanningsanställda. Begreppen som bygger upp lagstiftningen om anställningsskydd vid arbetsbrist har inte tagits fram med avseende på bemanningsarbete (som var förbjudet vid den tiden) och har en rumslig dimension (jfr turordningskrets; driftsenhet) som passar sämre med bemanningsarbetet som ju bedrivs utanför (den kontraktuella) arbetsgivarens arbetsorganisation.⁹⁴¹

⁹³⁸ Ds 2002:56, s. 165, referenser utelämnade här.

⁹³⁹ Ds 2002:56, s. 165.

⁹⁴⁰ DS 2002:56, s. 166 med hänvisning till framförallt AD 2000 nr 31.

⁹⁴¹ 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

Det ligger närmast till hands att en arbetstagare får sägas upp av bemanningsföretaget för en misskötsamhet (som i övrigt uppfyller kravet om saklig grund för uppsägning) som begåtts hos inhyraren. De andra arbetstagarna bör inte drabbas av övertalighet av det skälet att någon misskött sig ute på ett uppdrag. Vikande efterfrågan på bemanningstjänster som visar sig hos uthyraren och som beror på omständigheter hänförliga till en viss arbetstagare personligen får hanteras som en uppsägning pga. personliga skäl. Den här utgångspunkten står i samklang med saklig grund-regelns tvingande karaktär och den övergripande principen om att ingen arbetstagare ska berövas arbetsrättsligt skydd endast av det skälet att dess anställningsförhållande inte har en huvudman, utan två. Den ovanstående diskussionen har visat hur arbetsrättsliga bedömningar med ursprung i den bilaterala föreställningsvärlden relaterar till en triangulär partsställning och hur de påverkas av att det förekommer två huvudmän i anställningsförhållandet, som var för sig representerar olika aspekter av det som i sin helhet var placerat på en och samma hand (dvs. arbetsgivarfunktionerna), samtidigt som förpliktelserna enligt anställningsskyddslagen ligger endast på den kontraktuella arbetsgivaren.

Det är möjligt att infoga den bemanningsanställdas felande hos inhyraren i en bilateral föreställningsvärld avseende anställningsskyddet. Det som krävs är att den bemanningsanställdas agerande uppfattas som riktat mot den kontraktuella arbetsgivarens (uthyrarens) ”intressesfär” och att agerandet uppfattas som att det i förlängningen drabbar motparten i anställningsförhållandet. Att en arbetstagare felar i relation till någon av den kontraktuella arbetsgivarens affärspartners utgör ett brott mot anställningsavtalet, och om förseelsen i det enskilda fallet är tillräckligt omfattande kan kravet om saklig grund för uppsägning vara uppfyllt.⁹⁴² Den här analysen tar fasta på det kontraktuella mönster som utvecklats i och med den bilaterala arbetsorganisationen. Överförd till bemanningsanställningens triangulära organisation utgör den en form av identifikation mellan in- och uthyrare, och detta är måhända den problematiska punkten, eftersom konstruktionen av bemanningsarbetet utgår från och bygger vidare på en funktionsuppdelning avseende in- och uthyrare. I andra frågor på anställningsskyddets område, t.ex. skyldighet för inhyrare att informera inhyrda om lediga anställningar, anses det krävas lagstöd för att omfördela arbetsgivarrollen på de båda företagen på huvudmannasidan.

Omplaceringsskyldigheten i den tvingande saklig grund-regeln kommer i alla händelser att fullgöras hos den kontraktuella arbetsgivaren, dvs. i bemanningsföretaget.⁹⁴³

⁹⁴² 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Se om saklig grund för uppsägning pga. förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen kapitel 2.1.2, kapitel 2.1.4 och kapitel 2.2.3 med hänvisningar.

⁹⁴³ AD 1987 nr 2 i ljust av SOU 1997:58, s. 47, Ds 1989:30, s. 112 f., prop. 1990/91:124, s. 55, SOU 1992:116, s. 99 och s. 108, prop. 1992/93:218, s. 34.

Vad gäller om inhyraren gör sig skyldig till något som hade gett arbetstagaren rätt att frånträda anställningen, om agerandet hade varit begånget av arbetsgivaren inom ramen för ett anställningsförhållande?⁹⁴⁴ Ett sådant agerande kan t.ex. utgöras av trakasserier, misshandel, allvarigare förolämpningar och hot om våld, och utöver frågan om de inte utgör brott, kan frågan väckas om det inte aktualiserar någon arbetsrättslig skyddsregel.⁹⁴⁵ Arbetstagarens förseelse mot inhyraren uppfattas enligt det ovanstående som en förseelse riktad mot den kontraktuella arbetsgivaren bemanningsföretaget, så för att det ska råda symmetri på den här punkten måste arbetstagaren kunna hålla sin kontraktuella arbetsgivare ansvarig för vad inhyraren gjort. En modell som tillhandahåller detta utgörs av att ta fasta på att uthyraren delegerar arbetsledningsrätten till inhyraren, och på denna avtalsrättsliga grund får ansvara för vad inhyraren gör inom denna behörighet och befogenhet.

Mellan bemanningsföretaget och arbetstagaren gäller dessutom en anställningsrelation, som under vissa förutsättningar kan avbrytas vid parternas avtalsbrott mot varandra. Uppsägningsskäl kan också hänföra sig till arbetstagarens agerande direkt mot bemanningsföretaget, och dessutom kan bemanningsföretagets agerande direkt mot arbetstagaren medföra rätt att frånträda anställningen. Denna situation regleras av anställningsskyddets huvudregler i sedvanlig tillämpning.⁹⁴⁶

2.5.5 Verksamhetsrelaterade uppsägningar

2.5.5.1 Brist på anställningar, arbetsbrist och inhyrning – i kundföretaget

Vad gäller om kundföretaget anger arbetsbrist i verksamheten, verkställer uppsägningar och hyr in personal under tiden de tidigare anställda har företrädesrätt till återanställning?⁹⁴⁷ Detta agerande från arbetsgivarnas sida har gett upphov till

⁹⁴⁴ 4 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd; ”En arbetstagare får med omedelbar verkan frånträda sin anställning, om arbetsgivaren i väsentlig mån har åsidosatt sina åligganden mot arbetstagaren.”

⁹⁴⁵ Se t.ex. AD 1983 nr 5 och AD 1985 nr 65. I båda dessa domar förhåller sig domstolen uttryckligen men kortfattat till frågan om huruvida ett visst agerande som drabbat arbetstagaren ska tillgodoräknas arbetsgivaren. I AD 1983 nr 5 heter det ”En särskild fråga är vilken betydelse det får att handlandet utförts inte av arbetsgivaren utan av en medhjälpare till denne. I sådana fall torde arbetsgivaren i vissa fall kunna agera på sådant sätt, exempelvis genom att omedelbart omplacera medhjälparen, att den kränkande handlingen inte berättigar till hävning.” och i AD 1985 nr 65 heter det att ”Vissa av de åtgärder som SEF har påstått innebära trakasserier av Kristina har vidtagits av Bergman eller föranletts av Bergmans råd till makarna Schönborg. Av Rune Schönborgs uppgifter i målet framgår emellertid att han efter den 11 januari 1984 överlätit åt Bergman att sköta ärendet åt bolaget samt godtagit Bergmans åtgärder och bedömningar. På grund härav får även Bergmans handlande i ärendet tillgodoräknas bolaget.” Se även prop. 1973:129, s. 241 och prop. 1981/82:71, s. 72 om våld etc. i arbetslivet.

⁹⁴⁶ 4 § 3 st. och 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁴⁷ 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

missnöje på arbetstagar sidan. Frågan har varit uppe till bedömning i Arbetsdomstolen vid två tillfällen, och båda gångerna har utfallet blivit att förfarandet är tillåtet.⁹⁴⁸ Den kontraktuella definitionen av arbetsgivarbegreppet är närvarande i domarna: domstolen konstaterar att inhyraren inte har agerat i egenskap av arbetsgivar, i bemärkelsen ingått något anställningsavtal, och därför har inte någon företädesberättigande situation uppstått i relation till de tidigare anställda. Det har övervägts att införa ett lagstadgat förbud mot inhyrning under den tid som någon tidigare anställd har företädesrätt till återanställning, men detta har inte genomförts eftersom regleringen skulle vara otymplig och att det inte alltid är ett realistiskt alternativ att återanställa före att hyra in.⁹⁴⁹ En statlig utredning har konstaterat att inhyrning under företädesrättsperioden är sällsynt.⁹⁵⁰ Turordningskretsarna i kundföretaget innehåller aldrig de inhyrda, utan endast de arbetstagare med kundföretaget som motpart i anställningen.⁹⁵¹ Arbetsbristen följer det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. De inhyrdas ställning hos kundföretaget (inhyrningsavtalets fortbestånd) påverkas inte av att kundföretaget åberopar arbetsbrist och säger upp anställningsavtal.⁹⁵² Endast arbetsbrist hos motparten i anställningen kan hota den bemanningsanställdes anställning.

I kollektivavtal kan arbetsgivaren emellertid åta sig i relation till den lokala arbetstagarorganisationen att inte åberopa arbetsbrist och säga upp anställningsavtal på den grunden, så länge som det förekommer inhyrd personal i verksamheten.⁹⁵³ Denna kollektivavtalsreglering har inte prövats i relation till förbudet mot begränsningar i möjligheterna att använda bemanningsarbete som föreligger i EU-direktivet om bemanning från 2008.⁹⁵⁴ Eftersom denna kollektivavtalsreglering reglerar arbetsgivarens möjligheter att avsluta anställningsavtal, snarare än att direkt avse förutsättningar under vilka inhyrning får äga rum (det är således aldrig förbjudet enligt detta kollektivavtal), ligger det inte nära till hands att anta att den här typen av kollektivavtalsklausuler skulle stå i strid med direktivets förbud mot begränsningar av möjligheter att använda bemanningsarbete.

Det kan också diskuteras om ett kundföretags avslutande av inhyrningsavtalet leder till att det uppstår arbetsbrist i bemanningsföretaget.⁹⁵⁵

⁹⁴⁸ AD 2003 nr 4, AD 2007 nr 72. Av 2007 års dom framgår att arbetstagarparten numer inte ifrågasätter inhyrning under företädesrätt i sig.

⁹⁴⁹ SOU 1997:58, s. 58 f.

⁹⁵⁰ SOU 2014:55, s. 288.

⁹⁵¹ SOU 1997:58, s. 57 ff.

⁹⁵² AD 2003 nr 4, AD 2003 nr 72.

⁹⁵³ AD 2005 nr 46 innehåller ett exempel på ett sådant kollektivavtal.

⁹⁵⁴ Direktiv 2008/104/EG art. 4.

⁹⁵⁵ Jfr kapitel 2.5.5.2 om hanteringen av arbetsbrist i bemanningsföretaget.

2.5.5.2 Arbetsbrist, turordning och återanställning i bemanningsföretaget

Bristande efterfrågan på arbetsgivarens tjänster får läggas till grund för ställningstagandet att det råder arbetsbrist i verksamheten, och därmed blir det tillåtet att vidta uppsägningar. På detta sätt kan inhyrares beslut att avsluta inhyrningsrelationen leda till arbetsbrist i uthyrarföretaget.⁹⁵⁶

Vad gäller om bemanningsarbetsgivaren åberopar arbetsbrist och önskar säga upp personal? Ponera dessutom att alla anställda är uthyrda till olika kunder (det är inte fråga om arbetsbrist i bemärkelsen brist på arbete). Hur ska denna situation hantearas vid tillämpning av anställningsskyddslagen? Frågan blir vilka arbetstagare som ska turordnas tillsammans, eller annorlunda uttryckt; hur kommer driftsenheterna att se ut? På den här punkten föreligger en form av motsättning på lagstiftningsnivå. Reglerna om bemanning bygger på att arbetskraften ska befinna sig hos andra företag än den kontraktuella arbetsgivaren, medan reglerna om anställningsskydd bygger på att geografiska faktorer ska avgöra vilka arbetstagare som turordnas tillsammans.⁹⁵⁷ De lagstiftningsärenden som legaliserade bemanning respektive genomförde bemanningsdirektivet har inte uppmärksammat denna problematik. Eftersom anställningsskyddslagen ska tillämpas på bemanningsföretaget i dess egenskap av kontraktuell arbetsgivare⁹⁵⁸, kommer turordning i den verksamheten att göras med stöd av begrepp som tillkommit under en tid när bemanningsarbete var kriminaliserat. Om det geografiska synsättet på driftsenhetsbegreppet – som ju både lagförarbeten⁹⁵⁹ och praxis⁹⁶⁰ utgår från – ska tillämpas på bemanningsarbetsgivare innebär det att bemanningsanställda sysselsatta i uthyrningar som befinner sig i olika driftsenheter (och detta får antas vara det vanligaste), inte ska turordnas tillsammans.⁹⁶¹ Om två uthyrningar till olika kunder av en slump råkar befinna sig på samma driftsenhet, ska de bemanningsanställda turordnas tillsammans. Det geografiska synsättet i anställningsskyddslagen är svårt att tillämpa då arbetsgivaren saknar arbetsorganisation. Om varje uthyrning ska betraktas för sig urgröps senioritetsprincipens genomslag. Den kontraktuella arbetsgivarens arbetsorganisation i bemärkelsen driftsenheter blir kontingent, och kommer att vara avhängig vilka uthyrningsuppdrag som föreligger vid tiden då arbetsbristen ska hanteras.

⁹⁵⁶ 7 § och 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁵⁷ 1 § och 5 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare jämfört med 22 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁵⁸ SOU 1997:58, s. 47, Ds 1989:30, s. 112 f., prop. 1990/91:124, s. 55, SOU 1992:116, s. 99 och s. 108, prop. 1992/93:218, s. 34.

⁹⁵⁹ Prop. 1973:129, s. 156 ff, s. 260.

⁹⁶⁰ AD 1982 nr 32, AD 2006 nr 15, AD 1994 nr 85, AD 1993 nr 99.

⁹⁶¹ Ligger de dessutom på olika orter kan de inte heller slås samman efter begäran av lokal arbetsgarorganisation. 22 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd.

En dom från Arbetsdomstolen, också från tiden före legaliseringen av bemanningsarbete, öppnar emellertid upp för ett mer organisatoriskt synsätt på driftsenhetsbegreppet, på ett sätt som kan möjliggöra att bemanningsföretaget uppfattas som driftsenhet, trots att de anställda inte befinner sig på den geografiska platsen.⁹⁶² Domstolen anger att anställningsskyddslagens förarbeten inte ger tillräcklig ledning för bedömning av alla tänkbara tillämpningsfrågor som kan uppstå om driftsenhetsbegreppet, och att frågan om hur man ska se på arbetstagare som saknar fast arbetsplats inte kan lösas med stöd av förarbetena.⁹⁶³ Domen har uppfattats som stöd för tankegången att det geografiska synsättet inte kan upprätthållas undantagslöst.⁹⁶⁴ Lagstiftaren har (med avseende på arbetstagare med arbetsplats i bostaden) sedermera i princip övergivit det undantagslöst geografiska driftsenhetsbegreppet.⁹⁶⁵

Vidare föreskriver bemanningsavtalet på LO-området att

Det kontor vid vilket arbetstagaren är anställd ska utgöra driftsenhet enligt 22, 25 och 25 § LAS.⁹⁶⁶

Denna kollektivavtalsreglering förefaller utgå från att anställningsskyddslagen undantagslöst bygger på det geografiska synsättet på driftsenhetsbegreppet, men det kan ju också röra sig om en försiktighetsåtgärd i tydlighetens intresse från parternas sida. I alla händelser får driftsenhetsbegreppet i anställningsskyddslagen tolkas på det sättet att bemanningsföretagets verksamhet är utgångspunkten för detta begrepp, dvs. att det tillämpas på det företag som är part i anställningsavtalet, och inte med utgångspunkt i de enheter där arbetet faktiskt utförs (dvs. kundföretagen). För den tolkningen talar att lagstiftaren då den 1974 skapade driftsenhetsbegreppet inte kunde ha föreställt sig att detta begrepp skulle tillämpas i bemanningsarbetets trepartsrelation (eftersom den var straffbar).

Implikationen av att bemanningsföretaget är utgångspunkten för driftsenhetsbegreppet blir att senioritetsprincipen blir mer betydelsefull för att turordna de bemanningsanställda. De omstruktureringar som kan bli följden av att arbetstagarna med längst anställningstid och tillräckliga kvalifikationer ges företräde till fortsatt anställning⁹⁶⁷ kommer på detta sätt att slå ut över bemanningsföretagets uthyrningar. Företrädesrätten till återanställning kommer också den att aktualiseras i

⁹⁶² AD 1988 nr 100.

⁹⁶³ AD 1988 nr 100, s. 729.

⁹⁶⁴ SOU 1998:115, s. 96, prop. 1999/00:86, s. 124.

⁹⁶⁵ 22 § 3 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd: ”Enbart den omständigheten att en arbetstagare har sin arbetsplats i sin bostad medför inte att den arbetsplatsen utgör en egen driftsenhet.”

⁹⁶⁶ Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, § 3 mom 7.

⁹⁶⁷ 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

relation till bemanningsföretaget och med utgångspunkt i de geografiska förhållandena avseende det företaget.⁹⁶⁸

En fråga som inte varit föremål för särskilt övervägande, vare sig under lagstiftningsarbetet eller annars därefter, om anställningsskydd och bemanningsarbete handlar om huruvida bemanningsföretagets olika roller, som dels egen verksamhet, dels som uthyrare, ska hållas isär vid tillämpningen av anställningsskyddet. Arbetstagarna ska enligt allmänna regler i förekommande fall delas upp efter kollektivavtalsområde.⁹⁶⁹ Givet de ovanstående utgångspunkterna, och med tillämpning av anställningsskyddslagen; kan en arbetstagare som anställd av bemanningsföretaget för att hyras ut till kundföretag för att arbeta där under dennas kontroll och ledning⁹⁷⁰ komma att ha företräde till fortsatt anställning eller återanställning i verksamhet som bemanningsföretaget driver för egen räkning? Ska anställningsskyddet för en person som anställd för att hyras ut beräknas i relation också till den verksamhet som bemanningsföretaget driver för egen del? Har en person som anställd för att arbeta utanför den kontraktuella arbetsgivarens egen arbetsorganisation anspråk på anställningstrygghet också i relation till den kontraktuella arbetsgivarens (bemanningsföretagets) egen arbetsorganisation? Lagstiftaren har i förarbetena inte förhållit sig till denna problematik, och inte heller föreligger några rättsfall som kan belysa saken. Eftersom den övergripande utgångspunkten för bemanningsarbete enligt förarbetena är att anställningsskyddslagen ska gälla fullt ut i relationen mellan arbetstagarna och bemanningsföretaget (dvs. den kontraktuella arbetsgivaren)⁹⁷¹ får det antas vara lagstiftarens hållning att bemanningsföretagets olika roller inte ska hanteras åtskilda, och att någon rolluppdelning ifråga om bemanningsföretaget inte ska påverka tillämpningen av anställningsskyddslagen. Möjligen kan rättsläget sägas vara oklart, och i alla händelser framstår denna problematik som lämplig att reglera i kollektivavtalen för bemanningsbranschen. En implikation blir att enligt anställningsskyddslagen kan en person som anställd för att arbeta i bemanningsföretagets egen verksamhet – dvs. anställd för att inte hyras ut – i princip ha företrädesrätt till fortsatt anställning och återanställning i uthyrningsverksamheten. Vid tillämpning av anställningsskyddslagen kan därför en person som anställd för att vara verksam i sin kontraktuella arbetsgivares arbetsorganisation (detta framstår ur den enskilda arbetstagarens synvinkel som en bilateral arbetsorganisation), komma att turordnas i relation till uthyrningsverksamheten som denna arbetsgivare bedriver. För turordning för fortsatt anställning och företrädesrätt till återanställning gäller att vissa övriga förutsättningar, särskilt

⁹⁶⁸ 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁶⁹ 22 § och 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁷⁰ Jfr tillämpningsområdet för regleringen av bemanningsarbetet i 1 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

⁹⁷¹ SOU 1997:58, s. 47, Ds 1989:30, s. 112 f., prop. 1990/91:124, s. 55, SOU 1992:116, s. 99 och s. 108, prop. 1992/93:218, s. 34.

avseende kvalifikationer, ska vara uppfyllda.⁹⁷² Om lagstiftningen hade skiljt bemanningsföretagets roller åt och hanterat den interna arbetskraften för sig hade möjligen förutsägbarheten ökat vad gäller utfallet av turordning enligt anställningsskyddslagen. Samtidigt hade det i princip minskat turordningskretsarnas omfång. Om lagstiftaren utfärdat särskild lagreglering på den här punkten så hade detta utgjort ett avsteg från den övergripande utgångspunkten om att bemanningsarbetsgivare ska behandlas som vilka arbetsgivare som helst och från det väletablerade synsättet som fäster vikt vid arbetsrättens generella tillämplighet i olika avseenden.

2.5.6 Omplaceringsskyldighetens omfång

En uppsägning är inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren omplacerar arbetstagaren till annat arbete ”hos sig”.⁹⁷³ Eftersom anställningsskyddslagen tillämpas fullt ut på bemanningsföretaget blir det mot detta som omplaceringsåtgärderna avseende den uppsägningshotade bemanningsanställda ska bedömas.⁹⁷⁴ Det blir inte aktuellt att kräva omplacering till arbete (anställning) hos kundföretaget där man varit verksam, eller till något annat kundföretag som bemanningsföretaget kan ha avtal med. Det krävs av arbetsgivaren att man inleder sökandet efter omplaceringsmöjligheter på den arbetsplats eller företagsenhet där arbetstagaren var sysselsatt; skyldigheten sträcker sig så långt som till att avse ”företaget”.⁹⁷⁵ Eftersom denna form av omplacering avser endast lediga anställningar,⁹⁷⁶ kan det aldrig bli tal om att arbetstagaren kan göra anspråk på att få bli uthyrd före någon annan. Det blir i praktiken bemanningsföretagets uthyrningar vid tidpunkten för omplaceringsåtgärden som avgör omplaceringsskyldighetens räckvidd. Bemanningsföretaget bedriver ju verksamhet hos de olika kunderna, och då måste det övervägas om där finns omplaceringsmöjligheter. Omplaceringsskyldigheten förefaller därmed bli avhängig bemanningsföretagets uthyrningar. Om uthyraren ingår ytterligare bemanningsavtal (uthyrningsavtal) ökar således i princip utrymmet för omplacering. Inget talar emot att bemanningsföretagets egen verksamhet ska anses ingå i omplaceringsskyldigheten; trots att arbetskraften anställts för att hyras ut kan den bli omplacerad till bemanningsföretagets egen verksamhet om förutsättningarna för detta är uppfyllda i övrigt.

⁹⁷² 22 § och 25 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁷³ 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

⁹⁷⁴ SOU 1997:58, s. 47, Ds 1989:30, s. 112 f., prop. 1990/91:124, s. 55, SOU 1992:116, s. 99 och s. 108, prop. 1992/93:218, s. 34.

⁹⁷⁵ Prop. 1973:129, s. 121f.

⁹⁷⁶ 7 § 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd, prop. 1973:129, s. 122.

2.5.7 Särreglering av bemanningsanställda

2.5.7.1 Arbetsorganisationens ansvar bortom det kontraktuella arbetsgivaransvaret

På vissa punkter innehåller arbetsrätten regler som uttryckligen gäller för just bemanningsarbetstagare; det gäller arbetsmiljö och diskriminering, men också några få andra aspekter av anställningsrelationen. Dessa särregler blir tillämpliga p.g.a. kontexten i vilken anställningsrelationen befinner sig och relaterar till anställningsrelationen som sådan, och inte till någon egenskap hos arbetstagarens person.⁹⁷⁷ Det faktum att anställningsavtalets karaktär medför att vissa särregler blir tillämpliga ger dessa regler en systematisk släktskap med anställningsskyddslagens allmänna reglering för anställningsavtalet.⁹⁷⁸ Dessa särregler för bemanningsanställda kretsar dessutom kring de situationer när denna kategori arbetstagare bör kunna vända sig med arbetsrättsligt prägade anspråk mot en annan huvudman än sin kontraktuella arbetsgivare.⁹⁷⁹

I vilka fall har lagstiftaren slagit fast att en bemanningsarbetstagare ska bli föremål för särreglering eller mottagare av extra skydd jämfört med andra arbetstagare, och när ska särskilda skyldigheter vara placerade på inhyraren i denna dess egenskap? På två punkter föreligger en direkt lagstadgad relation mellan huvudmannen i den arbetsorganisation i vilken bemanningsarbetstagaren är verksam och den arbetstagaren. För det första; på särskilt sätt ska kundföretaget

informera arbetstagare som arbetar hos företaget om lediga tillsvidareanställningar och provanställningar hos företaget.⁹⁸⁰

Eftersom anställningsskyddet bygger på den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar krävdes en särskild lagregel för att genomföra direktivets regel.⁹⁸¹ Skyldigheten avser inte endast sådana anställningar med samma arbetsupp-

⁹⁷⁷ Jfr lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.

⁹⁷⁸ Sverige saknar allmän lagstiftning om anställningsavtalet. Detta har t.ex. Finland i sin arbetsavtalslag. Se Bruun och Koskull, *Allmän arbetsrätt*, 2001, s. 36 ff.

⁹⁷⁹ Jfr hur 1992 års arbetsrättskommitté ansåg att fackliga insyns- och medinflytanderättigheter skulle gälla mellan inhyrarföretaget och den inhyrda arbetstagaren och dennes organisation. De gällande reglerna (dvs. den kontraktuella utgångspunkten) på den här punkten uppfattades som konstlade, och det vore en omväg att fortsätta att kräva att inhyraren skulle gå via uthyraren, menade kommittén. Förslaget, som inte genomförts, beskrevs i termer av ”ett mera funktionellt arbetsgivarbegrepp” och ansågs leda till ett mer meningsfullt medinflytande. Se 1992 års arbetsrättskommitté, *Överväganden och förslag*, 1994, s. 89-91.

⁹⁸⁰ 12 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

⁹⁸¹ Direktiv 2008/104/EG, art. 6.1. samt 12 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. SOU 2011:5, s. 177f, s. 219 f, prop. 2011/12:178, s. 51 f, s. 104.

gifter som arbetstagaren redan utför; istället avses alla anställningar, oavsett arbetstidsmätt – och alla inhyrda ska informeras om alla anställningar, oavsett driftsenhet eller arbetsställe.⁹⁸²

För det andra ska kundföretag

ge arbetstagare som arbetar hos företaget tillgång till gemensamma anläggningar och inrättningar där på samma villkor som anställda hos företaget, om det inte finns särskilda skäl mot det.⁹⁸³

Dessa båda skyldigheter är kundföretagets ansvar i relation till de inhyrda, eller, annorlunda uttryckt, arbetsorganisationens ansvar i relation till dess arbetskraft, bortom den kontraktuella arbetsgivar-arbetstagarrelationen. Vid överträdelser är kundföretaget skadeståndsskyldigt i relation till den inhyrda arbetstagaren.⁹⁸⁴ Skyldigheterna avser enligt förarbetena sådant som endast kundföretaget förfogar över, och som inte ingår i de grundläggande arbets- och anställningsvillkor som omfattas av likabehandlingsprincipen.⁹⁸⁵

2.5.7.2 Arbetsgivaransvar bortom arbetsorganisationen; särskilt om likabehandlingsprincipen

I viss utsträckning är bemanningsföretagens kontraktuella arbetsgivarroll särreglerad och dessa företag är bärare av skyldigheter som inte andra arbetsgivare omfattas av. Arbetstagare med bemanningsföretag som kontraktuell arbetsgivare får inte av detta företag hindras från att ta anställning hos ett kundföretag.⁹⁸⁶ Denna regel hindrar avtal mellan såväl bemanningsföretag och anställd, som mellan in- och uthyrare.⁹⁸⁷ Dessutom får bemanningsföretaget aldrig begära eller ta emot ersättning av en arbetstagare för att hyra ut denna, eller begära eller ta emot ersättning för att denna har tagit anställning hos ett kundföretag.⁹⁸⁸ Om arbetstagaren byter kontraktuell arbetsgivare, från uthyrare till inhyrare, får detta i sig inte kosta henne något. Uthyraren får betinga sig viss ersättning från inhyraren för att arbetstagaren istället tar anställning hos inhyraren, men det får inte handla om ”ersättning för bytet av arbetsgivare i sig”.⁹⁸⁹

⁹⁸² Prop. 2011/12:178, s. 104, s. 51 f.

⁹⁸³ 11 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. Prop. 2011/12:178, s. 50f, s. 103 f.

⁹⁸⁴ 14 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

⁹⁸⁵ Prop. 2011/12:178, s. 59.

⁹⁸⁶ 9 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. Regeln är skadeståndssanktionerad; se 13 §.

⁹⁸⁷ Prop. 2011/12:178, s. 103.

⁹⁸⁸ 10 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. Regeln är skadeståndssanktionerad; se 13 §.

⁹⁸⁹ Prop. 2011/12:178, s. 48, SOU 2011:5, s. 180.

En särpräglad skyldighet gäller mellan bemanningsföretaget och dennes anställda: uthyraren ska under uthyrningsperioden,

tillförsäkra arbetstagaren minst de grundläggande arbets- och anställningsvillkoren som skulle ha gällt om han eller hon hade anställts direkt av kundföretaget för att utföra samma arbete.⁹⁹⁰

En kontraktuell arbetsgivare är således skyldig att behandla sina anställda som om de hade en annan kontraktuell arbetsgivare. Det faktum att likabehandlingsregeln är semi-dispositiv med EU-spärr innebär att den blir enklare att genomföra i den svenska arbetsrättsmodellen.⁹⁹¹

Likabehandlingstanken i den här tappningen är i sig ägnad att luckra upp skillnaderna mellan olika typer av anställningar, och mellan att ha olika kontraktuella arbetsgivare. I begränsad mening utgör likabehandlingsprincipen en spärr mot att inhyrda arbetstagare får sämre anställningsvillkor än de som har inhyraren som kontraktuell arbetsgivare. På så sätt hindrar likabehandling att bemanningsarbete används för att pressa löner och andra villkor i inhyrarföretag, och i förlängningen på hela arbetsmarknaden. En implikation av den norm som följer av principen är att förhandlingsutrymmet mellan de inhyrdas kontraktuella arbetsgivare, dvs. bemanningsföretaget, och dennes fackliga motpart inskränks.⁹⁹² Likabehandlingsprincipen innebär ett principiellt förbud mot att arbetstagarna – oavsett om den kontraktuella arbetsgivaren är in- eller uthyraren – drabbas av att det numera är tillåtet att köpa arbete utfört inom ramen för anställning, utan att för den skull ikläda sig arbetsgivarrollen. Som principiell måttstock för förståelsen av arbetsgivarbegreppet innebär likabehandlingsprincipen att de risker som kan komma att uppstå när platsen för arbetets utförande, dvs. arbetsorganisationen, inte sammanfaller med den kontraktuella arbetsgivaren (dvs. bemanningsföretaget), aldrig får skiftas från huvudmännen över till arbetstagarna.

Sanktionssystemet bakom likabehandlingsregeln är särpräglat. Samtliga avvikelser från likabehandlingsprincipen är uthyrarens ansvar. Om uthyraren/bemanningsarbetsgivaren och arbetstagaren ingår ett avtal som inte motsvarar villkoren som hade gällt om arbetstagaren hade anställts av inhyraren, så ansvarar bemanningsarbetsgivaren för detta brott mot likabehandlingsprincipen. Men, också i den situationen att inhyraren behandlar den inhyrda personalen sämre än vad hen behandlar sin egen, ansvarar uthyraren för denna överträdelse av likabehandlings-

⁹⁹⁰ 6 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. Denna regel gäller inte ifråga om lön för arbetstagare med tillsvidareanställning och lön mellan uppdrag. Se samma lags 8 §.

⁹⁹¹ Rönnmär, *The Regulation of Temporary Agency Work in Sweden and the Impact of the (2008/104/EC) Directive*, 2010, s. 422-429, s. 429. 3 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

⁹⁹² Edström, *Bemanningsarbete – både flexibelt och tryggt?*, 2012, s. 153-166, s. 165.

principen. Detta gäller även om uthyraren tillåter inhyraren att ”disponera över vissa av de grundläggande arbets- och anställningsvillkoren, t.ex. arbetstidens förläggning”, och det begås en överträdelse av likabehandlingsprincipen på detta sålunda delegerade område.⁹⁹³ Tanken var att skapa ”ett tydligt system för ansvaret”, som bygger på att den kontraktuella arbetsgivaren alltid ansvarar, även i de situationer där detta företag delegerat beslutanderätt om arbetskraftens villkor till inhyraren.⁹⁹⁴ Här föreligger i princip en viss frikoppling av maktställning och ansvar; den som fått beslutsmakten ansvarar inte direkt i relation till den drabbade om denna beslutsmakt använts i strid med regelverket. Detta kan dessutom uppfattas som en omtolkning av den kontraktuella arbetsgivarens ställning: nu ska denne ansvara direkt för förseelser eller medvetna övertramp, på områden som denne delegerat till inhyraren att besluta om. Det handlar här om det direkta ansvaret i relation till arbetskraften; uthyrare som fått betala skadestånd till arbetstagaren för att inhyraren brutit mot likabehandlingsprincipen kan sedan med stöd av ”allmänna kontraktsrättsliga principer” om regress begära summan åter av det företaget.⁹⁹⁵

Denna reglering får anses vara ett uttryck för en princip om att det kontraktuella arbetsgivaransvaret ska prioriteras före ett direkt ansvar mellan inhyrare och inhyrd. Dessutom innebär regleringen att bemanningsarbetets två huvudmän får ett incitament att sinsemellan avtala om ansvarsfrågor. Den kontraktuella arbetsgivaren får vidare ett visst incitament att endast ingå uthyrningsavtal med inhyrare som kan antas respektera likabehandlingsprincipen, eller i alla fall är solventa för skadeståndet. Det föreligger inte någon möjlighet för arbetstagaren att vända sig direkt till inhyraren och begära skadestånd för dennes brott mot likabehandlingsprincipen, utan vägen måste gå via den kontraktuella arbetsgivaren, som efter domen fallit får föra regresstalan mot inhyraren. En möjlighet för arbetstagaren att i denna situation vända sig direkt mot inhyraren kunde tänkas vara värdefull när den kontraktuella arbetsgivaren inte är solvent för skadeståndet, och arbetstagaren måste vänta på regressmålet för att få pengarna.

⁹⁹³ Prop. 2011/12:178, s. 38.

⁹⁹⁴ Prop. 2011/12:178, s. 56, s. 104.

⁹⁹⁵ Prop. 2011/12:178, s. 61.

2.6 Slutsatser och sammanfattande analyser

2.6.1 Övergripande frågor

På anställningstrygghetens område är den kontraktuella utgångspunkten avgörande för placeringen av skyddsansvaret; endast den som är part i anställningsavtalet bär arbetsgivarskyldigheterna. I svensk arbetsrätt har föremålet för reglering i lagstiftning om anställningstrygghet uppfattats vara arbetstagarnas befintliga anställningsavtal och detta har grundlagt en stark koppling mellan anställningsskyddslagstiftning och grundläggande allmänna civilrättsliga regler och principer särskilt om avtals subjektiva begränsningar och partsbyte. Anställningsavtalet kan inte ingås med ett subjekt, och sedan via anställningsskyddet – t.ex. ogiltigförklaring av en uppsägning – överflyttas till ett annat subjekt. En sådan regel skulle stå i strid med civilrättsliga utgångspunkter (reglerna om verksamhetsövergång kan emellertid bli tillämpliga, och innebära att anställningsavtalet får en ny arbetsgivarpart). Anställningsskyddet har en påtaglig ”allt-eller-ingen”-karaktär. Det är svårt att föreställa sig att ansvaret för anställningsskydd skulle kunna delas mellan flera huvudmän, på sätt som är brukligt i t.ex. arbetsmiljösammanhang och i skyddet mot diskriminering. Med mindre än att det accepteras att arbetsrätten (ytterligare) avviker från civilrättsliga utgångspunkter, kan modifieringar av ansvarsfördelningen i regleringen av anställningstrygghet endast avse mindre aspekter (beräkningen av anställningstid i koncerner är ett exempel). Lagstiftaren har självfallet alltid möjlighet att i arbetstagar skyddets intresse föreskriva att arbetsrättens regler ska avvika från vad som hade gällt vid tillämpning av de generella kontraktsrättsliga utgångspunkterna.

Endast den som är arbetstagare omfattas av anställningsskyddslagen och har anställningstrygghet. Arbetsgivarbegreppet förekommer i viss mening som en del av arbetstagarbegreppet: fördelningen av arbetsgivarfunktionernas utövande i relation till arbetskraften kan komma att inverka på statusen som arbetstagare hos en viss arbetspresterande. Ett kriterium i arbetstagarbegreppet (det innehåller ett flertal kriterier, och en sammanvägande helhetsbedömning ska göras) handlar nämligen om i vilken grad huvudmannen utövar kontroll över den arbetspresterande: en låg grad av inlemmande av den arbetspresterande i arbetsorganisationen innebär ofta att huvudmannen utövar mindre kontroll av denna – och tvärtom: en hög grad av inlemmande i arbetsorganisationen motsvaras ofta av förutsättningar för att utöva kontroll över den arbetspresterande. Tumregeln lyder att ju högre grad av frihet i detta hänseende, desto starkare karaktär av uppdragsförhållande har ett visst ar-

betsförhållande.⁹⁹⁶ Den som inlemmar en arbetspresterande eller en arbetstagare hos en uppdragstagare (entreprenadföretag) hårt i sin arbetsorganisation riskerar att tillämpningen av arbetstagarbegreppet utfaller på så sätt att denna ska uppfattas som arbetsgivare till denna (och att den arbetspresterande ska anses utgöra en arbetstagare). Den som vill köpa arbete utan att bli ansvarig som arbetsgivare, måste därför förvissa sig om att inte utöva alltför mycket kontroll över arbetsprestationen. Ju fler av de funktioner som traditionellt ansetts höra till den klassiska arbetsgivarrollen som en huvudman utövar, desto större sannolikhet att denna huvudman också, i och med det tvingande arbetstagarbegreppet, faktiskt också hålls ansvarig som arbetsgivare.⁹⁹⁷

I komplexa arbetsorganisationer där åtminstone en huvudman är part i kollektivavtal får medbestämmandelagens rätt för arbetstagarorganisationer att under vissa förutsättningar lägga in veto mot en arbetsgivaråtgärd en särpräglad effekt. De komplexa arbetsorganisationerna karaktäriseras av att arbetstagarna är verksamma över bolagsgränserna (i koncerner, t.ex., är det vanligt att personalförsörjningen är utformad bortom anställningsavtalens partsställning i form av s.k. moderbolagsanställning). Detta innebär att de ingående huvudmännen får arbete presterat för sig utanför anställningsförhållande – och det innebär att vetoreglerna blir tillämpliga. Varje gång en kollektivavtalsbunden arbetsgivare använder arbetstagare man inte är kontraktuell arbetsgivare för, blir man skyldig att på eget initiativ kontakta fackföreningen för att informera och förhandla om saken, och är förutsättningarna för det uppfyllda kan fackföreningen lägga in sitt veto mot denna åtgärd.⁹⁹⁸ En koncernövergripande personalpolitik, t.ex., som bortser från de olika företagens gränser och använder arbetstagarna över hela koncernen, blir mot denna bakgrund skyldig att informera och förhandla med den kollektivavtalsbärande fackföreningen om saken. När det i komplexa arbetsorganisationer förekommer kollektivavtal får fackföreningarna möjligheter att på detta sätt övervaka hur arbetstagarna är verksamma i arbetsorganisationen. Fackföreningarnas rätt till information och förhandling utlöses av att personalpolitiken i en komplex arbetsorganisation kommit att bli utformad som om arbetsorganisationen utgjorde en stor bilateral arbetsorganisation inom ramen för en sammanhållen juridisk person, när den faktiskt består av skilda samverkande bolag. Fackföreningarna kan i och med vetoreglerna komma att få en särskild insyn i hur arbetstagarna fördelas i den komplexa arbetsorganisationen. Samarbete mellan arbetstagarorganisationer med olika motparter i

⁹⁹⁶ Ds 2002:56, s. 116 f, SOU 1975:1, s. 694, s. 699, s. 722 f. Jfr om arbetstagarbegreppets allmänna konstruktion Westregård, *The Notion of 'employee' in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?*, 2016, s. 185-206.

⁹⁹⁷ Jfr Ds 2002:56, s. 116 f, SOU 1975:1, s. 694, s. 699, s. 722 f, Schmidt, *Löntagar rätt*, 1994, s. 63-72.

⁹⁹⁸ 38-40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

kollektivavtalen skulle kunna ge en samlad bild av den komplexa arbetsorganisationens personalanvändning.⁹⁹⁹

Eftersom komplexa arbetsorganisationer, särskilt entreprenader, är föränderliga får reglerna om verksamhetsövergång i praktiken betydelse för vilket subjekt som ska vara en viss arbetstagares kontraktuella arbetsgivare. Om arbetsuppgifter flyttas i den komplexa arbetsorganisationen på ett sådant sätt att en verksamhetsövergång är för handen, får arbetstagaren *ex post* en valrätt om denne vill byta kontraktuell arbetsgivare eller kvarstå med den befintliga motparten i anställningsavtalet. Reglerna om verksamhetsövergång, som under vissa förutsättningar ger en arbetstagare rätt att få se sitt anställningskontrakt följa med en ”verksamhet” som byter utövare, innebär att en arbetstagare står i samband med en ”verksamhet”, snarare än med en viss huvudman eller part i anställningsavtalet. I motsvarande mån representerar verksamhetsövergångsreglerna en nedtoning av det kontraktuella arbetsgivaransvarets betydelse. Regler om verksamhetsövergång avgör placeringen av skyddsansvar genom att peka på vilket subjekt som efter verksamhetsförändringar ska anses utgöra den kontraktuella arbetsgivaren. Ur praktisk synvinkel är dessa regler viktiga för att identifiera det subjekt som faktiskt är bärare av den kontraktuella arbetsgivarens ansvar.¹⁰⁰⁰ Ofta bidrar nog de notoriskt svåröverblickbara reglerna om verksamhetsövergång med ett visst osäkerhetsmoment *ex post* kring partsställningen i anställningsförhållandena när det ägt rum förändringar i arbetsorganisationen. Tillämpningen av reglerna om verksamhetsövergång sker med utgångspunkt i det kontraktuella arbetsgivarbegreppet med den nyanseringen att endast anställda som hör till den del av verksamheten som överlåts, omfattas av skyddet (dvs. rätten att följa med verksamheten till en ny arbetsgivare).

2.6.2 Ansvar för anställningstrygghet i bilaterala arbetsorganisationer

I den bilaterala arbetsorganisationen representerar det kontraktuella arbetsgivarbegreppet en naturlig placering av ansvaret för anställningstryggheten. Anställningsskyddslagen gör arbetstagarnas motpart i anställningsavtalen skyddsansvarig. Den faktiska arbetsorganisationen motsvarar de rättsliga utgångspunkterna.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁹ Detta motsvarar principerna bakom Utvecklingsavtalet. Jfr Utvecklingsavtal SAF-LO-PTK, Förhandlingsprotokoll från 1982-04-15, § 11: Mom 1. ”övergripande information om koncernen [...] lämnas i de i koncernen ingående företagen” och Mom 2. ”Frågor enligt 11 § MBL som har betydelse för flera enheter i en koncern kan behandlas i särskild ordning. Koncernledningen och de berörda lokala arbetstagarorganisationerna bör träffa överenskommelse om hur medbestämmandet skall utövas i sådana fall. De lokala arbetstagarorganisationerna bör utse en grupp företrädare med befogenhet att överlägga och förhandla med koncernledningen.”

¹⁰⁰⁰ Se kapitel 2.2.2, 2.3.5, 2.4.2, 2.5.3.

¹⁰⁰¹ Den kontraktuella arbetsgivaren ensam bär ansvaret. Inom ILO har man emellertid beslutat om regler som riktar sig mot sådana subjekt som varit verksamma under bl.a. grundläggandet av en

Anställningsskyddets historiska rötter såsom reglering av uppsägningsgrunder avseende avtal medför att utgångspunkten om avtalets subjektiva begränsningar blir viktig i anställningsskyddsreglerna. Endast den som är part i anställningsavtal kan säga upp det, och således kan endast denna råka ut för rättsföljden att en domstol ogiltigförklarar uppsägningen. Arbetsgivaransvarets koppling till anställningsavtalets partsställning innebär vidare i och för sig att anställningsskyddet aldrig blir tillämpligt mellan arbetstagaren och ägaren till arbetsgivarföretaget. Dessutom är anställningsskyddsreglerna aldrig tillämpliga mellan arbetstagaren och en kund till arbetsgivarföretaget, även om denne i praktiken skulle utöva någon viss arbetsgivarbefogenhet/-funktion.

Arbetsgivarbegreppet kan vidare uppfattas som ett led i styrningen av samhället och utgör ett medel för vidarebefordran och sanktionering av olika samhälleliga normer. Det materiella anställningsskyddet – vad som är saklig grund för uppsägning – fungerar som ett filter som avgör vilka impulser och risker som ska tillåtas överföras från samhället till arbetstagaren. Den kontraktuella arbetsgivaren är alltid föremål för samhälleliga impulser och påverkan som har åtminstone någon bäring på anställningsförhållandet, men saklig grund-regeln avgör vilka av dessa som ska tillåtas ha påverkan på arbetstagaren. Ur ett samhällsstyrningsperspektiv innebär anställningsskyddsregleringen att arbetskraften ska vara fredad från vissa marknadskrav och andra typer av imperativ, och detta är genomfört genom regeln som föreskriver att arbetsgivaren inte får åberopa andra än sakliga skäl för uppsägning. Arbetsgivarbegreppets funktion i anställningsskyddsregleringen är att utgöra det filter genom vilket samhälleliga impulser leds. Vikande efterfrågan på de produkter arbetsgivaren placerar på marknaden får transporteras till arbetstagar-kollektivet enligt vissa principer om arbetsbrist, med följderna att arbetstagar-narna riskerar förlora sina anställningar (bäst rätt har de med längst anställningstid och tillräckliga kvalifikationer). Arbetsgivarens kunders önskemål om att arbetsgivar-ens service ska utföras av personer av ett visst kön eller av viss etnicitet får däremot inte föras över till arbetstagar-kollektivet (om den utgör diskriminering).¹⁰⁰² Arbetsgivaren får inte säga upp personal vars arbetskapacitet sjunkit p.g.a. sjuk-dom, utan måste anpassa arbetsplatsen till dessa personers situation. När en arbets-

anställningsrelation, utan att bli part i den. Dessa regler har ännu inte satt några spår i den svenska arbetsrätten. Som ett led i arbetet mot människohandel och tvångsarbete och för rättvis rekrytering har ILO utfärdat regler om ansvar för *rekryterare* av arbetskraft (ILO Recommendation No. 203, 2014, Forced Labour (Supplementary Measures), p. 8). Vidare föreskriver ILO-konventionen om bemanningsarbete att staterna ska särskilt reglera *förmedling* av arbete, som utförs av privata subjekt (ILO Convention No. 181, 1997, Private Employment Agencies, art. 1.1.a). Dessutom, den person som fungerar som *mellanhand* (intermediary) mellan arbetsgivare och hemarbetare omfattas av ILO:s regler på området. Det är möjligt att föreskriva ett gemensamt ansvar mellan arbetsgivare och mellanhand för vissa av anställningsavtalets huvudmannaförpliktelser (ILO Convention No. 177, 1996, Home Work, art. 1c, art. 8, ILO Recommendation No. 184, 1996, Home Work, art. VI p. 18).

¹⁰⁰² Se kapitel 3 om diskriminering.

tagare fyller 67 år får arbetsgivaren avsluta dennas tillsvidareanställning. Och så vidare.

Anställningsskyddsreglerna är i hög grad kontraktuellt orienterade och tillämpliga endast mellan anställningsavtalets parter, med bortseende från att den kontraktuella arbetsgivarens agerande kan utgöra ett svar på en impuls som kommit från ett utomstående subjekt. Det politiska systemet definierar i de materiella reglerna fördelningen av risker och kostnader mellan arbetstagare, arbetsgivare och skattebetalare (offentlig sektor och socialförsäkringar)¹⁰⁰³ och det arbetsrättsliga ansvarssubjektet blir således viktigt som rättstekniskt grepp i denna samhälleliga styrning. Genom att reglera arbetsgivarens handlingsutrymme i relation till arbetstagarna kan politiska prioriteringar förverkligas i samhället; anställningen är ett massfenomen och genom att reglera arbetsgivaren kan många människor regleras i en åtgärd. Ur samhällsstyrningssynvinkel är arbetsgivaren dessutom viktig för att disciplinera medlemmarna i arbetsstyrkan (vilka förfaranden mot arbetskamraterna ska anses vara ett så pass allvarligt brott mot anställningsavtalet att saklig grund för uppsägning är för handen?) och för att förhandla kompromisser på horisontell nivå mellan olika arbetstagare (t.ex. senioritetsprincipen vid turordning vid arbetsbristuppsägning).¹⁰⁰⁴

2.6.3 Ansvar för anställningstrygghet i koncerner

Med bortseende från det speciella bakomliggande ägande- och maktförhållandet som karaktäriserar koncerner placeras ansvaret för anställningstrygghet i koncerner med stöd av den kontraktuella utgångspunkten. Även om de i rättslig mening skilda företagen som ingår i en koncern är möjliga att styra som om de vore en sammanhållen juridisk person, så är det endast i relation till arbetstagarens kontraktuella motpart som anställningsskyddslagen är tillämplig. Mot denna bakgrund finns ett visst utrymme för koncerner att agera illojalt i relation till anställningsskyddets syfte och målsättningar.

¹⁰⁰³ Jfr Bosch, *Towards a New Standard Employment Relationship in Western Europe*, 2004, s. 617-636, Casale & Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, 2014, Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship*, 2007, Davidov, *The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: 'Employee' as a Viable (Though Over-used) Legal Concept*, 2006, s. 133-152, Deakin, *The Many Futures of the Contract of Employment*, 2002, s. 177-196, Deakin & Wilkinson, *Labour law and economic theory: A reappraisal*, 2000, s. 29-62, Deakin & Wilkinson, *The Law of the Labour Market*, 2005, Freedland & Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, 2011, Källström, *Är arbetstagarbegreppet en distributiv reglering?*, 2014, s. 207-211, Stone, *The Decline in the Standard Employment Contract: A Review of the Evidence*, 2013, s. 366-404, Supiot, *Beyond Employment*, 2001. Jfr även diskussionerna i kapitel 1.2.

¹⁰⁰⁴ Mundlak, *The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers*, 2011, s. 315-328, Davies, *Identifying 'Exploitative Compromises': The Role of Labour Law in Resolving Disputes Between Workers*, 2012, s. 269-294.

För koncernernas del föreligger ett avsteg från den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet: beräkningen av anställningstid ska göras i relation till koncernen och inte endast i relation till den kontraktuella motparten i anställningsavtalet. Detta undantag till huvudregeln framstår som så obetydligt att det bör uppfattas som en förstärkning av huvudregeln om att det kontraktuella arbetsgivarbegreppet annars gäller i koncernförhållanden. Extensiva och inkluderande tolkningar av arbetsgivarbegreppet har snarast försvårats av den smala undantagsregeln.

I koncernförhållanden föreligger spänningar mellan den faktiska arbetsorganisationens utformning och de rättsliga utgångspunkterna för arbetsgivarbegreppet. I och med att arbetsorganisationen består av flera skilda rättssubjekt som per definition är gemensamt kontrollerade, och som totalt sett är större än den kontraktuella arbetsgivaren uppstår en bristande överensstämmelse. Det subjekt som är arbetstagarens kontraktuella arbetsgivare kontrolleras av ett subjekt högre upp i koncernhierarkin, och detta upplägg kan huvudmannasidan, men inte arbetstagarsidan, dra nytta av; arbetsbrist, turordning, återanställningsrätt och omplacering följer den kontraktuella utgångspunkten, och därför kan koncernen besluta att genomföra nyanställningar i något annat subjekt än den kontraktuella arbetsgivaren. På detta sätt kan utverkas resultat som inte hade varit möjliga om anställningsskyddsreglerna varit tillämpliga på arbetsorganisationen som helhet. Eftersom makten över de olika subjekten i koncernen är samlad på en hand, kan koncernen faktiskt styras som en sammanhållen verksamhet, utan avseende på att de ingående rättssubjekten är åtskilda. De anställda, däremot, kan endast rikta sina anställningsskyddsrättsliga anspråk mot ett subjekt; sin motpart den kontraktuella arbetsgivaren. På detta sätt uppstår en diskrepans; betraktad ur huvudmannens synvinkel styrs koncernen som en bilateral arbetsorganisation, samtidigt som arbetstagarnas rättigheter är begränsade till anställningsförhållandets partsställning. Betraktad ur arbetstagarens synvinkel är arbetsorganisationen komplex i den meningen att anställningsskyddslagstiftningen endast avser en del av arbetsorganisationen. Den gällande arbetsrättsliga lagstiftningen, kan med viss förenkling, sägas placera de (bolags-)rättsliga formerna före realiteterna i arbetsorganisationer som är koncerner.

Anställningsskyddets tillkomsthistoria visar att en arbetsrättslig hantering av koncernerna som tar hänsyn till dess särdrag kräver ett uttryckligt agerande från lagstiftarens sida. Särskilt mot bakgrund av att koncerner innebär möjligheter att ge rättslig form företräde före materiella arbetsrättsliga hänsyn, bör möjligen diskussionen om utveckling av reglering av anställningsskyddet i koncerner återupptas. Det finns argument för att ett särskilt anställningsskyddsrättsligt koncernbegrepp bör utvecklas av lagstiftaren: om ägande och kontroll är samlat på en hand, och om frukterna av arbetet som utförs i arbetsorganisationen distribueras internt i koncernen, bör anställningsskyddet avse samma storhet. De koncernarbetsrättsliga lösningarna skulle kunna förse med materiella spärregler som hindrade att orimliga

resultat uppstod, t.ex. för de situationer när samband och styrning mellan koncernens bolag av något skäl faktiskt inte är för handen.

Ett anställningsskyddsrättsligt koncernbegrepp kan t.ex. hämta inspiration från lösningen i den finska arbetsavtalslagen av 2001:

Om en arbetsgivare som faktiskt utövar bestämmande inflytande i personalfrågor i ett annat företag eller en annan sammanslutning med stöd av ägande, avtal eller något annat arrangemang, inte kan erbjuda arbetstagaren [omplacering], skall arbetsgivaren reda ut om det är möjligt att fullgöra skyldigheten att erbjuda arbete och ordna utbildning genom att erbjuda arbetstagaren arbete i sådana andra företag eller sammanslutningar i vilka arbetsgivaren har bestämmande inflytande.¹⁰⁰⁵

Redan denna regel utgör en mer utvecklad och nyanserad hantering av koncernfrågorna än vad som föreligger i den svenska anställningsskyddslagen. Förarbetena till den finska regeln förklarar att inte endast koncerner avses och att det utökade ansvaret för en företagsgrupp kan uppkomma oavsett rättslig form. Det företagsgruppsvida ansvaret utlöses av att de ingående företagens verksamhet har ”tillräckligt många gemensamma nämnare”, och särskilt avses gemensam arbetsledning, centraliserad anställning, gemensam lönebokföring och i vilken mån arbetstagarna flyttat mellan företagen. Dessutom måste arbetstagaren ha utbildning, yrkesskicklighet eller erfarenhet för den nya tjänsten. Det handlar om att göra en helhetsbedömning av de gemensamma nämnarna i verksamheten, samtidigt som gemensam skötsel av personal ensamt utlöser en skyldighet som omfattar fler företag än den kontraktuella arbetsgivaren att erbjuda arbete.¹⁰⁰⁶ Den finska lagstiftning som utökar vissa bolagsgruppers skyldigheter i relation till arbetstagarna avser omplaceringsmöjligheter – men en ännu längre gående skyldighet som omfattade ytterligare aspekter av anställningsskyddet skulle ju kunna konstrueras. Den finska regeln visar att anställningsskyddsrelaterade rättigheter inte nödvändigtvis måste vara begränsade till anställningsavtalets partsställning. Det avgörande är att definiera de huvudmän, som det är rimligt att lagstiftningen hanterar som ett stort sammanhållet. Den finska arbetsavtalslagen kan tjäna som lagteknisk förebild, och vilka materiella rättigheter som bör vara relaterade till företagsgruppen som helhet och inte bara den kontraktuella arbetsgivaren är en diskussion för sig.

¹⁰⁰⁵ 7 kap. 4 § 3 st. arbetsavtalslagen 2001/55.

¹⁰⁰⁶ RP 157/2000 rd, s. 111f. Det framhålls att den föreslagna regleringen ”motsvarar rådande rättspraxis”.

2.6.4 Ansvar för anställningstrygghet i entreprenadkontext

Ansaret för anställningstrygghet följer det kontraktuella mönstret också i de arbetsorganisationer som är entreprenader: de anställda i samverkande företag kan endast rikta krav med stöd av anställningsskyddslagen mot sin kontraktuella arbetsgivare. Även om denna typ av företagssamverkan varit intensiv och nära, så avgör den kontraktuella utgångspunkten placeringen av ansaret för anställningstryggheten.

I arbetsorganisationer som är entreprenader är den faktiska arbetsorganisationen större än de rättsliga utgångspunkterna för arbetsgivarbegreppet, dvs. den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar, och ett delvis spänningsfyllt förhållande uppstår mellan de faktiska förhållandena och arbetsrättens regler. Att på detta sätt fästa avgörande vikt vid anställningsavtalets partsställning för ansvarsplacering innebär i och för sig att det viktiga intresset av förutsebarhet i rättsliga relationer sätts i främsta rummet.

Den övergripande drivkraften bakom skapandet av entreprenader som arbetsorganisation utgörs av kostnadsminskningar till följd av ökad specialisering: varje entreprenadfirma blir duktig på en viss uppgift och bidrar sedan med denna specialistkompetens i andra mer varierade verksamheter. Resultatet blir därmed en mer effektiv resursallokering än om den större och mindre specialiserade verksamheten själv skulle utföra arbetet. Arbetstagare med entreprenadfirman som kontraktuell arbetsgivare kommer därför att vara verksamma i flera olika arbetsorganisationer och deras anställningstrygghet är inte avhängig någon enskild sådan köpare av (entreprenad-)arbete, utan snarare entreprenadfirmans sammantagna möjligheter att sälja sina tjänster till olika företag på den aktuella marknaden. Föreställningen om att arbetsorganisationen entreprenad är särskilt dynamisk harmonierar med utgångspunkterna för flexicurity där det ju heter att arbetstagarna får vänja sig vid att arbetsgivarna och arbetsuppgifterna skiftar, och med dem anställningsförhållandena, men att det viktiga till syvende og sidst är sysselsättningstrygghet, och inte anställningstrygghet.

Entreprenadarbete är i och för sig ett mångskiftande fenomen som inbegriper såväl enpersons företag 'med kontoret på fickan' som stora, stabila och väletablerade företag. Arbetsorganisationer som är entreprenader är i regel föränderliga och de ingående företagen skiftar över tid. Denna dynamik är ett praktiskt argument mot avsteg från den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet. Det kan vara svårt att överblicka från tid till annan vilka företag som kan komma ifråga att göras ansvariga som arbetsgivare. Dessutom kan de ingående företagen vara av skiftande storlek och stadga, så att effekterna av ett generellt undantag till den kontraktuella utgångspunkten blir svåra att föreställa sig och förutse i praktiken.

Det kan förekomma situationer där det kan vara svårt att dra gränsen mellan bemanningsarbete och entreprenadarbete, och uppdaterade förtydligande uttalanden från lagstiftarens sida framstår som angelägna.

Arbetstagarbegreppet som drar gränserna för arbetsrättens tillämplighet äger en särskild relevans för hanteringen av arbetsorganisationer som är entreprenader. Arbetstagarbegreppet är tvingande, och en prövning *ex post* med stöd av detta begrepp kan innebära att ett avtalsförhållande (påstått uppdragsavtal) mellan beställarföretaget och entreprenadföretaget, istället ska anses som ett anställningsförhållande mellan beställarföretaget, som alltså tillgodogör sig arbetet, och en person som initialt var rubricerad som entreprenör eller anställd i entreprenadföretaget. Tillämpningen av arbetstagarbegreppet har på detta sätt bäring också på vilket subjekt som ska anses utgöra arbetstagarens motpart, och således vara bärare av det ansvar för anställningstrygghet som är den kontraktuella arbetsgivarens. Den här problematiken är vanligen förknippad med de mindre och instabila entreprenadfirmorna snarare än med de stora och solida.

Även om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet i anställningsskyddet innebär att en uppsägning eller omplacering aldrig kan prövas eller ogiltigförklaras mot något annat subjekt än arbetstagarens motpart i anställningen har i praktiken arbetsorganisationen som helhet betraktad en indirekt inverkan på anställningsskyddet i entreprenader. Det är arbetsorganisationen, dvs. de samverkande företagen, som definierar de förväntningar på arbetstagarens person och arbetsprestation som ligger till grund för prövningen av huruvida saklig grund för uppsägning pga. personliga skäl är uppfyllt i ett enskilt fall. Dessutom kan förändringar i relationerna mellan de ingående företagen få genomslag för arbetstagarnas del i form av arbetsbrist (som ju är saklig grund för uppsägning): ett beställarföretags beslut att inte längre köpa upp tjänster av ett entreprenadföretag kan leda till arbetsbrist i det sistnämnda företaget, och möjligen samtidigt efterfrågan på arbetskraft (i form av anställningar) i det förstnämnda företaget. Denna inverkan från arbetsorganisationens sida på arbetstagarnas anställningstrygghet ligger bortom anställningsskyddsreglernas räckvidd: prövningen med stöd av anställningsskyddet sker endast i relation till den kontraktuella arbetsgivaren och inte i relation till arbetsorganisationen, oavsett hur välintegrerad denna än är.

Det förekommer att upphandlande enheter i den offentliga sektorn anger i upphandlingsunderlag att den som vinner entreprenaden och övertar verksamheten från den nuvarande utföraren måste överta den personal som är sysselsatt i verksamheten (underlaget anger med andra ord att den nya entreprenören måste åta sig att hantera sitt tillträde till verksamheten som en verksamhetsövergång).¹⁰⁰⁷ En

¹⁰⁰⁷ Här avses således förfaranden med stöd av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Se om förhållandet (i EU) mellan upphandling och arbetsrätt SOU 2015:78, SOU 2016:15, Ahlberg,

sådan modell kan uppfattas som ett allmänt uttryck för en förskjutning ifråga om synen på den arbetsrättsliga huvudmannen, bort från det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. När upphandlare kräver att samma arbetstagare ska utföra arbetet oavsett vilket företag/arbetsgivare som vinner entreprenaden skapas ett indirekt faktiskt, låt vara inte rättsligt, samband mellan den i vilkens intresse arbetet ytterst utförs, tillika den som ytterst tillgodogör sig och betalar för arbetet, och den person som faktiskt utför det, med nedbetoning av frågan om exakt vilket subjekt i arbetsorganisationen som var den kontraktuella arbetsgivaren vid det aktuella tillfället. Om upphandlaren i underlaget dessutom utnyttjar möjligheter att detaljstyra entreprenaden är det likaledes befogat att se att arbetstagarna indirekt står i en faktisk, men inte direkt (arbets-)rättslig, relation till upphandlaren, snarare än till motparten i anställningsavtalet. Arbetsledningsrätten är ju en arbetsgivarfunktion, som nu faktiskt men inte rättsligt, utövats av beställaren (i upphandlingsunderlaget). Anställningsskyddsregleringen gäller emellertid endast i relation till den kontraktuella arbetsgivaren och några anspråk med stöd av anställningsskyddsreglerna kan arbetstagarna inte rikta mot det upphandlande subjektet eller andra företag som eventuellt förekommer i arbetsorganisationen.

Det vanligen åberopade motivet för att skapa arbetsorganisationer som är entreprenader framstår egentligen som mindre relevant i den svenska arbetsrättsliga kontexten. Bakom entreprenadfirman ligger tanken att företag ska koncentrera sig på en viss typ av verksamhet och bli särskilt skickliga på just den, och sedan ska denna skicklighet upphandlas av andra företag. Entreprenadarbetets roll i specialiseringen av näringslivet och en effektiv resursallokering kan inte förnekas, men

Kunde bättre upphandling ha förhindrat tågstrejken?, 2014, s. 13-29, Ahlberg & Bruun, *Upphandling och arbete i EU*, 2010. Ett krav om personalövertagande vid upphandling kan lyda;

”1.16.3 Övertagande av Personal

För att vidmakthålla en trygg och pålitlig kollektivtrafik med hög kvalitet, kontinuitet och säkerhet för kunderna verkar Beställaren för att bibehålla en stabil yrkeskår inom branschen.

Övertagandet av uppdrag av paket som omfattar fem fordon eller fler, eller paket med färre fordon men som är personalkrävande, ska därför behandlas som en verksamhetsövergång enligt 6 b § Lagen (1982:80) om anställningsskydd. Trafikföretaget ska i dessa paket överta avlämnande Trafikföretags personal i den mån sådan personal till övervägande del utför arbete som är att hänföra till vad som omfattas av uppdraget. Information om berörd personal lämnas vid förfrågan. Övertagande av personal ska endast ske under förutsättning att berörd personal inte motsätter sig övergång till Trafikföretaget. De paket som ska behandlas som verksamhetsövergång rörande övertagande av personal redovisas i bilaga 1 Trafikbeskrivning.

Det åligger Trafikföretaget att samverka med och, i den mån det är nödvändigt, träffa överenskommelse med avlämnande Trafikföretag om övertagande av berörd personal.

Trafikföretaget ska påbörja de åtgärder som krävs för att övertagande av personal ska kunna ske omedelbart efter att Avtalet träder i kraft. Övertagandet ska vara slutfört senast tre månader före trafikstart.”

Se Kalmar Länstrafik, Huvuddokument inklusive administrativa föreskrifter för kvalificerade anbudsgivare till Trafikupphandling 2017, 2015-09-16, dnr, 140811.

argumentet att möjligheten att köpa arbete utfört av entreprenadfirmor krävs för att kunna tillgodose ett växlande behov av specialkunskaper i verksamheten håller inte rakt av. Gällande anställningsskyddsregler innebär att arbetsgivaren får säga upp arbetstagare p.g.a. arbetsbrist vid inskränkningar av driften, och om verksamheten är högspecialiserad kan det i praktiken antas att ett beslut att inte längre bedriva en viss verksamhet också kommer att innebära att inga andra än de arbetstagare som varit sysselsatta i just den verksamheten också kommer att drabbas av arbetsbristen. I högspecialiserade verksamheter är utbytbarheten bland arbetstagarna låg; turordningsreglernas krav om tillräckliga kvalifikationer för att få vara med i turordningen får då utfallet att anställda försvinner samtidigt med att deras arbetsuppgifter försvinner ur verksamheten. Arbetsgivaren kan därför ofta lugnt använda anställningen för att tillgodose även skiftande behov av olika specialistkompetenser i sin verksamhet; anställningsskyddslagstiftningen hindrar ofta inte att arbetsgivaren frigör sig från just dessa anställningsavtal. Det gällande svenska anställningsskyddet förefaller att redan tillgodose delar av de intressen som entreprenadarbetet är ägnat att tillfredsställa: flexibilitet och specialisering.¹⁰⁰⁸

2.6.5 Ansvar för anställningstrygghet i bemanningskontext

Arbetsorganisationer där det förekommer bemanningsarbete präglas av en lagreglerad fördelning av ansvaret för arbetstagarnas anställningstrygghet. Det föreskrivs att bemanningsföretaget är arbetsgivare, och bär det ansvar som normalt ligger på den kontraktuella arbetsgivaren. Vidare föreskrivs uttryckligen att inhyraren bär visst ansvar i just denna egenskap. Dessutom bär bemanningsföretaget vissa särskilda skyldigheter i egenskap av kontraktuell arbetsgivare till bemanningsanställda (som uthyrare av personal). Den kontraktuella utgångspunkten är på detta sätt fullt ut genomförd avseende arbetsgivarbegreppet; bemanningsföretaget är motpart i anställningsavtalet och arbetsgivare, men samtidigt föreskrivs ett ansvar för den som hyr in arbetskraft.

Anställningsskyddslagstiftningen är tillämpligt mellan uthyraren – den kontraktuella arbetsgivaren – och arbetstagaren. Särskilda lagregler krävs för att grundlägga redan den mest rudimentära relationen ifråga om anställningsskydd – t.ex. avseende information om lediga anställningar i inhyrarföretaget – mellan den inhyrda arbetstagaren och inhyraren. Att reglering krävs för att göra denna fördelning av ansvaret för skyddet av arbetskraften visar på styrkan i den kontraktuella utgångspunkten i arbetsrätten.

¹⁰⁰⁸ Glavå, 30 år med anställningsskydd – och med myter, 2005, s. 209-229, s. 221, jfr Edström, *Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället*, 2001, s. 185ff, *passim*.

Behovet av affärskonstruktionen bemanningsarbete brukar förklaras med att anställningsskyddet leder till negativa följder i termer av rigiditet och inlåsnings effekter på arbetsmarknaden, särskilt för kontraktuella arbetsgivare, och att modellen med inhyrning skapar flexibilitet för inhyraren och trygghet för arbetskraften (som då har en arbetsgivare men är verksam i arbetsorganisationer där det för dagen finns efterfrågan på arbete).

Inhyrning utgör en rättslig form en huvudman kan utnyttja för att tillgodogöra sig arbete från arbetstagare, utan att bli ansvarig för dessa personer såsom arbetsgivare. I denna mening möjliggör bemanningsanställningen just frikopplandet av åtminstone delar av det kontraktuella arbetsgivaransvaret från den arbetsorganisation i vilket arbetet utförs. Bemanningsanställningen kan uppfattas som ett svar på själva konceptet anställningsskydd och på det skydd för arbetstagarna som traditionellt följt med anställningsavtalet. I och med bemanningsarbetet möjliggörs köp av arbete inom ramen för anställning, utan att köparen ikläder sig hela det ansvar som brukat gälla för huvudmannen i anställningsförhållandet. Affärsidén bakom bemanningsarbete är att prissätta och avtalsvägen disponera över delar av skyddsansvaret i relation till arbetstagarna, och lagstiftningen – tvingande och semi-dispositiva med EU-spärr – lägger fast ramarna för detta. Den kontraktuella arbetsgivaren kompenserar sig i avtalet med inhyraren för kostnaderna att bära arbetsgivaransvaret samtidigt som inhyraren själv tydligtvis ser ett värde i att inte bära arbetsgivarrollen eller -ansvaret, och är beredd att betala någon annan för att göra det.

Mot bakgrund av att legaliseringen av bemanningsarbete avsåg just denna möjlighet att prissätta och avtala om fördelningen av arbetsgivaransvar, och att avtalsformen är särskilt definierad och reglerad, föreligger sannolikt i normalfallet inte stora möjligheter att i rättstillämpningen avvika från den i avtal stipulerade ansvarsfördelningen – tolka ”arbetsgivarbegreppet” – som innebär att inga anställningsskyddsrättsliga rättigheter gäller mellan inhyraren och den inhyrda.

Gränsdragningen mellan bemanningsarbete och arbetsförmedling blir emellertid viktig i sammanhanget: med stöd av denna kan partsställningen i anställningsförhållandet avgöras *ex post*. Vid bemanningsarbete är bemanningsföretaget kontraktuell arbetsgivare, men om relationen istället bedöms utgöra arbetsförmedling blir den som tillgodogör sig arbetet (dvs. ’inhyraren’) kontraktuell arbetsgivare. Förarbetena till legaliseringen av bemanningsarbete förefaller utgå från att den här klassificeringen av relationen ska kunna utgöra ett korrektiv mot sådana förfaranden som riskerar att ställa arbetstagaren utan skydd. Sannolikt är möjligheterna stora att med stöd av dessa förarbetsuttalanden (en avtalsrättsligt präglad modell) omklassificera avtalsförhållandet och partsställningen och hålla ’inhyraren’ ansvarig som kontraktuell arbetsgivare.

Den särskilt föreskrivna rätten för de inhyrda arbetstagarna att få del av vissa aspekter av den service inhyraren förser sina egna anställda med, samt de inhyrdas rätt att få information om anställningar i inhyrarföretaget utgör i princip ett embryo till en mer direkt anställningstrygghetsrelation mellan inhyraren och inhyrda arbetstagare (och också överhuvudtaget till en närmare rättslig relation inhyrd och inhyrare), som går bortom anställningsavtalets partsställning. I övrigt utgör denna begränsade särreglering snarast en insnävande faktor avseende arbetsgivaransvarets placering; den kontraktuella utgångspunkten bekräftas, och att tolkningsvägen identifiera andra skyldigheter för inhyrarens del har försvårats. Lagstiftaren, däremot, har alltid möjlighet att fortsätta på den inslagna vägen att expandera inhyrarens skyldigheter – men detta står emellertid i princip i motsättning till själva idén med bemanningsanställningen som ett sätt att köpa arbete inom ramen för anställning utan att också bli bärare av arbetsgivar skyldigheter.

Bemanningsarbete utgörs av ett anställningsförhållande med bemanningsföretaget, men av en serie uthyrningar till olika inhyrare. Att arbetspresterandet på detta sätt sker utanför den kontraktuella arbetsgivarens arbetsorganisation, och dessutom på olika platser kan komma att utgöra ett problem ur anställningsbarhetssynvinkel. Varje enskild uthyrning kan ju avse endast de mest okvalificerade (och farliga och tråkiga osv.) arbetsuppgifterna, med sämst möjligheter till utveckling i yrket eller branschen. Eftersom uthyrningarna beslutas och bedöms som enskildheter, så går det inte förrän i efterhand konstatera om arbetstagarens arbetssituation varit till men för dennas framtida anställningsbarhet. Även om den kontraktuella arbetsgivaren samt respektive inhyrare tagit sitt fulla lagstadgade ansvar för arbetstagarna, kan bemanningsanställningen omöjliggöra en bibehållen och ökande anställningsbarhet. Därför måste bemanningsanställdas utveckling i arbetet vara relaterad till den totala bilden av de olika uthyrningarna. En viktig aspekt av bemanningsföretagets ansvar som kontraktuell arbetsgivare är funktionen att samla upp och spegla alla de enskilda uthyrningarna, och anpassa sin arbetsgivarroll till sitt agerande i egenskap av bemanningsföretag (dvs. besluten om uthyrningar). Det är mot denna bakgrund frågan om adekvat kompetensutveckling m.m. avseende bemanningsanställda bör diskuteras. Denna aspekt framstår som så viktig att den borde bli föremål för lagreglering: om bemanningsanställningen i detta hänseende skulle följa allmänna arbetsrättsliga lagregler,¹⁰⁰⁹ så riskerar dessa arbetstagare att missgynnas i högre grad – eftersom deras villkor skiljer sig åt i grunden från de som arbetar inom ramen för bilaterala anställningsförhållanden.

¹⁰⁰⁹ Dvs. att någon lagstadgad rätt till kompetensutveckling inte föreligger för arbetstagare.

3. Diskrimineringskydd i komplexa arbetsorganisationer

3.1 Ansvarsfördelning och arbetsgivarbegrepp i det fragmenterade arbetslivets diskrimineringsrätt

3.1.1 Lagstiftningen om diskriminering i arbetslivet

Fördelningen av ansvar för likabehandling och icke-diskriminering i arbetslivet utgår från regeln som ger vid handen att ”arbetsgivaren” inte får diskriminera (dvs. direkt och indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera) arbetstagare, arbetssökande, praktikanter, inhyrda och inlånade arbetstagare.¹⁰¹⁰ Diskrimineringsrätten är ett dynamiskt rättsområde med en komplex och spännande begreppsbildning som länkar in i föreställningar om både rättvisa och makt och kategorier som kön, könsöverskridande identitet, etnisk tillhörighet, religion, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder.¹⁰¹¹ Detta kapitel analyserar emellertid inte diskrimineringsgrunderna, utan istället en underskattad och mer teknisk, men icke desto mindre omistlig aspekt av arbetslivets diskrimineringsrätt; nämligen arbetsgivarbegreppet och frågan om vem som i olika typer av arbetsorganisationer ansvarar för att diskrimineringsrättens förbud och påbud respekteras.¹⁰¹² Utformningen av arbetsgivarbegreppet påverkar diskrimineringsrättens sätt att verka, särskilt när det förekommer

¹⁰¹⁰ 2 kap. 1 § och 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567). Det materiella innehållet i diskrimineringsrätten, t.ex. vad som utgör diskriminering, ligger utanför undersökningen. Avgränsningen till arbetslivet innebär att skolans och universitetens värld, socialförsäkringar, samt tillhandahållande av varor och tjänster ligger utanför kapitlet. Om dessa frågor se t.ex. Carlson, *Searching for Equality*, 2007, Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2012, Fransson & Norberg, *Att lagstifta om diskriminering*, 2007, Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2015.

¹⁰¹¹ 1 kap. 5 § diskrimineringslagen (2008:567). Diskrimineringsrättsliga framtidsfrågor diskuteras i de olika bidragen i Schiek & Lawson (red.) *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, 2011.

¹⁰¹² Problematiken kring att definiera pliktsubjektet följer alltid i kölvattnet av utfärdandet av förbud. Utvecklingen av arbetsrättens materiella regler har aktualiserat en diskussion kring vad som är ett lämpligt pliktsubjekt. Se om detta Schmidt, *Tjänsteavtalet*, 1959, s. 154 ff.

arbetsorganisationer med fler än två subjekt, och där arbetstagaren är underordnad inte endast motparten i anställningsavtalet. Idag står diskrimineringsrätten inför att hantera arbetsgivaransvaret då grunden för en maktposition i arbetsorganisationen inte nödvändigtvis följer av egenskapen att vara part i anställningsavtal, samt att makten i arbetsorganisationen är fördelad på flera subjekt samtidigt. Mot denna bakgrund ställs en rad frågor. Vem kan i rättslig mening trakassera och diskriminera en arbetstagare? Vilka arbetstagare kan diskrimineras? Vems handlande och kunskap i arbetsorganisationen ska tillräknas arbetsgivaren? Vem har ansvar för att utreda och åtgärda trakasserier? Vilka personers villkor får jämföras med varandra för att konstatera om olikabehandling är för handen?

Diskrimineringsrätten uttrycker, både på abstrakt systemnivå och på nivån för enskilda lagregler, en ambivalens vis-à-vis arbetsrätten och detta rättsområdes arbetsgivarbegrepp. Lagstiftningstakten har varit hög, och dagens diskrimineringslag bygger på ett omfattande rättsligt material. Historiskt har i svensk lagstiftning frågor om diskriminering reglerats i två jämställdhetslagar (könsdiskriminering, således) av 1980 och 1991.¹⁰¹³ En lag mot etnisk diskriminering av 1986 innehöll inte något civilrättsligt diskrimineringsförbud.¹⁰¹⁴ 1994 förstärktes lagen mot etnisk diskriminering med ett förbud mot etnisk diskriminering (!) i arbetslivet (vid och under anställning).¹⁰¹⁵ 1999 infördes i svensk arbetsrätt en uppsättning lagregler som omfattade diskrimineringsgrunderna sexuell läggning, funktionshinder och etnicitet.¹⁰¹⁶ 2002 lagstiftades om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda.¹⁰¹⁷ 2008 stiftades en sammanhållen lag mot diskriminering, som inte bara ersatte de befintliga lagarna, med undantag för lagen om diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda, utan som också lade till diskrimineringsgrunderna ålder och könsöverskridande uttryck.¹⁰¹⁸ 2015 blev bristande tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning (denna term ersatte samtidigt termen funktionshinder) en ny form av diskriminering.¹⁰¹⁹ Reglerna om aktiva åtgärder blev 2017 föremål för genomgripande förändringar.¹⁰²⁰

¹⁰¹³ Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Upphävd i SFS 1991:433.

¹⁰¹⁴ Lagen (1986:442) mot etnisk diskriminering. Upphävd i SFS 1994:134.

¹⁰¹⁵ Lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering. Upphävd i SFS 1999:130.

¹⁰¹⁶ Lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

¹⁰¹⁷ Lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.

¹⁰¹⁸ Diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁰¹⁹ Prop. 2013/14:198.

¹⁰²⁰ Prop. 2015/16:135. Se vidare kapitel 3.2.3, 3.3.3, 3.4.3, 3.5.3.

Samtliga dessa upphävda och gällande lagar har alla i en eller annan mening sin bakgrund i EU-rätten. Den nationella diskrimineringslagstiftningen är idag i stor utsträckning ett utflöde av EU-rätten, som därför inramar denna nationella lagstiftning; EU-rätten håller i både kompassen och taktpinnen på diskrimineringsrättens område. EU-lagstiftaren har varit synnerligen aktiv och utfärdat relativt detaljerade regler i direktivform, utöver de traktatfästa principerna. Utrymmet för nationella lösningar minskar i motsvarande mån.¹⁰²¹ EU-lagstiftningen har handlat om det materiella innehållet i diskrimineringsförbuden, och inte uppehållit sig vid frågor om ansvarsplacering och arbetsgivarbegreppet.¹⁰²² EU-domstolen har emellertid avgjort en handfull mål med bäring på arbetsgivarbegreppet.¹⁰²³ Varken den europeiska eller nationella rättsvetenskapliga forskningen har diskuterat de frågor som tas upp i det följande.

3.1.2 Från nationella bilaterala rättsliga utgångspunkter...

Diskrimineringsrättens svenska historia börjar i blygsam skala före EU-medlemskapet. Arbetslivet var det samhällsområde som – i 1979 års svenska jämställdhetslag – först fick ett civilrättsligt diskrimineringsförbud och syftet var vid denna tid att reglera handlingsutrymmet för den som ansvarade för rekrytering och befordran m.m. De tidigaste förarbetena till jämställdhetslagen, från 1978, var delvis svävande om ansvarssubjektet. Man frågade sig t.ex. om ansvaret borde ligga inte endast på arbetsgivaren, utan också på ”var och en som har inflytande på anställning och arbetsvillkor”¹⁰²⁴ – en tankegång som ju utgår från ett antagande om att all makt i arbetslivet inte måste vara samlad hos. Utredningsbetänkandet föreslog att reglerna skulle vara tillämpliga på

fall där någons chanser att få en anställning eller någons arbetsvillkor påverkas av könsfördomar hos arbetsgivaren *eller någon annan* som har direkt inflytande på anställning och arbetsvillkor.¹⁰²⁵

I dessa formuleringar anas en delvis öppnare hållning om ansvarssubjektet, men sist och slutligen kom den inte att fullföljas i de faktiska lagförslagen, och den första svenska diskrimineringsförbudslagstiftningen (dvs. 1980 års jämställdhets-

¹⁰²¹ Jfr t.ex. Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, 2000, s. 371 ff. och *passim*.

¹⁰²² Detta förhållande har sin motsvarighet även avseende arbetstagarbegreppet i EU-kontext. Jfr C-256/01.

¹⁰²³ C-320/00 Lawrence m.fl., C-256/01 Allonby, C-54/07 Firma Feryn NV, C-81/12 Asociația Accept.

¹⁰²⁴ SOU 1978:38, s. 136.

¹⁰²⁵ SOU 1978:38, s. 63. Kursiverat här.

lag) kom att få endast arbetsgivaren som ansvarssubjekt.¹⁰²⁶ 1979 handlade problematiken snarast om att dra upp sådana gränser kring ansvarssubjektet så att horisontella relationer, dvs. inbördes mellan arbetstagarna respektive mellan arbetstagarna och de fackliga organisationerna, utelämnades. Den bilaterala föreställningsvärlden hos 1979 års lagstiftare syns i det att det sattes likhetstecken mellan "arbetslivet" och förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹⁰²⁷ Lagförslaget kom sedermera att uttryckligen anknyta till det arbetsrättsliga systemet; "lagens tillämpning skall på ett smidigt sätt anpassas till den gällande arbetsrätten".¹⁰²⁸ Förarbetena går så långt som att beskriva utformningen av den vid den tiden (1978) nya lagen som arbetsrättslig, och följdriktigt att

[d]e förpliktelser som föreskrivs i lagen åläggs arbetsgivaren och anknyts till beslut som fattas av arbetsgivare.¹⁰²⁹

Diskrimineringsrättens ansvarssubjekt kalkulerades på arbetsrättens förståelse av maktrelationerna i arbetslivet; arbetsgivaren har arbets- och företagsledningsrätten och därmed makten och därmed ansvaret.¹⁰³⁰ Projektet att påverka arbetslivet i riktning mot jämställdhet inleddes således i form av regler med arbetstagarens motpart som pliktsubjekt. Det är mot denna bakgrund som behoven av anpassning sedan kommit att uppstå, när det, som i dagens arbetsliv, förekommer flera maktcentra och rättssubjekt på huvudmannasidan i komplexa arbetsorganisationer.

Mot bakgrund av diskrimineringsrättens historiskt starka koppling till arbets- och företagsledningsrätten: vilken roll spelar anställningsavtalet i relation till ansvarssystemet? Lagstiftaren har övervägt och avvisat tankegångar om ett horisontellt diskrimineringsrättsligt ansvar arbetstagare emellan. Den kontraktuella relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare angavs som en betydelsefull gränsdragande faktor ägnad att göra endast arbetstagarens motpart ansvarig:

den arbetsrättsliga lagstiftningen utgår från avtalsförhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Själva avtalet är grunden för rättigheter och skyldigheter mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, men något avtal föreligger inte mellan arbetskamrater.¹⁰³¹

¹⁰²⁶ Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Upphävd i SFS 1991:433.

¹⁰²⁷ SOU 1978:38, s. 69.

¹⁰²⁸ SOU 1978:38, s. 69, också s. 166.

¹⁰²⁹ SOU 1978:38, s. 176.

¹⁰³⁰ SOU 1978:38, s. 136.

¹⁰³¹ SOU 1997:175, s. 133 och likalydande i SOU 1997:176, s. 129 f. Att på detta sätt fästa avgörande vikt vid den kontraktuella relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare innebär att ett

Diskrimineringsrätten bortdefinierade på detta sätt ett horisontellt ansvar, mellan arbetstagarna. Denna åtgärd avsåg att definiera vem som inte ansvarar, och om att förklara varför denna inte vore ett lämpligt eller ens tänkbart ansvarssubjekt. Den centrala synpunkten förefaller i sammanhanget vara att arbetstagarna inte ska ansvara, eftersom de inte har makten i arbetslivet, men att en maktställning kan medföra ansvar för diskriminering. Vidare; samtidigt som grunderna för arbetsrätten ansågs omöjliggöra ett direkt horisontellt ansvar arbetstagarna emellan, så följer nödvändigtvis ett indirekt vertikalt ansvar för den kontraktuella arbetsgivaren: denne ”har däremot, på grund av parternas kontraktuella förhållande, möjlighet att med varning, omplacering eller annan åtgärd stävja [...] trakasserier på arbetsplatsen”. Att arbetsgivaren har möjligheter att hindra trakasserier, innebär att denne bör ha ansvar att agera.¹⁰³² I diskrimineringsrättsliga förarbeten föreligger således en tendens att likställa relationer av över- och underordning med endast anställningsavtalets partsställning, med följderna att ansvarssubjektet framförallt blir den kontraktuella arbetsgivaren. Eftersom det mest grundläggande principiella ställningstagandet är att med makt ska följa ansvar, så stängs dörren emellertid inte helt för utveckling av ansvarssystemet bortom anställningsavtalets partsställning.

Vad har förarbetena att meddela om vem som avses med ”arbetsgivare”? När jämställdhetslagen ursprungligen togs fram hade det hunnit passera ett par år sedan stiftandet av den första anställningsskyddslagen¹⁰³³ och medbestämmandelagen¹⁰³⁴. De explicita uttalandena i 1979 års jämställdhetslags förarbeten – som sedan kom att upprepas i 1991 års reform av lagstiftningen – utgör hänvisningar till arbetsrättsliga förarbeten, men framstår i övrigt delvis som cirkelresonemang:

Begreppet arbetsgivare torde inte behöva bestämmas närmare för de ändamål som den föreslagna lagen skall fylla. Begreppet har samma innebörd som när det används i annan arbetsrättslig lagstiftning, i vilken arbetsgivare åläggs rättsliga förpliktelser av skilda slag.¹⁰³⁵

Med arbetsgivare avsågs alltså den som är bärare av de rättsliga förpliktelser som en arbetsgivare ålagts. Det är delvis oklart vad som avsågs med dessa formuleringar, men de får åtminstone uppfattas som att lagstiftaren önskade överföra sina befintliga föreställningar om arbetsgivarbegreppet och placeringen av ansvar till den nya lagen. På detta vis kom ansvarsplaceringen i det nya rättsområdet om diskriminering att präglas av en föreställningsvärld som utgick från bilaterala arbetsor-

skadeståndssanktionerat trakasseriförbud arbetstagare sinsemellan skulle strida mot ”konsekvensen” i arbetsrätten och systemets själva uppbyggnad. SOU 1997:174, s. 203.

¹⁰³² SOU 1997:174, s. 203.

¹⁰³³ Lagen (1974:12) om anställningsskydd.

¹⁰³⁴ Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

¹⁰³⁵ Prop. 1978/79:175, s. 111. Liknande formuleringar återfinns i prop. 1990/91:113, s. 181 f.

ganisationer. Diskrimineringsrätten utgör emellertid ett ambitiöst projekt – oavsett hur detta uppfattas; som skapande av jämställdhet, ifrågasättande av marknadsmekanismen, genomförande av mänskliga rättigheter – och med tiden kom den kontraktuella utgångspunkten att visa sig otillräcklig.

Ur förarbetena till den idag gällande lagen kan två övergripande utgångspunkter för rättsbildningen kring det diskrimineringsrättsliga arbetsgivarbegreppet utvinas. För det första anges att diskrimineringsförbudet som riktar sig mot arbetsgivare ”bygger på EG-rätten och erfarenheterna från de nuvarande lagarna”.¹⁰³⁶ Detta uttalande – tillsammans med det faktum att tidigare lagstiftningsärendens cirkulära resonemang om arbetsgivarbegreppet inte återupprepas – får uppfattas som att lagstiftaren önskar möjliggöra en inkluderande tolkning av arbetsgivarbegreppet, så att det kan passa dagens fragmenterade arbetsmarknad. För det andra har diskrimineringsrätten, i och med dess expansion till att avse allt fler relationer – mellan arbetsgivare och inhyrda, inlånade, praktikanter – kommit att bli en del av den lagstiftning som kretsar kring arbetsplatsen och som tar denna som utgångspunkt.¹⁰³⁷ Diskrimineringsförbudets tillämplighet är idag inte kopplat till ett antal situationer.¹⁰³⁸ Istället bygger reglerna på ett allmänt förbud mot diskriminering som gäller för arbetsgivare.¹⁰³⁹ I aktuella förarbeten heter det således att reglerna är tillämpliga i

alla situationer som kan uppkomma mellan en arbetsgivare och en arbetssökande eller arbetstagare på en arbetsplats eller *över huvud taget i samband med anställningen*

och att ”alla situationer då en arbetsgivare och en arbetssökande eller arbetstagare möts i arbetet omfattas”.¹⁰⁴⁰ Lagstiftarens ambition att reglerna ska vara allomfattande tillämpliga i arbetslivet är ett viktigt tolkningsdatum för gällande diskrimineringsrätts arbetsgivarbegrepp. Eftersom diskrimineringsrätten alltid varit tillämplig på en vertikal axel och haft ambitionen att träffa den som har maktställningen i den relation som ska regleras hindrar inte hänsyn till generella rättsstatliga förutsebarhetsaspekter en inkluderande och expansiv tolkning av ansvarssubjekten i diskrimineringsrätten.¹⁰⁴¹ En övergripande utgångspunkt för dagens regler är att

¹⁰³⁶ Prop. 2007/08:95, s. 134.

¹⁰³⁷ Detta är en generell arbetsrättslig trend. Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2013, s. 43.

¹⁰³⁸ Jämställdhetslagen (1991:433), byggde (17 §) på punktförbud, ”Förbuden mot könsdiskriminering i 15-16 §§ gäller när arbetsgivaren...” och upphävdes i SFS 2008:567.

¹⁰³⁹ 1 kap. 4 §, 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁰⁴⁰ Prop. 2007/08:95, s. 139. Kursiverat här.

¹⁰⁴¹ Jfr prop. 2007/08:95, s. 139: ”Eftersom alla situationer [...] omfattas, bör den generella lydelsen inte innebära problem med förutsebarhet för arbetsgivare.” Motsatt slutsats kring rättssäkerhetsfrågan i detta sammanhang dras i SOU 1997:176, s. 130 och SOU 1997:175, s. 134.

den som har makten i en arbetsorganisation, också bör omfattas av ett diskrimineringsförbud.

3.1.3 ... till EU:s öppna lagstiftning och dynamiska rättstillämpning

Den EU-rättsliga diskrimineringslagstiftningen ger de allmänna förutsättningarna för den nationella utvecklingen på detta rättsområde, och inverkar därför också på arbetsgivarbegreppet. Ända sedan det klassiska likalönedirektivet är likalöneprincipen i sekundärrätten kopplad till den fördragsfästa likalöneprincipen.¹⁰⁴² I 1975 års likalönedirektiv¹⁰⁴³ och 1976 års direktiv om likabehandlingsprincipen i arbetslivet¹⁰⁴⁴ var arbetstagarbegreppet den gränsdragande faktorn för reglernas tillämplighet.¹⁰⁴⁵ I det sistnämnda direktivet definierades dock räckvidden i reglerna endast indirekt, genom att det angavs i vilka frågor som diskrimineringsförbudet är tillämpligt, och något direkt pliktsubjekt föreskrevs inte. Det är just denna lagstiftningsteknik som kommit att prägla också den EU-rättsliga diskrimineringslagstiftningen post-Amsterdam; direktivet år 2000 om rasdiskriminering¹⁰⁴⁶, ramdirektivet om likabehandling¹⁰⁴⁷ från samma år, och det s.k. recastdirektivet om diskriminering i arbetslivet från 2006.¹⁰⁴⁸ EU-lagstiftaren använder sig av en lagstiftningsteknik med ett underförstått arbetsgivarbegrepp: reglernas tillämpningsområde anges vara ”i arbetslivet” och skydda ”alla personer”, och dessutom beskrivs på vilket område förbuden gäller; ”villkor för tillträde till anställning”, ”anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner”.¹⁰⁴⁹ Lagstiftningstekniken är sannolikt betingad av att unionsrätten ska genomföras i medlemsstaternas rättssystem, som sinsemellan uppvisar olikheter. Direktivens underförstådda pliktsubjekt beskriver i alla händelser en behörighet som per definition är en maktposition – den som bestämmer måste följa reglerna. EU-direktiven på diskrimineringsområdet använder sig inte av befintliga begrepp för huvudmannen, med de nedärvda spänningar och oklarheter de kan vara behäftade med. EU-rätten kan inte antas utgöra en begränsande och insnävande faktor för arbetsgivarbegreppets utveckling i nationell rätt. Snarast gäller det omvända; redan de existerande

¹⁰⁴² Directive 75/117/EEC, art. 1. Art 119 Romfördraget. Idag gäller art. 157 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

¹⁰⁴³ Directive 75/117/EEC.

¹⁰⁴⁴ Direktiv 76/207/EEG.

¹⁰⁴⁵ Dessa direktiv är nu ersatta av direktiv 2006/54/EG som också kodifierat EU-domstolens rättspraxis.

¹⁰⁴⁶ Direktiv 2000/43/EG.

¹⁰⁴⁷ Direktiv 2000/78/EG.

¹⁰⁴⁸ Direktiv 2006/54/EG.

¹⁰⁴⁹ Direktiv 2006/54/EG, art. 1 och art. 3.

direktivens ordalydelser är i hög grad bortkopplade från det kontraktuella synsättet som kräver att en huvudman ska vara part i anställningsavtal för att kunna vara arbetsgivare. Diskrimineringsdirektivens lydelser förefaller inte hindra att någon som inte är part i anställningsavtal hålls ansvarig som arbetsgivare. En begränsande faktor är dock direktivens allmänna koppling till arbetsrättsliga begrepp och synsätt. EU-lagstiftaren förefaller ha uppfattat arbetsgivarbegreppet som en teknisk genomförandefråga, som lämpar sig för nationell rätt att utforma. Detta synsätt kan sannolikt delvis förklaras av att frågor om arbetsgivarbegreppet, till skillnad från arbetstagarbegreppet, inte uppstår i kontexten för den fria rörligheten i unionen.¹⁰⁵⁰ Det framstår som om EU-lagstiftaren antar att det i nationell rätt existerar adekvata begrepp för pliktsubjektet som ska bära de materiella skyldigheter som föreskrivs i EU-rätten.

Direktiven om diskrimineringsrätt särreglerar inte entreprenader och koncerner och endast i liten utsträckning bemanningsanställning.

Också inom den sociala dialogen på EU-nivå har utfärdats diskrimineringsrätt – deltidsdirektivet¹⁰⁵¹, visstidsdirektivet¹⁰⁵² och föräldraledighetsdirektivet¹⁰⁵³ – och därför uppstår frågor om ansvarssubjektet även där, men i och med att dessa regler snarast avser anställningsvillkor och hänvisar till nationell rätt för definitionen av anställningsförhållandet, är arbetsgivarbegreppet frånvarande från EU-lagstiftningen.

Från EU:s diskrimineringsrätt kommer vissa – för svensk rätts vidkommande – nyheter om tekniska grepp för att motverka diskriminering: möjligheten att angripa ensidiga interna regler som är diskriminerande¹⁰⁵⁴ samt den form av diskriminering som utgörs av instruktioner att diskriminera.¹⁰⁵⁵

I och med Lissabonfördraget har det blivit vanligt att tala om EU:s diskrimineringsrätt som heltäckande och omvandlande, och om ett skifte, som är synligt både i lagstiftning och rättstillämpning, från endast en tillbakablickande verkan och formell rättvisa till också fokus på framtidsytande krav och materiell rättvisa.¹⁰⁵⁶

¹⁰⁵⁰ Definitionen av huvudmannen skulle kunna tänkas avgöra om en arbetstagare ska uppfattas som gränsöverskridande, och därför inverka på möjligheten att åberopa en eventuell särreglering för migrantarbete. Ett tidigt exempel från praxis är möjligen C-35/70.

¹⁰⁵¹ Direktiv 1997/81/EG.

¹⁰⁵² Direktiv 1999/70/EG.

¹⁰⁵³ Direktiv 2010/18/EU. Äldre rätt; direktiv 1996/34/EG.

¹⁰⁵⁴ Direktiv 76/207/EEG, direktiv 2000/78/EG.

¹⁰⁵⁵ Direktiv 2000/43/EG.

¹⁰⁵⁶ Hepple, *Equality*, 2011, Numhauser-Henning, *EU Equality Law – Comprehensive and Truly Transformative?*, 2011, s. 113-136, Numhauser-Henning, *The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls*, 2013, 391-414, Numhauser-Henning, *Var står diskrimineringsrätten idag?*, 2011, s. 289-307, Fredman, *Marginalising Equal Pay Laws*, 2004, s. 281-285.

Även om man i detta sammanhang inte diskuterat arbetsgivarbegreppets utformning framhålls i denna diskurs just diskrimineringsförbudens räckvidd som en framtidsfråga.

Vilka övergripande förutsättningar – begränsningar och möjligheter – ger EU-diskrimineringsrätten för utvecklingen av ansvarsplaceringen och arbetsgivarbegreppet? Lagstiftningstekniken i direktiven innebär inte några klara besked. Även om den i övrigt så betydelsefulla grönboken med efterföljande samråd om moderniseringen av arbetsrätten 2006 tog upp frågan om vilket arbete som arbetsrätten bör vara tillämplig på, lyftes inte frågor om ansvarsplacering, vare sig i arbets- eller diskrimineringsrätten.¹⁰⁵⁷ Bjørst menade 2005, i diskussion med Fransson, att EU-domstolen inte tolkat begreppet arbetsgivare i relation till lönediskriminering.¹⁰⁵⁸ Fransson och Stüber menade 2011 att EU-rättsakterna om diskrimineringsförbud inte ger någon definition av detta begrepp, och att nationella definitioner får gälla i den situationen.¹⁰⁵⁹ Det är i alla händelser klart att ur EU-rättslig synvinkel handlar arbetsgivarbegreppet om EU-rättens effektiva genomslag på nationell nivå.¹⁰⁶⁰ Lagstiftningstekniken med ett underförstått pliktsubjekt ifråga om arbetsgivaransvar kan göra effektivitetsfrågan svår att bedöma på unionsnivå. Malmberg menar att ett alltför snävt definierat arbetsgivaransvar riskerar att innebära att EU-rätten inte genomförs på ett korrekt sätt.¹⁰⁶¹ Den internationella rättsvetenskapliga forskningen om diskriminering synes inte ha uppmärksammat frågor om det effektiva genomförandet av EU-rätten i anslutning till arbetsgivarbegreppet.

Ett par nedslag i EU-domstolens praxis ger emellertid några övergripande principiella ledtrådar till arbetsgivarbegreppets utformning på unionsnivå. I Fosterdomen om tillämpningen av 1976 års likabehandlingsdirektiv¹⁰⁶² på ett, i visst avseende, statligt bolag har EU-domstolen rent allmänt framhållit sin behörighet på ett sätt som anknyter till arbetsgivarbegreppet:

¹⁰⁵⁷ COM (2006) 708. Arbetsgivarbegreppet uppmärksammades som en oklarhet endast vad gällde bemanningsanställning. KOM(2007) 627. Samrådet lyfter dock frågan om underentreprenadan-svar i anställningsrelationer.

¹⁰⁵⁸ Bjørst, *Ligeløn for job av samme værdi*, 2005, s. 267. Bjørst instämmer således med Fransson, *Lönediskriminering*, 2001, s. 224.

¹⁰⁵⁹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 146.

¹⁰⁶⁰ Se Malmberg, Introduction, 2003, s. 27-75, om EU-rättens genomförande i medlemsstaterna.

¹⁰⁶¹ Malmberg, *Diskriminering och principalansvar*, 2010, s. 397-417, s. 411.

¹⁰⁶² Direktiv 76/207/EEG.

frågan om vilka verkningarna är av de rättsakter som antas gemenskapens institutioner och i synnerhet frågan om dessa rättsakter kan åberopas gentemot vissa personkategorier med nödvändighet innebär att en tolkning måste göras av artiklarna i fördraget om institutionernas rättsakter liksom av den aktuella gemenskapsrättsakten.

Följaktligen är domstolen behörig att genom förhandsavgörande fastställa gentemot vilka kategorier av rättssubjekt ett direktivs bestämmelser kan åberopas. Det åligger däremot de nationella domstolarna att avgöra om en part i något där anhängigt mål hör till någon av de på så sätt bestämda kategorierna.¹⁰⁶³

EU-domstolens argumentation skiljer inte definitionen av pliktsubjektet från regelns tillämpningsområde, och på så sätt blir den definitionen en del av den materiella fråga som kan prövas på unionsnivån. Med stöd av direktiv som, utan att använda termen arbetsgivare, gäller för anställningsförhållandet kan domstolen sålunda komma att utveckla en rättspraxis kring arbetsgivarbegreppet.

Arbetsgivarbegreppet på EU-nivå belyses också i andra prejudikat. En medlemsstatlig reglering som utesluter vissa subjekt som är huvudman i anställningsavtal från vissa arbetsgivarskyldigheter kan strida mot EU-rätten. Eftersom det inte är tillåtet för medlemsstaterna att föreskriva att vissa kontraktuella arbetsgivare inte ska omfattas av EU-regler som gäller för arbetsgivare, så definierar EU delvis anställningen, och utgår från ett unionsrättsligt arbetsgivarbegrepp. Praxis innehåller endast ett exempel på denna situation: en icke-vinstdrivande arbetsgivare hade av Italien uteslutits från EU-reglerna¹⁰⁶⁴ om kollektiva uppsägningar.¹⁰⁶⁵ Målet avgjordes med stöd av en begreppsorienterad tolkning, med utgångspunkt tagen just i ordet arbetsgivare. Domstolen anförde att direktivet inte innehöll någon kvalificerande faktor för detta ord, och att då skulle alla arbetsgivare omfattas. Gränsdragningen kring begreppet gjordes därefter med stöd av om huruvida det aktuella subjektet var part i anställningsavtal eller inte. Resultatet av tolkningen testades sedan mot syftet med direktivet.¹⁰⁶⁶ Domstolen använde således den kontraktuella utgångspunkten som gränsdragning, och domen innebär att för den händelse ett direktiv riktar sig till arbetsgivare får i alla fall inga rättssubjekt som är part i anställningsavtal uteslutas från nationella genomföranderegler. Denna dom måste emellertid läggas bredvid senare praxis som föreskrivit ansvar som arbetsgivare

¹⁰⁶³ C-188/89, p. 14-15. Domstolen vidgar i detta avseende perspektiven i jämförelse med generaladvokaten i målet som uppehåller sig vid definitionen av staten och vid synpunkten att en medlemsstat inte kan tillåtas tjäna på sin underlåtenhet att genomföra EU-rätten. Jfr även Förslag till avgörande C-188/89. Bjørst tar Foster-domen C-188/89 till intäkt för att domstolen tolkat arbetsgivarbegreppet "ganske bredt". Bjørst, *Ligeløn for job av samme værdi*, 2005, s. 267.

¹⁰⁶⁴ Direktiv 98/59/EG.

¹⁰⁶⁵ C-32/02.

¹⁰⁶⁶ C-32/02.

för subjekt som inte varit part i anställningsavtal, och som är uttryck för att domstolen, i syfte att främja det praktiska genomslaget i reglerna, avlägsnat sig från den kontraktuella utgångspunkten.¹⁰⁶⁷ Sammantaget innebär EU-domstolens praxis att alla huvudmän som är part i anställningsavtal är arbetsgivare, men samtidigt att egenskapen att vara part i anställningsavtal inte är en nödvändig förutsättning för ansvar såsom arbetsgivare. Den kontraktuella utgångspunkten framstår som en lägsta nivå för EU-rätten, samtidigt som det finns anledning att gå bortom den när den hindrar EU-rättens effektivitet.¹⁰⁶⁸

Även rättspraxis om definitionen av anställningsförhållandet ger ledtrådar till arbetsgivarbegreppet. I anslutning till diskrimineringsregler (avseende deltidsarbete¹⁰⁶⁹) som uttryckligen lämnar till medlemsstaterna att definiera anställningsförhållandet har EU-domstolen slagit fast att det föreligger en princip av innebörden att arbetande inte godtyckligt får uteslutas ur gruppen av skyddade personer. Undantagande från skydd är tillåtet endast om förhållandet mellan de aktuella parterna

till sin natur skiljer sig väsentligt från det förhållande som en anställd som enligt nationell rätt är att anse som arbetstagare har till sin arbetsgivare.¹⁰⁷⁰

EU-rättens definition av anställningsförhållandets parter förefaller ta avstamp i den arbetspresterandes ställning och använda en helhetsbedömning i vilken huvudmannen indirekt blir en faktor att beakta.

Den inre marknads funktionssätt påverkas sannolikt inte av definitionen av arbetsgivaren eller av den exakta placeringen av ansvar på huvudmannasidan.¹⁰⁷¹ Arbetstagarbegreppet kan emellertid ha inverkan på den fria rörligheten på den inre marknaden, och därför måste detta begrepp tas fram på unionsnivå. EU-domstolen karaktäriserar sin fasta praxis om arbetstagarbegreppet i denna kontext:

¹⁰⁶⁷ C-54/07, C-81/12. Det måste beaktas att målen rörde det nationella genomförandet av olika typer av regler; diskrimineringsförbud respektive arbetstagares rättigheter i händelse av kollektiva uppsägningar.

¹⁰⁶⁸ Här åsyftas rättstillämpningen i C-54/07 och C-81/12.

¹⁰⁶⁹ Direktiv 1997/81/EG.

¹⁰⁷⁰ C-393/10.

¹⁰⁷¹ Ett undantag skulle kunna vara de föreslagna reglerna om möjligheterna för företag utanför EU att vidta s.k. företagsinterna förflyttningar av personal. Definitionen av huvudmannen i termer av dotterbolag och filialer avgår då vilka personer som kan bli föremål för den här typen av företagsintern arbetskraftsmigration. Se direktivförslaget i COM(2010) 378, och art. 79.1 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

[begreppet arbetstagare är] ett gemenskapsrättsligt begrepp som inte skall tolkas restriktivt. Varje person som utför verkligt och faktiskt arbete, med undantag av arbete som utförs i så liten omfattning att det framstår som marginellt och sidoordnat, skall betraktas som en arbetstagare. Kännetecknet för ett arbetsförhållande är enligt denna rättspraxis att en person under en viss tid mot ersättning utför arbete åt en annan person under dennes ledning.¹⁰⁷²

I den EU-gemensamma definitionen av arbetstagaren figurerar således arbetsgivaren som den andra parten, som bl.a. tillgodogör sig arbetet. Men även ifråga om arbetstagarbegreppet är den kontraktuella utgångspunkten övergiven; det är inte ett absolut krav att vara part i anställningsavtal, för att utgöra en arbetstagare i kontexten för den fria rörligheten i unionen.¹⁰⁷³

Denna skildring av de övergripande utgångspunkterna i EU-rätten visar att den kontraktuella utgångspunkten är närvarande i EU-rätten, men att det samtidigt finns möjligheter att gå bortom denna. Sekundärrätten om diskriminering är en möjliggörande faktor, med ett underförstått, inkluderande och öppet arbetsgivarbegrepp. Det är i relation till detta begrepp som de nationella genomförandeåtgärderna ska bedömas, så det kan likväl bli svårt att slå fast när en medlemsstatlig lagstiftning inte står i tillräckligt god överensstämmelse med EU-rätten. Man kan förutspå ett samspel mellan den fria rörligheten för arbetskraften och definitionen av arbetsgivaren i EU-arbetsrätten, och detta kan tänkas få effekter för utvecklingen av arbetsgivarbegreppet i diskrimineringsrätten. I diskussionen om arbetsrättens gränser i EU-kontext, har inte fördelningen av skyddsansvar i vare sig bilaterala eller komplexa arbetsorganisationer uppmärksammats.¹⁰⁷⁴ Som alltid ifråga om EU-rätten har denna samtidigt en begränsande verkan, i det att den anger ramarna för vilken utveckling som är tillåten, och en dynamisk verkan, som föreskriver förändring.

¹⁰⁷² C-456/02 (Stora avdelningen), p. 15 (och t.ex. C-94/07, p. 33), med hänvisningar till praxis om arbetstagarbegreppet i kontexten för den fria rörligheten inom unionen.

¹⁰⁷³ C-292/89.

¹⁰⁷⁴ Waas, *The Legal Definition of the Employment Relationship*, 2010, s. 45-57., van Peijpe, *EU Limits for the Personal Scope of Employment Law*, 2012, s. 35-53.

3.1.4 EU: arbetsgivaransvar utanför anställningsavtalets partsställning?

Två domar från EU-domstolen – Firma Feryn¹⁰⁷⁵ och Accept¹⁰⁷⁶ – innehåller övergripande principiella utgångspunkter för tolkningen och den vidare utvecklingen av bl.a. arbetsgivarbegreppet i diskrimineringsrätten.¹⁰⁷⁷ Dessa två prejudikat har bäring på frågan om vilken ställning den bilaterala kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar har vid tillämpning av diskrimineringsrätten på dagens fragmenterade arbetsmarknad. I Firma Feryn hade en nationell domstol frågat EU-domstolen om ramdirektivet om likabehandling¹⁰⁷⁸ var tillämpligt i en situation i vilken en person, som hade rätt att fastställa ett bolags anställningspolicy, offentligt uttalat att bolaget tillämpade en direkt diskriminerande anställningspolicy avseende etniskt ursprung (han hade sagt att man inte anställde ”personer med utländsk härkomst”). Det förekom i målet dock inte någon enskild person som gjorde gällande att denne faktiskt alls drabbats/missgynnats av dessa urvalskriterier. Domstolens slutsats blev att direkt diskriminering kan vara för handen då ”en arbetsgivare offentligt uttalar” en diskriminerande anställningspolicy, eftersom uttalandet kan

avskräcka vissa arbetssökande från att anmäla sitt intresse för ett arbete och följaktligen utgöra ett hinder för deras tillträde till arbetsmarknaden.¹⁰⁷⁹

Domen har uppfattats innebära att det inte fordras någon identifierbar klagande som uppger sig vara utsatt för diskriminering, för att det ska föreligga sådan diskriminering som avses i ramdirektivet.

I Accept var förhållandena likartade de i Firma Feryn, med en betydelsefull skillnad. En person som var andelsägare och som utgav sig för att vara, och också uppfattades vara, en makthavare i en viss verksamhet, gjorde direkt diskriminerande uttalanden i massmedia (här handlade det om grunden sexuell läggning). Den aktuella personen hade emellertid, till skillnad från läget i Feryn-domen, inte rätt att fastställa vare sig bolagets anställningspolicy eller att binda det vid anställningsavtal. Frågan till EU-domstolen handlade om denna – i rättslig mening icke-behöriga – persons agerande kunde ge upphov till sådan anledning att anta att diskrimine-

¹⁰⁷⁵ C-54/07.

¹⁰⁷⁶ C-81/12.

¹⁰⁷⁷ Domarna har uppmärksamats även av andra skäl, t.ex. avseende dess bäring på kring relationerna mellan rasdiskriminering och migration vid tillämpning av diskrimineringsrätten och på frågor om vidarebefordrad diskriminering samt organisationers möjligheter att driva diskrimineringsfrågor rättsligt. Se Craig & de Búrca, *EU Law*, 2011, s. 869.

¹⁰⁷⁸ Direktiv 2000/43/EG.

¹⁰⁷⁹ C-54/07, domslutet p. 1.

ring förekommit, att de särskilda bevisreglerna blev tillämpliga.¹⁰⁸⁰ EU-domstolen noterade i *Accept* att *Feryn*-domen inte innebar ett krav om

att den som gjort uttalanden om ett visst organs anställningspolicy med nödvändighet juridiskt sett är behörig att direkt fastställa denna policy eller har firmateckningsrätt eller rätt att företräda nämnda organ med avseende på anställningar.¹⁰⁸¹

Endast det faktum att det inte var svarandeparten i målet som uttalat sig, hindrade inte att det ”med avseende på den parten” kunde anses föreligga anledning anta att diskriminering förekommit.¹⁰⁸² Avslutningsvis slog EU-domstolen fast att den presumerade diskrimineringen (dvs. att anställningspolicyen var av den karaktären) inte kunde motbevisas genom att göra gällande att uttalandena

gjorts av en person som, även om vederbörande påstår sig och förefaller ha en betydande ställning i arbetsgivarens verksamhet, juridiskt sett inte har firmateckningsrätt vad gäller anställningar.¹⁰⁸³

Domarna *Feryn* och *Accept* från EU-domstolen kommer sannolikt att få implikationer för förutsättningarna för den framtida rättsbildningen kring arbetsgivarbegreppet. Diskrimineringsförbudets tillämpningsområde – ”[v]illkor för tillträde till anställning”¹⁰⁸⁴ – expanderades på ett sådant sätt att dess koppling till den kontraktuella utgångspunkten för ansvar som arbetsgivare kom att uttunnas. Med EU-domstolens synsätt kan en person agera i egenskap av att vara ”arbetsgivare”, utan att vara part i något anställningsavtal.

Det är i och för sig naturligt att diskrimineringsrättsliga regler med arbetsgivaren som pliktsubjekt kan åberopas även om ett anställningsavtal i ett visst fall inte kommit till stånd; det är ju just uppkomsten av (diskriminerande) icke-avtal som lagstiftningen ska motverka.¹⁰⁸⁵ Den svenska diskrimineringslagen kan således åberopas av arbetssökande mot arbetsgivare.¹⁰⁸⁶ Domarna *Feryn* och *Accept* får emellertid uppfattas framförallt som uttryck för förskjutningar av definitionen av förhållandena på huvudmannasidan, inom ramen för en lagstiftning som riktar sig mot arbetsgivaren. Det nya med dessa domar är att de har bäring på den rättsliga

¹⁰⁸⁰ I direktiv 2000/78/EG.

¹⁰⁸¹ C-81/12, p. 47.

¹⁰⁸² C-81/12, p. 48.

¹⁰⁸³ C-81/12, p. 49.

¹⁰⁸⁴ Direktiv 2000/43/EG, art. 3.1.a.

¹⁰⁸⁵ Jfr skyddet för föreningsrätten som endast är tillämpligt mellan parter i anställningsavtal. Bergqvist, Lunning och Toijer talar i sammanhanget om att ”lagens [dvs. 7-9 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet] skydd inträder först inom ramen för ett anställningsförhållande”. Bergqvist, Lunning och Toijer, *Medbestämmandelagen*, 1997, s. 15.

¹⁰⁸⁶ 2 kap. 1 § 2 p. diskrimineringslagen (2008:567).

konstruktionen av huvudmannen, dvs. de har inverkan på vilken person på huvudmannasidan som en person ska kunna anses som arbetssökande i relation till. Betydelsen av domarna ligger därmed inte endast i att de samtidigt expanderar kretsen av personer som kan åberopa diskrimineringsrättens skydd.

Det är befogat att påstå att Feryn- respektive Acceptdomen är för pliktsubjektet/arbetsgivarbegreppet vad EU-domstolens Coleman-dom är för skyddssubjektet/arbetstagarbegreppet i diskrimineringsrätten.¹⁰⁸⁷ Coleman-domen innebär att en person kan åberopa en annan persons tillhörighet till en diskrimineringsgrund, och skyddas mot diskriminering som drabbat en, pga. den anhöriges tillhörighet till en skyddad grund.¹⁰⁸⁸ Domarna Feryn och Accept expanderar diskrimineringsrättens pliktsubjekt i så mottot att likhetstecken ska sättas mellan ”arbetsgivare” och en person som har makt och inflytande över andra personers tillträde till anställning. Principerna bakom principalansvar gäller på visst sätt redan vid tillämpning av sekundärrättens diskrimineringsförbud i arbetslivet. Diskrimineringsrättens pliktsubjekt ska tolkas med stöd av dess syfte – att genomföra principen om likabehandling – och i ljuset av principen om att EU-rätten ska ha genomslag i medlemsstaternas rättsordningar.¹⁰⁸⁹

Accept-domen innebär att en annan person än en i rättslig mening behörig företrädare – dvs. en annan person än en ”arbetsgivare” enligt det kontraktuella synsättet – kan agera på ett sådant sätt att anledning anta att diskriminering förekommit i en arbetsorganisation (å dess vägnar, snarare), och att denna arbetsorganisation får svara rättsligt för detta agerande.¹⁰⁹⁰ Arbetsgivaransvaret utsträcks i dessa båda domar bortom anställningsavtalsrelationen, i den meningen att ett sådant avtal inte är en förutsättning för att en person ska anses vara en ”arbetsgivare” vid tillämpning av diskrimineringsrätten. Föreställningen att arbetsgivaransvar är exklusivt relaterat till anställningsavtalets partsställning utmanas.

Domarna Feryn och Accept är beståndsdelar i förståelsen av EU-diskrimineringsrätten som heltäckande och omvandlande post-Lissabon.¹⁰⁹¹ Slutsatserna om dessa domars betydelse för att, med stöd av en generellt syftesoriente-

¹⁰⁸⁷ Generaladvokaten diskuterar Colemandomen (där denne för övrigt också var generaladvokat). Förslag till avgörande C-54/07, p. 14.

¹⁰⁸⁸ Mål C-303/06. Domen avsåg diskrimineringsgrunden funktionshinder, men rättsläget uppfattas vara detsamma avseende samtliga grunder. Se COM(2014) 2, s. 10.

¹⁰⁸⁹ Jfr Krause, Case C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, [2008] ECR I-5187, 2010, s. 917-931, s. 924.

¹⁰⁹⁰ Jfr AD 2003 nr 105 där en person på huvudmannasidan som inte hade befogenhet att binda arbetsgivaren vid anställningsavtal kunde agera på ett sådant sätt att en arbetssökande fått fog för uppfattningen att han blivit anställd. Se om domen Nordlöf, Vill AD etablera en ny princip?, 2004, s. 6.

¹⁰⁹¹ Numhauser-Henning, EU Equality Law – Comprehensive and Truly Transformative?, 2011, s. 113-136, s. 134 f.

rad argumentation, frikoppla arbetsgivaransvar från den kontraktuella utgångspunkten förstärks av att en likartad tendens föreligger också i EU-arbetsrätten utanför diskrimineringsrätten (verksamhetsövergång).¹⁰⁹²

3.1.5 Det rättspolitiska projektet om icke-diskriminering och likabehandling

Den rättsliga regleringen av icke-diskriminering och likabehandling i arbetslivet har alltid stått i ett delvis spänningsfyllt förhållande till arbetsrätten. Arbetslivet var det första område som diskrimineringsrätten gjordes tillämplig på, och med ”arbetsliv” avsågs initialt endast relationen mellan anställningsavtalets parter. Samtidigt har diskrimineringsrättens inneboende rationalitet och logik alltid i viss utsträckning avvikit från och utmanat de arbetsrättsliga antagandena. Det spänningsfyllda förhållandet mellan den arbetsrättsliga partsställningen och diskrimineringsrättens syfte har bidragit till att diskrimineringsrätten blivit ett dynamiskt rättsområde inom vilket tillkortakommanden hos nedärvda antaganden kommit att synas och uppmärksammas. Samtliga förståelser av diskrimineringsrätten utgår idag från att detta rättsområde har större mål och ambitioner än att reglera relationerna mellan arbetstagare och arbetsgivare.¹⁰⁹³ I de ursprungliga svenska förarbetena om diskrimineringsrätt, den tidens jämställdhetslag, – som alltså härstammar från tiden före Sveriges medlemskap i EU och EU-rättens inverkan¹⁰⁹⁴ – syns att diskrimineringsproblematiken inte uppfattades handla endast om intressemot-sättningen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Departementschefen noterade att

[j]ämställdheten i arbetslivet är till inte oväsentlig del en fråga om enskild rättvisa och, inte minst genom de återverkningar som kan förväntas på andra samhällsområden, ett allmänt samhällsintresse.¹⁰⁹⁵

Perspektivet i de första svenska förarbetena kring diskrimineringslagstiftning kretsar kring omfördelning av makt mellan olika grupper (kvinnor och män), och om tanken att motverkande av diskriminering i arbetslivet syftar till att genomföra s.k. attitydförändringar i privatlivet om vad som är typiskt manligt och kvinnligt.¹⁰⁹⁶ Den liberala rättsstatens gränsdragningar kring den privata sfären, inom vilken lagstiftning och myndighetsinblandning är förbjuden, definierade den offentliga

¹⁰⁹² Se kapitel 2.3.5. Direktiv 2001/23/EG, C-242/09.

¹⁰⁹³ Numhauser-Henning nämner, ur samhällspolitisk synvinkel, aspekter som ”rättvisa och demokrati i betydelsen politisk, social och ekonomisk integration” samt ”samhällelig legitimitet”. Numhauser-Henning, Introduktion, 2000, s. 13-34, s. 17.

¹⁰⁹⁴ Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307.

¹⁰⁹⁵ SOU 1978:38, s. 156. Diskussionen handlade om en ombudsmannafunktion.

¹⁰⁹⁶ SOU 1978:38, s. 63, s. 66.

sfär, framförallt arbetslivet, som fick regleras. De handlingsdirigerande reglerna kom att riktas mot den maktthavande parten i arbetslivet; arbetsgivaren.

På det EU-rättsliga planet har regleringen av likabehandling alltid haft en viss koppling till skapandet av den gemensamma inre marknaden. Av detta politiska och rättsliga projekt följde inledningsvis förbud mot nationalitetsdiskriminering.¹⁰⁹⁷ Som en implikation av ”den gemensamma marknadens idé” förbjöds i Romtraktatens artikel 119 av år 1957 lönediskriminering mellan kvinnor och män. Syftet var att ingripa i störningar av marknaden i form av social dumping; låga kvinnolöner uppfattades i sammanhanget som en konkurrensfördel som skulle förbjudas.¹⁰⁹⁸ Den inom EU fördragsfästa likalöneprincipen – som kommit att ligga till grund för en rättstillämpning med en expansiv syn på arbetsgivaransvar avseende lön¹⁰⁹⁹ – tillkom ursprungligen för att mota illojal konkurrens mellan stater.¹¹⁰⁰

Det idag utbredda synsättet på EU:s diskrimineringsrätt tar emellertid fasta på att dessa regler också är baserade på en rättighetsdiskurs.¹¹⁰¹ Mot denna bakgrund heter det således att diskrimineringslagstiftningen inom EU har två källsprång; marknadsrelaterade hänsyn, och en diskurs kring grundläggande rättigheter.¹¹⁰² Hepple går så långt som att i generella ordalag argumentera att ”laws and practices that seek to promote equality of status at work”, ”are rooted not so much in labour law as in international human rights law”.¹¹⁰³ Även en förståelse av diskrimineringsrätten som tar fasta på mänskliga rättigheter i mer klassisk mening, och som därmed fokuserar medborgare/individ som sitt relevanta subjekt, står i ett spänningsfyllt förhållande till föreställningar om ansvarsfördelning mellan två (avtals-)parter. I och för sig gäller inom arbetslivet, t.ex. ifråga om beslut om anställning och lön, att ett genomförande av de mänskliga rättigheterna kan uppfattas som en fördelning av ekonomiska rättigheter och skyldigheter som kan prissättas.¹¹⁰⁴ Ytterst handlar diskrimineringsrätten om ett ifrågasättande av den resursfördelning som fria (ar-

¹⁰⁹⁷ Barnard, EU ‘Social’ Policy: From Employment Law to Labour Market Reform, 2011, s. 641-686, s. 643, Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307, s. 297.

¹⁰⁹⁸ Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307, s. 297 och Carlson, *Searching for Equality*, 2007, s. 37 f.

¹⁰⁹⁹ Jfr om lönediskriminering kapitel 3.2.2.8, kapitel 3.2.2.9 och kapitel 3.2.2.10. Se vidare C-262/88 samt directive 75/117/EEC.

¹¹⁰⁰ Hepple, *Equality*, 2011, Christensen, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, 2000, s. 35-65, Ramm, Introduction, 1978, s. 15-49.

¹¹⁰¹ Schiek, From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe, 2009, s. 3-27, s. 9. Det pågår dessutom en växelvis påverkan; Schiek nämner att reglerna om ”gender equality” har bidragit till utvecklingen av ”Community fundamental rights law”.

¹¹⁰² Numhauser-Henning, The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls, 2013, s. 391-414, s. 401, med hänvisning till Hendrickx.

¹¹⁰³ Hepple, *Equality*, 2011, s. 160.

¹¹⁰⁴ Fransson & Norberg, *Att lagstifta om diskriminering*, 2007, s. 13 f.

bets-)marknader i neoliberal mening resulterar i.¹¹⁰⁵ Uppfattas sociala rättigheter, däribland rätt till likabehandling, istället som en kraft som främjar ekonomisk effektivitet, kvarstår diskrimineringsrättens koppling till marknaden, men inte längre i ett antagonistiskt förhållande.¹¹⁰⁶ Det övergripande synsättet i den svenska diskrimineringslagstiftningen förefaller – i takt med en allmän politisk förskjutning från omfördelning till erkännande¹¹⁰⁷ – ha skiftat från att handla om jämställdhet mellan grupper till att istället handla om en idé om förverkligande av medborgarnas individuella mänskliga rättigheter.¹¹⁰⁸

3.1.6 Ett pliktsubjekt för resursfördelning och ett för bemötandefrågor?

Diskrimineringsrättens materiella innehåll i sig har implikationer för placeringen av ansvar och arbetsgivarbegreppet. Enligt EU-rätten är direkt diskriminering för handen ”när en person [...] behandlas mindre förmånligt än en annan person [...] i en jämförbar situation”.¹¹⁰⁹ Svensk lagstiftning talar om ”att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas [...] i en jämförbar situation”.¹¹¹⁰ Indirekt diskriminering är enligt EU-rätten för handen när ”ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer [...] jämfört med andra personer, om inte...”.¹¹¹¹ Svensk lagstiftning talar om ”att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse [...] som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer [...] såvida inte...”.¹¹¹²

Vidare; EU-rätten anger att trakasserier är ”ett oönskat beteende” och en form av diskriminering som är förbjuden, men hänvisar till medlemsstaterna att närmare definiera konceptet.¹¹¹³ Svensk lagstiftning talar om trakasserier i termer av ”ett uppträdande som kränker någons värdighet” och sexuella trakasserier som ”ett uppträdande av sexuell natur”.¹¹¹⁴

¹¹⁰⁵ Hepple, *Equality*, 2011, s. 146 f.

¹¹⁰⁶ Numhauser-Henning, *Var står diskrimineringsrätten idag?*, 2011, s. 289-307, s. 298, med hänvisning till Fredman.

¹¹⁰⁷ Fraser, *Fortunes of feminism*, 2013.

¹¹⁰⁸ SOU 1978:38, *passim*, jfr prop. 2007/08:95, s. 79, och *passim*.

¹¹⁰⁹ Direktiv 2000/78/EG, art. 2.2.a, direktiv 2000/43/EG, art. 2.2.a, direktiv 2006/54/EG, art. 2.1.a.

¹¹¹⁰ 1 kap. 4 §, 1 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹¹¹ Direktiv 2000/78/EG, art. 2.2.b, direktiv 2000/43/EG, art. 2.2.b, direktiv 2006/54/EG, art. 2.1.b.

¹¹¹² 1 kap. 4 §, 2 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹¹³ Direktiv 2000/78/EG, art. 2.3, direktiv 2000/43/EG, art. 2.3. Direktiv 2006/54/EG, art. 2.2.a, anger att med diskriminering avses trakasserier och sexuella trakasserier.

¹¹¹⁴ 1 kap. 4 §, 3 p. och 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

Förbudens materiella innehåll ger olika förutsättningar för vem i arbetsorganisationen som överhuvudtaget kan utgöra ett tänkbart pliktsubjekt. Gränserna är inte skarpa, t.ex. kan arbetsledningsbeslut i sig vara trakasserande¹¹¹⁵, samtidigt som trakasserier i och för sig inte måste vara kopplade till något arbetsgivarbeslut.¹¹¹⁶ En grundläggande skillnad mellan det som förbjuds som direkt och indirekt diskriminering och det som förbjuds som diskriminering i form av trakasserier är att det förstnämnda framförallt avser beslutsfattande om resursfördelning i vid bemärkelse, medan det sistnämnda i högre grad avser en människas faktiska agerande (både direkt och indirekt diskriminering och trakasserier är aspekter av det övergripande begreppet diskriminering). Direkt och indirekt diskriminering, dvs. förbuden mot viss behandling och förfaringsätt som missgynnar, i tillämpning i arbetslivet pekar redan begreppsmässigt ut en maktposition, från vilken det är möjligt att fördela resurser och tillämpa policys, så att det drabbar vissa grupper på ett sätt som är förbjudet som diskriminering. Med andra ord avses att arbets- och företagsledningsrätten ska utövas på ett särskilt (icke-diskriminerande) sätt. Förbudet mot direkt diskriminering är tänkt att verka som en uteslutande mekanism; vissa grunder ska bli uteslutna från övervägandena, medan indirekt diskriminering är tänkt att verka som en inneslutande mekanism i det att syftet är att framtvunga beaktande av vissa behov.¹¹¹⁷ Att det måste fattas beslut i de frågor som ligger inom ramen för arbetsgivarprerogativet är i sig oproblematiskt; det diskrimineringsrätten gör är att påverka det materiella innehållet i besluten. I detta perspektiv likna arbetsgivarprerogativet en form av överordnad kompetens – som i statsrätten¹¹¹⁸ och i bolagsrätten¹¹¹⁹ – från vilken beslutsfattande i arbetsorganisationen kan härledas.¹¹²⁰ Diskrimineringsförbudets relevans i komplexa arbetsorganisationer ligger således i dess möjlighet att träffa maktcentrumet i dessa och påverka den resursfördelning som blir utfallet av maktutövningen. Om denna maktställning är ett utflöde av ett (anställnings-)avtal, eller något annat, är av underordnad betydelse.

Trakasserier däremot, utgörs av ageranden – gärningar – som har vissa effekter i termer av kränkning. Ett trakasserande agerande kan som sådant inte sägas vara

¹¹¹⁵ I AD 2013 nr 29 slog AD fast att ”även en arbetsledningsåtgärd, t.ex. en instruktion till arbetstägaren att agera på visst sätt kunna utgöra en trakasserande åtgärd varigenom obehaget och kränkningen till viss del uppstår genom att arbetstägaren följer instruktionen”. Jfr prop. 1997/98:177, s. 33.

¹¹¹⁶ Jfr Lilja Hansson, Skydd mot diskriminering i arbetslivet – trakasserier och bevisbörda, 2005, s. 107-114, s. 111.

¹¹¹⁷ Jfr Förslag till avgörande C-303/06, p. 19.

¹¹¹⁸ Jfr Strömberg, *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*, 1999, *passim*.

¹¹¹⁹ Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2007, s. 172, s. 22.

¹¹²⁰ Jfr hur Glavå och Hansson använder ”de klassiska arbetsgivarprerogativen som rättssystematiska utgångspunkter” för att beskriva arbetsrätten ur ”ett funktionellt arbetsgivarperspektiv”. Se Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 50f, *passim*.

nödvändigt eller ha något värde i sig. Det är inte heller möjligt att tala om att den som trakasserar ytterst agerar utifrån någon form av kompetens eller behörighet.¹¹²¹ Eftersom endast någon som omfattas av diskrimineringsrättens personkrets¹¹²² kan åberopa trakasseriförbudet, förekommer trakasserier definitionsmässigt endast i asymmetriska maktrelationer och i kontexter av samhällelig över- och underordning. Det trakasserande agerandet är dock inte begreppsligt förknippat med en överordnad position i arbetsorganisationen (men är sannolikt ofta det i praktiken). I rättslig bemärkelse har trakasserier därför ett spänningsfyllt förhållande till diskrimineringskonceptet, som ju bygger på en vertikal ansvarsrelation.¹¹²³ Förklaringen till denna ambivalens förefaller ligga i att trakasserier som fenomen har kontaktytor mot angrepp på mänsklig integritet och värdighet, mobbing och sexuella övergrepp i mer allmän (t.ex. straffrättslig) bemärkelse. Självfallet begås trakasserier inte i ett vakuum; de är ett utflöde av samhälleliga ojämlikheter och regleringen av trakasserier blir därför en del av regleringen av maktförhållanden.¹¹²⁴

Att trakasserier begreppsligt inte är exklusivt förbehållna den som har en maktposition i en arbetsorganisation syns t.ex. i den utveckling av konceptet som sker på EU-nivå – där det förekommer uttryck för en förståelse av trakasserier som något som äger rum i horisontella och vertikala relationer. EU-parlamentet har t.ex. gjort en distinktion mellan ”’vertical’ harassment of a subordinate by a superior” och ”peer-group (’horizontal’) harassment”.¹¹²⁵ I definitionen av trakasserier i den sociala dialogens autonoma ramavtal om trakasserier och våld kan det till och med förekomma trakasserier underifrån:

Trakasserier är när en eller flera arbetstagare eller överordnade vid upprepade tillfällen och avsiktligt utsätts för övergrepp, hotas och/eller förödmjukas i arbetssituationer.¹¹²⁶

En rättslig skillnad mellan direkt och indirekt diskriminering och trakasserier är att ifråga om det sistnämnda ska det inte göras en jämförelse med någon annan person; ”i stället är utgångspunkten att det handlar om ett oönskat beteende i relation

¹¹²¹ Specialmotiveringen till den svenska lagregeln lyder t.ex. ”Trakasserier är handlingar, beteenden eller bemötanden som kränker den utsattes värdighet på ett sätt som har anknytning till de skyddade diskrimineringsgrunderna.” Prop. 2007/08:95, s. 492.

¹¹²² 1 kap. 5 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹²³ Numhauser-Henning, Executive Summary, 2012. Jfr AD 1991 nr 65.

¹¹²⁴ Numhauser-Henning, Executive Summary, 2012.

¹¹²⁵ Harassment at the Workplace. A5-0283/2001, European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/2339(INI)), EGT nr C 77E, 28.3.2002, s. 138-141.

¹¹²⁶ KOM(2007) 686, avtalets p. 3. Autonoma ramavtal ska inte genomföras i lagstiftning i medlemsstaterna.

till en specifik individ”.¹¹²⁷ Också här ligger en principiell skillnad mellan de olika formerna av diskriminering: tillämpningen av förbudet mot direkt och indirekt diskriminering, till skillnad från vad som gäller för trakasserier, förutsätter någon typ av jämförelse med någon annan (arbetstagare osv.) och därmed uppstår behov av ett begrepp som avgör vilka som på detta sätt får jämföras med varandra. Definitionen av vilka subjekt som ska jämföras i detta sammanhang måste vara praktiskt hanterbar och dessutom måste det vara rimligt och förnuftigt att jämföra just dessa personer; de måste ha en relevant gemensam nämnare. På detta sätt uppstår avseende direkt och indirekt diskriminering frågor om den rättsliga konstruktionen av huvudmannen. Trakasseriförbudets uppbyggnad är enklare eftersom någon jämförelse avseende behandling inte krävs.

I anslutning till diskussionen om arbetsgivarbegreppet gäller att förbudet mot direkt och indirekt diskriminering utgör en reglering som syftar till att definiera vilken resursfördelning som är förbjuden, och de är därför riktade mot makthavare i arbetsorganisationen. Förbudet mot trakasserier avser att definiera vilka ageranden som är oacceptabla, men som alla och envar kan göra sig skyldiga till, oavsett deras position i arbetsorganisationens beslutshierarkier.

3.1.7 Dagens diskrimineringsrätt och arbetsrättens vertikala maktrelation

Diskrimineringsrätten har alltid verkat genom att placera ansvar på den som genom sin position har makt att förändra och ansvarsfördelningen är därför begreppslikt kopplad till uppfattningar om ojämlikt fördelad makt.¹¹²⁸ För att tala med Ramm;

Who discriminates? The answer is simple: Those who have the power to discriminate...¹¹²⁹

Inom arbetslivet har – med stöd i anrika arbetsrättsliga föreställningar – diskrimineringsrättens ambition att reglera makten fått uttrycket att arbetsgivaren är det

¹¹²⁷ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 89.

¹¹²⁸ Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307, s. 306. Jfr ”Det finns självklart likheter mellan arbetstagare som kategori och andra (sic) diskrimineringsgrunder. Förhållandet arbetsgivare-arbetstagare brukar beskrivas som asymmetriskt och i arbetsrätten finns en mängd regler som syftar till att skydda den svagare parten.” Fransson & Norberg, *Att lagstifta om diskriminering*, 2007, s. 54.

¹¹²⁹ Ramm, Introduction, 1978, s. 15-49, s. 21. Christensens formulering: ”Diskrimineringsförbud riktar sig typiskt sett endast mot vissa aktörer, nämligen de som har makt att fördela viktiga resurser. Principen om jämställdhet mellan könen förpliktar lagstiftaren och arbetsgivaren.” Christensen, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, 2000, s. 35-65, s. 43.

centrala pliktsubjektet. Arbetsgivaren har företags- och arbetsledningsrätten och ska bära ansvaret för sådant som äger rum inom ramen för denna.¹¹³⁰ Detta är en viktig punkt för reflektion kring en adekvat och funktionell reglering av ansvar för icke-diskriminering på dagens fragmenterade arbetsmarknad och i komplexa arbetsorganisationer. Hur hanterar ansvarssystemet den situationen att det förekommer flera maktutövare på huvudmannasidan i en arbetsorganisation? Ska hänvisningen till arbetsledningsrätten uppfattas som att ansvaret endast föreligger i anställningsavtalsrelationen, eller med andra ord att ansvaret är exklusivt kontraktuellt?

I alla händelser gäller att den rättsliga regleringen av diskriminering i arbetslivet är behäftad med en grundläggande problematik: regleringen av en asymmetrisk samhällelig maktordning – t.ex. avseende kvinnor och män – ska fogas in i en befintlig reglering av en maktordning som löper längs en annan axel, nämligen arbetsgivare-arbetstagare. Denna diskrimineringsrätts dubbla koppling till asymmetriska maktrelationer påverkar förutsättningarna för ansvarsplaceringen och arbetsgivarbegreppet. Ett horisontellt diskrimineringsrättsligt¹¹³¹ ansvar arbetstagare sinsemellan¹¹³² omöjliggörs redan av dessa reglers koppling till det arbetsrättsliga synsättet att arbetsrätten inte reglerar förhållandet mellan arbetstagarna¹¹³³, utan endast det mellan anställningsavtalets parter. Sambandet med arbetsledningsrätten och en vertikal maktrelation är en faktor som samtidigt motiverar arbetsgivaransvar, och inskränker ansvaret för arbetstagarna. Samtidigt som anställningsavtalet framhålls som grunden för arbetsgivarens maktposition ligger fokus på syftet att fördela ansvaret på den maktfulle i organisationen. Att göra den ansvarig som har makt, framstår som det yttersta och viktigaste ställningstagandet i lagstiftarens förklaringar till diskrimineringsrätten.

I den idag gällande svenska diskrimineringslagen föreskrivs att ”den [fysiska person] som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta” kan ådra arbetsgivaren ansvar, om denna person agerar på ett sätt som utgör diskriminering. Den här regeln bör uppfattas som ett uttryck för att lagstiftaren insett att endast nedärvda avtalsrätts-

¹¹³⁰ T.ex. SOU 1978:38, s. 136, SOU 2006:22, del 1, s. 405 ff.

¹¹³¹ Förfarandena kan i straffrättslig mening utgöra bl.a. ofredande, sexuellt ofredande, ringa misshandel och utlösa ett individuellt straffansvar för arbetstagaren, se 4 kap. 7 §, 6 kap. 10 §, 3 kap. 5 § Brottsbalken (1962:700).

¹¹³² Jfr t.ex. SOU 1997:175, s. 133 och i SOU 1997:176, s. 129 f. Det senaste diskussionsinlägget är från diskrimineringslagens kommentatorer som med förebild i arbetsmiljörätten förespråkar ett trakasseriförbud som riktar sig endast till arbetsgivaren, och att denne ska ha ansvaret att utreda och åtgärda trakasserier. Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 146. I prop. 2007/08:95, s. 142, sägs att det inte är uteslutet att ett ansvar för arbetstagare genomförs i framtiden.

¹¹³³ Jfr Mundlak, *The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers*, 2011, s. 315-328, Davies, *Identifying ‘Exploitative Compromises’: The Role of Labour Law in Resolving Disputes Between Workers*, 2012, s. 269-294.

liga och arbetsrättsliga utgångspunkter för placering av skyddsansvar inte är ändamålsenliga för dagens komplexa arbetsorganisationer.¹¹³⁴

Formuleringen av pliktsubjektet för arbetsgivaren är ägnad att hantera ett dilemma som följer av synen på arbetsgivaransvaret som endast kontraktuellt; att arbetsgivare är arbetstagarens motpart. Å ena sidan; om den utgångspunkten upprätthålls strikt, blir arbetsgivaransvaret i praktiken en chimär, eftersom det endast kan omfatta personer som befinner sig på mycket höga positioner i arbetsorganisationerna, och som har behörighet att i avtalsrättslig mening binda huvudmannen. Å andra sidan; även personer som är behöriga att binda arbetsgivaren är ju arbetstagare, och då blir det ändå tal om att tillämpa en regel som riktar sig till arbetsgivaren på en person som är arbetstagare. Det grundläggande synsättet att arbetsrätten reglerar relationerna mellan två parter med motstående intressen, skapar ett begreppslikt motstånd mot att tillämpa en regel som avser huvudmannen, på en person som är arbetstagarpart i ett anställningsavtal. Den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar kan leda till ett snävt synsätt på huvudmannen och ett inkluderande synsätt på arbetstagarna. Dessutom läggs grunden för en tankegång om att de två grupperna/parterna inte kan överlappa varandra. Uttalanden i ett lagstiftningsärende om trakasserier belyser saken:

Begreppen arbetsgivare och arbetstagare har samma innebörd som när de används i annan arbetsrättslig lagstiftning. Arbetstagare är således alla med ett anställningsförhållande hos arbetsgivaren oavsett om de därutöver också i vissa avseenden är arbetsgivarrepresentanter. Detta innebär att en och samma fysiska person i en situation kan vara representant för arbetsgivaren, t.ex. personalchef som får kännedom om sexuella trakasserier, och i en annan situation vara arbetstagare, den som trakasserar.¹¹³⁵

Det som i det här läget står på spel är en annan grundläggande utgångspunkt: arbetsrätten reglerar en vertikal relation mellan den överordnade arbetsgivaren och den underordnade arbetstagaren. Ett horisontellt ansvar arbetstagare emellan skulle, brukar det heta, hota konsekvensen och själva strukturen i det arbetsrättsliga systemet. Det centrala här är att om arbetsgivaransvaret placerades alltför långt ner i arbetsorganisationen, blir alla arbetstagare arbetsgivare, och i den situationen har decentraliseringen av arbetsgivaransvaret lett till att man bakvägen kommit att överge utgångspunkten att arbetsrätten inte ska reglera längs en horisontell axel. Dagens gällande regler uttrycker denna nödvändiga kompromiss, men framförallt är lagens lydelse ifråga om pliktsubjektet att uppfatta som en bekräftelse av att nedärvda föreställningar om arbetsgivaransvar som exklusivt kontraktuellt är principiellt underminerade och åtminstone delvis oklara.

¹¹³⁴ 2 kap. 1 §, 3 st., 2 kap. 18 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹³⁵ Prop. 1997/98:55, s. 141 f.

3.2 Den bilaterala arbetsorganisationen och diskrimineringsskyddet

3.2.1 Placering av ansvar för diskriminering i bilaterala arbetsorganisationer

I bilaterala arbetsorganisationer förekommer endast ett rättssubjekt på huvudmannasidan. Det är i denna tvåpartsrelation – arbetstagare, anställningsavtal, *en* arbetsgivare – som arbetsrätten och diskrimineringsrätten har sina rötter, och tvåsamheten präglar den grundläggande föreställningsvärlden inom bägge dessa rättsområden. Huvudregeln är att ”en arbetsgivare” får inte diskriminera ”den som hos arbetsgivaren [...] är arbetstagare”.¹¹³⁶ En implikation av att arbetsorganisationen är bilateral är att det föreligger endast en förmögenhetsmassa som kan göras ansvarig för att betala diskrimineringsersättningen, som är sanktionen för överträdelser av diskrimineringslagen. Arbetstagarens motpart i anställningsavtalet är den som i alla lägen kommer att ansvara för att betala diskrimineringsersättning.¹¹³⁷

Även om endast ett subjekt kan komma ifråga för detta ansvar är arbetsgivarbegreppet i viss bemärkelse komplext redan i den bilaterala arbetsorganisationen: det har uppmärksamats att det måste preciseras vilka personer i arbetsorganisationen – vilka arbetstagare hos arbetsgivaren, med andra ord – som kan ådra huvudmannen ansvar för brott mot diskrimineringsrätten.¹¹³⁸ Bakom frågan om diskrimineringsrättens pliktsubjekt ligger en kompromiss mellan två ytterligheter. För det första; om gruppen som kan ådra huvudmannen görs alltför vid och inkluderande, så kommer diskrimineringsrätten inte längre att verka vertikalt, i relationen mellan över- och underordnad. För det andra; om gruppen som kan ådra huvudmannen ansvar konstrueras alltför snävt, t.ex. avse endast de högsta cheferna, riskerar diskrimineringsrätten att bli irrelevant i praktiken.

En grundläggande diskrimineringsrättslig utgångspunkt är att en arbetsgivare som anklagas för diskriminering inte med ansvarsbefriande verkan kan argumentera att denne endast följt någon annans önskemål; detta följer bl.a. redan av förarbetena till 1980 års jämställdhetslag:

¹¹³⁶ 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹³⁷ 5 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹³⁸ Prop. 2007/08:95, s. 137. AD 2013 nr 5 är ett aktuellt exempel från praxis (om föreningsrättskränkning). En motsvarande problematik föreligger i princip avseende fackföreningars ansvar för sina befattningshavares agerande (ett exempel är AD 1982 nr 157).

I den mån fråga är om en grund som inte är godtagbar i fall den direkt åberopas av arbetsgivaren, kan den inte rimligen bli godtagbar bara för att det i stället gäller attityder hos någon annan än arbetsgivaren själv.¹¹³⁹

Det är inte tillåtet för en arbetsgivare att falla till föga för kunders, andra arbetstagarers eller affärspartners önskemål om att denna ska diskriminera. Ansvaret för den inträffade diskrimineringen ligger på den som handlat, oavsett motivet till det.

Diskrimineringsförbudet omfattar i alla händelser alla situationer där arbetsgivare och arbetstagare möts i arbetsorganisationen, och både ”ledning och fördelning av arbete och situationer som inte präglas av arbetsledning eller egentligt beslutsfattande” omfattas.¹¹⁴⁰

Ifråga om vem som kan ådra arbetsgivaren ansvar för diskriminering av arbetstagarer kompletteras diskrimineringsrätten av regler i andra rättsområden: Mellanmansrätten behandlar möjligheterna att låta sig representeras av en annan person, bolagsrätten ger regler för organs ansvar och skadeståndsrätten har regler om principalsansvar. Till detta kommer den diskrimineringsrättsliga särreglering som ger vid handen att vissa personer i arbetsorganisationen ska ”likställas” med arbetsgivaren.¹¹⁴¹ Flera grundläggande distinktioner blir viktiga; dels den mellan fall då arbetsgivaren ansvarar för eget handlande och fall då ansvaret avser någon annans handlande, dels gränsen mellan faktiskt handlande och rättshandlande (då blir det snarast tal om bundenhet och inte ansvar). Diskrimineringsrätten innehåller dessutom regler som saknar pliktsubjekt och som i olika avseenden är mer generellt tillämpliga, eftersom att rättsföljden i dessa regler endast är ogiltighet.

3.2.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?

3.2.2.1 Rättsutvecklingen kring vem som ska likställas med arbetsgivaren

En diskrimineringsrättslig särreglering avgör idag vem som vid tillämpning av diskrimineringsförbudet ska likställas med arbetsgivaren. Regeln om vilka personer i arbetsorganisationen som i denna bemärkelse ”är” ”arbetsgivaren” illustrerar hur nedärvda arbetsrättsliga föreställningar utmanas och utvecklas, och hur arbetsrätten och diskrimineringsrätten samspelar med varandra. Regeln om att arbetsgivaren ansvarar för de som i dennes ställe har rätt att besluta i frågor som rör de

¹¹³⁹ SOU 1978:38, s. 101, se också t.ex. C-54/07.

¹¹⁴⁰ Prop. 2007/08:95, s. 139, s. 498. Lagstiftningstekniken att ange i vilka situationer som lagen är tillämplig är övergiven idag, till förmån för en generellt tillämplig lag. Jfr SOU 2006:22, del 1, s. 405 ff.

¹¹⁴¹ 2 kap. 1 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

anställda har växt fram alltsedan jämställdhetslagen av 1980.¹¹⁴² Närmast som i förbifarten uttalades i förarbetena till den lagstiftningen att

Begreppet arbetsgivare torde inte behöva bestämmas närmare för de ändamål som den föreslagna lagen skall fylla. Begreppet har samma innebörd som när det används i annan arbetsrättslig lagstiftning, i vilken arbetsgivare åläggs rättsliga förpliktelser av skilda slag.¹¹⁴³

I detta lagstiftningsärende hänvisades till vad som uppfattades gälla enligt arbetsrätten, dvs. den kontraktuella utgångspunkten att med arbetsgivare avses arbetstägarens motpart i anställningsavtalet. Definitionen framstår dessutom som cirkulär: den som är arbetsgivare är ansvarig och den som är ansvarig är arbetsgivare. Det framstår som om den tidens lagstiftare uppfattade arbetsgivarbegreppet som så självklart att saken på detta sätt kunde lämnas mer eller mindre implicit. När jämställdhetslagen sedan reviderades 1990 konstaterades emellertid i förarbetena att

Någon klar definition av begreppet arbetsgivare förekommer inte i den arbetsrättsliga lagstiftningen.¹¹⁴⁴

Om det 1990 saknades definition på den här punkten, får det hållas för troligt att det var fallet också 1979. 1990 års kommitté skulle genomföra en expansion av möjligheterna att hantera trakasserier som diskriminering och kom därmed in på frågor om vems handlande som skulle omfattas av förbudet. Man uppfattade att den kontraktuella utgångspunkten var viktig, men möjlig att avvika ifrån:

Även om arbetsgivarbegreppet i skilda sammanhang kan ges olika innebörd avses vanligen den, fysisk eller juridisk person, hos vilken någon är anställd.¹¹⁴⁵

Detta synsätt på vem som ”är” arbetsgivare framstod emellertid som otillräckligt i de fall då arbetsgivaren var en juridisk person, kanske tillika en omfattande organisation. I de fallen kommer huvudmannen att företrädas av personer i toppen av organisationen, som sedan kommer att delegera verksamhetsansvar och arbetsledning till andra nivåer i organisationen, ner till föreståndare och förmän. Detta föranledde utredningen att presentera en lösning på problemet att det var otillräckligt att med arbetsgivare endast avse de högsta nivåerna i organisationen:

¹¹⁴² Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Upphävd i SFS 1991:433.

¹¹⁴³ Prop. 1978/79:175, s. 111, s. 128. Motsvarande formuleringar saknas i utredningsbetänkandet som låg till grund för propositionen. Se SOU 1978:38, s. 166.

¹¹⁴⁴ SOU 1990:41, s. 277.

¹¹⁴⁵ SOU 1990:41, s. 277.

Genom att en arbetsgivare sålunda delegerar arbetsledningen på skilda nivåer bör det ansvar arbetsgivaren har för eget handlande kunna omfatta handlandet hos alla de personer till vilka sådan delegation skett.

Arbetsgivarens ansvar [...] bör således omfatta handlandet hos var och en av de personer som gets en ledande ställning över andra och vilkas beslut, inflytande eller bedömningar direkt kan påverka den enskilda arbetstagarens arbetsförhållanden eller -villkor.¹¹⁴⁶

1990 års utredningsbetänkande utelämnade den som är ”likställd eller arbetskamrat i övrigt med den som trakasserar och således inte kan utöva ett direkt inflytande på den trakasserades arbetssituation” ur kategorin personer som skulle uppfattas som arbetsgivare.¹¹⁴⁷ Utredningens analys kom dock inte att omsättas i något förslag till lagtext, och inte heller regeringen, i lagrådsremissen, uppfattade arbetsgivarbegreppet som så viktigt att det skulle nämnas i själva lagen.¹¹⁴⁸ Lagrådet kommenterade dock saken och sade sig ”inte [ha] något att erinra mot en så vidsträckt tillämpning” som utredningen föreslagit, men ansåg att detta förhållande borde speglas i lagtexten. Det var just frågan om vems handlande som kunde utlösa sanktionen som Lagrådet hänförde sig till: man gjorde dessutom klart att ”skadeståndsskyldigheten skall åvila arbetsgivaren i den mening begreppet har i lagen i övrigt”.¹¹⁴⁹ Lagregeln kom till slut att lyda:

Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall [...] likställas med arbetsgivare.¹¹⁵⁰

Specialmotiveringen till regeln förklarar att

Begreppet arbetsgivare har samma innebörd som när det används i annan arbetsrättslig lagstiftning, i vilken arbetsgivare åläggs rättsliga förpliktelser av skilda slag. Det rättsliga ansvaret för att förbudet mot trakasserier respekteras vilar sålunda på den som är arbetsgivare i ett bestående anställningsförhållande. När en arbetsgivare har delegerat beslutanderätt till någon, t.ex. en personalchef, gäller alltså förbudet denne men det rättsliga ansvaret vilar på arbetsgivaren. [...] alla som har rätt att i arbetsgivarens ställe besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall likställas med arbetsgivaren.¹¹⁵¹

¹¹⁴⁶ SOU 1990:41, s. 278, s. 373.

¹¹⁴⁷ SOU 1990:41, s. 278.

¹¹⁴⁸ SOU 1990:41, s. 49 (ändring i 4 §) och prop. 1990/91:113, s. 181, s. 113.

¹¹⁴⁹ Prop. 1990/91:113, s. 181.

¹¹⁵⁰ Regeln fanns i jämställdhetslagens (1991:433) trakasseriförbud (22 §). Upphävd i SFS 2008:567.

¹¹⁵¹ Prop. 1990/91:113, s. 113.

Dessa uttalanden framstår inte som fullt ut klargörande i viktiga aspekter och framstår som mindre lyckade som utgångspunkt för rättsutvecklingen.¹¹⁵² Man talade återigen om arbetsgivarbegreppet som om det någonstans i arbetsrätten skulle finnas en tydlig definition, och det cirkulära inslaget kvarstår. Det framstår som om skrivningarna anspelar på antaganden utgående från den kontraktuella utgångspunkten – utan att detta sägs explicit – att arbetsgivare är det subjekt som är motpart, och samtidigt att endast motparten är arbetsgivare. Tydligtvis blir detta ett för snävt definierat begrepp för diskrimineringsrättskontexten. Den dogmatiska konstruktionen laborerar vidare med en distinktion mellan subjekt för vilka förbudet ”gäller” och subjekt på vilka ”ansvaret vilar”, och med denna åtskillnad förmedlas att vissa fysiska personers agerande kan ådra den förmögenhetsmassa som är motpart i anställningsavtalet ansvar för att betala skadeståndet för vad denna fysiska person tagit sig för. Begreppsbildningen innebär inget mer än att vissa personer kan agera ansvarsutlösande, medan betalningsansvaret ligger på ett annat subjekt.

Frågan kan också väckas om vad rättssystemet verkligen tillfördes i och med dessa formuleringar. Vad hade gällt i avsaknad av dem? Ändrades rättsläget? I ett senare lagstiftningsärende, 1998, som genomförde ett diskrimineringsrättsligt repressalieförbud riktat mot ”arbetsgivaren”, uttalades att det inte behövde framgå av lagregeln att med arbetsgivare ska likställas den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden. Det sålunda definierade ansvaret ansågs ”gälla” utan särskild lagreglering på området.¹¹⁵³ Lagstiftaren menade att det redan existerade ett oskrivet arbetsgivarbegrepp av denna innebörd.

Den diskrimineringsrättsliga regleringen av vem som ska likställas med arbetsgivaren har prägats dels av sitt nära samband med trakasseri- och repressaliekontexten, dels av att ha utvecklats under en tid då diskrimineringslagstiftningens tillämplighet var kopplad till vissa specificerade aspekter av arbetslivet. Under den tid då arbetsgivarbegreppet utvecklades på sätt som beskrivits ovan hanterades trakasserier rättsligt som en form av diskriminering med stöd av regeln att ”[e]n arbetsgivare får inte diskriminera en arbetssökande eller en arbetstagare genom trakasserier”,¹¹⁵⁴ samtidigt som tillämpningsområdet för diskrimineringsförbudet i arbetslivet var kopplat till en uppräkningslista av beslut fattade av ”arbetsgivaren”. Diskrimineringsförbudet gällde när arbetsgivaren

¹¹⁵² Dessa uttalanden återopades av Arbetsdomstolen i AD 2007 nr 16 och AD 2007 nr 45 som diskuteras nedan.

¹¹⁵³ Prop. 1997/98:177, s. 62, 37, SOU 1997:174, s. 288, s. 201.

¹¹⁵⁴ 16 a § 1 st Jämställdhetslagen (1991:433), 5 § 1 st lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, 10 § 1 st lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, 5 § 1 st lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

1. beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet,
2. beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran,
3. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör yrkespraktik,
4. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör annan utbildning eller yrkesvägledning,
5. tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga,
6. leder och fördelar arbetet, eller
7. säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.¹¹⁵⁵

Resultatet av denna dogmatiska konstruktion var att förståelsen av arbetsgivarrepresentation i arbetsorganisationerna fördunklades. Förståelsen av arbetsgivarrepresentation utvecklades i anslutning till trakasseriförbudet, som vid den tiden uppfattades som en variant av diskriminerande beslutsfattande. Trots att trakasserier begreppsmässigt i princip inte måste vara begångna av någon typ av makthavare i arbetsorganisationen, kom de att uppfattas som något som endast de med viss beslutsakt kunde utföra (de sju punkterna ovan). Arbetsgivarbegreppet i diskrimineringsrätten kom på detta sätt att utvecklas till en särskild form av mellanmansrätt, som inte var väl avpassad för att fördela ansvar för handlande i arbetsorganisationerna och som inte heller till alla delar kunde lösa frågan om vem som "är" "arbetsgivaren". Lagstiftningsärendet om trakasserier från 1998 illustrerar saken: utredningsbetänkandet föreslog ett trakasseriförbud som riktar sig mot arbetsgivaren, och "också" mot den som har rätt att besluta om "arbetstagares förhållanden" (och därför ska "likställas" med arbetsgivaren). Utredningen lämnade sitt förslag trots att man inte uppfattade trakasserier som något som låg inom ramen för vad som kunde delegeras från en nivå till en annan i arbetsorganisationen.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁵ 17 § 1 st Jämställdhetslagen (1991:433), 9 a § 1 st lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, 4 a § 1 st lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, 4 a § 1 st lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

¹¹⁵⁶ SOU 1997:174, s. 207.

... den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares förhållanden är likställd med arbetsgivaren. Att en arbetsledare trakasserar kan visserligen inte ses som en del av det uppdrag arbetsledaren fått från arbetsgivaren. [...] finner vi det rimligt att arbetsgivare även ansvarar för arbetsledares etniska trakasserier...¹¹⁵⁷

Därmed utgick utredningen från den rimliga föreställningen att om det delegerades viss beslutsmyndighet till en arbetstagarare ansvarade huvudmannen för dennes agerande, sådant det nu kom att bli. Regeringen feltolkade dock i propositionen utredningen, och avvisade därför av fel skäl ett trakasseriförbud riktat mot arbetsgivare. Regeringen avvisade förslaget att genomföra en sådan regel eftersom man antog att det skulle krävas att just uppgiften att trakassera hade delegerats, för att regeln ska bli tillämplig:

Även den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares förhållanden är att anse som arbetsgivare. En arbetsledare som trakasserar får emellertid anses göra detta utanför sitt uppdrag att representera arbetsgivaren. Skälen till trakasserier står snarare att finna i omständigheter som typiskt sett inte har med arbetsuppgifterna eller anställningen att göra. Sådana trakasserier faller därför utanför det av utredningen föreslagna förbudet. [...] [det] är inte aktuellt att införa ett ansvar för den som trakasserar sin arbetskamrat.¹¹⁵⁸

Om, fortsatte regeringen, man ålägger arbetsgivaren ansvar då "en olämplig förman, arbetsledare etc. trakasserar arbetstagarare", skulle det innebära att "en arbetsgivare åläggs skadeståndsskyldighet för sådana förfaranden som ligger vid sidan av arbetsuppgifter och som kan utgöra brottsliga handlingar". En sådan regel vore olämplig, bedömde man 1998.¹¹⁵⁹ Ett arbetsgivarbegrepp som avser faktiskt handlande blir närmast otänkbart om regeringens bedömning i 1998 års lagstiftningsärende accepteras. Ett sådant begrepp skulle definitionsmässigt endast kunna avse godartade ageranden. Eftersom ingen kan delegera ut uppgiften att trakassera de anställda, kan "arbetsgivaren" inte göras ansvarig för om någon person skulle ha trakasserat arbetstagararna. Ett alternativ, som regeringen också diskuterade (och avvisade av andra skäl), vore att införa ett ansvar för arbetstagarare som trakasserar sina jämlingar.

Arbetsgivarbegreppet har på detta sätt kommit att länkas till en uppräkningslista av arbetsgivarbeslut, och på detta sätt har "arbetsgivarens" ansvar för vad makthavarna i arbetsorganisationen tar sig för, kommit att fördunklas. Istället är det utredningen i 1998 års lagstiftningsärende som står för den relevanta analysen och synen på arbetsgivarbegreppet. Om en person fått uppgiften att agera med stöd av

¹¹⁵⁷ SOU 1997:174, s. 207.

¹¹⁵⁸ Prop. 1997/98:177, s. 38.

¹¹⁵⁹ Prop. 1997/98:177, s. 38.

arbets- och företagsledningsrätten delegerad till sig i en sådan utsträckning att det är befogat att göra den bakomliggande förmögenhetsmassan ansvarig för handlandet, bör sanktionen för vad befattningshavaren gör i arbetsorganisationen, också drabba huvudmannen. Det krävs inte att huvudmannen delegerat att utföra just det faktiska (diskriminerande) handlandet, för att denne ska ansvara för det. Huvudmannen ansvarar för vad sin representant gör, om denne getts rätten att agera med stöd av arbetsgivarprerogativet.

När det i den svenska nationella kontexten uppstått frågor om vem som ska likställas med arbetsgivaren har EU-rättsligt grundade argument inte varit framträdande. Skillnaden är stor i jämförelse med vad som gäller om det materiella innehållet i diskrimineringsförbuden. När Arbetsdomstolen 2007 avgjorde målen som handlade om huruvida en receptionist respektive en fackföreningsföreträdare kunde sägas representera arbetsgivaren, gjorde man det utan att uttryckligen förhålla sig till problematiken kring det effektiva genomförandet av EU-rätten.¹¹⁶⁰ Detta får uppfattas som att hittills har EU-rätten varit relativt frånvarande från frågan om vem som ska likställas med arbetsgivaren inom ramen för en arbetsorganisation.¹¹⁶¹

3.2.2.2 Makthavare i arbetsorganisationen som ska likställas med arbetsgivaren

Idag är diskrimineringsförbudet försett med en förklaring av vem som kan agera på ett sådant sätt att den kontraktuella arbetsgivaren blir ansvarig för att betala diskrimineringsersättning; den

som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör [arbetstagare m.fl.] ska likställas med arbetsgivaren.¹¹⁶²

Regeln är en del av den idag generellt tillämpliga diskrimineringsrätten som omfattar

alla situationer som kan uppkomma mellan en arbetsgivare och en arbetssökande eller arbetstagare på en arbetsplats eller över huvud taget i samband med anställningen.¹¹⁶³

Diskrimineringsrättens ansvarssubjekt tillämpas idag utan koppling till någon lagstadgad uppräkningslista av i vilka situationer i arbetslivet som diskrimineringsförbudet är tillämpligt. Redan detta utgör ett visst stöd för att regeln om vem som ska likställas med arbetsgivaren ska tolkas extensivt. En annan utgångspunkt är att

¹¹⁶⁰ AD 2007 nr 16, AD 2007 nr 45. Jfr kapitel 3.1.3, kapitel 3.1.4.

¹¹⁶¹ Domarna C-54/07 och C-81/12 har inte lett till lagstiftning i Sverige.

¹¹⁶² 2 kap. 1 §, 3 st. och 2 kap. 18 §, 3 st. (samt 5 kap. 1 §) diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹⁶³ Prop. 2007/08:95, s. 139.

regeln alltså faktiskt bygger på ett specialsubjekt (arbetsgivaren); en alltför inkluderande tolkning – att alla arbetstagare skulle vara arbetsgivare – är inte möjlig. Dessutom har något horisontellt diskrimineringskoncept inte kommit att utfärdas. Lagtolkningen ska ske med stöd av de svenska förarbetena, men dessa ska läsas i ljuset av den expansiva EU-rättsliga utvecklingen på diskrimineringsområdet, och EU-domarna Feryn och Accept.¹¹⁶⁴

År 2007, dvs. kort före det att lagregeln om arbetsgivarrepresentation i diskrimineringsrätten stiftades, kom två domar från Arbetsdomstolen i vilka det prövades vilket diskrimineringsrättsligt ansvar arbetsgivaren hade för sådant som en underordnad receptionist gjort på eget bevåg i relation till en arbetssökande, respektive uttalanden gjorda av en fackföreningsrepresentant i ett rekryteringsärende.¹¹⁶⁵ I båda dessa prejudikat kom domstolen in på den rättsutveckling som skildrats ovan¹¹⁶⁶, och konkluderade mot denna bakgrund att ”det inte finns utrymme för någon mera vidsträckt tillämpning” av begreppet arbetsgivare.¹¹⁶⁷ Lagtolkningen tog först fasta på lagtextens lydelse tillsammans med förarbetena, och gick sedan vidare till en systemisk tolkning av arbetsgivarbegreppet. Inte heller efter denna analys kunde domstolen se att arbetsgivarbegreppet gick att tolka vidsträckt.¹¹⁶⁸ Den här grundinställningen ledde Arbetsdomstolen till att uppställa ett krav om att de handlande – för att deras agerande skulle tillräknas arbetsgivaren – måste ha agerat på uppdrag av huvudmannen, vid diskrimineringen. Enligt Arbetsdomstolen var det endast ett uppdrag från huvudmannen som kunde göra huvudmannen rättsligt ansvarig för agerandet.

I förarbetena till 2008 års lagstiftningsärende kommenterades 2007 års domar i anslutning till att regeln om att arbetsgivaren ansvarar för den person som delegerats rätt att besluta om de anställda:

Om en arbetsgivare på något sätt delegerat sin beslutanderätt eller arbetsgivarfunktionen till någon är det klart att denne ”är” arbetsgivaren på så sätt att hans eller hennes ageranden är att likställa med arbetsgivarens handlande. Det naturliga är att arbetsgivarens ansvar [...], därutöver omfattar också handlandet hos var och en av de personer som getts en ledande ställning över andra och vars beslut, inflytande och bedömningar direkt kan påverka enskilda arbetssökandes eller arbetstagares arbetsförhållanden eller villkor.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁴ Se kapitel 3.1.4 om domarna C-54/07 och C-81/12.

¹¹⁶⁵ AD 2007 nr 45 respektive AD 2007 nr 16.

¹¹⁶⁶ Se kapitel 3.2.2.1.

¹¹⁶⁷ AD 2007 nr 45 respektive AD 2007 nr 16.

¹¹⁶⁸ Eklund, Sigeman & Carlson, *Swedish Labour and Employment Law*, 2008, s. 394.

¹¹⁶⁹ Prop. 2007/08:95, s. 137, s. 308.

Departementschefen förklarar här inte om införandet av den särskilda regeln ska uppfattas som ett avståndstagande från lagtolkningen som Arbetsdomstolen gör i 2007 års rättsfall, eller om dessa formuleringar endast ska uppfattas som exemplifieringar av den aktuella problematiken. Hur det nu än exakt är med den saken är förarbetsuttalandet tillämpligt på den typen av situation som var uppe till bedömning i 2007 års fall. Lagstiftarens uttalande leder tankarna till fullmaktsrätten och de möjligheter som den allmänna avtalsrätten ger att rättshandla med stöd av mellanman.¹¹⁷⁰ Inte heller på denna punkt är lagstiftaren särskilt tydlig. Det anges inte om förarbetsuttalandet ska uppfattas som en mellanmansrättslig särreglering för just diskrimineringsrätten i arbetslivet, som en minimireglering av ställningsfullmaktsförhållandet, eller endast en erinran om vad som skulle gälla redan vid tillämpning av avtalslagens regler. Frågan är om inte ställningsfullmakt¹¹⁷¹ och kombinationsfullmakt¹¹⁷² möjliggör ett än mer decentraliserat arbetsgivaransvar, än vad som följer av den särskilda regeln i diskrimineringslagen. Rättsläget framstår som oklart.¹¹⁷³ Vidare; efter EU-domstolens domar Feryn och Accept är Arbetsdomstolens hållning i 2007 års domar att en extensiv tolkning av arbetsgivarbegreppet skulle vara utesluten, inte längre tillåten.¹¹⁷⁴

Arbetsdomstolen har i en dom 2016 haft att tillämpa den särskilda regeln om arbetsgivarrepresentant i ett mål om sexuella trakasserier i ett bageri.¹¹⁷⁵ Den som hade begått de påstådda trakasserierna var inte ställföreträdare eller ”formellt ansvarig för bolaget”. Arbetsdomstolen lyfte särskilt fram att man hade att pröva ”vilken roll i verksamheten” som personen faktiskt getts av bolaget. I den här bedömningen framhöll Arbetsdomstolen att personen i hög grad varit ansvarig för produktionen och arbetsplatsen, även om en annan person haft sista ordet. Dessutom hade den påstådda trakasseraren också varit synlig utåt, t.ex. i marknadsföring. Den person som varit ansvarig för verksamheten var inte dagligen närvarande på arbetsplatsen.

Efter en samlad bedömning kom Arbetsdomstolen fram till att personen ”getts en sådan roll i bolaget, som gör att hans agerande [...] ska tillräknas bolaget” och att bolaget därmed ska ansvara för trakasserier han kan ha utsatt arbetstagare för.¹¹⁷⁶ 2016 års dom relaterar inte uttryckligen till 2007 års domar och kan därmed upp-

¹¹⁷⁰ Se kapitel 3.2.2.4 samt 2 kap. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmågenhetsrättens område. Tibergh & Dotevall, *Mellanmansrätt*, 1997, Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, 2011.

¹¹⁷¹ 10 § 2 st. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmågenhetsrättens område.

¹¹⁷² Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 141-146

¹¹⁷³ Se kapitel 3.2.2.4.

¹¹⁷⁴ C-54/07 och C-81/12.

¹¹⁷⁵ AD 2016 nr 56.

¹¹⁷⁶ AD 2016 nr 56.

fattas som att Arbetsdomstolen tagit ställning för en inkluderande syn på vilka personer som omfattas av särregleringen av arbetsgivarrepresentationen. 2016 års dom avsåg vidare en arbetsorganisation som inte varit alldeles formaliserad i termer av ansvarsfördelning och detta kan möjligen ha ökat utrymmet för en inkluderande tolkning av regeln om arbetsgivarrepresentation.

3.2.2.3 *Arbetsgivarrepresentanter: uppdrag, ställning och fullmakt*

Förutom den uttryckliga särregleringen om vem som ska likställas med arbetsgivaren¹¹⁷⁷ vid tillämpning av diskrimineringsförbudet, är allmänna civilrättsliga regler om handlande genom fullmäktig tillämpliga och kan även de vara relevanta för att avgöra vem som representerar arbetsgivaren. En bilateral arbetsorganisation består dels av arbetstagare, som i avtalsrättslig mening är tredjeman i relation till varandra, dels av personer som företräder huvudmannen i relation till arbetstagar-
na, dvs. i avtalsrättslig mening är arbetsgivarrepresentant – och som samtidigt också är arbetstagare hos huvudmannen. Mot denna bakgrund kan frågan väckas om vems handlande som ska uppfattas vara utfört av arbetsgivaren. En arbetstagar-
gare som med stöd av delegation har tilldelats makten att besluta i en fråga som annars tillkommer arbetsgivaren att besluta i, utlöser ansvar.¹¹⁷⁸ Arbetsgivaren enligt den kontraktuella utgångspunkten, motparten i anställningsavtalet, ansvarar för diskriminering som äger rum inom detta sålunda delegerade ansvarsområde. Arbetsdomstolen har yttrat att det för att ett bolag ska tillräknas en persons åtgärder, på ett sådant sätt som innebär att åtgärderna ska uppfattas vara vidtagna av någon på arbetsgivarsidan,

krävs antingen att han agerat på uppdrag av bolaget eller att han haft en sådan ställning i bolaget att han kan sägas företräda bolaget i dess egenskap av arbetsgivare, t.ex. genom att han rätt att besluta i frågor som rör andra anställda.¹¹⁷⁹

Diskrimineringsrättens utgångspunkter uppvisar således likheter med angränsande bedömningar inom arbetsrätten. Arbetsdomstolens formuleringar antyder att allmänna civilrättsliga regler är relevanta för att identifiera vem som representerar arbetsgivaren i en given arbetsorganisation. Uppdrag eller ställning är grunderna för sådant ansvar. Det betyder att arbetsledare ofta framstår som arbetsgivarrepresentanter i det avseendet att deras diskriminerande handlande rättsligt bör kunna uppfattas som utfört av arbetsgivaren. I kollektivavtalet för och om arbetsledare slås det sålunda fast att

¹¹⁷⁷ 2 kap. 1 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹¹⁷⁸ Prop. 2007/08:95, s. 137.

¹¹⁷⁹ AD 2013 nr 5; målet om föreningsrättskränkning i form av selektiv middagsinbjudning.

Vid fullgörandet av sin uppgift är arbetsledaren arbetsgivarens representant på arbetsplatsen.¹¹⁸⁰

Det förekommer dessutom att kollektivavtal i anslutning till reglering av föreningsrättens omfång definierar konceptet arbetsledare som

den som är anställd att som arbetsgivarens ställföreträdare leda, fördela och kontrollera arbete, vilket utförs av personal som är underställd arbetsledaren och i vilket arbetsledaren inte deltar själv annat än tillfälligtvis.¹¹⁸¹

Arbetsdomstolen har i sin praxis bekräftat denna definition av begreppet arbetsledare som den sedvanliga, och har också gjort tillägget att det kan handla om att ”mer eller mindre direkt leda, fördela och kontrollera”, samt att en arbetsledare

vid särskilda behov får rycka in och i begränsad omfattning utföra arbete som vanligen utförs av underställd personal, men däremot inte att arbetsledaren systematiskt eller annars i större omfattning utnyttjas för sådant arbete.¹¹⁸²

Det måste beaktas att denna praxis om arbetsledarbegreppet tillkommit utanför tillämpningen av diskrimineringslagen i en föreningsrättslig kontext, men dessa rättsområden uppvisar avsevärda likheter. Det ovanstående antyder att det inte föreligger några skarpa konturer kring arbetsledarbegreppet; t.ex. kan en sådan utföra arbete, så länge som det inte är systematiskt eller i större omfattning. Därmed är inte sagt att kollektivavtals tillämpningsområde direkt avgör vem som representerar huvudmannen. Gränsdragningsproblemen uppstår i den nedre delen av kretsen arbetsledare. Hur lite inflytande kan en person ha, och ändå representera arbetsgivaren i arbetsorganisationen vid tillämpning av diskrimineringsförbudet? Några tydliga svar ges inte av det rättsliga materialet. EU-domstolens inkluderande syn på arbetsgivarbegreppet borde emellertid kunna utgöra tolkningsdatum för mellanmansreglerna i tillämpning i diskrimineringssammanhang. Om EU-domstolen kan konstatera att en person som inte är part i anställningsavtal, ändå ska anses ha överträtt en regel som riktar sig till arbetsgivaren,¹¹⁸³ så bör det föreligga en skyldighet på nationell nivå att tolka regler som riktar sig till arbetsgivaren på ett inkluderande sätt. Följden blir att de flesta arbetsledare ska anses ’vara’ arbetsgivare vid tillämpning av diskrimineringsförbudet.

¹¹⁸⁰ Huvudavtal mellan Svenska Arbetsgivareföreningen och Sveriges Arbetsledareförbund av den 3 juli 1959 med däri, den 8 maj 1964, vidtagna ändringar. §1 Arbetsledarens ställning.

¹¹⁸¹ Kollektivavtal 2010-2012 mellan IF Metall och Industri- och kemigruppen. En del av Industrierbetsgivarna. Allokemisk industri, § 18.

¹¹⁸² AD 1988 nr 45.

¹¹⁸³ C-54/07, C-81/12.

Arbetsdomstolen menar att också ställning i verksamheten kan utgöra grund för att en persons (diskriminerande) åtgärd ska tillräknas arbetsgivaren.¹¹⁸⁴ Att en person getts en viss ställning, är i fullmaktshänseende att uppfatta som en viljeförklaring i relation till tredje man, som är fullmaktsskapande.¹¹⁸⁵ Ställning som fullmaktsgrundande faktum förekommer i två varianter; dels ställningsfullmakt enligt avtalslagen, dels speciell ställningsfullmakt. En person som verkar i en arbetsorganisation och som har en sådan ställning som avses i de respektive fullmaktskonstruktionerna, kan med stöd av den allmänna avtalsrätten ådra huvudmannen ansvar för diskriminerande handlande. Avtalslagens regel om ställningsfullmakt lyder:

Där någon såsom anställd i annans tjänst eller eljest i följd av avtal med annan intager en ställning, varmed enligt lag eller sedvänja följer viss behörighet att handla å dennes vägnar, anses han hava fullmakt att företaga rättshandlingar, som falla inom gränserna för denna behörighet.¹¹⁸⁶

För det första krävs att fullmäktigen måste vara anställd hos huvudmannen. För det andra krävs att om det av ”sedvänja” följer en viss behörighet av ställningen, så anses fullmäktigen vara behörig i denna utsträckning. Fullmaktsverkan följer av att lagstiftningen likställer inrättande av en ställning för en person, med en fullmaktsförklaring.¹¹⁸⁷ Grönfors och Dotevall förklarar att syftet med regeln är att upphöja ”bedömningen i det praktiska livet” av behörigheten, till ”värdighet av rättsligt relevant behörighet av sådant slag som utlöser normala fullmaktsverkningar”. Behörighetsgrundande rättsfaktum är ”sedvänja”, och med detta avses enligt lagmotiven och doktrinen ”gängse skick och bruk liksom den allmänna rättsuppfattningen”.¹¹⁸⁸ Eftersom regeln bygger på ”yttre synbara kriterier, ägnade att ge tredje man ett välgrundat intryck av behörighet”, är rättstillämpningen medgiven att gå bortom att endast passivt registrera dessa uppfattningar, och förändringar i dem. En domstol får också ”engagera sig mera aktivt” och ”leda och dirigera den allmänna rättsuppfattningen om vilken behörighet olika ställningar medför”. Dessutom gäller att domstolen ofta kan komma att bedöma ”[d]et mest ändamålsenliga för kontraktstypen i fråga [...] som det sedvanliga”. Lagregeln innebär en flexibilitet i det att ”det dagliga livets handelsförhållanden kan få rättsligt genomslag”.¹¹⁸⁹ Ställningens karaktär avgör fullmaktens omfång, som är rörligt. Den sedvanliga

¹¹⁸⁴ AD 2013 nr 5.

¹¹⁸⁵ Grönfors, *Ställningsfullmakt och bulvanskap*, 1961, s. 186.

¹¹⁸⁶ 10 § 2 st. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

¹¹⁸⁷ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 130f.

¹¹⁸⁸ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 131, s. 134. Med vidare referenser. Kursiveringar uteslutna här.

¹¹⁸⁹ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 135f. Kursiveringar uteslutna här.

uppfattningen om ställningens karaktär avgör behörighetsområdet. Ju högre och självständigare ställning, desto vidsträcktare behörighet.¹¹⁹⁰

Med stöd av regeln om ställningsfullmakt kan allmänna föreställningar om vem som är en arbetsgivarrepresentant ges genomslag i tillämpningen av diskrimineringsrätten. Det föreligger också en viss möjlighet för Arbetsdomstolen att påverka i vilken utsträckning dessa föreställningar ska accepteras. Adlercreutz och Gorton framhåller avtalsrättens motivs tankegång att ställningsfullmaktens betydelse ligger i att tredje man inte behöver efterforska en eventuell inskränkning i befogenheten, utan kan hålla sig till vad som är synligt utifrån vad gäller ställningen.¹¹⁹¹ Det är möjligt för huvudmannen att inskränka fullmäktigens befogenhet, men den kan göras gällande endast mot en ondtröende tredjeman, och dessutom "kan det antas att tämligen höga krav måste ställas på ond tro i detta hänseende".¹¹⁹² Adlercreutz och Gorton uppfattar ställningsfullmakten som "en legal behörighet knuten till en situation av viss beskaffenhet", eftersom huvudmannen inte själv kan variera behörigheten, som istället bestäms av, i relation till denne, externa faktorer – efter det att någon tillåtits inta en viss ställning. Ställningsfullmakten "befrämjar en organisatorisk funktionsuppdelning".¹¹⁹³

Ställningsfullmakten utgör ett svar på problem som uppstår pga. att en huvudman inte kan sköta alla sina angelägenheter själv när dennes organisation har nått någon storlek och komplexitet. Huvudmannen måste då kunna fördela ut arbets- och ansvarsuppgifter i organisationen, och detta innebär att de personer som får detta ansvar får en maktställning. Det föreligger en form av samspel mellan en persons ställning i arbetsorganisationen och den avtalsrättsliga dimensionen av saken: behörighet och ställning definierar i hög grad varandra på den här punkten. Behörigheten följer av vad som normalt följer med en viss ställning. Överfört på diskrimineringsrättens område blir det fråga om att avgöra vilken arbetstagare, som ska anses vara arbetsgivare, vid tillämpning av diskrimineringsförbudet. För att avgöra detta bör föreställningar om arbetsledare vara relevanta, men också ändamålet och syftet med diskrimineringsrätten. Diskriminering är definitionsmässigt något som är icke-eftersträfvansvärt och något som i alla lägen ska undertryckas, och därför kan det aldrig bli tal om att någon delegation ska omfatta just det diskriminerande momentet, istället avser delegationen endast maktställningen som sådan. En implikation av detta kan t.o.m. vara att huvudmannen bör ansvara för arbetstagarnas handlande, i den utsträckning detta handlande alls kan utgöra diskriminering. Diskriminering som utgörs av resursfördelning kan ju per definition endast utföras av

¹¹⁹⁰ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 137.

¹¹⁹¹ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, 2011, s. 193.

¹¹⁹² 11 § 1 st. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, 2011, s. 193.

¹¹⁹³ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, 2011, s. 193.

någon som inte är underordnad på arbetsplatsen. Syftet med diskrimineringsrätten – att sanktionera ett oönskat beteende – bör prägla tolkningen av avtalsrätten i detta sammanhang. Bedömningen av om en person i en arbetsorganisation ”är” arbetsgivaren avser i vilken grad den aktuella arbetstagaren är bärare av arbetsgivarfunktioner. Arbetsgivarprerogativets maktställning blir ur denna avtalsrättsliga synvinkel en uppsättning behörigheter och befogenheter som kan fördelas ut på de anställda. Redan reglerna i avtalsrätten ger ett utrymme att uppfatta att en arbetstagarare är i diskrimineringsrättslig mening arbetsgivare, med följden att diskrimineringsförbudet därför kan vara tillämpligt på dennes agerande i arbetsorganisationen. Diskrimineringsrättens syfte motiverar en inkluderande syn på arbetsgivarbegreppet, som inte nödvändigtvis måste vara för handen i andra bedömningar med stöd av fullmaktsrätten (t.ex. avseende bundenhet vid något avtal).

3.2.2.4 Särskilt om juridiska personers organrepresentanters arbetsgivarroll

Om arbetsorganisationen i rättslig mening är en enskild firma, ansvarar den fysiska person som bedriver verksamheten som arbetsgivare.¹¹⁹⁴ Men, om den som ingått anställningsavtalet med arbetstagaren är en juridisk person, är det denna som blir arbetsgivare och ansvarig för de förpliktelser som är förknippade med arbetsgivarrollen. Eftersom den juridiska personen inte kan agera själv representeras den av fysiska personer som handlar å dess vägnar, och detta är att uppfatta som den juridiska personens egenhandlande. Bolagsorganen uppfattas vara en del av den juridiska personen, medan den person som företräder bolaget med stöd av fullmakt, är en utomstående person, som handlar å bolagets vägnar.¹¹⁹⁵ Personer med s.k. organställning i juridiska personer ådrar arbetsgivaren ansvar för sitt agerande. I svensk rätt är organansvaret inte lagstadgat.¹¹⁹⁶ Den bolagsrättsliga regleringen hänvisar emellertid vidare till skadeståndsrättsliga principer, som uppehåller sig kring vilka personer som kan ådra en juridisk person skadeståndsansvar för egen del, till skillnad från de som den juridiska personen ansvarar för såsom ansvar för annans handlande.¹¹⁹⁷ Förarbetena¹¹⁹⁸ till skadeståndslagen anger att

¹¹⁹⁴ SOU 2002:43, s. 264.

¹¹⁹⁵ Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, 1999, s. 20, s. 31. Grunden för och den yttersta förklaringen till att subjektet ska ansvara för dessa personers agerande är idag delvis omdiskuterad. Det råder emellertid enighet om vilka personer som kan ådra den juridiska personen – arbetsgivaren – ansvar för agerandet. Jfr redogörelsen för diskussionen i Stattin, *Företagsstyrning*, 2005, s. 72. Organansvarets ursprungliga kontaktyta med det skadeståndsrättsliga principalansvaret belyses i Hellner, *Juridiska personers skadeståndsansvar*, 1964, s. 122-168.

¹¹⁹⁶ Förarbetena till diskrimineringsrätten och den rättsliga doktrinen på området har kortfattat diskuterat dessa frågor på ett sådant sätt att det framstår som klart att det är de civilrättsliga lärorna om organansvar som avses. SOU 2002:43, s. 264, Malmberg, *Diskriminering och principalansvar*, 2010, s. 397-417.

¹¹⁹⁷ Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag*, 2010, s. 427. Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2007, s. 22, fn 10. Skillnaden mellan ansvar för egen del och ansvar för annan (principa-

som eget vållande av en juridisk person räknas vållande av någon i organställning. Hit hör för aktiebolagens del i första hand bolagsstämma, styrelse, verkställande direktör och likvidator samt för ekonomiska och ideella föreningar föreningsstämma, styrelse och, i förekommande fall, verkställande direktör, generalsekreterare eller motsvarande. I handelsbolag får var och en av delägarna räknas som organ. I övrigt bör som en juridisk persons organ anses den eller de fysiska personer som utövar den högsta beslutande eller verkställande funktionen direkt på grund av de regler som gäller för verksamhetsformen i fråga.¹¹⁹⁹

Diskriminerande handlingar begångna av en fysisk person som agerar i någon av de uppräknade funktionerna ska rättsligen uppfattas som begångna av "arbetsgivaren" själv – eftersom de, med diskrimineringslagens förarbetens ordval; "är" arbetsgivaren – och ådra denna förmögenhetsmassa betalningsansvar för diskrimineringsersättningen.¹²⁰⁰ Det framstår som om Arbetsdomstolen i det tysta varit vägledd av dessa principer. Rättstillämpningen i Arbetsdomstolen har utgått från att VD representerar arbetsgivaren, när denna utgjorts av ett aktiebolag.¹²⁰¹ Även styrelseledamöters agerande har tillräknats arbetsgivaren, också i den situationen att ägarna skulle vara närvarande inte endast rent allmänt i bolaget, utan också i just den faktiska situation som prövas i målet.¹²⁰²

Eftersom det här handlar om den juridiska personens eget vållande blir det inte av avgörande betydelse om det diskriminerande handlandet legat inom ramen för den handlandes behörigheter eller befogenheter, och inte heller blir det fråga om att tillämpa någon lära om abnormhandlingar (som vid principalansvar) eller dylikt.

En fråga avser den situationen att en person har organställning i bolagsrättslig mening, utan att ha en särskilt framträdande roll som beslutsfattare i arbetsorganisationen. Ska dennes agerande med stöd av den bolagsrättsliga utgångspunkten tillräknas bolaget, med bortseende från att personen har en i övrigt underordnad ställning? Frågan handlar om den bolagsrättsliga utgångspunkten ska ges företräde för den faktiska situationen i arbetsorganisationen. Rättsläget får sägas vara oklart. I skadeståndsrättsliga förarbetsuttalanden uttalas

ansvar) handlar om jämningsmöjligheterna. 3 kap. 1 § jfr med 3 kap. 6 § skadeståndslagen (1972:207).

¹¹⁹⁸ Sammalydande synpunkter förs fram i den juridiska doktrinen. Se Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 2006, s. 151 f, Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen*, 2008, s. 82

¹¹⁹⁹ Prop. 1972:5, s. 532. SOU 1964:31, s. 32. Dessutom omfattas legala ställföreträdare som konkursförvaltare. Prop. 1972:5, s. 476.

¹²⁰⁰ SOU 2002:43, s. 264, prop. 2007/08:95, s. 137. Huvudfallet i 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567) jfr 5 kap. 1 § samma lag.

¹²⁰¹ Jfr AD 1978 nr 36 och AD 2009 nr 51 som båda handlar om föreningsrättskränkning.

¹²⁰² AD 2010 nr 82.

att om någon som tillhör en juridisk persons organ vållar skada under det att han utför en syssla som inte faller under hans särskilda befogenheter som organ utan brukar ankomma på en vanlig arbetstagare, den juridiska personen kan ådra sig principalsvar...¹²⁰³

Om detta skadeståndsrättsliga uttalande tillämpades, skulle en person som är verksam i arbetsorganisationen utan att ha en framskjuten position, men som tillhör ett organ, inte representera arbetsgivaren på organansvarets grund. Frågan är om det är lämpligt att låta det skadeståndsrättsliga synsättet avgöra tolkningen på denna punkt. Om den bolagsrättsliga utgångspunkten gällde före det skadeståndsrättsliga synsättet skulle en underordnad arbetstagare som är organrepresentant kunna ådra arbetsgivaren ansvar på organansvarets grund. Eftersom den rättspolitiska grunden för regleringen av ansvar för sak- och personskada skiljer sig åt från grunden för diskrimineringsförbudet framstår det som rimligt att bortse från skadeståndsrätten. Företrädare för det bolagsrättsliga synsättet skulle innebära bättre förutsättningar att hantera formlösa arrangemang i mindre arbetsorganisationer som bedrivs som juridiska personer. Antagandet bakom denna tolkning är att med en organställning följer en maktposition, som inte nödvändigtvis måste vara manifesterad i en framskjuten position i arbetsorganisationen.

3.2.2.5 Instruktioner att diskriminera är diskriminering

EU-rätten kräver att ”föreskrift att diskriminera”¹²⁰⁴ och ”instruktion att diskriminera”¹²⁰⁵ ska utgöra en egen form av diskriminering, och detta har också genomförts i svensk lag:

order eller instruktioner att diskriminera någon [...] och som lämnas åt någon som står i lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern eller instruktionen eller som gentemot denna åtagit sig att fullgöra ett uppdrag.¹²⁰⁶

Regelns praktiska betydelse är sannolikt liten i en bilateral arbetsorganisation. Den illustrerar däremot allmänna föreställningar om representation av huvudmannen i arbetsorganisationer och om arbetsgivarbegreppet. Varken EU-domstolen eller Arbetsdomstolen har prövat frågan om vem som i regelns mening kan lämna en instruktion att diskriminera. De svenska förarbetena tolkar de bakomliggande EU-direktiven som att ”instruktionsbegreppet” i dessa ”får sägas utgå från att en in-

¹²⁰³ Prop. 1972:5, s. 532. De skadeståndsrättsliga förarbetena diskuterar dessutom en analogisk tillämpning av principalansvaret för den situationen att ”skada har vållats under utförande av ett arbete som lika väl kunde ha anförtratts åt en vanlig arbetstagare”. Prop. 1972:5, s. 562.

¹²⁰⁴ Direktiv 2000/78/EG, art. 2.4. Direktiv 2000/43/EG, art. 2.4.

¹²⁰⁵ Direktiv 2006/54/EG, art. 2.2.b.

¹²⁰⁶ 1 kap. 4 §, 5 p. diskrimineringslagen (2008:567).

struktion är diskriminerande om den lämnas i en hierarkisk relation”.¹²⁰⁷ En utgångspunkt är att regeln är tillämplig i anställningsförhållandet. Konstruktionen av förbudet mot instruktioner att diskriminera belyser diskrimineringsrättens förhållande till anställningsavtalets vertikala maktrelation. Ett exempel på regelns tillämplighet är enligt förarbetena

... instruktioner som en arbetsgivare lämnar till en eller flera arbetstagare. En sådan instruktion kan innebära t.ex. att en personalansvarig anställd instrueras att vid ny-anställningar inte rekrytera personal med viss...¹²⁰⁸

Den begreppsliga kopplingen mellan en maktposition och möjligheter att alls instruera någon innebär att arbetstagare inte kan instruera i regelns mening:

En chef som uppmanar sina underlydande att diskriminera exempelvis homosexuella kan sägas ge order om diskriminering. Om däremot en grupp arbetstagare uppmantrar andra arbetstagare att göra samma sak kan det inte vara fråga om diskriminering enligt denna bestämmelse eftersom arbetstagarna inte befinner sig i något lydnds- eller beroendeförhållande till andra arbetstagare.¹²⁰⁹

Endast överordnade kan begreppsmässigt instruera en annan person, men argumentet mot att fördela ansvar på en horisontell axel är också pragmatiskt i det att det inte går att identifiera någon att stämma och utkräva ansvar av. Ifråga om arbetstagare kan det ju handla om

Löst sammanhållna grupper där det är oklart vem eller vilka som varit drivande respektive vem eller vilka som en eventuell talan bör riktas mot.¹²¹⁰

Men vilken betydelse har ett förbud som omfattar den situationen att en överordnad (en ”arbetsgivare”) ger en underordnad (en arbetstagare) i uppdrag att diskriminera? Lagstiftaren är själv klar över regelns snäva tillämpningsområde:

Om en arbetsgivare ger en arbetstagare order om att diskriminera någon annan och instruktionen leder till att missgynnande kan konstateras, är arbetsgivaren ”bunden” av den anställdes diskriminerande handling i den meningen att diskrimineringen anses ha utförts av arbetsgivaren. Eventuella skadeståndsanspråk skall riktas mot arbetsgivaren.¹²¹¹

¹²⁰⁷ SOU 2006:22, del 1, s. 395.

¹²⁰⁸ Prop. 2002/03:65, s. 100, SOU 2006:22, del 1, s. 387 f. SOU 2002:43, s. 176 ff.

¹²⁰⁹ SOU 2002:43, s. 178, likartat i SOU 2006:22, del 1, s. 396, prop. 2002/03:65, s. 101.

¹²¹⁰ SOU 2006:22, del 1, s. 397.

¹²¹¹ Prop. 2004/05:147, s. 134, likartat i prop. 2002/03:65, s. 102, SOU 2006:22, del 1, s. 388.

Frågan om vem som kan lämna en instruktion i regelns mening handlar om gränsdragningen mellan en arbetstagarpart och en arbetsgivare. Endast att vara arbetstagarpart i ett anställningsavtal räcker dock inte som gränsdragande faktor, eftersom det hade gjort regelns tillämpningsområde närmast gränslöst. Ett förarbetsuttalande kommenterar tillämpningsområdet:

... vissa arbetstagares handlande är att jämställa med handlande (direkt) från arbetsgivaren. Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall även i fråga om order eller instruktioner likställas med arbetsgivaren.¹²¹²

Regeln som definierar vilka arbetstagarpart som ska likställas med arbetsgivaren vid tillämpning av diskrimineringsförbudet¹²¹³ definierar också vem som kan göra sig skyldig till instruktioner att diskriminera. Detta förarbetsuttalande antyder vidare att diskrimineringsrättens generella definition av arbetsgivarrepresentant hämtas från en aspekt av en enskild form av diskriminering. Den begreppsmässiga kopplingen mellan definitionen av arbetsgivarrepresentant och maktställning i arbetsorganisationen framträder. I den meningen blir arbetsgivarprerogativet en tyst förutsättning och utgångspunkt för definitionen, även i avsaknad av uttrycklig lagreglering av den innebörden. Den arbetstagarpart som delvis är bärare av arbetsgivarprerogativet är en arbetsgivarrepresentant.

Regelns nästföljande led följer av förarbetena och innebär ett krav om att en viss effekt ska uppstå med anledning av instruktionen. Förarbetena:

Påtryckningar om att någon ska diskriminera en person är instruktioner att diskriminera i strid med lagen under förutsättning att en missgynnande effekt för en eller flera individer uppstår. Om sådan effekt inte uppkommer står en påtryckning eller en instruktion inte i strid med lagen.¹²¹⁴

I och för sig ligger det inte nära till hands att definiera påtryckning, som ju till sin natur är ensidigt, med stöd av om huruvida denna gett resultat eller inte.

Dessutom blir det svårt att se vad regeln tillför diskrimineringsrätten. Å ena sidan; om påtryckningen inte efterföljs, uppstår inte något missgynnande och alltså varken någon instruktion att diskriminera, eller någon faktisk diskriminering. Å andra sidan; om den som utsätts för påtryckningen följer den och fattar ett diskriminerande beslut åt denne, så ansvarar den som lämnat instruktionen direkt enligt huvudregeln om att ”Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta [...] ska

¹²¹² SOU 2002:43, s. 272.

¹²¹³ 2 kap. 1 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹²¹⁴ Prop. 2007/08:95, s. 494 f.

likställas med arbetsgivaren.”¹²¹⁵ Enligt förarbetena blir förbudet mot instruktioner att diskriminera tillämpligt i en situation trots att instruktionen inte efterföljts, nämligen då instruktionen lämnats till en person som har rätt att besluta om arbetsförhållanden, att denna person inte åtlodde instruktionen, men att denna haft effekt ändå, i den meningen att själva instruktionen blivit omtalad och rönt ”stor uppmärksamhet” och på detta sätt inneburit ett missgynnande.¹²¹⁶

Avslutningsvis erinras om att arbetsledningsrätten är inskränkt i så motto att en arbetstagare inte är skyldig att utföra handlingar som strider mot lag eller goda seder. En diskriminerande instruktion från arbetsgivarens sida kan en arbetstagare således bortse ifrån utan att riskera någon sanktion i anställningen.¹²¹⁷

3.2.2.6 Ogiltighet

Ett diskriminerande innehåll i avtal – individuella och kollektiva – får jämkas eller ogiltigförklaras.¹²¹⁸ En domstol eller andra myndigheter kommer inte medverka till att ett diskriminerande avtal genomdrivs. Den här rättsföljden är således i sig kontraktuellt orienterad: om någon ska anses drabbad av denna rättsföljd får det i så fall vara den part som begärt och formulerat det diskriminerande inslaget i överenskommelsen. Ogiltighets- och jämningsregeln kompletterar de materiella reglerna och möjliggör bortseende från otillåten avtalsreglering på ett sätt som sker t.ex. i anställningsskyddet: avtalsturlistor som strider mot god sed på arbetsmarknaden åsidosätts.¹²¹⁹ Vidare gäller att;

Om någon diskrimineras genom en ordningsregel eller liknande intern bestämmelse på arbetsplatsen ska bestämmelsen jämkas eller förklaras sakna verkan om den som diskriminerats begär det.¹²²⁰

Förarbetena ger snarast vid handen att arbetsgivaren har en form av strikt ansvar för den här typen av ensidiga och interna regler. Det handlar exempelvis om ”tjänsterelementen eller arbetsreglementen, ordningsregler, förhållningsorder, policies och riktlinjer”. Det centrala är att de ska ha ”bestämts av arbetsgivaren (företaget) ensidigt” och att de anställda ska ha att följa dem.¹²²¹ Det är enligt förarbetena fråga om ”ensidiga ordningsregler” som ”inte har någon giltighet i avtals-

¹²¹⁵ 2 kap. 1 § 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹²¹⁶ Prop. 2007/08:95, s. 495, prop. 2002/03:65, s. 102.

¹²¹⁷ Schmidt, *Löntagarrätt*, 1994, s. 227, Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 105.

¹²¹⁸ 1 kap. 3 § och 5 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹²¹⁹ 2 § 3 st., 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd, Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 158.

¹²²⁰ 5 kap. 3 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567) (se också 1 kap. 3 § samma lag).

¹²²¹ Prop. 2007/08:95, s. 417, prop. 2004/05:147, s. 112 f, s. 136 f, s. 139 ff.

rättslig mening”.¹²²² När reglerna saknar giltighet på det här sättet, framstår det som dogmatiskt problematiskt att söka efter ett ansvarssubjekt. Tillämpningsområdet för ogiltighets- och jämningsregeln är således brett. Ogiltighetsregeln¹²²³ träffar per definition endast regler utfärdade av behöriga arbetsgivarföreträdare; en regel utfärdad av någon som inte är behörig att utfärda den skulle ju inte gälla från början. Om det kan konstateras att en föreskrift är diskriminerande (om den vore behörigen utfärdad) måste sannolikt behörighetsfrågan inte uppmärksammas särskilt, och detta skulle göra regeln lätt att tillämpa. Förarbetena fäster inte avgörande betydelse vid behörighetsfrågan, och omnämner dessutom arbetsgivaren med termen ”företaget”. Det företag som ansvarar för den aktuella arbetsplatsen får svara i domstol. Regelns hänvisning till ”arbetsplatsen” ger i praktiken en form av rumslig avgränsning av företagets ansvar.

3.2.2.7 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier

Konstruktionen av huvudmannen är en aspekt av den tekniskt invecklade regeln om arbetsgivarens skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier.¹²²⁴ Rättsföljderna av regeln (skyldigheten att utreda och åtgärda) är kontraktuellt orienterade. Fransson och Stüber framhåller således att

Begreppet arbetsgivare ska här tolkas snävare än i 2 kap. 1 §. Det är också arbetsgivaren som kan bli ersättningsskyldig om skyldigheten försumrats [...] Det faktiska ansvaret och det rättsliga ansvaret sammanfaller här.¹²²⁵

Arbetsgivarbegreppet är emellertid relevant i fem ytterligare avseenden. Den första aspekten handlar om kunskapstillgödörande: eftersom viss kunskap utlöser vissa skyldigheter blir det av avgörande betydelse att veta vilken persons kunskap som ska räknas.¹²²⁶ Om en arbetsgivare får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för trakasserier, är arbetsgivaren skyldig att utreda detta.¹²²⁷ Det har i rättspraxis om omfattande bilaterala arbetsorganisationer uppstått frågor

¹²²² Prop. 2007/08:95, s. 557.

¹²²³ 5 kap. 3 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567), prop. 2004/05:147, s. 112 f, s. 136 f, s. 139 ff. Motsvarande regler har förekommit länge i EU-rätten. Se direktiv 76/207/EEG, direktiv 2000/43/EG, direktiv 2000/78/EG och direktiv 2006/54/EG.

¹²²⁴ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567) och EU-rätten jämfört med 1 kap. 4 §, 3 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹²²⁵ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2015, s. 240.

¹²²⁶ Ett annat exempel avser vems kunskap som ska tillgödöras arbetsgivaren vid tillämpning av anställningsskyddets preklusionsregel (”tvåmånadersregeln”) i 7 § lagen (1982:80) om anställningsskydd; här talas det endast om ”arbetsledningen”. Lunning & Toijer, *Anställningsskydd*, 2016, s. 516, prop. 1973:129, s. 243, s. 255.

¹²²⁷ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567). Jfr AD 2009 nr 4, AD 2005 nr 63.

om vilka chefers kunskap som ska tillgodoräknas huvudmannen.¹²²⁸ I förarbetena till bestämmelsen slås fast att sådan kunskap föreligger

när en företrädare för arbetsgivaren eller andra personer hos arbetsgivaren med ledande befattning får kännedom om sådana trakasserier.¹²²⁹

Kunskap hos den som fått beslutanderätt eller arbetsgivarfunktion delegerat till sig ska tillgodoräknas arbetsgivaren. Dessutom verkar det systematiskt lämpligt att detta gäller också avseende personer som omfattas av den diskrimineringsrättsliga utvidgningen av arbetsgivaren till

personer som getts en ledande ställning över andra och vars beslut, inflytande och bedömningar direkt kan påverka arbetsförhållandena eller villkoren.¹²³⁰

I arbetsorganisationerna kommer det därför att finnas en grupp personer vars trakasserande handlande ska anses vara arbetsgivarens eget (och utgöra diskriminering), samtidigt som deras kunskap (om vad hen gjort) i princip ska tillgodoräknas arbetsgivaren. I alla händelser får antas att kunskap hos åtminstone de personer som kan ådra huvudmannen ansvar för trakasserier, ska tillgodoräknas arbetsgivaren vid tillämpning av regeln om arbetsgivar skyldigheter att motverka trakasserier.

Den andra aspekten av arbetsgivarbegreppet i regleringen relaterar till den drabbade personen. Det är endast trakasserier som påstås ha drabbat personer med anställningsavtal med huvudmannen, som utlöser utrednings- och åtgärdsskyldigheter. Diskrimineringsrättens koppling till arbetsrätten står i förgrunden här, och trakasserier i andra partskonstellationer hanteras i annan ordning. Trakasserier som drabbar de anställdas anhöriga, t.ex., utlöser inte skyldigheten att utreda och åtgärda, eftersom dessa inte har något anställningsavtal med huvudmannen. Detta rättsläge skulle emellertid kunna sägas stå i viss konflikt med de principer som legat bakom EU-domstolens expansiva tolkning av diskrimineringsrättens tillämplighet. I domarna Feryn respektive Accept från EU-domstolen konstaterades att 'arbetsgivare' diskriminerat, trots att något anställningsavtal inte förekommit, och i Coleman- domen kunde en person åberopa en anhörigs medlemskap i en av diskrimineringsrätten skyddad grupp.¹²³¹ I ljuset av dessa domar bör regeln kunna tolkas på så sätt så att även trakasserier riktade mot en av de anställdas anhöriga utlöser utrednings- och åtgärdsskyldigheterna.

¹²²⁸ AD 2005 nr 22 (om Posten), och AD 2002 nr 102 (om ett casino).

¹²²⁹ Prop. 2007/08:95, s. 504, s. 296.

¹²³⁰ Prop. 2007/08:95, s. 501. Specialmotiveringen till diskrimineringsförbudet i arbetslivet.

¹²³¹ C-54/07, C-81/12 respektive C-303/06.

Den tredje aspekten av arbetsgivarbegreppet avser vilka som kan göra sig skyldig till trakasserier och utlösa arbetsgivarens skyldigheter enligt regeln. Det är endast handlingar begångna av ”någon som utför arbete” hos arbetsgivaren som är relevanta.¹²³² Arbetstagare är del i denna grupp personer, men så är även andra, om de befinner sig hos arbetsgivaren på ett sådant sätt att det blir befogat att jämföra dem med arbetstagare.¹²³³ I princip är denna reglering ett litet avsteg från mönstret arbetsgivare-arbetstagare. Regeln talar om ”någon som utför arbete”, så andra arbetspresterande än arbetstagare omfattas; t.ex. egenföretagare. Förutsättningen att endast den som utför arbete på arbetsplatsen omfattas innebär att representanter för arbetstagarorganisationer som inte är anställda hos arbetsgivaren, eller t.ex. inspektörer från Arbetsmiljöverket (eller från DO) inte omfattas.¹²³⁴

Den fjärde aspekten av arbetsgivarbegreppet är närmast rumslig; utrednings- och åtgärdsskyldighet omfattar inte alla trakasserier som arbetstagaren anser sig drabbad av, utan endast sådana som har ”samband med arbetet”.¹²³⁵ Händelser som inte har koppling till arbetsorganisationen eller arbetslivet utlöser inget ansvar för huvudmannen, men ”arbetsgivaren ska reagera mot trakasserier på arbetsplatsen, men också mot trakasserier som inträffar utanför arbetstid och utanför driftstället (arbetsplatsen) om händelserna har ett naturligt samband med arbetet”, t.ex. tjänsteresor, utflykter och personalfester.¹²³⁶

Den femte aspekten av arbetsgivarbegreppet i regeln handlar om omfattningen av skyldigheterna. Det som krävs av arbetsgivaren om trakasserier ägt rum är inte alla tänkbara åtgärder, utan endast ”skäliga” åtgärder, och frågan blir då om vad detta ska avgöras i relation till. En faktor som får beaktas är arbetsplatsens storlek. De åtgärder som en trakasserande arbetstagare kan komma att bli föremål för omfattas av arbetsrätten och anställningsskyddslagen, och därför blir den lagens arbetsgivarbegrepp i förlängningen relevant för bedömningen av vad som är skäliga åtgärder enligt diskrimineringslagen; t.ex. avseende möjligheterna att omplacera en anställd mot dennes vilja, men också inom ramen för ett uppsägningsärende.¹²³⁷

¹²³² 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹²³³ Prop. 2007/08:95, s. 296, s. 504.

¹²³⁴ För att arbetsgivaren ska ansvara för fackförningens trakasserande agerande krävs att arbetsgivaren delegerat beslutanderätt eller arbetsgivarfunktion till organisationens företrädare att använda inom ramen för samrådsförfaranden. AD 2007 nr 16.

¹²³⁵ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹²³⁶ Prop. 2007/08:95, s. 295, s. 504.

¹²³⁷ 7 §, 2 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd. Prop. 2007/08:95, s. 298.

3.2.2.8 Jämförelseperson och diskriminering: arbetsgivarbegreppet och källbegreppet

För att överhuvudtaget kunna konstatera olikabehandling, i syfte att sedan avgöra om denna ska anses utgöra diskriminering i rättslig mening, krävs att det går att jämföra villkoren hos olika arbetstagare. På detta sätt blir arbetsgivarbegreppet en omistlig lagteknisk aspekt¹²³⁸ av diskrimineringsrätten och påverkar utfallet av tillämpningen av den. Inom EU är likalöneprincipen fördragsfäst:

Varje medlemsstat ska säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.¹²³⁹

Jämförelseaspekten är central i EU-fördragets regel, och denna aspekt präglar även sekundärrätten – ramdirektivet om likabehandling,¹²⁴⁰ rasdiskrimineringsdirektivet¹²⁴¹ och direktivet om likabehandling i arbetslivet¹²⁴² – på området. Frågan om vem som får utgöra jämförelseperson i lönediskrimineringsmål är dessutom besläktad med frågan om vem som kan svara i domstol för de påstått diskriminerande löneskillnaderna. Den sammanlagda bilden av det EU-rättsliga materialet är delvis motsägelsefull. Å ena sidan förekommer material som skulle kunna tas till intäkt för slutsatsen att lönejämförelser inte måste göras inom ramen för den begränsning som det kontraktuella arbetsgivarbegreppet utgör. Å andra sidan förekommer formuleringar i rättskällorna som antyder att begränsningen till det kontraktuella arbetsgivarbegreppet har återuppstått fast under en ny beteckning; nämligen ”gemensam källa”. Vilka antaganden om arbetsgivarbegreppet som förekommer inom EU-rätten är således inte alldeles klart.

Rättsutvecklingen tar sin början i den klassiska EU-domstolspraxisen om likalöneprincipen – Defrenne II – som anger att denna princip har direkt effekt

när kvinnor och män erhåller olika lön för lika arbete som utförs i samma privata eller offentliga verksamhet eller tjänst.¹²⁴³

Domstolen har heller aldrig uteslutit att direkt effekt skulle kunna tänkas förekomma också i andra situationer.¹²⁴⁴ I doktrinen uppfattades tidigt att Defrenne II-domen möjliggjorde jämförelser över arbetsgivargränser.¹²⁴⁵

¹²³⁸ Frågeställningen diskuteras av Fransson i termer av en ”rumslik begränsning”. Fransson, *Lönediskriminering*, 2000, s. 224 ff.

¹²³⁹ Art. 157.1 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

¹²⁴⁰ Direktiv 2000/78/EG, art. 3.1 c.

¹²⁴¹ Direktiv 2000/43/EG, art. 4.1 c.

¹²⁴² Direktiv 2006/54/EG, art. 4.

¹²⁴³ Mål 43/75.

¹²⁴⁴ Mål 43/75, p. 22 och p. 24.

Praxis har i alla händelser utgått ifrån att likalöneprincipen har direkt effekt inom samma verksamhet.¹²⁴⁶ I ett ärende där EU-domstolen prövade den danska implementeringen av sekundärrätten om likalöneprincipen hänvisade man till att kommissionen inte invänt mot den nationella begränsningen till att likalöneprincipen skulle gälla endast ”på samma arbetsplats”, och tog i domen inte ställning till denna fråga.¹²⁴⁷ Ställningstagandet får uppfattas som en hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande, som diskuterat olika former av gränsdragningar kring likalöneprincipen, och i sammanhanget yttrat att

a comparison of duties within the same fixed establishment of an undertaking or even within a single undertaking will not always be sufficient. In certain circumstances comparison with work of equal value in other undertakings covered by the collective agreement in question will be necessary.

Generaladvokaten i målet om den danska implementeringen motiverade sitt förslag att jämförelser skulle få ske över arbetsgivargränserna med att detta skulle möjliggöra för likalöneprincipen att bli relevant på en könssegregerad arbetsmarknad, där kvinnor och män arbetade inom olika sektorer, och inte kunde jämföras på något enkelt sätt.¹²⁴⁸

EU-domstolen har – i domarna *Lawrence*¹²⁴⁹ och *Allonby*¹²⁵⁰ – sedan dess slagit fast att ”Det finns visserligen inget i lydelsen av artikel 141.1 EG som visar att tillämpningen av den bestämmelsen är begränsad till situationer där kvinnor och män utför arbete för samma arbetsgivare”, men att skillnader måste ha samma källa, för att fördragsregeln ska vara tillämplig på situationen.¹²⁵¹ EU-domstolens båda domar om tillåtna jämförelser har emellertid kritiserats med avseende på hur det arbetsgivarbegrepp som domstolen utgått ifrån har kommit att påverka utfallet av diskrimineringsrätten negativt.¹²⁵² I angränsande EU-diskrimineringslagstiftning är den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet, som hindrar jämförelser mellan arbetstagare med olika motparter i an-

¹²⁴⁵ Hepple, *Equality. The New Legal Framework*, 2011, s. 101 med vidare referenser.

¹²⁴⁶ Fransson, *Lönediskriminering*, 2000, s. 225, med hänvisning till mål 129/79.

¹²⁴⁷ Mål 143/83, p. 15.

¹²⁴⁸ Mål 143/83, p. 15. Förslag till avgörande 143/83 s. 430.

¹²⁴⁹ C-320/00.

¹²⁵⁰ C-256/01.

¹²⁵¹ C-320/00, p. 17, C-256/01, p. 45, p. 46.

¹²⁵² Fredman, *Marginalising Equal Pay Laws*, 2004, s. 281-285, Mair, *Direct Discrimination: Limited by Definition?*, 2009, s. 3-17, Busby, *Equal Pay and Contracting Out: Lawrence v Regent Office Care Ltd*, 2003, s.233-241, Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2012, s. 226 f, s. 252, Barrett, ‘Shall I Compare Thee To...?’ On Article 141 EC and *Lawrence*, 2006, s. 93-101, Numhauser-Henning, *Var står diskrimineringsrätten idag?*, 2011, s. 289-307, s. 302 ur olika synvinklar.

ställningen, i princip övergiven: i direktiven om diskrimineringsskydd för deltid-arbetande¹²⁵³ och visstidsanställda¹²⁵⁴ föreligger möjligheter till jämförelser bortom gruppen anställda med samma motpart. Dessutom har EU-lagstiftaren, låt vara endast i en direktivpreamble, anslutit sig till synsättet att jämförelser faktiskt får avse anställda hos olika arbetsgivare:

Domstolen har slagit fast att under vissa förhållanden principen om lika lön inte bara gäller när kvinnor och män har samma arbetsgivare.¹²⁵⁵

Det förekommer således visst stöd i rättskällorna för en inkluderande syn på frågan om vilka arbetstagare som får jämföras med varandra i bedömning av om diskriminering är för handen.

Men hur har dessa utgångspunkter faktiskt tillämpats i praxis, och var går gränserna mer i detalj? Dessa frågor prövades första gången i *Lawrencedomen*, som sedan kom att bli betydelsefull för avgörandet i *Allonby*. *Lawrencedomen* presenterar den grundläggande begreppsbyggnad med vilken EU-domstolen sedan närmar sig frågor om diskrimineringsskydd i komplexa verksamheter. Domstolen utgår i *Lawrence* från grundsatsen i bl.a. *Defrenne II*:

det finns [inte] någonting i ordalydelsen av artikel 141.1 EG som ger vid handen att tillämpningen av artikeln är begränsad till situationer där kvinnor och män utför arbete för samma arbetsgivare. Domstolen har slagit fast att den princip som stadgas i denna artikel kan återopas vid nationella domstolar, särskilt när diskriminering följer direkt av lagbestämmelser eller kollektivavtal, liksom när arbetet utförs i samma privata eller offentliga verksamhet eller tjänst.¹²⁵⁶

Hur gick domstolen till slut tillväga: innebar det faktum att en viss tillämpning av reglerna inte var utesluten, att den också faktiskt skulle utföras i den föreliggande situationen? Upprinnelsen till målet var att en arbetsgivare hade lagt ut vissa delar av sin verksamhet på entreprenad (reglerna om verksamhetsövergång¹²⁵⁷ hade aktualiserats) och de som arbetade i de sålunda avknoppade delarna hade fått sämre anställningsvillkor, på ett sådant sätt att könsdiskriminering var för handen

¹²⁵³ Direktiv 1997/81/EG, art. 3.2 2 st. ”När det inte finns någon jämförbar heltidsarbetande inom samma företag skall jämförelsen göras med hjälp av tillämpligt kollektivavtal eller, om det inte finns något sådant, i enlighet med nationell lag, nationella kollektivavtal eller nationell praxis.”

¹²⁵⁴ Direktiv 1999/70/EG, klausul 3.2 2 st. ”Om ingen jämförbar tillsvidareanställd finns på samma arbetsplats, skall jämförelsen göras med hänvisning till tillämpliga kollektivavtal och om tillämpliga kollektivavtal saknas, enligt lagar, kollektivavtal eller praxis i landet i fråga.”

¹²⁵⁵ Preamble nr 10 i direktiv 2006/54/EG.

¹²⁵⁶ C-320/00, p. 17. Se även mål 129/79 och mål C-96/80.

¹²⁵⁷ Direktiv 2001/23/EG. Frågor om verksamhetsövergången var inte föremål för prövning i C-320/00, p. 17.

– men endast under förutsättning att arbetstagarna faktiskt fick jämföras med varandra. De hade då kommit att få olika motparter i anställningsavtalet; de arbetade ju nu för en entreprenör som sålde tjänster till den som tidigare hade varit deras arbetsgivare. Själva arbetet var dock identiskt med det som de hade utfört tidigare. Domstolen slog fast att de anställda inte fick jämföras med varandra, och att diskriminering begreppsmässigt alltså inte kunde konstateras:

När de faktiska skillnaderna i lönevillkor för arbetstagare som utför samma eller likvärdigt arbete, som i förevarande fall, inte kan tillskrivas en och samma källa finns det emellertid ingen som är ansvarig för den ojämlika behandlingen och som kan korrigera denna. En sådan situation omfattas inte av artikel 141.1 EG. Därmed kan varken arbetstagarnas arbete eller deras löner jämföras med stöd av denna bestämmelse.¹²⁵⁸

Denna tankeoperation – att först slå fast att det är möjligt att jämföra med andra än arbetsgivarens anställda och sedan tillämpa doktrinen om gemensam källa – har blivit den modell EU-domstolen tillämpar, t.ex. i Allonby,¹²⁵⁹ för att definiera möjliga jämförelsepersoner i komplexa verksamheter.

Det är centralt att EU-domstolen skriver att det är för att ”skillnaderna [...] inte kan tillskrivas en och samma källa” – och inte för att de har olika arbetsgivare – som de inte kan jämföras med varandra. Arbetsgivarbegreppet används inte för att avgöra vilka arbetstagare som får jämföras med varandra. Vilka implikationer har detta? Är det endast en fråga om ordval, eller skulle detta faktum kunna ha några materiella följder? Begreppet källa har i den svenska doktrinen tolkats som synonymt med arbetsgivarbegreppet, och det får antas att man med detta avser att framhålla den kontraktuella utgångspunkten (dvs. arbetstagarens motpart i anställningen):

en förutsättning för att en kärkeande kan kräva ut ansvar i form av skadestånd från en arbetsgivare är att lönejämförelserna relateras till »samma källa». Därmed avses en och samma arbetsgivare.¹²⁶⁰

Sannolikt har domstolen avlägsnat sig från ett rumsligt synsätt på jämförelseobjektet,¹²⁶¹ och inte heller är tillämpningen av koncepten ”verksamhet” eller tjänst,

¹²⁵⁸ C-320/00, p. 18.

¹²⁵⁹ C-256/01, p. 45, p. 46.

¹²⁶⁰ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 192.

¹²⁶¹ Jfr ordvalet i Fransson, *Lönediskriminering*, 2000, s. 320 ff.

som var så framträdande i Defrenne II-domen,¹²⁶² särskilt central i Lawrence-domen.¹²⁶³ Det är kommissionen som lanserar begreppet källa i Lawrence-domen:

det följer av begreppet diskriminering att samma privatperson eller organ skall ansvara för skillnaden i lön.¹²⁶⁴

Det kommissionen aktualiserar i målet är ett äldre generaladvokatförslag, som innehöll tankegången att

the decisive factor is the scope of the rules in question which are suspected of giving rise to discrimination for the purpose of Article 119 of the Treaty. Furthermore, the principle of equal pay laid down by Article 119 is clearly aimed at the body responsible for adopting the rules in question.¹²⁶⁵

Detta mål kom att avgöras på annan grund, och domstolen kommenterade därför inte denna generaladvokatens formulering.¹²⁶⁶ Tankegången om en källa till diskriminering har således sin upprinnelse i ett mål där det var fråga om tillämpningen av likalöneprincipen på ett kollektivavtal som var tillämpligt på flera olika personalkategorier.¹²⁶⁷ I avtalsrelationer kan man konstatera vem som är källa till implikationerna av dessa; det är parterna. I denna mening och i övrigt var det fråga om en bilateral situation med två (kollektivavtals-)parter (medan de yrkesgrupper som omfattades av regleringen var sinsemellan olika). Överföringen av tankegången om gemensam källa från en bilateral situation (en huvudman och arbetstagarer) till en där flera subjekt förekommer på arbetsgivarsidan går ut på att det i den nya situationen gäller att avgöra om det är lämpligt och tillåtet att betrakta två olika subjekt (arbetsgivare), som en gemensam källa, av det skälet att de sinsemellan avtalat med varandra (dvs. upphandlat tjänster inom ramen för entreprenadavtal, som i domarna Lawrence och Allonby). Källbegreppet kommer att handla om (avtals-)relationen mellan två subjekt på huvudmannasidan, och inte om olika personalgrupper hos ett och samma subjekt.¹²⁶⁸

¹²⁶² C-43/75, p. 22, p. 40, domslutet p. 1.

¹²⁶³ Sökandena använder argumentet om att de båda arbetstagarna fortfarande skulle vara i samma tjänst (se Förslag till avgörande C-320/00, p. 30, p. 55), men detta får inte någon självständig betydelse för domen.

¹²⁶⁴ Förslag till avgörande C-320/00, p. 36.

¹²⁶⁵ Förslag till avgörande C-309/97, p. 60.

¹²⁶⁶ C-309/97.

¹²⁶⁷ C-309/97.

¹²⁶⁸ Som var fallet i C-309/97.

Generaladvokaten i Lawrence utvecklade¹²⁶⁹ tankegångarna bakom konceptet gemensam källa; en sådan är för handen när ”regleringen av de faktiskt tillämpade anställningsvillkoren” härstammar från ett ställe; de exempel som ges är ”lagstiftaren, parterna i ett kollektivavtal eller koncernledningen”.¹²⁷⁰ Ett subjekt som i denna mening utgör en källa, kan således hållas ansvarig för eventuella otillåtna skillnader i anställningsvillkoren (som källan gett upphov till). Källbegreppet handlar ytterst om att hålla samman makt (reglera anställningsvillkor) och ansvar (för innehållet i villkoren).¹²⁷¹ Hänvisningen till de ”faktiskt tillämpade” villkoren får uppfattas som att den formella rättsliga grunden för anställningsvillkoren inte är av avgörande betydelse i bedömningen av om en gemensam källa ska anses vara för handen, och att grunden inte måste vara ett (anställnings-)avtal. Detta framstår som ett ifrågasättande av den kontraktuella utgångspunkten; det räcker att källan har orsakat vissa anställningsvillkor. Generaladvokaten fortsätter och förklarar ”att den direkta effekten av artikel 141 EG sträcker sig till arbetstagare verksamma hos [subjekt] som står under gemensam kontroll”, eftersom det då handlar om ”en gemensam källa”.¹²⁷² Det enda som anges av generaladvokaten som grund för skapandet av en gemensam källa är ”kontroll”. Den formella rättsliga grunden för denna får antas inte vara av avgörande betydelse. Om källbegreppets funktion är att hålla samman makt och ansvar i materiellt avseende anges begreppet också av generaladvokaten ha en praktisk, närmast processuell aspekt:

En av beståndsdelarna i artikel 141 EG är att arbetsgivaren har ”rätten att försvara sig”. Han [sic] har rätt att visa att fastslagen löneskillnad kan rättfärdigas på grundval av objektiva omständigheter som saknar samband med diskriminering på grund av kön. Det är omöjligt för den arbetsgivare mot vilken kravet på likabehandling riktar sig att undersöka på vilka grunder en annan arbetsgivare lönesätter ”likvärdiga” verksamheter ”annorlunda” än han själv gör. Även om han skulle kunna göra detta är det inte säkert att han, med beaktande av sin ekonomiska ställning, skulle kunna rätta sig efter det. Dessutom, vid vilket annat företag skulle de ”likvärdiga” verksamheterna eftersökas?¹²⁷³

Detta led tillför inte mycket till det generaladvokaten redan yttrat; att ett subjekt inte orsakat vissa löneskillnader innebär ju att detta subjekt inte kan förklara dem.

Sökandenas talan i domarna Lawrence och Allonby skulle kunna beskrivas som radikala; man ifrågasatte grundläggande aspekter av rättsordningen och begärde i praktiken att domstolen skulle nyansera sådant som rättssubjektivitetens gränser,

¹²⁶⁹ Barrett menar att domstolen får antas i allt väsentligt vara enig med generaladvokaten. Se Barrett, ”Shall I Compare Thee To...?” On Article 141 EC and *Lawrence*, 2006, s. 93-101, s. 94 f.

¹²⁷⁰ Förslag till avgörande C-320/00, p. 51.

¹²⁷¹ Förslag till avgörande C-320/00, p. 52.

¹²⁷² Förslag till avgörande C-320/00, p. 54.

¹²⁷³ Förslag till avgörande C-320/00, p. 56.

avtalsverkningarnas subjektiva begränsningar och i viss mening göra ett subjekt ansvarigt för vad ett annat gjort.

I slutet av generaladvokatens ovanstående skrivningar syns hur arbetsgivarbegreppet i diskrimineringsrätten har en kontaktyta mot lönebildningen på arbetsmarknaden i stort. Lönesättningen är relaterad till den enskilde arbetsgivaren och inte till någon absolut norm. Denna övergripande ordning drar samtidigt gränserna för vilka typer av korrigeringar som är möjliga, och det är svårt att föreställa sig hur rättsliga mekanismer för att överföra resurser mellan branscher eller arbetsgivare skulle kunna konstrueras. Därmed är inte sagt att domarna Lawrence och Allonby skulle vara bortom kritik och att det inte skulle gå att föreställa sig andra lösningar. Utrymmet för att göra jämförelser mellan arbetstagare har påverkan på utrymmet för att argumentera att en viss lönesättning skulle vara felaktig och diskriminerande, och detta har i sin tur en kontaktyta mot lönebildningens mekanismer och partsautonomin avseende prissättningen på arbete.¹²⁷⁴

Rättsläget framstår som delvis svårbedömt. Å ena sidan innebär domstolens rättstillämpning i Lawrence att jämförelser sker mellan arbetstagare med samma kontraktuella arbetsgivare. Det skulle kunna tyda på att den kontraktuella utgångspunkten återlanserats och kanske t.o.m. förstärkts, under den nya beteckningen 'gemensam källa'. Å andra sidan kvarstår det faktum att domstolen uppfattade sig tvungen att lansera ett nytt begrepp utöver det befintliga begreppet arbetsgivare, för att göra de bedömningar som man uppfattade att målet föranledde. Sannolikt ska införandet av begreppet gemensam källa i princip uppfattas som att det traditionella kontraktuella arbetsgivarbegreppet inte avgör frågor om vilka arbetstagare som får jämföras. Testet som sjuöptes i Lawrencedomen och upprepades i Allonby, om skillnaderna i anställningsvillkor har samma källa, förefaller utgöra grund för en form av gradskillnad i bedömningen, till skillnad från den binära som en rak tillämpning av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet hade inneburit (dvs. är arbetstagaren motpart, eller inte, till den aktuella huvudmannen?).¹²⁷⁵ Källbegreppet indikerar att graden av samarbete mellan subjekten på huvudmannasidan är en viktig faktor vid ställningstagande till om huruvida arbetstagare får jämföras. Detta samarbete kan se ut på oändligt många olika sätt och vara olika nära och intensivt, men vid en viss grad av samarbete uppstår en gemensam källa. Detta utgör i princip inte en tillämpning av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet, utan innebär istället lanserandet av ett särskilt begrepp inom ramen för EU:s diskrimineringsrätt. Tolkningen av begreppet källa har sammanfattningsvis både begränsande och möjliggörande dimensioner. Det finns visst stöd för expanderande tolk-

¹²⁷⁴ Stüber, Lönekartläggning och marknadsbegreppet, 2007, s. 79-106, s. 88, Collins, Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, 2006, s. 317-336.

¹²⁷⁵ C-320/00, p. 18 och C-256/01, p. 46.

ningar, men idag framstår källbegreppet som i praktiken lika med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Möjligen kan rättsläget sägas vara oklart, särskilt ifråga om vilka typer av företagssamarbeten som kan skapa en gemensam källa.

3.2.2.9 En arbetsgivare – flera källor?

En aspekt av doktrinen om gemensam källa i relation till arbetsgivarbegreppet i diskrimineringsrätten återstår att diskutera. Fredman menar att ett av problemen med EU-domstolens domar i *Lawrence* och *Allonby* är att de t.o.m. kan leda till att möjligheterna att tillämpa diskrimineringsrätten i sammanhållna företag försvåras.¹²⁷⁶ Med andra ord; kan ett enskilt och sammanhållet rättssubjekt organisera sig på ett sådant sätt att detta kommer att bli flera källor i diskrimineringsrättens mening, och att olika grupper av anställda, därför inte kan jämföras med varandra? Fredmans farhåga är att en arbetsgivare kan skapa så decentraliserade och fristående beslutsstrukturer med ansvar för formulerandet av anställningsvillkor, att dessa enheter blir olika källor i den mening som *Lawrence* och *Allonby* föreskriver. Kan det t.ex. föreligga hinder mot att jämföra grupper av arbetstagare med varandra om arbetsgivaren delegerat beslutsmyndighet om deras villkor till lägre chefer i avdelningar av bolaget? Ett av domstolen oemotsagt förslag till avgörande, ger emellertid stöd för tolkningen att alla arbetstagare hos en arbetsgivare ska kunna jämföras:

if the rules [suspected of giving rise to discrimination] are the result of a decision or a practice of a given employer, the groups to be compared must consist of all the employees of the employer in question.¹²⁷⁷

Lawrence-testet om samma källa eller inte ska alltså inte utföras när samtliga anställda har samma subjekt som kontraktuell arbetsgivare. En annan lösning hade överlämnat det till arbetsgivarens goda vilja att tillämpa likalöneprincipen, och allvarligt undergrävt diskrimineringsrättens tvingande natur.

3.2.2.10 Jämförelseperson, arbetsgivarbegrepp och svenska modellen

Frågan om hur lönediskriminering bäst bekämpas med rättsliga medel har sedan slutet av 1970-talet, dvs. innan den traktatfästa likalöneprincipen i EU blev tillämplig här, varit omdiskuterad i Sverige. Redan i lagstiftningsärendet avseende 1979 års jämställdhetslag var frågan om vilka arbetstagare som skulle få jämföras med varandra omstridd. Utredningsbetänkandet hade föreslagit att könsdiskriminerande lönesättning skulle kunna påvisas efter en jämförelse med andra arbetsgi-

¹²⁷⁶ Fredman, *Marginalising Equal Pay Laws*, 2004, s. 281-285, s. 283. Jfr diskussionen i Eklund, *The Equal Pay Principle – promises and Pitfalls*, 2001/02, s. 542-555, s. 546.

¹²⁷⁷ Förslag till avgörande C-309/97, p. 60.

vares anställda.¹²⁷⁸ Departementschefen menade emellertid att osäkerheten i dessa bedömningar skulle bli mycket stor, och att det praktiska värdet med en så vidsträckt regel inte skulle vara större, och återopade de traditionella mekanismerna för lönebildning:

Frågor kring den lönenivå som allmänt tillämpas av ett företag eller en annan arbetsgivare bör liksom hittills behandlas med fackliga medel, genom förhandlingar och kollektivavtal.¹²⁷⁹

Den svenska lagstiftarens ursprungliga synsätt var att lönejämförelser mellan olika arbetsgivare är en angelägenhet för marknadsmekanismen i lönebildningen på arbetsmarknaden – och inte något som skulle ske vid tillämpning av diskrimineringsrätten. Lönejämförelser får endast äga rum mellan de som har anställningsavtal med samma motpart: om en grupp anställda har lägre lön än en motsvarande grupp anställda hos en annan arbetsgivare, kan det aldrig vara fråga om lönediskriminering.¹²⁸⁰ Den svenska lagstiftningen har hållit fast vid det kontraktuella arbetsgivarbegreppet, även i de situationer där jämförelsemöjligheterna är inskränkta och arbetstagare med olika arbetsuppgifter får jämföras med varandra. Den enskilda upprättelsen, avseende en viss situation, har uppfattats vara ett bärande argument:

Att jämföra hela yrkesgrupper skulle gå utanför diskrimineringsförbudets syfte att utgöra ett skydd i det enskilda fallet.¹²⁸¹

Fransson har kritiserat att arbetsgivarbegreppet är kontraktuellt ifråga om lönediskriminering och efterlyst ”ett mera funktionellt” och ”ett mer otraditionellt” arbetsgivarbegrepp i detta sammanhang. Dessa synpunkter utgår från premissen att den här typen av förändringar skulle kunna genomföras tolkningsvägen, utan att lagstiftaren agerar.¹²⁸²

Redan 1993 diskuterade Löneskillnadsutredningen frågan om jämförelser över företagsgränserna.¹²⁸³ Hur skulle man mota det faktum att ju mer könssegregerad en arbetsmarknad är (med andra ord; ju större det problem är, som lagstiftningen

¹²⁷⁸ SOU 1978:38, s. 117.

¹²⁷⁹ Prop. 1978/79:175, s. 75.

¹²⁸⁰ Så även i SOU 1990:41, s. 261, SOU 1993:7, s. 54, SOU 1999:91, s. 51, s. 63. Fransson, *Lönediskriminering*, 2000, s. 320 ff.

¹²⁸¹ Prop. 1990/91:113, s. 88.

¹²⁸² Fransson, *Lönediskriminering*, 2000, s. 322.

¹²⁸³ Utredningen inledde sina resonemang med iakttagelsen att jämförelsepersonen kunde strykas från lönediskrimineringsresonemangen och det kunde lämnas över till en fri bevisföring att styrka att en viss lönesättning har något samband med kön att göra, och därför är den otillåten. SOU 1993:7, s. 272.

vill angripa), desto mer irrelevant är ett lönediskrimineringsförbud som är kopplat till det kontraktuella arbetsgivarbegreppet? Om, på samhällelig nivå, kvinnor och män i hög grad utför olika arbetsuppgifter, hos olika arbetsgivare (och i olika branscher och sektorer), kan – givet det kontraktuella arbetsgivarbegreppet – deras villkor inte jämföras med varandra.¹²⁸⁴ Det är, menade Löneskillnadsutredningen på sin tid, möjligt att avskaffa kravet på jämförelseperson, eller låta den som anser sig diskriminerad fritt välja en person att jämföra sig med. Utredningen, som slutligen avstod från att lämna något förslag på detta område, ansåg emellertid att båda varianterna var ”mycket långtgående” och att den sistnämnda dessutom ”med fog [kunde] uppfattas leda till oacceptabla ingrepp i parternas fria förhandlingsrätt”.¹²⁸⁵ Dessutom uppfattade man att det tolkningsvägen fanns utrymme för företagsöverskridande jämförelser redan i gällande lagstiftning och dess kontraktuella utgångspunkt avseende arbetsgivarbegreppet:

En begränsad möjlighet att söka jämförelsepersoner av motsatt kön hos andra arbetsgivare bör dock kunna tänkas inom ramen för den nuvarande lagen. En sådan jämförelse skulle dock få ske först sedan möjligheten att hitta en relevant jämförelseperson hos samma arbetsgivare väl uttömts.¹²⁸⁶

Mot bakgrund av två andra möjligheter att låta anställningsvillkor som avtalats med ett subjekt indirekt påverka vad som gäller mellan två andra parter – dvs. kollektivavtalets fjärrverkan¹²⁸⁷ och den förmögenhetsrättsliga generalklausulen¹²⁸⁸ – presenterades ett förslag till reglering som skulle möjliggöra jämförelser mellan anställda bortom det kontraktuella arbetsgivarbegreppet:

Det skulle [...] krävas att både den som anser sig lönediskriminerad och jämförelsepersonen är anställda hos arbetsgivare som omfattas av samma kollektivavtal eller verkar inom samma bransch eller typ av verksamhet. Även i övrigt skulle förhållandena hos de båda arbetsgivarna vara så likartade som möjligt för att jämförelsepersonen skulle få användas. Det kunde t.ex. i allmänhet göras en viss geografisk avgränsning och krävas att jämförelsepersonen finns hos en arbetsgivare i samma län eller region eller i varje fall i samma del av landet.¹²⁸⁹

¹²⁸⁴ SOU 1993:7, s. 273.

¹²⁸⁵ SOU 1993:7, s. 273.

¹²⁸⁶ SOU 1993:7, s. 273.

¹²⁸⁷ Hansson, *Kollektivavtalsrätten*, 2010, s. 394 ff, med vidare referenser.

¹²⁸⁸ Jfr Sigeman, 36 § avtalslagen och arbetsrätten, 1984, s. 587-628.

¹²⁸⁹ SOU 1993:7, s. 274.

Förslaget tillstyrktes dock inte av utredningen, eftersom det förelåg

betydande risker för att arbetsgivare inte har den fulla kännedom som kan behövas om vad som motiverat lönesättningen för anställda i andra företag för att inte riskera göra sig skyldig till brott mot lönediskrimineringsförbudet.¹²⁹⁰

I takt med att diskrimineringsrätten i arbetslivet 1994 utvecklades till att omfatta även etnicitet¹²⁹¹ övergavs i princip kravet på en faktisk jämförelseperson, och i den begränsade meningen också ett krav på att de arbetstagare som skulle jämföras hade samma motpart i anställningsavtalen. När 1994 års diskrimineringslag presenterades innehöll de inte kravet att det skulle göras en faktisk jämförelse mellan två arbetstagare. Om det inte gick att genomföra en sådan, skulle en fiktiv jämförelse ske, i vilken det skulle efterfrågas hur arbetsgivaren skulle ha behandlat en anställd med annan etnicitet. Detta utgjorde i princip ett första avlänkande av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet från själva konceptet att särbehandla.¹²⁹² Enligt regeringens mening förutsatte ett diskrimineringsförbud att domstolens prövning grundades på en jämförelse med andra arbetstagares villkor, och just avseende lön var detta känsligt:

Det står också klart att en diskrimineringsprocess inte kan få syfta till att i största allmänhet få en rimlig lönenivå för en viss typ av arbete. Jämförelsen måste därmed avgränsas till att åtminstone huvudsakligen avse den aktuella arbetstagarens lönevillkor i förhållande till villkoren som gäller för övriga anställda, företrädesvis med samma eller i vart fall närliggande arbetsuppgifter, hos samma arbetsgivare.¹²⁹³

I 1999 års diskrimineringslagar sänkades krav på faktisk jämförelseperson.¹²⁹⁴ Med utgångspunkt i EU-rätten följde ändringar i lagstiftningen om förbud mot könsdiskriminering som, även för den diskrimineringsgrunden, avskaffade kravet på en faktisk jämförelseperson.¹²⁹⁵ När en faktisk jämförelse inte gjordes, skulle det undersökas hur en annan arbetstagare skulle ha behandlats i löneavseende och

Ytterst får t.ex. förhållandena i branschen i stort eller mer allmänna resonemang om rättvisa och skälighet tillgripas som standard.¹²⁹⁶

¹²⁹⁰ SOU 1993:7, s. 275.

¹²⁹¹ Lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering; upphävd i SFS 1999:130.

¹²⁹² Prop. 1993/94:101, s. 48, s. 58 ff, s. 94, SOU 1992:96, s. 163, s. 171, s. 211.

¹²⁹³ Prop. 1993/94:101, s. 59, Likartat i SOU 1992:96, s. 176 f.

¹²⁹⁴ Prop. 1997/98:177, s. 25, s. 58, s. 60, prop. 1997/98:179, s. 41, s. 81, prop. 1997/98:180, s. 29, s. 64.

¹²⁹⁵ Prop. 1999/2000:143, s. 36-39, s. 113.

¹²⁹⁶ Prop. 1999/2000:143, s. 39.

EU:s diskrimineringskydd gällande visstidsanställda och deltidsarbetande genomfördes för svensk rätts del med beaktande av att direktiven inte innehöll ett krav om en faktisk jämförelseperson.¹²⁹⁷

Argumenten mot själva konstruktionen med ett krav på en faktisk jämförelseperson utgick från kritiska resonemang om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet.¹²⁹⁸ Detta, tillsammans med utvecklingen på EU-nivå, kom att läggas till grund för möjliggörandet av en hypotetisk jämförelseperson i diskrimineringsrätten.¹²⁹⁹ I bakgrunden till detta övergivande av en faktisk jämförelseperson ligger ett ifrågasättande av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Att i alla lägen hålla fast vid detta skulle innebära att lönediskriminering blev begreppsligt otänkbar hos arbetsgivare med endast en anställd, eller att diskriminering inte kunde konstateras om ett rekryteringsärende slutade i att ingen person kom att anställas. Begreppet jämförbarhet var tidigare i högre grad kopplat till det kontraktuella arbetsgivarbegreppet, men idag är det – med stöd av konceptet hypotetisk jämförelseperson – i stor utsträckning oberoende av detta. Denna rättstekniska lösning innebär att det kontraktuella arbetsgivarbegreppet kan lämnas intakt. Lagstiftarens ambitioner och de problem som skulle lösas ifråga om diskriminering kunde istället hanteras med införandet av en hypotetisk jämförelseperson. Denna rättsutveckling har kretsat kring att hantera problem som följer av tankegången att anställningsavtalets partsställning skulle vara den enda relevanta faktorn i arbets- och diskrimineringsrätten, och därmed ifrågasatts också det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Jämförbarhet länkar idag delvis bort från en grupp med samma motpart i anställningsavtalet. Den kontraktuella utgångspunkten i arbetsrätten samspelar här med lagstiftarens förståelse av vad som är en fråga för marknaden att lösa, eller åtminstone vad som är en fråga som inte lämpar sig för rättslig reglering. Förarbetena till 2009 års diskrimineringslag sluter sist och slutligen cirkeln:

Jämförelsen ska inriktas på att särskilt avse den aktuella arbetstagarens villkor i förhållande till andra arbetstagare med samma eller närliggande arbetsuppgifter hos samma arbetsgivare.¹³⁰⁰

¹²⁹⁷ Prop. 2001/02:97, s. 36, s. 40, s. 62 f.

¹²⁹⁸ Ds 2000:8, s. 51 f.

¹²⁹⁹ SOU 1999:91, s. 49 f, s. 55 med hänvisningar till EU-domstolens praxis.

¹³⁰⁰ Prop. 2007/08:95, s. 498. Undantag får göras i ”fall där lönen för en ensam anställd är så uppseendeväckande låg att den framstår som diskriminerande.”

3.2.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?

Diskrimineringsrätten innehåller två i princip olika regelverk. Diskrimineringsförbuden¹³⁰¹ bygger på civilrättsliga förbud, medan de s.k. aktiva åtgärderna¹³⁰² bygger på att en myndighet sätter kraft bakom vissa krav om ansträngningar ägnade att främja lika rättigheter och möjligheter. Reglerna om aktiva åtgärder brukar karaktäriseras som framåtsyftande, eftersom de inte syftar till att korrigerar något enskilt agerande eller klandra någon specifik episod. Inte heller ska reglerna ge upprättelse i något enskilt fall. De aktiva åtgärdernas verkningssätt är istället kollektivt och generellt. Regelverket ska vara pådrivande på den som är adressat för dem. Reglerna är allmänt hållna, på ett sätt som liknar arbetsmiljörättens regler.¹³⁰³ Den viktigaste skillnaden mellan reglerna om förbud mot diskriminering och reglerna om påbud om aktiva åtgärder hänför sig till sanktionssystemet. Reglerna om aktiva åtgärder är föremål för tillsyn av myndigheten Diskrimineringsombudsmannen.¹³⁰⁴ En arbetsgivare som inte fullgjort sina skyldigheter ifråga om aktiva åtgärder kan vid vite föreläggas att fullgöra dem. Det vitesförenade föreläggandet meddelas av Nämnden mot diskriminering, efter framställning av Diskrimineringsombudsmannen.¹³⁰⁵

I jämförelse med diskrimineringsförbuden har EU:s engagemang varit mindre ifråga om de aktiva åtgärderna. Påverkansrelationen från EU är på detta område mjukare och arbetet har avsett endast jämställdhet mellan kvinnor och män. Med stöd av fördragets regel om att unionen ska främja jämställdhet¹³⁰⁶ har kommissionen föreslagit åtgärder som kan vara lämpliga. Medlemsstaternas handlingsutrymme är således större ifråga om de aktiva åtgärderna. EU-rätten kan emellertid begränsa dessa åtgärder i den uträkning de skulle träda in på området för positiv särbehandling, eller om de i sig skulle komma att bli diskriminerande.¹³⁰⁷ Arbetet med aktiva åtgärder är vidare delvis omstritt.¹³⁰⁸

¹³⁰¹ 2 kap. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁰² 3 kap. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁰³ Prop. 2007/08:95, s. 317.

¹³⁰⁴ 4 kap. 1, 1a, 3-4 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁰⁵ 4 kap. 5, 7-16 §§ diskrimineringslagen (2008:567) samt förordningen (2008:1328) med instruktion för Nämnden mot diskriminering.

¹³⁰⁶ Art. 8 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, art. 2 och art. 3 Fördraget om Europeiska Unionen.

¹³⁰⁷ SOU 2014:41, s. 137.

¹³⁰⁸ Strategin beskrivs i KOM(2010) 491, KOM(2006) 92, COM(1996) 67. Reglerna har kritiserats; jfr Stratigaki, Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy, 2005, s. 165-186, Lombardo & Meier, Gender Mainstreaming in the EU. Incorporating a Feminist Reading?, 2006, s. 151-166, Isaksson, *Att utmana förändringens gränser*, 2010.

Frågor om var i arbetsorganisationer som Diskrimineringsombudsmannen kan begära att de aktiva åtgärderna förverkligas i relation till någon viss grupp av arbetstagare ställs således i arbetsmarknadsregleringens offentligrättsliga del. Det handlar fortfarande om att reglera förutsättningarna för anställningsförhållandet, så kopplingar till detta avtal är betydelsefulla i flera avseenden. De offentligrättsliga aspekterna har i någon utsträckning varit en del av diskrimineringsrätten sedan 1980, och har expanderat i omfång till att avse fler ämnen och grupper (grunder).¹³⁰⁹ Frågan om ansvarsplacering vad gäller arbetsgivare i de aktiva åtgärderna har emellertid inte problematiserats sedan de första reglerna i ämnet utfärdades: förarbetsuttalandet om den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsplacering i arbets- och diskrimineringsrätten är därför alltså styrande.¹³¹⁰ Jämställdhetsnämnden (föregångare till Nämnden mot diskriminering) har 2006 åberopat dessa uttalanden som uttryck för gällande rätt.¹³¹¹

Aktiva åtgärder definieras som

ett förebyggande och främjande arbete för att inom en verksamhet motverka diskriminering och på annat sätt verka för lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder.¹³¹²

I relation till det offentliga är arbetsgivaren skyldig att ”inom ramen för sin verksamhet bedriva ett arbete med aktiva åtgärder”, såsom dessa definieras i lagstiftningen.¹³¹³ Arbetet med aktiva åtgärder ska dels i övergripande termer omfatta risker för diskriminering och hinder för lika rättigheter och möjligheter ”i verksamheten”, dels omfatta ett antal uppräknade arbets- och anställningsvillkor (arbetsförhållanden, löner och andra anställningsvillkor, rekrytering, befordran, kompetensutveckling, möjligheter att förena förvärvsarbete med föräldraskap).¹³¹⁴

Lagregelns begreppsmässiga koppling till ”verksamheten” ska enligt förarbetena uppfattas som en insnävning till ”den egna verksamheten”, dvs. som en gränsdrag-

¹³⁰⁹ SOU 2010:7, SOU 2014:41.

¹³¹⁰ Prop. 1978/79:175, s. 111: ”Begreppet arbetsgivare torde inte behöva bestämmas närmare för de ändamål som den föreslagna lagen skall fylla. Begreppet har samma innebörd som när det används i annan arbetsrättslig lagstiftning, i vilken arbetsgivare åläggs rättsliga förpliktelser av skilda slag.” Likalydande i prop. 1990/91:113, s. 98.

¹³¹¹ Knäckfrågan i ärendet var arbetsgivarbegreppet men på den statliga sektorn, och avsåg därför det distinkta arbetsgivarbegrepp som gäller där. Se Jämställdhetsnämndens beslut 2006-12-05 i ärende Å 1-05 JämO mot Staten genom Försvarsmakten.

¹³¹² 3 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567) i dess lydelse efter SFS 2016:828.

¹³¹³ 3 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³¹⁴ 3 kap. 2 § och 5 § diskrimineringslagen (2008:567).

ning mot ”annan utåtriktad och etiskt inriktad verksamhet som en arbetsgivare [...] kan ägna sig åt.”¹³¹⁵

Ansvarsplaceringen följer redan av lagstiftningstekniken att räkna upp vilka aspekter av ”verksamheten” som ska omfattas av de aktiva åtgärderna: huvudregeln är att den kontraktuella arbetsgivaren bär ansvaret för de aktiva åtgärderna, eftersom det är det subjekt som är behörigt att fatta beslut om de frågor som inryms i dessa aspekter. Samtidigt innebär denna lagstiftningsteknik också i viss mening en expansion relativt det kontraktuella arbetsgivarbegreppet i riktning mot ett mer rumsligt orienterat synsätt: de aktiva åtgärderna omfattar ”arbetsförhållandena”, och enligt förarbetena är arbetsplatsens faktiska utformning en viktig aspekt av dessa förhållanden.¹³¹⁶

De aktiva åtgärderna har alltid byggt på antagandet att de för att vara verkningsfulla ska utgå från arbetsplatsen, och att detta begrepp därför är det centrala för att utforma dem. Denna decentralisering är tydlig i förarbetena. Kravet på arbetsgivaren ska förstås som

att det i bl.a. stora företag eller myndigheter kan vara mest ändamålsenligt att upprätta en särskild plan för t.ex. varje verksamhetsområde, varje enhet eller avdelning. [...] Det viktiga är att planen utformas efter den enskilda arbetsplatsens eller enhetens behov och förutsättningar. Arbetsgivarens skyldighet att upprätta en plan för hela verksamheten kan sedan fullgöras genom att delplanerna tämligen enkelt ställs samman med en sammanfattning som klargör arbetsgivarens strategi för det samlade jämställdhetsarbetet.¹³¹⁷

Det faktiska arbetet med aktiva åtgärder framstår snarast som en uppsättning krav på delmängder av den kontraktuella arbetsgivaren. Även om arbetet med de aktiva åtgärderna är decentraliserat i den meningen att de måste utformas på lokal nivå hos arbetstagarens motparts verksamhet och dess arbetsplatser, så drabbar en eventuell rättslig sanktion förmögenhetsmassan som är arbetstagarnas motpart.

En grupp av påbudsregler avser ersättningen för arbetet, och arbetsgivarbegreppet ingår som en beståndsdel i dessa regler. Aktiva åtgärder kring lönefrågor kan utföras endast av den del av verksamheten som ansvarar för dessa frågor.¹³¹⁸ Den grundläggande regeln om lönekartläggning föreskriver att arbetsgivaren i syfte att upptäcka, åtgärda och förhindra osakliga skillnader i lön och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män, varje år ska kartlägga och analysera bestämmelser och praxis om löner och andra anställningsvillkor som tillämpas hos arbetsgivaren

¹³¹⁵ Prop. 2015/16:135, s. 99, SOU 2014:41, s. 248, s. 419.

¹³¹⁶ Prop. 2015/16:135, s. 43.

¹³¹⁷ Prop. 1990/91:113, s. 75 f.

¹³¹⁸ 3 kap. 7 §, 8-11 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

och löneskillnader mellan kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt (såsom detta definieras i lagen).¹³¹⁹ Eftersom placeringen av ansvaret som arbetsgivare följer den kontraktuella utgångspunkten ska kartläggningen endast omfatta sådana arbetstagare som har arbetsgivarsubjektet som motpart i anställningsavtalen. Inom denna grupp kan det rent begreppsligt föreligga osakliga löneskillnader.

Reglerna om dokumentationskravet (och om lönekartläggning) avseende arbetet med de aktiva åtgärderna förhåller sig till subjektet som är arbetstagarens motpart i anställningen. Regelverket bygger på att olika dokumentationskrav gäller för olika stora arbetsgivare, dvs. "arbetsgivare som vid ingången av kalenderåret sysselsatte" olika antal "arbetstagare" (upp till 9, mellan 10 och 24, 25 eller fler).¹³²⁰ Inget i förarbetena antyder att dessa regler skulle bygga på någon annan ansvarsplacering än den kontraktuella utgångspunkten, och därför gäller att tillämpningen av tröskelregeln om arbetsgivarstorlek innebär att endast antalet anställningsavtal arbetsgivaren är part i ska räknas.

Reglerna om aktiva åtgärder innebär påbud om att arbetstagarens kontraktuella motpart på visst sätt ska förbättra förutsättningarna för arbetet. Att den kontraktuella motparten är skyldig att göra något visst, speglar dennas utrymme att fatta beslut i sin verksamhet. Arbetsgivarprerogativet möjliggör att arbetstagarnas kontraktuella motpart beslutar och agerar, och det offentlighetsrättsliga regelverket kräver att denna överväger att fatta ett beslut som skapar inkluderande arbetsvillkor och förutsättningar för arbete. Dessa aspekter av diskrimineringslagstiftningen kan medföra kostnader för arbetsgivaren. Påbudet på den kontraktuella motparten att reflektera över att använda sin maktställning på ett inkluderande sätt, och också stå för eventuella kostnader för det, är ett uttryck för en samhällelig omskiftning av kostnader och ansvar, som syftar till att förverkliga ett inkluderande arbetsliv. Förarbetena till reglerna om aktiva åtgärder om arbetsförhållanden innehåller en katalog över förslag på beslut som arbetsgivaren kan fatta som led i detta.¹³²¹

Ansvaret för arbetsplatsen är delvis frikopplat från en faktisk plats: De aktiva åtgärderna handlar ju inte om att, som i arbetsmiljörätten, avvärja risker till undvikande av olyckor, utan om att på visst sätt underlätta inkludering. Någon form av (rumslig och annan) avgränsning av den kontraktuella arbetsgivarens ansvar måste i och för sig ha förutsatts av lagstiftaren. Ett hypotetiskt exempel skulle kunna vara att en av kommunen indragen busslinje försvårar för arbetstagare att förena arbete och föräldraskap,¹³²² men det kan inte gärna krävas av arbetsgivaren att denne

¹³¹⁹ 3 kap. 8-10 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹³²⁰ 3 kap. 13-14 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹³²¹ Prop. 2007/08:95, s. 322-350, 533-542, prop. 2015/16:135 s. 38-62, 98-106, SOU 2010:7, SOU 2014:41.

¹³²² 3 kap. 5 § 5 p. diskrimineringslagen (2008:567).

reflekterar över hur denne i sin egenskap av part i anställningsavtal kan kompensera för den försvunna busslinjen. Arbetstidens förläggning, däremot, kan krävas att arbetsgivaren analyserar i relation till möjligheterna att förena arbete och föräldraskap. Dessa gränser för arbetsgivarens ansvar utgör tysta antaganden bakom lagstiftningen och kostnadsomläggningen den föreskriver. I framtiden kan uppstå anledning att göra andra gränsdragningar på den här punkten. Ligger ett ämne inom ramen för arbetsgivarprerogativet kan påbud om aktiva åtgärder förekomma, som begär att arbetsgivaren reflekterar över att fatta ett beslut av ett visst innehåll.

Lagens allmänna påbud om förebyggande och främjande arbete omfattas av en generell begränsningsregel till att avse endast ”åtgärder som skäligen kan krävas”.¹³²³ Vad detta innebär skiftar, och ska avgöras med stöd av omständigheterna i varje enskilt fall. Förarbetena anger att skälighetsbedömningen ska ”göras med hänsyn till resurser, behov och andra omständigheter i det enskilda fallet”.¹³²⁴ Den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsplaceringen ger vid handen att det är hela arbetstagarens motparts förmögenhetsmassa som ska utgöra det relevanta subjektet i detta sammanhang.

Likheterna mellan arbetsmiljörätten och diskrimineringsrättens regler om aktiva åtgärder föreligger inte endast på det rättstekniska planet, utan också i materiellt hänseende. Om något som kan krävas som en aktiv åtgärd enligt diskrimineringsrätten finns reglerad i arbetsmiljörätten, följer dessa regler arbetsgivarbegreppet och ansvarssystemet i arbetsmiljölagstiftningen. Reglerna om kränkande särbehandling följer därför det arbetsmiljörättsliga ansvarssystemet, och inte diskrimineringsrättens. Kränkande särbehandling definieras i arbetsmiljörättsliga myndighetsföreskrifter som

Handlingar som riktas mot en eller flera arbetstagare på ett kränkande sätt och som kan leda till ohälsa eller att dessa ställs utanför arbetsplatsens gemenskap.¹³²⁵

Det krävs sedan av arbetsgivaren att denne organiserar arbetet så att sådant beteende undviks, och

Arbetsgivaren ska klargöra att kränkande särbehandling inte accepteras i verksamheten. Arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att motverka förhållanden i arbetsmiljön som kan ge upphov till kränkande särbehandling.¹³²⁶

¹³²³ 3 kap. 2 § 3 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³²⁴ Prop. 2015/16:135, s. 38.

¹³²⁵ AFS 2015:4 Organisatorisk och social arbetsmiljö, 4 §.

¹³²⁶ AFS 2015:4 Organisatorisk och social arbetsmiljö, 13 §; se också 14 §.

Dessa regler sanktioneras således inom ramen för arbetsmiljörätten, men har ett materiellt innehåll som i och för sig kunde vara hemmahörande i diskrimineringsrätten.

I princip föreligger ett samband mellan de offentligrättsligt sanktionerade reglerna om aktiva åtgärder och de skadeståndssanktionerade diskrimineringsförbuden. Insatser som beslutas som led i att förverkliga den kontraktuella arbetsgivarens skyldighet att främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet kan, om de dras för långt, komma att utgöra överträdelser av förbudet mot att diskriminera.¹³²⁷ En arbetsgivares feltillämpning av de offentligrättsliga reglerna, kan alltså komma att bli en överträdelse av diskrimineringsförbudet i arbetslivet, och då aktualiseras dessa civilrättsliga ansvarsregler.¹³²⁸

Eftersom diskrimineringsrätten inte reglerar hur vitesbeloppet ska fastställas, blir allmänna regler om vite tillämpliga. En faktor som påverkar beloppets storlek blir därmed ”vad som är känt om adressatens ekonomiska förhållanden”.¹³²⁹ Förarbetena till regeln tillägger att ett belopp ska väljas som kan antas övervinna adressatens eventuella motstånd mot att följa föreläggandet.¹³³⁰ Hela den förmögenhetsmassa som utgör arbetstagarens motpart i anställningsavtalet blir därför en faktor att beakta vid fastställande av vitesbeloppets storlek.

3.3 Bolagiserade verksamheter och diskriminerings-skyddet

3.3.1 Placering av ansvar för diskriminering i koncerner

Hur ska diskrimineringsrätten tillämpas i arbetsorganisationer som är koncerner, dvs. i situationer där arbetstagare är verksamma hos olika företag som är fristående men som i och med bakomliggande ägandeförhållanden styrs som vore de ett sammanhållet? Ur arbetstagarnas vardagliga synvinkel liknar ofta arbetsorganisationer som rättsligt sett är koncerner bilaterala arbetsorganisationer. Arbetstagarna är emellertid i rättslig bemärkelse verksamma hos något annat företag än deras kontraktuella arbetsgivare och står dessutom i kontakt med befattningshavare i andra företag i koncernen. Makten på huvudmannasidan utgår dessutom kanske i

¹³²⁷ Detta principförhållande är synligt t.ex. i NJA 2006 s. 683 och RH 2009:90 som avser sektorn för högre utbildning.

¹³²⁸ 2 kap. 1 § och 2 § samt 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³²⁹ 4 § lagen (1985:206) om viten.

¹³³⁰ Prop. 1984/85:96, s. 49.

praktiken inte från den kontraktuella arbetsgivaren, utan från ett koncernföretag som kontrollerar arbetsgivarbolaget. I koncerner förekommer flera fristående subjekt på huvudmannasidan i arbetsorganisationen, men dessa är hierarkiskt sammankopplade i termer av makt och ägande. Styrningen av koncerners verksamhet kan ske genom att företrädare för ett överordnat bolag är aktiv i underordnade bolag. Dessutom utövar överordnade bolag ägarinflytande över underordnade bolag. Det förefaller som om koncernstyrning i praktiken kan bedrivas utan stark förankring i bolagsrättens regler.¹³³¹ Koncernföreträdare (moderbolagsföreträdare) maktanvändning är inte tydligt speglad i lagstiftningen. Ur diskrimineringsrättslig synvinkel är det naturligt att utgå från situationen i arbetsorganisationen, som den gestaltar sig för de arbetande: Om en koncernföreträdare agerar och blir åtlydd som arbetsgivare, kan frågan väckas om han eller hon inte kan hållas ansvarig som sådan.

Utmaningen ligger i att hantera dels den situationen att arbetstagaren i arbetsorganisationen koncern möter befattningshavare från andra företag än arbetstagarens kontraktuella arbetsgivare, dels den ägarpåverkan och styrning som präglar koncernerna. Hur kan diskrimineringsrätten verka handlingsdirigerande i arbetsorganisationer som är koncerner, dvs. när det råder en form av glapp mellan anställningsförhållandets partsställning och den faktiska maktutövningen i arbetsorganisationen. Hur förverkligas syftet med diskrimineringsrätten att påverka arbetslivet i riktning bort från diskriminering i lagens mening, genom att hota den maktfulle med sanktion i bolagiserade verksamheter? Hur kan diskrimineringsrätten göras gällande över bolagsgränserna i koncerner? I vilken utsträckning ska en företrädare för t.ex. ett moderbolag i rättslig mening anses kunna diskriminera en person som har ett annat koncernbolag som motpart i anställningen?

En utgångspunkt för hanteringen av diskrimineringsskyddet i bolagiserade verksamheter (koncerner) är att dessa frågor inte är särreglerade varken i EU-rätten, diskrimineringsrätten eller bolagsrätten. Rättsfall saknas och lagförarbetena är tysta i denna fråga.¹³³² Den bolagsrättsliga forskningen och diskussionen om koncernfrågor¹³³³ har inte uppmärksammat diskrimineringsrätten, och även om den arbetsrättsliga forskningen uppmärksammat koncernproblematiken, så har man inte analyserat diskrimineringsfrågorna.¹³³⁴

¹³³¹ Se kapitel 1.4.2.

¹³³² En enda kommentar – om repressalieförbud för arbetssökande – görs i propositionen till 2008 års diskrimineringslag. Prop. 2007/08:95, s. 309.

¹³³³ Moberg, *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder*, 1998.

¹³³⁴ Nielsen, *Koncernarbetsret*, 2006, Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, bidragen i Bruun m.fl. (red.) *Koncernarbetsrätt i Norden*, 1992, Nordiska ministerrådet [Schiller m.fl.], *The Future of the Nordic Model of Labour Relations – three reports on Internationalization and Industrial Relations*, Nord 1993:36, 1993. Töllborg, *Medinflytande och ansvarsgenombrott*, TfR 1994 s. 723-785.

3.3.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?

3.3.2.1 Moder- och dotterbolags ansvar som arbetsgivare

Närmare bestämt föreligger två typsituationer ifråga om diskrimineringslagstiftningen i koncerner. För det första; en företrädare för ett koncernbolag, som inte är den drabbade arbetstagarens motpart i anställningen, har handlat på ett sätt som i och för sig omfattas av diskrimineringsförbudet. För det andra; ett underordnat bolag – i enlighet med önskemål från andra delar av koncernen – gör sig skyldigt till ett agerande, som i och för sig omfattas av förbudet mot att diskriminera. Eftersom det inte finns särreglering om diskriminering i koncerner blir reglerna som skyddar mot diskriminering i anställningsförhållandet och i relationerna mellan inlånad arbetstagare och inlånande arbetsgivare tillämpliga.¹³³⁵

Den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivaransvarets placering innebär att en koncernföreträdarens agerande utgör diskriminering om denna företrädare företäder det bolag som är arbetstagarens motpart i anställningen. Om denna utgångspunkt får råda blir det endast bolaget som är part i anställningsavtalet som kan hållas ansvarigt, och då endast för sådan diskriminering som är följden av någon form av beslutsfattande för detta bolags räkning.

Den grundläggande regeln om att en person som omfattas av diskrimineringsförbudet inte med ansvarsbefriande verkan kan argumentera att han eller hon endast följde någon annans önskemål, blir viktig i detta sammanhang.¹³³⁶

Vad gäller om en företrädare för ett koncernbolag gör sig skyldig till ett faktiskt agerande som utgör trakasserier i diskrimineringslagens mening mot en person med ett annat koncernbolag som kontraktuell arbetsgivare? Den som handlar och den som drabbas har alltså inte samma motpart i anställningsförhållandet, och det blir därför inte möjligt att tillämpa huvudregeln om trakasseriförbud inom ramen för den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvarets placering.¹³³⁷ Andra modeller för att lägga ut en ansvarsrelation förekommer emellertid. Inget hindrar att ett koncernbolag, med tillämpning av regeln om den expanderade arbetsgivarrepresentationen, likställs med arbetsgivaren. Förutsättningarna för detta är att trakasseraren representerar ett bolag som fått rätt att besluta i frågor som rör arbetstagaren. Den kontraktuella arbetsgivaren blir betalningsskyldig för diskrimineringsersättning.¹³³⁸ Dessutom kan trakasseraren utgöra en fullmäktig för den kontraktuella arbetsgivaren och i denna egenskap direkt ådra den kontraktuella

¹³³⁵ 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³³⁶ Se kapitel 3.2.1.

¹³³⁷ 2 kap. 1 § 1 st. 1 p. och 1 kap. 4 § 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³³⁸ 2 kap. 1 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

arbetsgivaren ansvar för diskrimineringen.¹³³⁹ Om koncernens verksamheter är sammanflätade ligger det vidare nära till hands att uppfatta relationen mellan företrädaren för koncernföretaget (som inte är den kontraktuella arbetsgivaren) och arbetstagaren som en relation mellan en inlånare och en inlånad arbetstagare, och då aktualiseras inlåningsansvaret.¹³⁴⁰

Vad gäller i den situationen att det diskriminerande agerandet utgjorts av ett faktiskt handlande (typiskt sett, men inte uteslutande, trakasserier) begånget av en befattningshavare i ett överordnat koncernbolag, mot en anställd i ett underordnat bolag? I de fall där arbetstagaren arbetar som vanligt för sin kontraktuella arbetsgivare, och företrädaren för moderbolaget eller ett annat överordnat koncernbolag endast tillfälligtvis besöker arbetsorganisationen, så är det inte fråga om inlåning av arbetskraft, eller om att besökaren företräder den kontraktuella arbetsgivaren på ett sådant sätt att denna får ansvar för dennes agerande. Det betyder att agerandet inte kan angripas som diskriminering, och att inget subjekt ansvarar för det inträffade i egenskap av anknuten till arbetsprestationen eller arbetsorganisationen.

Mot bakgrund av hur koncernföretag kan styras av överordnade bolag framstår det som rimligt att diskutera ett direkt diskrimineringsrättsligt ansvar i denna typ av relation mellan en koncernföreträdare och arbetstagarna i koncernen. Ett alternativ till ett direkt ansvar skulle i och för sig kunna utgöras av ett uttjänjande av regleringen av inlåning och arbetsgivarrepresentation så att de omfattade även den här situationen. Under förutsättning att en moderbolagsföreträdare är verksam i koncernen, tar aktiv del i styrningen och uppfattas av de anställda som en arbetsgivarrepresentant (dvs. att instruktioner från denna ska åtlydas), är det rimligt att ett diskriminerande handlande från en sådan persons sida uppfattas som diskriminering inom ramen för en anställningsrelation, och inte endast som t.ex. en straffrättslig angelägenhet. Den gällande diskrimineringsrätten bör kunna tolkas på detta sätt; en koncernföreträdare som är aktiv ”som” arbetsgivare borde kunna omfattas av diskrimineringsförbudet som gäller för arbetsgivare, trots att denne inte representerar ett bolag som är motpart i anställningen.

Om det handlar om att en företrädare för ett moderbolag diskriminerar en person som är anställd i ett helägt dotterbolag (dvs. i ett kommissionärsbolagsförhållande) förekommer ett prejudikat från Arbetsdomstolen, som skulle kunna vara till ledning även i denna kontext. Vid tillämpning av vetoreglerna i medbestämmandelagen,¹³⁴¹ som syftar till att förverkliga allmänintresset i att motverka oseriösa entreprenörer, har Arbetsdomstolen betraktat moder- och dotterbolag som en ”enhet”. När det handlat om att samtliga anställda i verksamheten haft sina anställningsav-

¹³³⁹ 2 kap. 1 § 1 st. 1 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁴⁰ 2 kap. 1 §, 1 st. 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁴¹ 38-40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

tal i moderbolaget, samtidigt som de varit faktiskt verksamma i dotterbolagen, och regleringen som skulle tillämpas ytterst tjänat allmänna intressen har i rättstillämpningen koncernen betraktats som arbetsgivare.¹³⁴² En anledning till att genomsyn på diskrimineringsrättens område är befogad är att maktställningen hos koncernföretagens företrädare förefaller svår att över huvud taget förklara ur rättlig synvinkel, och detta bör inte hindra diskrimineringsrättens effektiva genomslag i komplexa arbetsorganisationer.

Även det övergripande synsättet i svensk rätt på utrymmet att genomföra ansvarsgenombrott eller genomsyn stödjer en tolkning som grundlägger ett diskrimineringsrättsligt ansvar över bolagsgränserna i en koncern, också utöver de rena kommissionärsförhållandena. Lagstiftaren är i princip positivt inställd till ansvarsgenombrott

när principen om aktieägarnas frihet från personligt betalningsansvar leder till stötande konsekvenser.¹³⁴³

Det föreligger enligt lagstiftarens mening inte hinder mot att domstolarna vidareutvecklar de existerande principerna om ansvarsgenombrott.¹³⁴⁴ Tankegången att begränsat ansvar inte ska föreligga då konsekvenserna blir stötande skulle kunna tas till intäkt för att diskriminering ska anses kunna äga rum över bolagsgränserna i koncerner. Frågan i sammanhanget är om det är rimligt att uppfatta ett diskriminerande agerande från en koncernföreträdare i relation till en anställd i koncernen som något som ägt rum inom ramen för anställning – eller istället som ett (oönskat) beteende bortom diskrimineringsrätten (straffrätten).

Diskrimineringslagens förbud som är riktat till arbetsgivare bör sammanfattningsvis kunna göras gällande i koncerner, över bolagsgränserna; handlande som vore att uppfatta som diskriminering om det inträffat inom ramen för en anställningsrelation, som äger rum i koncerner, bör omfattas av arbetsgivares diskrimineringsförbud. På sedvanligt sätt kan inte alla befattningshavare utlösa detta ansvar; endast den person som representerar koncernföretaget på ett sådant sätt att detta bolag ska ansvara för dennas handlande omfattas. Endast överordnade befattningshavare i överordnade bolag kan därmed anses vara arbetsgivare vid tillämpning av diskrimineringsförbudet bortom bolagsgränserna i koncerner. Rättsläget är oklart på den här punkten. Någon rättspraxis som är direkt relevant föreligger inte och det saknas uttalanden i lagförarbetena.

¹³⁴² AD 1982 nr 165.

¹³⁴³ Prop. 2004/05:85, s. 207.

¹³⁴⁴ Prop. 2004/05:85, s. 208.

3.3.2.2 *Vem ska likställas med arbetsgivaren?*

Särregleringen om det expanderade arbetsgivaransvaret som likställer vissa befattningshavare – ”[d]en som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör” en arbetstagare – med arbetsgivaren är relevant för skyddet mot diskriminering i bolagiserade verksamheter.¹³⁴⁵ Eftersom inget annat föreskrivits följer koncernerna huvudregeln på detta område: koncernbolagen kan företräda varandra i denna regels mening, precis som andra företag kan göra sinsemellan. Om en arbetstagare med moderbolaget som kontraktuell arbetsgivare är verksam i ett dotterbolag, som moderbolaget gett rätt att besluta om arbetskraftens utnyttjande, och dotterbolagets företrädare diskriminerar denne, så ansvarar moderbolaget för dotterbolagets agerande.¹³⁴⁶ Grunden för ansvaret är att det ena bolaget ska likställas med det andra. Det expanderade ansvaret avser arbetskraften i dess egenskap av arbetstagare i det ena bolaget, och inte i dess egenskap av inlånad arbetstagare. Lagförarbetena diskuterar inte koncernsituationen, och följaktligen inte heller det expanderade arbetsgivaransvaret i dess tillämpning i denna typ av arbetsorganisation. I de situationer där arbetstagarens anställningsavtal är tecknat av ett bolag, men arbetet utförs hos ett annat (konstruktionen med de s.k. personalförsörjningsbolagen fungerar så), är regeln tillämplig och medverkar till att föra ansvaret till det bolag som är part i anställningsavtalet, även om det faktiska diskriminerande agerandet är begånget av en person från ett annat koncernbolag än den kontraktella arbetsgivaren.

3.3.2.3 *Instruktioner att diskriminera är diskriminering*

Hur ska regeln som förbjuder instruktioner att diskriminera tillämpas i arbetsorganisationer som är koncerner? Inget hindrar att regeln tillämpas på instruktioner mellan bolagen i koncernen. En förutsättning är emellertid att relationen mellan det sändande och det mottagande bolaget karaktäriseras den typ av lydnad, beroende eller uppdrag som regeln kräver.¹³⁴⁷ Det finns ingen anledning att undanta bolagsrättsligt präglade relationer, och koncernförhållandets möjligheter till stark styrning av underordnade bolag bör kunna göra regeln tillämplig mellan koncernbolag. Mot denna bakgrund bör regeln vara tillämplig i relationen mellan ett överordnat bolags befattningshavare och underordnade bolag och deras befattningshavare.

Den praktiska betydelsen av regeln framstår som liten. Om ett överordnat koncernbolag instruerar ett underordnat koncernbolag att diskriminera arbetstagarna i det överordnade och instruktionen efterföljs ansvarar det instruerande bolaget med tillämpning av huvudregeln om att den som i arbetsgivarens ställe har rätt att be-

¹³⁴⁵ 2 kap. 1 § 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁴⁶ 5 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁴⁷ 1 kap. 4 § 5 p. diskrimineringslagen (2008:567).

sluta i frågor om arbetstagarna ska likställas med arbetsgivaren.¹³⁴⁸ Om instruktioner att diskriminera utfärdas utan att bli åttlydda blir förbudet mot instruktioner att diskriminera inte tillämpligt eftersom någon effekt inte uppstått. I arbetsorganisationer som är koncerner blir denna regel självständigt relevant endast för den händelse ett överordnat koncernbolag instruerar ett dotterbolag att diskriminera, men dotterbolaget följer inte instruktionen – som trots detta ändå blir känd i verksamheten och drabbar arbetstagare på det negativa sätt som stipuleras i regeln. Den som utfärdade den inte åttlydda instruktionen har då brutit mot regeln om förbud mot instruktioner att diskriminera.

3.3.2.4 Ogiltighet

Inget i rättskällorna talar emot att möjligheten för den drabbade att angripa diskriminerande ordningsregler och interna bestämmelser och begära jämkning föreligger också i koncerner.¹³⁴⁹ Regeln blir således tillämplig om det på en ”arbetsplats” i en koncern skulle förekomma diskriminering i ensidigt utfärdade bestämmelser. Det spelar här ingen roll vilket av koncernbolagen som utfärdat den diskriminerande interna bestämmelsen. Lagregeln bygger inte på något särskilt ansvarssubjekt, och är därför tillämplig över bolagsgränserna, mellan en viss arbetstagare och ett subjekt i koncernen som inte är dennes kontraktuella arbetsgivare. Eftersom rättsföljden endast är ogiltighet (och alltså inte skadestånd) är regeln snarast att uppfatta som ett komplement till den materiella diskrimineringsrätten och som en möjlighet att undanröja sådana policys som domstol stämplat som diskriminerande. Eftersom det inte måste utredas exakt vilket subjekt som utfärdat någon viss (diskriminerande) ordningsregel blir ansvarsområdet inte kontraktuellt orienterat utan avser i praktiken arbetsplatsen. Förarbetena talar om att det är ”företaget” som kan ha utfärdat den diskriminerande ordningsregeln.¹³⁵⁰

Inget i dessa ogiltighetsreglers ordalydelser förefaller hindra att de i arbetsorganisationer som är koncerner tillämpas också på bolagsrättsligt präglade rättshandlingar och styrning, t.ex. avseende interna arbetsordningar, reglementen, ansvarsfördelningar och policys. I den mån dessa har ett diskriminerande utfall för någon arbetstagare i koncernen, borde ogiltighetsreglerna kunna åberopas i relation till dessa avtal och rättshandlingar. Varken förarbetena eller rättsvetenskapen har diskuterat detta, och någon rättspraxis föreligger inte. Rättsläget framstår som oklart.

3.3.2.5 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier

Arbetsgivarbegreppet är en aspekt av regeln om arbetsgivarens skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier, om denna får kännedom om att en arbets-

¹³⁴⁸ 2 kap. 1 § 3 st. diskrimineringslagen (2008:567). Se kapitel 3.2.2.2.

¹³⁴⁹ 5 kap. 3 §, 2 st. (se också 1 kap. 3 §) diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁵⁰ Prop. 2007/08:95, s. 557.

tagare anser sig ha blivit utsatt för detta.¹³⁵¹ I inte mindre än fem avseenden är arbetsgivarbegreppet relevant ifråga om skyldigheterna att motverka trakasserier.

Den första aspekten handlar om kunskapstillgodoräkande; vems kunskap utlöser skyldigheterna? I koncernförhållanden utmanas den kontraktuella utgångspunkten, eftersom företrädare för skilda juridiska personer är verksamma på huvudmannasidan i arbetsorganisationen. Förarbetena till regeln om "arbetsgivarens" skyldigheter att agera mot trakasserier talar likväl endast om "företrädare för arbetsgivaren" och "personer hos arbetsgivaren".¹³⁵² I detta sammanhang innebär den kontraktuella utgångspunkten otillfredsställande resultat: om arbetskraften är verksam i koncernen, utanför sin kontraktuella arbetsgivare, och trakasserier äger rum, så finns ingen arbetsgivarföreträdare som i regelns mening har kunskap om det inträffade och ingen kommer att ansvara för att hindra framtida händelser. Allmänna regler om kunskapstillräkande blir därför viktiga. Kunskapen hos koncernbolagsföreträdare som representerar den kontraktuella arbetsgivaren i relation till arbetskraften, ska tillgodoräknas denna. Kunskap hos personer i arbetsorganisationen som har en "ledande ställning" (fullmäktig) i relation till arbetskraften, eller som omfattas av den diskrimineringsrättsliga regeln om det utvidgade arbetsgivarbegreppet, bör kunna tillgodoräknas den kontraktuella arbetsgivaren på denna grund och försätta de olika huvudmännen i arbetsorganisationen i ond tro om det som förevarit.¹³⁵³ Kunskapen hos personer som är organrepresentanter i bolag ska tillgodoräknas detta.¹³⁵⁴ Problematiken handlar dessutom om tillgodoräkande av kunskap över bolagsgränserna i koncerner; i koncerner är de inblandade huvudmännen alltid juridiska personer, och kunskapstillgodoräkande måste följa vad som gäller för dem.¹³⁵⁵ Svensk rätt saknar lagregler om kunskapstillgodoräkande i koncerner. Utgångspunkten i den bolagsrättsliga doktrinen, t.ex. Dotevall¹³⁵⁶ och Stattin,¹³⁵⁷ är att kunskapstillräkande i koncerner, inte kan ske tvärsöver de självständiga rättsliga enheterna "på formella grunder" och att enbart det faktum att bolag ingår i en koncern inte möjliggör tillgodoräkande över de juridiska personernas gränser. Men författarna utesluter samtidigt inte ett "värderande synsätt" när koncernen ur tredje mans synvinkel framstår som en organisatorisk enhet som endast vidtagit en fördelning av arbetsuppgifter. Under denna förutsättning, och då

¹³⁵¹ 2 kap. 3 § och 1 kap. 4 §, 4-5 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁵² Prop. 2007/08:95, s. 504, s. 296.

¹³⁵³ Jfr diskussionen i Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 254, s. 162.

¹³⁵⁴ Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 246.

¹³⁵⁵ 1 kap. 11 § aktiebolagslagen (2005:551).

¹³⁵⁶ Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 254-256.

¹³⁵⁷ Stattin, Tillräkande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten, SvJT 2012 s. 1-35.

möjligheter att sprida information i koncernen faktiskt funnits, kan kunskap tillgodoräknas moderbolaget.¹³⁵⁸

Den andra aspekten relaterar till den drabbade personen. Kan endast de som står i anställningsavtalsrelation med huvudmannen anse sig som trakasserade? Denna fråga berörs inte i förarbetena, och därmed får den kontraktuella utgångspunkten antas fälla avgörandet: endast arbetstagare som är part i avtal med huvudmannen är relevanta. Mot denna bakgrund framstår det som än viktigare att det i arbetsorganisationer som är koncerner alltid förekommer en ”arbetsgivare” vars kunskap utlöser skyldigheter att motverka trakasserier, oavsett anställningsavtalets partsställning.

Den tredje aspekten avser frågan om vilka förövare som i rättslig mening kan göra sig skyldig till trakasserier och utlösa arbetsgivarens skyldigheter enligt regeln? Gärningarna ska vara begångna av ”någon som utför arbete” hos arbetsgivaren, och därför kan även arbetstagare som inte står i anställningsavtalsförhållande med det subjekt som ansvarar för arbetsorganisationen göra sig skyldiga till trakasserier i regelns mening, under förutsättning att de faktiskt arbetar där under någon tid.

Den fjärde aspekten är närmast rumslig. Arbetsgivarens utrednings- och åtgärds-skyldighet omfattar inte alla trakasserier som arbetstagaren anser sig drabbad av, utan endast sådana som har ”samband med arbetet”.¹³⁵⁹ Vilken koppling måste föreligga mellan det inträffade och arbetsorganisationen för att det ska utgöra trakasserier i regelns mening? Konstruktionen av bestämmelsen fäster inte avgörande betydelse vid bakomliggande avtalsrelationer utan anger ansvaret till en plats; arbetsplatsen.¹³⁶⁰ I en komplex arbetsorganisation har ofta flera huvudmän ansvar för samma geografiska område. En implikation av koncernbildningen bör kunna vara att alla i koncernen ingående arbetsplatser har ”samband med arbetet”, och med de rättssubjekt som utgör koncernen. Allt som inträffar i arbetsorganisationen bör därför omfattas därför av regeln.

Den femte aspekten handlar om omfattningen av arbetsgivarens skyldigheter. Det lagstiftningen kräver för den händelse trakasserier ägt rum är inte alla tänkbara åtgärder, utan endast ”skäliga” åtgärder. I relation till vad ska detta avgöras? Var-ken förarbeten eller rättspraxis har berört frågor om denna skälighetsbedömning påverkas av att den kontraktuella arbetsgivaren ingår i en koncern. Förarbetena innehåller däremot det principiella ställningstagandet att åtgärder mot den som trakasserar ska ”göras utifrån anställningsskyddslagens regler”,¹³⁶¹ och därför blir den lagens arbetsgivarbegrepp den yttre gränsen för vad som kan begäras med stöd

¹³⁵⁸ Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 254-256.

¹³⁵⁹ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁶⁰ Prop. 2007/08:95, s. 295, s. 504.

¹³⁶¹ Prop. 2007/08:95, s. 298.

av regeln om skäliga åtgärder. Förarbetenas förtydligande om att arbetsplatsens storlek är av betydelse vid avgörande av vad som är skäliga åtgärder innebär möjligen ett utrymme för att kraven ska ställas utifrån detta rumsliga synsätt, och inte med stöd endast av partsställningen i anställningsavtalet.¹³⁶² Kraven skulle då kunna ställas utifrån koncernen, i den utsträckning denna kan uppfattas som en ”arbetsplats”.

3.3.2.6 EU-rättens jämförelseperson: i hela koncernen?

I koncernsammanhang handlar frågan om relevant jämförelseperson¹³⁶³ om förutsättningarna för att göra jämförelser med anställda i olika subjekt i koncernen, och om vilket utrymme som föreligger att behandla koncernen som *ett* subjekt, eller som *en* arbetsgivare. Hur förhåller sig likalöneprincipen till att en koncern är en grupp åtskilda rättssubjekt? EU-domstolen har inte avgjort något mål med direkt bäring på frågan om lönejämförelser får göras avseende anställda med olika kontraktuella arbetsgivare i en koncern, men domstolens tillämpning av likalöneprincipen i entreprenadsituationer ger viss ledning. I generaladvokatens domsförslag i Lawrencedomen uppmärksammades just likalöneprincipens tillämpning i koncerner och frågan om det ska krävas en gemensam källa för olikabehandlingen, för att denna ska kunna utgöra diskriminering.¹³⁶⁴ Betydelsen av generaladvokatförslaget förstärks av att domen sedan inte kom att motsäga förslaget, utan följa den övergripande logik som präglar generaladvokatens analys.¹³⁶⁵ Den kritik som i doktrinen riktats mot själva domen, drabbar inte domsförslagets resonemang i denna del.¹³⁶⁶ Förslaget till avgörande utgår från hur begreppet ”samma tjänst” har tolkats i rättspraxis om likalöneprincipen. Generaladvokaten menade att en jämförelse med arbetstagare utanför ett och samma företag får ske i situationer

i vilka anställningsvillkoren fastställs centralt för mer än en institution eller företag inom ett holdingbolag eller konglomerat.¹³⁶⁷

I detta läge ”kan en jämförelse göras mellan manliga och kvinnliga arbetstagare över det enskilda företags [...] gränser för att undersöka om [...] förbjuden diskriminering” ägt rum.¹³⁶⁸ Det som möjliggör denna slutsats är att anställningsvillkoren härstammar från samma källa, nämligen koncernledningen, och då får denna

¹³⁶² Prop. 2007/08:95, s. 298.

¹³⁶³ Se kapitel 3.2.2.8-10.

¹³⁶⁴ Förslag till avgörande C-320/00. Nielsen anger detta som den ledande rättskällan på området. Se Nielsen, *Koncernarbetsdret*, 2006, s. 112 f.

¹³⁶⁵ C-320/00.

¹³⁶⁶ Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2012, s. 227.

¹³⁶⁷ Förslag till avgörande C-320/00, p. 49.

¹³⁶⁸ Förslag till avgörande C-320/00, p. 50.

också bära ansvaret för dem. I generaladvokatens förslag sträcker sig den direkta effekten hos likalöneprincipen till arbetstagare verksamma hos en och samma ”grupp av juridiska personer [...] som står under gemensam kontroll”.¹³⁶⁹ Generaladvokatens tolkningsoperation lämnar juridisk person-begreppet intakt: det är inte genom en omtolkning av detta begrepp som jämförelsemöjligheterna expanderas. Istället handlar det om bakomliggande omständigheter: flera olika företag kan utgöra en och samma källa, och så är fallet i koncerner. Eftersom källan är en och samma får koncernövergripande lönejämförelser göras.¹³⁷⁰ Den uttryckliga utgångspunkten i domsförslaget är dessutom att kontroll och inte ägande utgör grunden för vad som är en och samma källa. I avsaknad av rättsligt material som motsäger generaladvokatens analyser av rättsläget får dessa uppfattas som det tyngst vägande uttalandet om möjligheterna att göra lönejämförelser i koncerner.

3.3.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?

Hur ska reglerna om det offentligrättsliga kravet på arbetsgivare att bedriva ett ”förebyggande och främjande arbete”¹³⁷¹ tillämpas i arbetsorganisationer som är koncerner?

Den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvaret ger vid handen att arbetstagarens motpart i anställningsavtalet bär ansvaret att arbeta med aktiva åtgärder, utan avseende på om detta subjekt är del av en koncern. Även om koncernförhållandet skulle innebära att makten över arbetsplatsens utformning av något skäl var placerat på något annat subjekt än den kontraktuella motparten är det denna som är bärare av skyldigheterna i relation till aktiva åtgärder. Frågor om aktiva åtgärder i koncernförhållanden har inte varit föremål för diskussion vare sig i lagstiftningsprocessen eller i rättsvetenskapen. Det framstår som en fråga att analysera ytterligare, särskilt mot bakgrund av de förhoppningar som är fästa vid de aktiva åtgärdernas positiva effekter på jämställdhet och likabehandling.

De aktiva åtgärderna har i princip varit kontraktuellt orienterade alltsedan de först instiftades 1980, men lagändringar som trätt i kraft 1 januari 2017 har kommit att delvis utsträcka reglernas tillämplighet bortom anställningsavtalets partsställning, på ett sätt som har bäring på arbetsorganisationer som är koncerner.¹³⁷² Reformen av reglerna är inte alldeles transparent ifråga om vem som verkligen bär ansvar och dessutom gäller olika ansvarssubjekt för olika delar av de aktiva åtgärderna.

¹³⁶⁹ Förslag till avgörande C-320/00, p. 48-54.

¹³⁷⁰ Samma slutsats i Bjørst, *Ligeløn for job av samme værdi*, 2005, s. 267.

¹³⁷¹ 3 kap. 2 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁷² SFS 2016:828.

Kraven på arbetsgivare att arbeta med aktiva åtgärder föreligger i två grupper av lagregler. För det första gäller en allmänt hållen reglering som definierar både arbetsgivares och utbildningsanordnares förebyggande och främjande arbete.¹³⁷³ För det andra gäller en grupp regler som preciserar den allmänna regleringen genom att ange på vilka områden som just arbetsgivare ska arbeta med aktiva åtgärder: 1) arbetsförhållanden, 2) bestämmelser och praxis om löner och andra anställningsvillkor, 3) rekrytering och befordran, 4) utbildning och övrig kompetensutveckling, och 5) möjligheter att förena förvärvsarbete med föräldraskap.¹³⁷⁴ I förarbetena till den speciellare regeln görs uttalanden som expanderar dess tillämplighet bortom anställningsavtalets partsställning. Innebörden och betydelsen av dessa uttalanden om lagstiftningens räckvidd är inte helt klar. I utredningsbetänkandet uttalas i anslutning till hela den preciserande regeln (i fem punkter) att

Det förebyggande och främjande arbetet ska omfatta den persongrupp som omfattas av diskrimineringsförbudet i 2 kap. 1 § DL och repressalieförbudet i 2 kap. 18 § DL, dvs. de som hos arbetsgivaren är arbetstagare, gör en förfrågan om eller söker arbete, söker eller fullgör praktik, eller står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. De generella åtgärderna blir dock sannolikt i stor utsträckning desamma beträffande arbetstagare och andra grupper.¹³⁷⁵

Departementschefen uttalar emellertid i anslutning till förklaringen av begreppet ”arbetsförhållanden” i den speciellare regeln att

Skyldigheten att bedriva ett arbete med aktiva åtgärder och att undersöka risker för trakasserier eller repressalier avser inte enbart arbetstagare utan t.ex. även praktikanter och inhyrd arbetskraft.¹³⁷⁶

Även om departementschefens uttalande är mer kortfattat och i närmare anslutning till endast en del av den speciellare regeln föreligger ingen principiell motsättning mellan detta och utredningsbetänkandets formulering. Departementschefens uttalande får uppfattas som en exemplifiering, och därför bör även de ytterligare grupper som räknas upp i utredningsbetänkandet ingå i de aktiva åtgärderna angående arbetsförhållanden. Trots att lagstiftningen endast talar om ”arbetsgivares” arbete med aktiva åtgärder gäller alltså enligt förarbetena denna skyldighet i princip också för andra personer som är verksamma i arbetsorganisationen. Anställningsavtalet är, utan att detta framgår av själva lagtexten, därmed inte längre den enda ansvarsutlösande faktorn ifråga om aktiva åtgärder om arbetsförhållanden. Det sålunda utökade ansvaret borde i tydlighetens intresse ha avspeglats i lagtexten,

¹³⁷³ 3 kap. 2-3 §§ och 3 kap. 4 § och 16 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁷⁴ 3 kap. 5 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁷⁵ SOU 2014:41, s. 250, se också s. 253.

¹³⁷⁶ Prop. 2015/16:135, s. 43.

t.ex. i form av en hänvisning till motsvarande ansvarsexpansion i det civilrättsliga diskrimineringsförbudet.

För koncernernas del innebär detta expanderade ansvarssystem en möjlighet att ställa krav om koncernövergripande arbete med aktiva åtgärder. I den utsträckning arbetstagarna är verksamma i arbetsorganisationen på ett sådant sätt att de ska anses som inlånade – och detta är sannolikt ofta fallet i praktiken¹³⁷⁷ – i olika koncernföretag, omfattar dessa respektive företags ansvar för aktiva åtgärder dessa främmande arbetstagare ifråga om deras arbetsförhållanden. Den vägledande principen bakom ansvarsfördelningen på den här punkten liknar den som gäller i det civilrättsliga diskrimineringsskyddet, nämligen att ett subjekt bär ansvar för vad som sker inom ramen för en tilldelad maktposition i relation till arbetstagare.¹³⁷⁸ Detta innebär att sådana aspekter av arbetstagarnas villkor som endast den kontraktuella arbetsgivaren kan ansvara för, t.ex. lön och andra avtalade anställningsvillkor, inte omfattas av de aktiva åtgärderna i det företag (i koncernen) där arbetstagarna är verksamma utan att vara anställda. Inlånarens ansvar för aktiva åtgärder omfattar arbetsförhållandena.

Lagregleringen om krav på lönekartläggning för att upptäcka och åtgärda osakliga löneskillnader mellan kvinnor och män saknar förarbetsuttalande som expanderar lagstiftningens tillämplighet bortom anställningsavtalets partsställning.¹³⁷⁹ Detta betyder att den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvaret blir tillämplig. Löneskillnader ska således utredas och åtgärdas endast inom en grupp av arbetstagare med samma motpart i anställningsavtalet. Det kan rent begreppsligt inte bli tal om osakliga löneskillnader mellan arbetstagargrupper med skilda kontraktuella arbetsgivare. Arbetstagarna med inlånaren som kontraktuell arbetsgivare ska inte jämföras med de arbetstagare som har utlånaren som kontraktuell arbetsgivare. De arbetstagare som inlånats till arbetsorganisationen ska bli föremål för lönekartläggning i det utlånande (koncern-)företaget. Här kan uppstå praktiska problem: lönen sätts i ett företag, men arbetet utförs i ett annat, och därför kan det bli svårt att utföra analyser av lönesättningen (dess saklighet) i relation till kön och arbetsuppgifter. Det utlånande företags ansvar för lönekartläggning gäller emellertid ograverat utan avseende på var arbetstagarna faktiskt utför sitt arbete.

Den generella begränsningsregeln om arbetsgivarens arbete med aktiva åtgärder som ger vid handen att endast ”åtgärder som skäligen kan krävas” måste vidtas följer (i avsaknad av förarbetsuttalande om något annat) den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar.¹³⁸⁰ Det är i relation till endast

¹³⁷⁷ Se kapitel 3.4.2.4 om inlånning.

¹³⁷⁸ Se kapitel 3.2.2.2-3, 3.3.2.2, 3.4.2.2, 3.5.2.2 om det diskrimineringsrättsliga principalansvaret.

¹³⁷⁹ 3 kap. 8-10 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁸⁰ 3 kap. 2 § 3 p. diskrimineringslagen (2008:567).

resurserna i den förmögenhetsmassa som är arbetstagarnas kontraktuella motpart som skälighetskravet ska tillämpas.¹³⁸¹

Som ett led i de aktiva åtgärderna krävs av arbetsgivaren att denna på olika sätt främjar ”en jämn könsfördelning i skilda typer av arbeten, inom olika kategorier av arbetstagare och på ledande positioner”.¹³⁸² Även denna regel följer den kontraktuella utgångspunkten. Vid ställningstagande till om det råder jämn könsfördelning ska således endast arbetstagare med samma motpart i anställningsavtalen läggas samman för gruppjämförelsens skull. Implikationen är att könsfördelningen i en arbetsorganisation kan vara faktiskt ojämn för att många inlånade är av ett och samma kön, men rättsligt sett jämn, så länge som balans råder bland de med anställningavtal hos huvudmannen.

Dokumentationskraven i anslutning till de aktiva åtgärderna är avhängiga arbetsgivarens storlek: olika krav gäller beroende på hur många arbetstagare som arbetsgivaren sysselsätter vid ingången av kalenderåret.¹³⁸³ Inte heller denna reglering är försedd med några uttalanden i förarbetena som är ägnade att rubba den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvaret. Avgörande för vilket krav om dokumentation som gäller blir därmed avhängigt antalet anställningsavtal som en viss huvudman är part i. De arbetstagare som är inlånade i arbetsorganisationen ska således inte ingå i underlaget för beräkningen i anslutning till reglerna om dokumentation av de aktiva åtgärderna. En arbetsorganisation som är faktiskt omfattande, för att den innehåller många inlånade arbetstagare, kan således ändå i detta sammanhang vara rättsligt sett liten, eftersom den innehåller få anställda.

I den utsträckning diskrimineringsrätten saknar speciella regler blir den allmänna viteslagstiftningen tillämplig.¹³⁸⁴ Inget hindrar att ett koncernföretag blir föremål för vitesföreläggande trots att det förhindrats att bedriva aktiva åtgärder av ett överordnat koncernbolag. Vitet kan inte riktas mot någon annan än den kontraktuella arbetsgivaren, dvs. inte mot det subjekt i koncernen som hindrar detta arbete, och avse endast den kontraktuella arbetsgivarens underlåtenhet.

¹³⁸¹ Prop. 2015/16:135, s. 38.

¹³⁸² 3 kap. 7 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁸³ 3 kap. 13-14 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁸⁴ Lagen (1985:206) om viten.

3.4 Entreprenadförhållandet och diskrimineringsskyddet

3.4.1 Placering av ansvar för diskriminering i företagssamarbeten

Hur ska diskrimineringsrätten tillämpas när flera fristående huvudmän samverkar inom ramen för en kommersiell avtalsrelation, och dessa huvudmän har anställda, som följaktligen kommer att samverka och arbeta tillsammans i en arbetsorganisation, ofta på samma fysiska plats? De ingående huvudmännen är sammanbundna av den gemensamma uppgiften (avtalet därom), och inte med stöd av ett bakomliggande sammanhållet ägande, som i koncernfallet. Entreprenadsituationen kan i princip föreligga i alla branscher, även om den är vanligt förekommande i byggsektorn. I allt väsentligt är entreprenadverksamhet i sig inte reglerad i svensk lagstiftning, och inte heller i diskrimineringsrätten. Den rättsvetenskapliga forskningen har inte diskuterat hur diskrimineringsrätten kan överföras till den här typen av komplexa arbetsorganisationer.

På grund av den breda definitionen av arbetsorganisationen entreprenad kommer denna att inbegripa ett flertal olika upplägg av verksamheten, t.ex. köp av en i tid och omfattning avgränsad tjänst i verksamheten, köp av någon viss funktion i verksamheten (t.ex. bemanning av reception), köp av rekryteringstjänst, köp av arbetsledning (s.k. arbetsledarentreprenad). I dessa situationer innebär samverkan mellan olika huvudmän (arbetsgivare) att anställda kommer att vara verksamma och prestera arbete inom ramen för en organisation som inte överlappar den kontraktuella motparten arbetsgivaren. Ur faktisk synvinkel kan det som i rättslig mening är flera samverkande företag, eller, snarare flera samverkande företags respektive anställda, framstå som en integrerad verksamhet, som skulle kunna vara bedriven av ett och samma subjekt. Arbetstagare kommer att stå i samband med andra huvudmän än den som är deras motpart i anställningsavtalet, och arbetstagare med olika motparter i anställningsavtalet kommer att samarbeta sida vid sida. De olika huvudmännen är över- och underordnade varandra i den meningen att ett subjekt köper tjänster av ett annat. Företagen som utgör en arbetsorganisation som är en entreprenad är dessutom ofta av olika storlek. Längst ner i en entreprenadkedja kan finnas mycket små och instabila bolag och högst upp i kedjan kan finnas mycket stora och förmögna verksamheter.

En avgörande faktor för diskrimineringsrättens relevans i entreprenader är *inlånning av arbetstagare*. Med stöd av denna rättsfigur kan diskrimineringsrätten göras tillämplig i relationen mellan entreprenadarbetsorganisationens respektive företags befattningshavare, och arbetstagarna, också bortom den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av ansvar. Eftersom inlånning av arbetskraft, till skillnad från bemanning, aldrig varit kriminaliserat har det en lång historia. I diskrimineringssammanhang har skyddet för inlånade arbetstagare utvecklats parallellt med,

och i takt med, särregleringen av inhyrda arbetstagare. Inlåningsbegreppet möjliggör att samtidigt som de olika ingående bolagens ansvar i egenskap av kontraktuella arbetsgivare kvarstår oavsett var arbetstagarna är verksamma, så har också mottagande bolag inlåningsansvar för de främmande arbetstagarna. Begreppet sändande verksamhet betecknar det subjekt som är den kontraktuella motparten i anställningsavtalet, och mottagande verksamhet betecknar det subjekt som ansvarar för arbetsorganisationen, där arbetstagaren är faktiskt verksam, men inte anställd.

Vissa arbetsorganisationer som är entreprenader bygger på att ett subjekt upphandlar arbetsgivarfunktioner – t.ex. rekrytering och arbetsledning – av ett annat. Den typen av konstruktioner analyseras särskilt. I den utsträckning entreprenaden kan uppfattas som att ett bolag representerar ett annat som fullmäktigt, träder de allmänna reglerna om detta i tillämpning och ett bolags agerande kan komma att binda ett annat i relation till arbetstagarna.¹³⁸⁵

3.4.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?

3.4.2.1 Entreprenadförmåna och arbetsgivaransvar

Ansaret i egenskap av kontraktuell arbetsgivare är överlappande i arbetsorganisationer som är entreprenader; det utsändande bolaget är ansvarigt som kontraktuell arbetsgivare enligt huvudregeln om diskrimineringsförbud i relation till anställda.¹³⁸⁶

På det utsändande bolagets beslut att delta i entreprenaden och sända arbetstagare till arbetsorganisationen är diskrimineringsförbudet avseende kontraktuella arbetsgivare tillämpligt. En fråga blir t.ex. om det kan beskrivas som ett missgynnande i diskrimineringsrättslig mening att sändas ut till att medverka i någon viss arbetsorganisation.

Det utsändande bolaget ansvarar dessutom för diskriminering som det mottagande bolaget i arbetsorganisationen gör sig skyldig till, i den utsträckning mottagaren ska uppfattas som utsändarens representant eller fullmäktige på avtalsrättslig grund. Även i detta avseende är utsändarens ansvar i enlighet med den kontraktuella utgångspunkten för placering av ansvar.¹³⁸⁷

¹³⁸⁵ Jfr kapitel 3.2.2.2 och kapitel 3.2.2.3.

¹³⁸⁶ 2 kap. 1 § 1 st. 1 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁸⁷ Jfr kapitel 3.2.2.1-3.

Vidare kan den diskrimineringsrättsliga särregleringen av arbetsgivarrepresentation innebära att ett entreprenadföretag ska anses likställt med ett annat vid tillämpningen av diskrimineringsförbudet.¹³⁸⁸

3.4.2.2 *Vem ska likställas med arbetsgivaren?*

I en komplex arbetsorganisation som är en entreprenad, kan samarbetet mellan de ingående huvudmännen komma att innebära att de olika företagen i praktiken blir delaktiga i fullgörande av olika arbetsgivarfunktioner. Det kan förekomma att arbetsledning och bedömning av arbetstagarnas arbetsprestationer i praktiken kommer att utföras av olika huvudmän, utan avseende på anställningsavtalens respektive partsställning. Ett samarbete på det horisontella planet mellan huvudmännen har därför sitt vertikala uttryck i att arbetstagarna möter olika företags företrädare i en arbetsgivarroll. Vad gäller om det förekommer diskriminering i en sådan arbetsorganisation? Den arbetstagare som diskrimineras av en representant för sin motpart i anställningen, åberopar huvudregeln om det kontraktuella arbetsgivaransvaret.¹³⁸⁹

Vilket ansvar har de olika entreprenadföretagens företrädare i relation till de olika företagens respektive anställda? Det blir av avgörande betydelse om situationen omfattas av regeln som expanderar arbetsgivarens ansvar:

Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör [en arbetstagare] ska likställas med arbetsgivaren.¹³⁹⁰

Om ett företag i arbetsorganisationen samarbetar med ett annat, på ett sätt som har implikationer på relationerna till arbetstagarna, så ska dessa företag i praktiken ofta likställas med varandra. I en arbetsorganisation med samverkande företag blir diskrimineringsförbudet korsvist tillämpligt för alla arbetstagare, i relation till alla huvudmän, just för att alla arbetsgivare ska likställas med varandra. Talan riktar arbetstagaren mot sin motpart i anställningen, med åberopande av agerandet från det andra företaget.¹³⁹¹ Någon domstolspraxis om entreprenader förekommer inte på denna punkt.

Vid tillämpning av den diskrimineringsrättsliga särregleringen av som expanderar arbetsgivaransvaret blir frågan; är ett företagssamarbete av den karaktär och intensitet att det ena företaget (eller de båda, korsvis) ska anses representera det andra vid tillämpning av diskrimineringsförbudet? Förarbetena till diskrimineringslagen anger principer för denna bedömning: om den kontraktuella arbetsgivaren gett

¹³⁸⁸ 2 kap. 1 § 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁸⁹ 2 kap. 1 §, 1 st. 1 p. diskrimineringslagen (2008:567)

¹³⁹⁰ 2 kap. 1 § 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁹¹ 5 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

företrädare för ett annat företag ”ledande ställning” över sina arbetstagare, och om dessa företrädare kan direkt påverka arbetsförhållandena, då ska detta bolags agerande likställas med arbetsgivarens.¹³⁹²

Dessa formuleringar uppvisar både likheter och skillnader med ställningsfullmakten, och det kan bli aktuellt att överföra praxis på detta område till den diskrimineringsrättsliga kontexten och dagens fragmenterade arbetsmarknad.¹³⁹³ Samtidigt visar de att bedömningen inte kretsar kring frågan om avtalsbundenhet. Diskriminering kan i sig inte delegeras. Det som kan delegeras är uppgifter inom t.ex. arbetsledning. Det blir fråga om en form av dubbel prövning; först måste det tas ställning till om företagen representerar varandra, och därefter ska det avgöras om den person som agerat varit en relevant företrädare för detta företag (som den kontraktuella huvudmannen alltså ansvarar för).

Regeln som expanderar arbetsgivaransvaret i diskrimineringsrätten harmonierar med övergripande utgångspunkter. Ur kontraktsrättslig synvinkel ansvarar en part för anlitade företagare, och organisationsförhållandena på en parts sida, angår strikt sett inte den andra parten. Ansvaret för anlitade företagare, ska närmast uppfattas som ett led i ansvaret för den egna prestationen.¹³⁹⁴ Överfört till fältet för diskriminering i arbetslivet innebär det att arbetstagarens motpart i anställningsavtalet är ansvarig för att i relation till arbetstagaren prestera en icke-diskriminerande arbetsorganisation och arbetsledning etc., och att arbetstagaren inte ska lida någon rättsförlust av det skälet att den kontraktuella arbetsgivaren deltar i ett samarbete mellan olika företag, i en komplex arbetsorganisation. Den kontraktsrättsliga utgångspunkten har också sin motsvarighet inom skadeståndsrätten, där huvudregeln är att den som anlitar en självständig företagare blir ansvarig för dennes vållande.¹³⁹⁵ På detta sätt blir det uppdragsgivande företaget skadeståndsansvarigt för vad det utförande företaget gjort.¹³⁹⁶ Mot denna bakgrund uppstår fråga om vad diskrimineringsrätten tillfört rättsordningen. Det framstår som oklart om dessa regler förändrat rättsläget. Ska lagstiftarens åtgärd uppfattas som ett bidrag, t.ex. i form av ett bredare tillämpningsområde, eller som endast en erinran om vad som redan gällde enligt allmänna civilrättsliga regler?

¹³⁹² Prop. 2007/08:95, s. 501.

¹³⁹³ 10 § 2 st. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 129 ff. Grönfors, *Ställningsfullmakt och bulvanskap*, 1961.

¹³⁹⁴ Hellner, m.fl., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt*, 2006, s. 121 f.

¹³⁹⁵ Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 2006, s. 165.

¹³⁹⁶ Hellner, m.fl., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt*, 2006, s. 211 f., Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 2006, s. 165.

3.4.2.3 Särskilt om upphandling av arbetsgivarfunktioner

Den kontraktuella arbetsgivarens beslut att upphandla någon arbetsgivarfunktion ger upphov till en komplex arbetsorganisation. Det kan i sammanhanget uppstå en gränsdragningsproblematik mellan upphandling av rekrytering och avtal om personalinhyrning. Dessutom föreligger ett förbud mot instruktioner att diskriminera som blir relevant i sammanhanget.¹³⁹⁷ Det förefaller som om lagstiftaren önskar utfärda en speciellare regel än den som föreskriver att den som getts rätt att besluta om arbetskraften ska likställas med arbetsgivaren, och att det är fråga om en sorts särreglering av den situationen att den kontraktuella arbetsgivaren anlitar ett annat subjekt för att fullgöra en mer preciserad kontraktsförpliktelse, som hänför sig till den behörighet som är arbetsgivarprerogativet. I förarbetena resonerades om bedömningen av den situationen att arbetsgivaren använder sig av rekryteringsföretag, dvs. upphandlar arbetsgivarfunktionen/-prerogativet att anställa:

I de fall en arbetsgivare anlitar s.k. headhunters eller särskilda rekryteringsföretag kan det tänkas inträffa att arbetssökande väljs bort på ett sätt som innebär diskriminering. Också sådana förfaranden bör omfattas av diskrimineringsförbudet och arbetsgivaren bör alltså kunna göras ansvarig i förhållande till en arbetssökande. Det får sedan ankomma på arbetsgivaren att i sin tur vända sig till sin avtalspart och regressvis söka ersättning. En sådan ordning innebär att en arbetsgivare inte kan kringgå diskrimineringsförbudet genom att t.ex. uppdra åt ett rekryteringsföretag att sköta en rekrytering och därvid ge direktiv att sälla bort arbetssökande t.ex. av ena könet eller av viss etnisk tillhörighet.¹³⁹⁸

Sannolikt är dessa principer tillämpliga på allt upphandlande av arbetsgivarfunktioner, som resulterar i beslut kring arbetstagarna; det saknas anledning anta att uttalandet endast skulle avse anställningsskedet. Man kan tänka sig ett företag som upphandlas av arbetsgivaren för att bedöma arbetstagarnas prestationer, etc. och att detta företag agerar på ett diskriminerande sätt, med följderna att någon arbetstagar blir föremål för åtgärd i anställningen eller sägs upp.

Det kan i och för sig inte vara meningen att uttalandet ska förstås som att det innan regelns tillkomst var tillåtet att uppdra åt ett annat företag att utföra diskriminering åt en. Enda sättet att se en självständig betydelse med uttalandet är att ta fasta på att lagstiftaren med detta velat föreskriva att när den kontraktuella arbetsgivaren på detta sätt upphandlar en preciserad arbetsgivarförpliktelse, har denne i princip ett strikt ansvar för vad det andra företaget gör i termer av diskriminering. Lagstiftarens tanke förefaller vara att den kontraktuella arbetsgivarens ansvar ska prioriteras när arbetsgivarförpliktelser upphandlas. Den kontraktuella arbetsgivaren, som upphandlat en rekrytering, och inte lämnat några instruktioner om att rekryteringen

¹³⁹⁷ 1 kap. 4 § 6 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹³⁹⁸ Prop. 2007/08:95, s. 137 f, prop. 1997/98:177, s. 32.

ska ske på ett diskriminerande sätt, får på detta sätt ansvara för vad som skett i relation till den arbetssökande. Den kontraktuella arbetsgivaren får sedan stämma sin motpart (regress) på det horisontella planet för att få åter vad denna lagt ut för skadestånd. En fråga är om detta förarbetsuttalande innebär att den kontraktuella arbetsgivaren ansvarar i den situationen att rekryteringsföretaget diskriminerat, trots särskilda instruktioner om att inte göra det.

3.4.2.4 Entreprenadfirmorna och inlåningsansvaret

Diskrimineringsförbudet är tillämpligt mellan en arbetsgivare och en ”inlånad” arbetstagare, och häri ligger nyckeln till en verkningsfull reglering av icke-diskriminering i entreprenader.¹³⁹⁹ Ett direkt diskrimineringsrättsligt ansvar bortom anställningsavtalets partsställning i en arbetsorganisation som är en entreprenad hänger på det arbetsrättsliga begreppet *inlåning av arbetskraft*. Ett mottagande bolag/verksamhet ansvarar i relation till en annan arbetsgivares arbetstagare om det ur rättslig synvinkel fråga om inlåning av arbetskraft.

Ingenstans i förarbeten och praxis kring diskrimineringsrätten förklaras vad som avses när det i just dessa sammanhang talas om inlåning av arbetskraft, och i alla händelser saknas anledning anta att detta begrepp skulle vara snävare i detta rättsområde jämfört med arbetsrätten. I arbetsrättsliga sammanhang har sedan länge förekommit att man talat om in- och utlåning¹⁴⁰⁰ av arbetskraft, även om saken aldrig kommit att lagregleras. Upplägget har beskrivits i termer av att en utlånande arbetsgivare ställer arbetstagare till en inlånares ”förfogande att användas i dennes verksamhet”.¹⁴⁰¹ Mellan utlånanen och inlånanen gäller ett avtal (som arbetsrätten inte är tillämplig på). Det uppstår inte ett arbetstagarförhållande mellan den arbetande och inlånanen, och utlånanen ”förblir arbetstagarens arbetsgivare”. Den gängse förståelsen förefaller utgå från att tröskeln för att inlåning ska vara för handen är lågt satt: det räcker att en kontraktuell arbetsgivare ställer en arbetstagare till någon annan huvudmans förfogande för arbete.¹⁴⁰²

¹³⁹⁹ 2 kap. 1 § 1 st. 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁰⁰ Ut- och inlåning har varit uppe till bedömning i ett flertal arbetsrättsliga kontexter. Det har handlat om olika arbetstagares rättsliga ställning i jämförelse med andra arbetstagare, som t.ex. vad gäller företrädesrätt till återanställning (AD 1980 nr 54). Vissa domar har avsett gränsdragningar i äldre rätt avseende inlåning, som alltid varit tillåtet, och uthyrning, som vid tiden för dom var kriminaliserat (RH 1981:132, NJA 1989 s. 629, NJA 1939 s. 682, NJA 1944 s. 6, NJA 1962 s. 820, NJA 1992 B 1, NJA 1989 B 7, NJA 1965 C 574, NJA 1965 C 365, NJA 1965 C 1020). Frågan har väckts i mål om arbetsskyldighetens omfattning (AD 1983 nr 156). Mål om tillämpningen av vetoreglerna handlar om arbetsgivarens skyldigheter mot sin fackliga motpart i kollektivavtalet (AD 1990 nr 51, AD 1979 nr 71). Dessutom har det uppstått oklarheter om vem som är skyldig att iakttä kollektivavtalade regler i relation till arbetstagarna (AD 1941 nr 49, AD 1946 nr 30, AD 1953 nr 13).

¹⁴⁰¹ Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 178.

¹⁴⁰² Henning, *Tidsbegränsad anställning*, 1984, s. 178 ff, Adlercreutz, *Temporary Employment*, 1970, s. 34.

Det föreligger ingen praxis kring inlåningsbegreppet i diskrimineringskontexten, och förarbetena är inte mångordiga. I diskrimineringsrättsliga sammanhang förefaller det mest ändamålsenliga – inte minst mot bakgrund av rättsområdets rättspolitiska grund i skyddet av mänskliga rättigheter – vara att med inlåning av arbetskraft uppfatta mer eller mindre allt arbete som presteras för en annan huvudman än den kontraktuella motparten, så länge som detta arbete utförs inom ramen för ett samarbete mellan den kontraktuella arbetsgivaren/utlånaren och inlånaren.¹⁴⁰³ På detta sätt bygger ansvaret bortom anställningsförhållandets partsställning på delvis rumsliga kriterier utan att fästa avgörande vikt vid olika aspekter av avtalet mellan huvudmännen (t.ex. beräkningen av ersättning dem emellan). Även formlösa och kortvariga arrangemang kan då utgöra inlåning. Hur parterna betecknat avtalet är inte heller av avgörande betydelse. Den exakta placeringen av arbetsledningen blir inte gränsdragande.

Sammanfattningsvis; presterar en person arbete i en arbetsorganisation, för att huvudmannen i den organisationen avtalat med dennes kontraktuella arbetsgivare, står denne till förfogande för organisationen, dvs. är inlånad där, och då blir diskrimineringsförbudet tillämpligt i relationen mellan (den inlånade) arbetstagaren och inlånaren/den som ansvarar för arbetsorganisationen.¹⁴⁰⁴ Entreprenadavtalet mellan de båda huvudmännen uppfattas här utgöra en viktig anledning till att betrakta olika arbetsgivares anställda som inlånade hos de olika huvudmän som utgör entreprenadarbetsorganisationen. De ingående huvudmännen har ju var för sig ansett att det ligger i deras respektive intresse att inleda samarbetet som lett till att arbetstagarna presterar arbete i någon annan verksamhet än den som de är kontraktuellt bundna vid. Mot denna bakgrund framstår det som rimligt att diskrimineringsförbudet ska kunna göras gällande i relationen mellan de olika huvudmännen och de som presterar arbetet, oavsett anställningsavtalets partsställning.

Om arbetstagarna i arbetsorganisationen ska uppfattas som inlånade i relation till de olika huvudmännen som tillsammans utgör entreprenaden, hur ska diskrimineringsförbudet i form av inlåningsansvar tillämpas? Principerna för detta är enligt förarbetena identiska med de som gäller för inhyrda arbetstagare, och inlånarens ansvar är därför begränsat till att

¹⁴⁰³ Det förekommer kollektivavtalsregler om förutsättningar för in- och utlåning av arbetskraft. Jfr t.ex. AD 2005 nr 50 och Byggavtalet 2010. Riksavtal 2010 mellan Sveriges Byggindustrier (BI) och Svenska byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) 2010-11-01-2012-02-29/2013-02-28, Bilaga A 3 Särskilda regler vid in- och utlåning av arbetstagare mellan företag. Definitionen av inlåning gäller oaktat förfarandet skulle utgöra brott mot en sådan kollektivavtalsregel.

¹⁴⁰⁴ En skillnad mellan inlåning och inhyrning är att ifråga om det sistnämnda är syftet med anställningen att arbetet ska presteras hos andra huvudmän än den kontraktuella arbetsgivaren. Direktiv 2008/104/EG, art. 1.1.

gälla endast i den utsträckning som [inlånaren] disponerar över de faktiska och rättsliga förhållandena.¹⁴⁰⁵

Reglerna är tillämpliga redan innan ett arbete har påbörjats, och redan i det läget att en person står till förfogande att stå till förfogande för att prestera arbete, dvs. i den situationen att inlånaren väljer ut vem som denne vill se utlånad till sig. Det kan vara fråga om diskriminering när en entreprenör/inlånare väljer bort en viss person som inlånad.¹⁴⁰⁶

Dessa utgångspunkter harmonierar med äldre arbetsrättsliga analyser i vilka det inte ens ansågs som uteslutet att inlånaren tolkningsvis skulle kunna göras ansvarig såsom arbetsgivare.¹⁴⁰⁷

3.4.2.5 Instruktioner att diskriminera är diskriminering

Vilken roll spelar det självständiga förbudet mot att lämna instruktioner att diskriminera åt någon som står i lydnads-, beroende- eller uppdragsförhållande åt en i entreprenadarbetsorganisationer där flera huvudmän samverkar inom ramen för en avtalsrelation?¹⁴⁰⁸ Denna regel bygger på två led: förhållandet inom vilket instruktionen lämnas, och effekten av instruktionen. Är förbudet tillämpligt på önskemål om diskriminering som kommuniceras från huvudentreprenören till underentreprenören? Saken är inte direkt kommenterad i förarbetena, men några uttalanden låter sig överföras till entreprenadkontexten. Förarbetenas diskussion om grunderna lydnads- eller uppdragsförhållande utgår inte från att det skulle föreligga någon skarp gräns mellan de två. Som exempel på uppdragsförhållande nämns dels att en arbetsgivare instruerar arbetsförmedlingen vid sökande av arbetskraft, dels att en byggherre anlitar mäklare för försäljning av fastigheterna.¹⁴⁰⁹ Uppdragsförhållandet uppfattas som synonymt med entreprenadsituationen, och situationen att "en företagsledare [...] anmodar en entreprenör att missgynna personer", ska omfattas.¹⁴¹⁰ Regeln är vidare tillämplig då en instruktion lämnats till någon som "åtagit sig att fullgöra ett uppdrag såsom att utföra en tjänst eller lämna viss service", inom ramen för en etablerad relation.¹⁴¹¹ Dessa uttalanden bör

¹⁴⁰⁵ Prop. 2007/08:95, s. 137, likartat på s. 498.

¹⁴⁰⁶ Prop. 2007/08:95, s. 137 och s. 498.

¹⁴⁰⁷ "Såvitt angår *utlåning* av arbetskraft synes i praxis det utlånande företaget presumeras vara arbetsgivare, en lösning som torde vara bäst ägnad att tvinga parterna och då särskilt den utlånande arbetsgivaren att klargöra läget och även torde bäst tillgodose arbetstagarens intresse av en sammanhängande anställning, när en sådan är av betydelse." Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 214. Kursiverat i original.

¹⁴⁰⁸ 1 kap. 4 §, 5 p. diskrimineringslagen (2008:567). Se kapitel 3.2.2.5.

¹⁴⁰⁹ Prop. 2007/08:95, s. 494 f., SOU 2006:22, del 1, s. 388.

¹⁴¹⁰ SOU 2002:43, s. 178.

¹⁴¹¹ Prop. 2002/03:65, s. 101.

kunna tas till intäkt för att regeln är tillämplig på överordnade företags instruktioner till underordnade i arbetsorganisationer som är entreprenad.

Eftersom det för regelns tillämplighet förutsätts att en missgynnande effekt för någon person uppstår, så har regeln i praktiken självständig betydelse endast i en situation, dvs. då missgynnandeeffekten uppstår, trots att instruktionen inte efterföljts, eftersom den blivit känd och lett till kränkande skvaller.¹⁴¹² Pondera att huvudentreprenören i arbetsorganisationen instruerar ett entreprenadföretag att missgynna huvudentreprenörens anställda, och underentreprenören följer instruktionen. I den situationen har huvudentreprenören gjort sig skyldig till instruktioner att diskriminera, men, eftersom underentreprenörens möjlighet att agera mot huvudentreprenörens anställda förutsätter en delegation att företräda denne, så ska detta subjekt likställas med arbetsgivaren, och huvudmannen kommer att ansvara som för eget diskriminerande handlande, enligt huvudregeln.

Regeln är tillämplig på ett likartat sätt om en huvudentreprenör instruerar en underentreprenör att – med stöd av en diskriminerande bevekelse-/urvalsgrund – inte låna ut vissa arbetstagare till honom eller henne. I denna situation kompletteras förbudet mot instruktioner att diskriminera av huvudregeln om att redan den arbetstagare som står till förfogande att bli utlånad, kan åberopa diskrimineringskyddet direkt mot inlånaren.¹⁴¹³

Till saken hör dessutom att den som anklagas för diskriminering aldrig kan freda sig mot anklagelsen med påståendet att denna endast följde någon annans (t.ex. kunder eller kollegor) begäran om att denna skulle fatta ett diskriminerande beslut.¹⁴¹⁴

3.4.2.6 Ogiltighet

Regeln om möjlighet att jämka eller ogiltigförklara diskriminerande ordningsregler på ”arbetsplatsen”,¹⁴¹⁵ blir tillämplig över företagsgränserna i den meningen att en person kan angripa en ordningsregel, utan att stå i ett anställningsavtalsförhållande med det subjekt som utfärdat den.

Regeln om att diskriminerande uppsägningar av avtal, och andra rättshandlingar, ska ogiltigförklaras på talan av den som drabbats,¹⁴¹⁶ framstår som brett tillämplig. Förarbetena är inte meddelsamma om regelns räckvidd. Regelns lydelse förefaller inte hindra att den åberopas av andra än den som är part i det avtal som uppsäg-

¹⁴¹² Prop. 2007/08:95, s. 495. Se kapitel 3.2.2.5.

¹⁴¹³ Se kapitel 3.4.2.4. 2 kap. 1 §, 1 st, 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴¹⁴ SOU 1978:38, s. 101, se också t.ex. C-54/07.

¹⁴¹⁵ 5 kap. 3 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567). Prop. 2007/08:95, s. 417 f, s. 557 f, prop. 2004/05:147, s. 112 f.

¹⁴¹⁶ 5 kap. 3 § 2 st. diskrimineringslagen (2008:567).

ningen/rättshandlingen avser. Om denna tolkning skulle vara riktig har regeln svåröverskådliga följder. Pondera att en inlånare av diskriminerande skäl säger upp avtalet om inlån och att detta får negativa följder för de aktuella arbetstagarna. Är det meningen att dessa ska kunna begära att uppsägningen av inlåningsavtalet ogiltigförklaras som diskriminerande? Rättsläget får sägas vara oklart.

3.4.2.7 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier

Arbetsgivarbegreppet är en aspekt av regeln som gör arbetsgivaren skyldig att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier, om denna får kännedom om att en arbetstagare anser sig drabbad av detta.¹⁴¹⁷ I inte mindre än fem avseenden är arbetsgivarbegreppet relevant ifråga om skyldigheterna att motverka trakasserier.

Den första aspekten handlar om kunskapstillgödoräkande; vems kunskap ska utlösa skyldigheterna? I entreprenader är arbetstagarna verksamma hos flera subjekt, men de har endast en kontraktuell arbetsgivare. Ifråga om kunskapstillräkande antyder diskrimineringslagens förarbeten inget annat än att det endast är kunskap hos en företrädare för motparten i anställningsavtalet som ska räknas.¹⁴¹⁸ Det betyder att allmänna civilrättsliga principer blir relevanta. Om en och samma befattningshavare skulle vara anställd hos flera bolag, tillräknas kunskapen samtliga dessa bolag, under förutsättning att personen i övrigt uppfyller kraven på att utgöra en arbetsgivarrepresentant.¹⁴¹⁹ Dessutom gäller att en mellanmans kunskap ska tillräknas huvudmannen.¹⁴²⁰ Av det skälet kan ett bolag i entreprenaden tillräknas kunskapen hos ett annat bolags företrädare, om det förstnämnda bolaget i ett fullmaktsförhållande gett det andra bolaget uppdraget att det, t.ex. ifråga om ledning och fördelning av arbetet. I det läget tillräknas mellanmannens kunskap huvudmannen, över bolagsgränserna. Det krävs att den aktuella fysiska personen är en arbetsgivarrepresentant. I den meningen blir med "arbetsgivare" att förstå de båda samverkande bolagen. Här uppstår ett glapp: utredningsskyldigheten kommer att uppstå hos ett bolag som endast i rättslig mening har kunskap, men som saknar faktisk kunskap om det inträffade.¹⁴²¹ En huvudentreprenör kan tänkas representera flera mindre underentreprenörer ifråga om arbetsledning. Kunskapen hos huvudentreprenören tillräknas då i rättslig mening de underordnade bolagen. Om det inte är befogat att säga att ett bolag representerar ett annat som arbetsgivare, kan det dock inte bli tal om tillräkande.

¹⁴¹⁷ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567) och EU-rätten jämfört med 1 kap. 4 §, 4-5 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴¹⁸ Dvs. saken kommenteras inte i förarbetena, t.ex. inte i prop. 2007/08:95.

¹⁴¹⁹ Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 296.

¹⁴²⁰ Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 162 med hänvisningar.

¹⁴²¹ Jfr diskussionerna om begreppsbyggnaden vid kunskapstillgödoräkande i Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998.

Den andra aspekten relaterar till den drabbade personen. Kan endast arbetstagare som står i anställningsavtalsförhållande med huvudmannen anses sig som trakasserade i rättslig mening? Diskrimineringslagens förarbeten framhåller den kontraktuella utgångspunkten; endast anställningsavtalets partsställning avses.¹⁴²² Men, regeln om utrednings- och åtgärdsskyldighet är tillämplig i relation till inlånade arbetstagare. Om arbetstagarna som är verksamma i arbetsorganisationen ska anses som inlånade av någon av de andra huvudmännen i entreprenaden gäller skyldigheten direkt i relationen mellan huvudmannen som ansvarar för arbetsorganisationen och de inlånade. En inlånad arbetstagare kan således vara utsatt för trakasserier i regelns mening.¹⁴²³

Den tredje aspekten avser frågan om vilka förövare som kan göra sig skyldiga till trakasserier som utlöser arbetsgivarens skyldigheter enligt just regeln om skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier. Regelns tillämplighet bygger inte på att förövaren måste vara part i ett anställningsavtal med huvudmannen ifråga, istället räcker det om förövaren utför arbete hos huvudmannen. Det betyder att ansvaret expanderas bortom anställningsrelationen.

Den fjärde aspekten är närmast rumslig. Arbetsgivarens utrednings- och åtgärdsskyldighet omfattar inte alla trakasserier som arbetstagaren anser sig drabbad av, utan endast sådana som har "samband med arbetet".¹⁴²⁴ Vilken koppling måste finnas mellan det inträffade och arbetsorganisationen för att det ska vara trakasserier i denna mening? Arbetsgivarens ansvar omfattar inte endast arbetsplatsen utan också sådant som "har ett naturligt samband med arbetet".¹⁴²⁵ När kontraktuella arbetsgivare samverkar i arbetsorganisationer som är en entreprenad omfattas sannolikt alla verksamheter i projektet. Praxis saknas.

Den femte aspekten handlar om utsträckningen av arbetsgivarens skyldigheter. Det lagstiftningen kräver av arbetsgivaren för den händelse trakasserier ägt rum är inte alla tänkbara åtgärder, utan endast "skäliga" åtgärder. I relation till vad ska detta avgöras? Åtgärdskravet ska avgöras i relation till den kontraktuella arbetsgivarens möjligheter att i enlighet med anställningsskyddslagens regler agera mot den trakasserande; den lagens arbetsgivarbegrepp utgör därför den yttre ramen för skälighetsbedömningen enligt diskrimineringsrätten.¹⁴²⁶ Åtgärderna som arbetsgivaren är skyldig att vidta är enligt förarbetena avhängiga arbetsplatsens storlek.¹⁴²⁷ Möjligen kan detta tas till intäkt för att åtgärderna ska bedömas med en rumslig mått-

¹⁴²² Dvs. detta är den allmänna outtalade utgångspunkten i förarbetena, bl.a. i prop. 2007/08:95. Se vidare kapitel 3.1.2.

¹⁴²³ 2 kap. 3 §, 2 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴²⁴ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴²⁵ Prop. 2007/08:95, s. 295, s. 504.

¹⁴²⁶ Prop. 2007/08:95, s. 298.

¹⁴²⁷ Prop. 2007/08:95, s. 298.

stock, och inte endast med stöd av anställningsavtalets partsställning. I arbetsorganisationer som är entreprenader skulle det innebära att åtgärdskravet varierade med storleken på projektet som den kontraktuella arbetsgivaren deltar i.

3.4.2.8 EU-rättens jämförelseperson i företagssamarbeten och vid out-sourcing

3.4.2.8.1 EU-domstolens dom i Allonby-målet

Får alla arbetstagare i en arbetsorganisation som består av flera enskilda samverkande företag jämföras med varandra i syfte att bedöma om diskriminering ifråga om löner och arbetsvillkor är för handen? Om en sådan jämförelse kunde ske, så skulle tillämpningsområdet för diskrimineringsrätten öka, och dess möjligheter att motverka löneskillnader bli större, i jämförelse med om endast arbetstagare med samma kontraktuella arbetsgivare fick jämföras. Frågan om vilka arbetstagare som ska jämföras med varandra har avgörande betydelse för diskrimineringsrättens tillämpning i komplexa arbetsorganisationer, och har avgjorts av EU-domstolen i Allonbymålet som förtydligar diskrimineringsrätten med avseende på tillämpningen av begreppet gemensam källa – från Lawrence- domen – i relation till arbetsgivarbegreppet.¹⁴²⁸ Domen i Allonbymålet var en följd av privatiseringspolitiken i Storbritannien: utfallet illustrerar hur outsourcing och fragmentering av arbetsorganisationer pga. av arbetsgivarbegreppets utformning har könade implikationer, i det att kvinnors ställning på arbetsmarknaden påverkas negativt i högre grad än männens.¹⁴²⁹

Bakgrunden till Allonby-målet var att en arbetsgivare hade sagt upp sina deltidsanställda arbetstagare för att istället köpa in detta arbete i form av en tjänst från ett företag, hos vilket de tidigare anställda hade börjat arbeta. Omläggningen av anställningsförhållandena innebar att arbetsgivaren kunde sänka kostnaderna, och de anställda fick se sin lön minskad. De anställda – framförallt kvinnor – som bytt arbetsgivare hade sämre anställningsvillkor än de – framförallt män – som fortfarande var anställda hos den före detta arbetsgivaren. I övrigt utförde de samma arbetsuppgifter som de hade innan omläggningen av anställningarna. Oavsett vem som var arbetsgivare så arbetade arbetstagarna sida vid sida och med samma saker. Det var ostridigt i målet att om det var tillåtet att jämföra de båda arbetsgivarnas villkor, så var diskriminering för handen.¹⁴³⁰ I Allonbymålet tillfrågades EU-domstolen således om fördragets likalöneprincip skulle

¹⁴²⁸ C-256/01 och C-320/00.

¹⁴²⁹ Mair, *Direct Discrimination: Limited by Definition?*, 2009, s. 3-17, Busby, *Equal Pay and Contracting Out: Lawrence v Regent Office Care Ltd*, 2003, s. 233-241.

¹⁴³⁰ Förslag till avgörande C-256/01.

tolkas så att en kvinna, vars anställningsavtal med ett företag inte har förnyats och som omgående via ett annat företag ställs till sin tidigare arbetsgivares förfogande för att utföra samma arbetsuppgifter, gentemot detta företag kan åberopa rätten till likalön genom att hänvisa till en jämförelse med den lön som en manlig anställd hos kvinnans tidigare arbetsgivare erhåller för lika eller likvärdigt arbete.¹⁴³¹

EU-domstolen svarade dels att inget i lydelsen av likalöneprincipen antydde att denna var ”begränsad till situationer där kvinnor och män utför arbete för samma arbetsgivare”¹⁴³², dels att ett Lawrence-test ska göras i den föreliggande situationen:

När de faktiska skillnaderna i lönevillkor för arbetstagare som utför lika eller likvärdigt arbete inte kan tillskrivas en och samma källa finns det emellertid ingen som är ansvarig för den diskriminerande behandlingen och som kan åtgärda denna. En sådan situation omfattas inte av artikel 141.1 EG. Därmed kan varken arbetstagarnas arbete eller deras löner jämföras med stöd av denna bestämmelse...¹⁴³³

När det handlar om att definiera vad som är gemensam källa – och vad som avgör om jämförelse får ske – lyfte domstolen fram dels att olika subjekt ansvarade för de inblandade arbetstagarnas löner, dels att den kvinnliga arbetstagarens lön påverkades av vad hennes nuvarande arbetsgivare erhöll i betalning från bolaget som utgjorde den tidigare arbetsgivaren. Denna påverkan rubbade dock inte det faktum att lönerna kom från olika håll, och medförde inte att de två arbetsgivarna skulle uppfattas som en och samma källa. De olika arbetstagarna fick därför inte jämföras, och diskriminering kunde redan av detta enda skäl inte konstateras.¹⁴³⁴ Den följande konklusionen – som tydligt illustrerar vissa rättsliga effekter av arbetsorganisationernas fragmentering, och betydelsen av arbetsgivarbegreppets utformning – är således att

en kvinna, vars anställningsavtal med ett företag inte har förnyats och som omgående via ett annat företag ställs till sin tidigare arbetsgivares förfogande för att utföra samma arbetsuppgifter, gentemot detta andra företag inte kan åberopa rätten till lika lön genom att hänvisa till en jämförelse med den lön som en manlig anställd hos kvinnans tidigare arbetsgivare erhåller för lika eller likvärdigt arbete.¹⁴³⁵

I generaladvokatens domsförslag återfinns den närmare förklaringen till varför lönerna inte fick jämföras: det var inte var för att de anställda hade olika arbetsgi-

¹⁴³¹ C-256/01, p. 42.

¹⁴³² C-256/01, p. 45. Med hänvisning till C-43/75 och C-320/00.

¹⁴³³ C-256/01, p. 46 och C-320/00, p. 18.

¹⁴³⁴ C-256/01, p. 48.

¹⁴³⁵ C-256/01, p. 50.

vare, utan för att lönerna härstammade från olika källor – och att om ett subjekt inte var en del i källan, hade den inte ansvar för (det eventuellt diskriminerande) utfallet, och rätten att försvara sig mot anklagelser om diskriminering hindrade att subjektet kunde hållas ansvarigt.¹⁴³⁶

3.4.2.8.2 En kritiserad dom

Allonbydomen har blivit omdiskuterad i doktrinen; några har blivit uppgivna, men inte förvånade,¹⁴³⁷ och andra har gjort bedömningen att domstolens synsätt var konservativt, men att domen är korrekt.¹⁴³⁸ Barrett menar att domen är korrekt mot bakgrund av gällande rätt, dvs. tillämpningen av Lawrence-testet, men argumenterar samtidigt att domen illustrerar hur nya former för arbetsorganisationerna (outsourcing, t.ex.) riskerar att marginalisera EU:s diskrimineringsrätt och att lagändringar krävs.¹⁴³⁹ Ellis och Watson är kritiska mot domstolens användning av källbegreppet och skriver om Lawrence och Allonby att

It is respectfully submitted that this is a flawed approach which takes insufficient account of the essentially tortious nature of discrimination. Where it has been established that two jobs are of equal value, the question which has to be answered is whether their unequal remuneration is grounded on discrimination. If it is, the source of that discrimination – the reason why it has come about – is irrelevant. Because it is sometimes difficult to prove discrimination, the way the law is designed is to assume that discrimination exists where a *prima facie case* can be demonstrated; the employer is then given the opportunity to defend the claim by proving that the unequal pay has its roots in some different cause (for instance, the different qualifications of the persons concerned). This is the stage which had been reached in *Lawrence* and *Allonby*, but the Court, instead of hearing the arguments of the employers, simply gave them the benefit of the doubt. These decisions do not therefore survive analytical scrutiny.¹⁴⁴⁰

Ellis och Watson lyfter fram att det mot bakgrund av domstolens antaganden om arbetsgivarbegreppet, och detta begrepps relation till källbegreppet, blir logiskt för domstolen att resonera:

¹⁴³⁶ Förslag till avgörande C-256/01, C-256/01.

¹⁴³⁷ Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307, s. 302, Busby, Equal Pay and Contracting Out: *Lawrence v Regent Office Care Ltd*, 2003, s. 233-241, s. 240.

¹⁴³⁸ Barrett, 'Shall I Compare Thee To...?' On Article 141 EC and *Lawrence*, 2006, s. 93-101, s. 95, jfr Collins, Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, 2006, s. 317-336.

¹⁴³⁹ Barrett, 'Shall I Compare Thee To...?' On Article 141 EC and *Lawrence*, 2006, s. 93-101, s. 100.

¹⁴⁴⁰ Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2012, s. 227. Kursiverat i original. Referenser utelämnade här.

När de faktiska skillnaderna i lönevillkor för arbetstagare som utför lika eller likvärdigt arbete inte kan tillskrivas en och samma källa finns det emellertid ingen som är ansvarig för den diskriminerande behandlingen och som kan åtgärda denna.¹⁴⁴¹

I analysen av lönesättningen hade det konstaterats att arbetet var av lika värde, men att arbetstagarna var olika avlönade. I det här läget, menar Ellis och Watson, är det läge att lägga över bevisbördan på arbetsgivarna, som då har att motbevisa anklagelsen om diskriminering, men det gjorde nu inte domstolen. Detta motsvarar egentligen att ge arbetsgivarsidan en bevislättning, resonerar Ellis och Watson.¹⁴⁴² I detta led beaktar domstolen inte det faktum att anledningen till varför diskriminering uppstår inte är relevant för prövningen. Det krävs ju inte någon avsikt hos förövaren att diskriminera.¹⁴⁴³ Domstolens rättstillämpning innebär att det som drabbat arbetstagarna, kommit att bli ingens ansvar, och tvingar istället de aktörer som har minst skuld till den uppkomna situationen – arbetstagarna – att betala priset för det inträffade.¹⁴⁴⁴ Domen har kritiserats med avseende på domstolens premisser och utgångspunkter ifråga om arbetsgivarbegreppet. Kritiken avser inte bara hur domstolen ser på sambandet mellan begreppen arbetsgivare och källa, utan också på sambandet mellan dessa begrepp och ansvar för löneskillnader, i ljuset av övergripande diskrimineringsrättsliga utgångspunkter.

Vad betyder egentligen domarna i målen Lawrence respektive Allonby för utrymmet att jämföra olika grupper av anställda i komplexa arbetsorganisationer? Är det befogat att sätta likhetstecken mellan källa och arbetsgivare, med den effekten att arbetstagare endast får jämföras med de som har samma motpart i anställningsavtalet?¹⁴⁴⁵ En del av kritiken som riktats mot domstolen har haft detta synsätt som utgångspunkt. Fredman har uppfattat domstolens tillämpning av källbegreppet i Allonby som ett uttryck för en oförmåga att hantera arbetsgivarbegreppet och att se att arbetsgivarfunktioner kan vara uppdelade på flera händer, med den effekten att man "refused to see beyond the formal boundaries of each enterprise". Domstolen blir enligt Fredman "wholly deferent to the employer's self-definition of the boundaries of its responsibility".¹⁴⁴⁶ Barrett har framhållit att en genomsyn av de formella relationerna hade kunnat utgöra ett alternativ till tillämpningen av källbegreppet.¹⁴⁴⁷

¹⁴⁴¹ C-256/01, p. 46.

¹⁴⁴² Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2012, s. 227.

¹⁴⁴³ Jfr Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307, s. 302.

¹⁴⁴⁴ Fredman, *Marginalising Equal Pay Laws*, 2004, s. 281-285, s. 283.

¹⁴⁴⁵ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 192.

¹⁴⁴⁶ Fredman, *Marginalising Equal Pay Laws*, 2004, s. 281-285, s. 282.

¹⁴⁴⁷ Barrett, 'Shall I Compare Thee To...?' On Article 141 EC and *Lawrence*, 2006, s. 93-101.

3.4.2.8.3 En väg framåt?

Är det befogat att uppfatta Allonby som att dörren för jämförelser över arbetsgivargränserna och bortom det kontraktuella arbetsgivarbegreppet är stängd för alltid? Är det inte snarare så att problemet med Allonbydomen är att den vid tillämpningen av källbegreppet lägger ribban för högt ifråga om kraven på integration mellan de båda huvudmännen, och att källbegreppet i sig inte bör uppfattas som ett uttryck för att olika subjekt aldrig kan utgöra en källa? Är Lawrence en stängd dörr att stanna vid, eller en tröskel att ta sig över? En tolkning¹⁴⁴⁸ ägnad att expandera räckvidden i diskrimineringsrätten i dess tillämpning i komplexa arbetsorganisationer vad gäller källbegreppet framhåller formuleringar i generaladvokatens domsförslag och relaterar dem till angränsande rättsutveckling inom EU.

En sådan tolkningsoperation tar avstamp i utgångspunkten att det är en förenkling att påstå att källbegreppet i alla lägen ska förstås som synonymt med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet, och också att den tolkningen underminerar det potentiella genomslaget för EU:s diskrimineringsrätt. Vidare är det oomstritt att fördragets ordalydelse inte utesluter jämförelser mellan olika arbetsgivares anställda, och dessutom står det klart att domstolen använt sig av en för ändamålet utvecklad begreppsbildning – källa – istället för att avgöra saken med hänvisning till grundläggande rättsliga utgångspunkter som rättssubjektsläran och avtals subjektiva begränsning. Det får antas att den särskilt utvecklade begreppsapparaten ska tjäna något syfte som inte redan allmänna läror står till tjänst med, annars skulle ju termen källa vara överflödig. Begreppet källa får uppfattas som att det ersätter arbetsgivarbegreppet, och därmed också det kontraktuella synsätt som är förknippat med detta. Vilka är skillnaderna mellan arbetsgivarbegreppet och begreppet gemensam källa i EU-domstolens tillämpning av diskrimineringsrätten i Allonby? Det står inledningsvis klart att domstolen inte hanterar de komplexa arbetsorganisationerna i vilka tjänster köps upp av olika företag och olika arbetsgivares anställda arbetar sida vid sida, genom att omtolka själva arbetsgivarbegreppet. Domstolen lämnar i sina resonemang arbetsgivarbegreppet som givet, underförstått och bortom diskussion, för att sist och slutligen också lämna det intakt. Istället diskuterar man möjligheterna att jämföra de anställda i komplexa arbetsorganisationer med stöd av begreppet gemensam källa. I Allonby-målet beskrivs detta av generaladvokaten, och, mindre utförligt av domstolen, i termer av olika subjekt som står under gemensam kontroll, och att denna gemenskap då ansvarar för diskriminerande anställningsvillkor. Det är relationerna mellan huvudmännen som är aktiva i arbetsorganisationen som avgör om de ska uppfattas som en gemensam källa. Den ledning som Allonby-målet ger ifråga om dessa är att det är otillräckligt om det

¹⁴⁴⁸ Jfr det Petterssonska projektet att försöka ”identifiera konstruktiva sätt att förbättra diskrimineringsrättens potential, både som en del av den konkreta, kritiska analysen – genom att kontrastera faktiska rättsliga beslut mot alternativa beslut, som också hade varit möjliga – och i mer abstrakt mening”. Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012, s. 33.

ena subjektet endast ”påverkar” anställningsvillkoren hos det andra. Möjligheten att utöva indirekt påverkan, t.ex. endast i upphandlingsunderlag eller i övergripande avtalskonstruktion är inte tillräckligt för att grundlägga en gemensam källa.

Problemet med Allonby-målet är därför inte användandet av källbegreppet som sådant, utan att domstolen placerar tröskeln för vad som är en gemensam källa för högt, med den effekten att diskrimineringsrätten i praktiken endast kan tillämpas inom ramen för de enskilda formella rättsliga relationerna, och inte bortom de enskilda arbetsgivarsubjekten. Källbegreppet i sig skulle t.o.m. kunna utgöra ett embryo till omtolkning av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet i arbets- och diskrimineringsrätten. I detta sammanhang skulle källbegreppet kunna ersätta det kontraktuella arbetsgivarbegreppet som gränsdragande faktor och därmed utgöra en mer arbetsorganisationsrelaterad grund för ansvar, samtidigt som de enskilda rättssubjekten lämnas begreppsligt intakta. Vidare blir doktrinerna kring genomsyn eller ansvarsgenombrott (jämför bolagsrätten) överflödiga i sammanhanget, och en transparent arbets- och diskrimineringsrättslig grund kan utvecklas för att identifiera de arbetsorganisationer som är av den karaktären att det är både faktiskt befo gat och rättsligt möjligt att tillämpa en princip om likabehandling på dem, dvs. det som Collins talar om i termer av rum där ”comparative fairness” bör råda.¹⁴⁴⁹ En styrka i källbegreppet är att det tar fasta på arbetsorganisationen och arbetsvillkoren som de ter sig ur arbetstagarens perspektiv, och därefter fördelas skyddsansvar på huvudmannasidan på ett sätt som är lämpligt för just denna situation. En gemensam källa definieras av att ”kontroll” – eller makt, får en anta – är fördelat i arbetsorganisationen på ett sådant sätt att det är lämpligt att betrakta den som en helhet. Det måste inte avgöras exakt vad som är grunden för denna; maktrelationerna kan utredas som en faktisk fråga utan avseende på de bakomliggande rättsförhållandena – ägandets makt eller (entreprenad-)avtalsreglering. I linje med detta gäller att de anställningsvillkor som ska provas är de faktiskt tillämpade, och inget annat.

Begreppsbildningen som fäster ansvar vid en gemensam källa är således potentiellt konstruktiv, men den bör korrigeras tolkningsvägen ifråga om vilken grad av samarbete mellan huvudmännen som ska krävas för att det ska vara fråga om en källa. Idag avgörs detta med stöd av Lawrencetestet: om flera subjekt står under gemensam kontroll i den meningen att de har möjlighet att åtgärda anställningsvillkor hos varandra, föreligger en gemensam källa, som kan tvingas ta (gemensamt) ansvar för den uppkomna situationen. En sänkning av tröskeln för vad som utgör en gemensam källa vore i linje med diskrimineringsrättens expansiva utveckling i kölvattnet av Lissabonfördraget till att vara ’comprehensive’, ’transformative’, och

¹⁴⁴⁹ Collins, Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, 2006, s. 317-336.

verkligen ha 'transformative equality' på agendan.¹⁴⁵⁰ Denna utveckling skulle vidare harmoniera med utvecklingen på angränsande områden; idag bejakar EUSRätten, i regleringen av bemanningsarbetet, fragmentering av arbetsorganisationen samtidigt som det i detta sammanhang i princip är tillåtet att jämföra anställningsvillkor över företagsgränserna (dvs. mellan in- och uthyrare).¹⁴⁵¹

Dessutom, om en koncernledning (med stöd av generaladvokaten i Lawrence), kan uppfattas som en gemensam källa, så skulle väl ett upphandlande bolag som definierar anställningsvillkoren i en fragmenterad arbetsorganisation också kunna uppfattas så för de anställda på olika håll i entreprenaden? Om möjligheterna till jämförelser i något fall skulle bli alltför omfattande och svåra att överblicka kan begreppen samma tjänst och samma verksamhet användas för att mota detta och göra jämförelsemöjligheterna mer adekvata, samtidigt som de inte fäster avgörande vikt vid den formella partsställningen på arbetsgivarsidan. Det för framtiden viktiga i domarna Lawrence och Allonby är att de stödjer användningen av begreppet källa som hantering av förhållandena på huvudmannasidan i anställningen. Domstolen kunde fullfölja vad den startat och börja sänka tröskeln för vad som kan utgöra en gemensam källa. Om istället källa får fortsätta att vara synonymt med det kontraktuella arbetsgivarbegreppet kan detta subjekt ensidigt förfoga över diskrimineringsrättens tillämpning i den meningen att man kan säga upp personal, betala skadeståndet för eventuella brott mot anställningsskyddsregler, och sedan upphandla samma arbete (samma anställda, om uttrycket tillåts), för en lägre kostnad – och betala kvinnor och män olika lön för lika arbete. (Regler om verksamhetsövergång och diskrimineringsskydd för deltidsarbetande och visstidsanställda mildrar i och för sig verkan för arbetskraften av den här typen av dispositioner på arbetsgivarsidan.) Domstolens begreppsbildning i Allonbymålet kan emellertid komma till användning i sammanhanget: man diskuterar källbegreppet i anslutning till hur olika företag har "fastställt" lönen, och hur storleken på denna "påverkas" av andra företags dispositioner, och avtalet huvudmännen emellan.¹⁴⁵² Ytterst handlar denna fråga om diskrimineringsrättens tvingande karaktär och utgångspunkten att vidarebefordrad diskriminering inte är tillåten.

¹⁴⁵⁰ Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, 2011, s. 289-307 med vidare referenser.

¹⁴⁵¹ Jfr direktiv 2008/104/EG, art. 5.

¹⁴⁵² C-256/01, p. 47, p. 48.

3.4.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?

Den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar präglar till övervägande del reglerna om aktiva åtgärder¹⁴⁵³ i tillämpning i komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader.¹⁴⁵⁴ Även om företagen i arbetsorganisationen i praktiken skulle vara sammanflätade, så avgör den kontraktuella utgångspunkten placeringen av arbetsgivaransvaret. Det föreligger ingen särreglering av aktiva åtgärder med avseende på entreprenader.

Arbetstagarna i arbetsorganisationen omfattas av sin kontraktuella arbetsgivares arbete med aktiva åtgärder, även om de inte arbetar på denna huvudmans egen arbetsplats. I och med att den kontraktuella arbetsgivaren inte alltid närvarar i den arbetsorganisation där arbetet utförs kan det vara praktiskt svårt att utveckla adekvata aktiva åtgärder.

Även om det inte framgår direkt av lagtexten har den huvudman som ansvarar för en arbetsorganisation som är en entreprenad ett ansvar att bedriva aktiva åtgärder i relation till andra än de arbetstagare som har denna som motpart i anställningsavtalet.¹⁴⁵⁵ Detta ansvar omfattar ett förebyggande och främjande arbete i anslutning till arbetsförhållanden¹⁴⁵⁶ avseende arbetstagare som står till förfogande för att utföra arbete som inlånad och inlånade arbetstagare.¹⁴⁵⁷ I den utsträckning som arbetstagarna i arbetsorganisationen uppfyller dessa kriterier – och det är sannolikt ofta fallet – så föreligger ett direkt ansvar för en huvudman att bedriva ett arbete med aktiva åtgärder till gagn för dessa arbetstagare, som alltså inte har denna huvudman som kontraktuell arbetsgivare.

För de övriga reglerna om aktiva åtgärder föreligger dock inte något avsteg från den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvaret. Detta har flera viktiga implikationer. Arbetstagare i arbetsorganisationen med olika kontraktuell arbetsgivare ska inte ingå i samma lönekartläggning.¹⁴⁵⁸ Mellan arbetstagare med sändande respektive mottagande kontraktuell arbetsgivare kan således rent begreppsligt inte föreligga osakliga löneskillnader. Den generella begräns-

¹⁴⁵³ 3 kap. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁵⁴ Ansvaret att motverka kränkande särbehandling (AFS 2015:4), följer ansvarssystemet i arbetsmiljörätten. Det subjekt som bär rådighetsansvaret för det gemensamma arbetsstället kan sålunda vara ansvarigt för att genomföra dessa regler, även i relation till de anställda i det sändande företaget. Det sändande företags kontraktuella arbetsgivaransvar för arbetskraftens arbetsmiljö kvarstår, när den är verksam hos det mottagande företaget. Se kapitel 4.2.2, kapitel 4.2.4 och kapitel 4.4.3-5.

¹⁴⁵⁵ Se kapitel 3.3.3.

¹⁴⁵⁶ 3 kap. 2 § och 4-5 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁵⁷ Prop. 2015/16:135, s. 43, SOU 2014:41, s. 250.

¹⁴⁵⁸ 3 kap. 8-10 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

ningsregeln (till vad som skäligen kan krävas) avseende de aktiva åtgärderna ska relateras endast till förmögenhetsmassan som är motpart i anställningsavtalen.¹⁴⁵⁹

Arbetsorganisationens främmande (inlånade) arbetstagare ska inte ingå i beräkningsunderlaget vid ställningstagande till om det råder obalans i arbetsstyrkan; dvs. om det föreligger ”jämn könsfördelning i skilda typer av arbeten, inom olika typer av arbeten, inom olika kategorier av arbetstagare och på ledande positioner”.¹⁴⁶⁰ En effekt av detta är att det i rättslig mening kan råda balans, om det bland arbetstagarna med huvudmannen som motpart i anställningsavtalen föreligger en jämn fördelning, trots att bilden skulle bli annorlunda om de främmande arbetstagarna som är verksamma i arbetsorganisationen beaktades. Att faktisk obalans i arbetsstyrkan på detta sätt kan utgöra rättslig balans förefaller stå i viss konflikt med lagstiftningens syfte att skapa faktisk jämställdhet på faktiska arbetsplatser.

De främmande arbetstagarna ska inte ingå i beräkningsunderlaget vid tillämpning av reglerna som avgör vilket dokumentationskrav som gäller för en viss huvudman.¹⁴⁶¹ Verksamheter som för ögat framstår som stora kan därför i denna rättsliga mening vara små. På dagens fragmenterade arbetsmarknad framstår antalet anställningsavtal inte som ett kriterium som i alla lägen ger ett gott mått på en verksamhets storlek eller dess möjlighet att uppfylla någon viss skyldighet. Ett mer adekvat kriterium än antal anställningsavtal (varje sådant avtal kan för övrigt avse en mycket liten mängd arbete) kunde i sammanhanget istället vara antalet personer som varaktigt är sysselsatta i arbetsorganisationen, eventuellt omräknat på antal heltidsarbetande.

3.5. Bemanningsarbete och diskrimineringsskyddet

3.5.1 Placering av ansvar för diskriminering av inhyrda tillika anställda

När det i en arbetsorganisation förekommer både bemanningsanställda (inhyrda arbetstagare), och arbetstagare, blir flera uppsättningar regler tillämpliga. Specifika regler gäller för bemanningsanställning, och det är just partsställningen som blir föremål för legaldefinition; arbetsgivare är uthyraren. Bemanningsanställningen brukar beskrivas som en triangulär anställningsrelation, och den tredje parten är inhyraren, som enligt legaldefinitionen alltså inte är arbetsgivare. Men det är hos

¹⁴⁵⁹ 3 kap. 2 § 3 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁶⁰ 3 kap. 7 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁶¹ 3 kap. 12-13 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

inhyraren som själva prestationen i anställningen – arbetet – utförs. Diskrimineringsrätten är tillämplig för bemanningsarbetskraften, både i deras egenskap av arbetstagare, och i deras egenskap av inhyrda. I en arbetsorganisation där det förekommer både arbetstagare och inhyrda, uppstår inte bara en triangulär anställningsrelation utan också en situation i vilken fyra subjekt står i inbördes korsvis relation med varandra: inhyraren och dess anställda, samt uthyraren och dess anställda. Samtliga dessa subjekt står i förbindelse med varandra och omfattas av olika aspekter av diskrimineringsrätten.

Dessutom; utöver den sedvanliga diskrimineringsrätten, omfattas bemanningsanställda av reglering som skyddar dem i deras egenskap av just uthyrda arbetstagare, relativt arbetstagare med sedvanliga anställningsförhållanden. Detta handlar således inte om att skydda någon person i dennas egenskap av könstillhörighet, könöverskridande identitet eller uttryck, etniska tillhörighet, funktionsnedsättning, sexuella läggning och ålder, utan om att genomföra en likabehandlingsprincip mellan olika typer av arbetstagare; de med sedvanliga arbetsgivare och de som är anställda av bemanningsföretag.¹⁴⁶²

Frågor och farhågor om de bemanningsanställdas diskrimineringskydd när de var på plats i det inhyrande företags verksamhet var frånvarande i de båda lagstiftningsärenden som inledningsvis avkriminaliserade uthyrning av arbetskraft och inlemmade denna verksamhet i det befintliga arbetsrättsliga systemet. Trots att samtliga förarbeten uttryckligen utgår från att personaluthyrning definieras av att arbetstagaren inte ska vara verksam hos den som är motpart i anställningsavtalet, utan istället bli en del av inhyrarens arbetsorganisation, drogs vid 1990-talets början inte någon särskild slutsats av detta för diskrimineringsrättens vidkommande.¹⁴⁶³ Lagstiftaren måste vid legaliseringen av bemanningsarbetet ha utgått från att det var tillfyllest om diskrimineringsrätten tillämpades endast mellan den inhyrde och dennes motpart i anställningen och att inget diskrimineringskydd behövdes i relationen mellan inhyraren och den inhyrde. Att lagstiftaren i och för sig inte var okunnig om att problem kunde uppstå då arbetstagaren arbetar för och hos någon annan än motparten i anställningsavtalet framgår av att utredningsbetänkandet i det första lagstiftningsärendet framhåller den motsvarande problematiken ifråga om arbetsmiljöansvar. Utredningen framhöll i det sammanhanget att det arbets(miljö)rättsliga skyddet var utformat enligt mönstret arbetsgivare-arbetstagare, och att konstruktionen bemanningsanställning utmanade detta partsmönster. Utredningen kunde emellertid hänvisa till den befintliga arbetsmiljölagstiftningen som redan vid den tiden sedan länge hade innehållit ett s.k. rådighetsansvar, och att detta var en lagstiftningsteknik som var både tillämplig på och

¹⁴⁶² Direktiv 2008/104/EG, som är genomfört i lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

¹⁴⁶³ Ds 1989:30, prop. 1990/91:124, bet. 1990/91:AU20, SOU 1992:116, prop. 1992/93:218, bet. 1992/93:AU16.

lämplig för bemanningsanställningen.¹⁴⁶⁴ Departementschefen kommenterade i ärendet inte arbetsmiljöproblemen,¹⁴⁶⁵ och inte heller kom rådighetsansvaret att användas i senare tidens expansion av diskrimineringsrätten till att omfatta även relationen mellan inhyrare och inhyrd arbetstagare.

1997 års utvärdering av personaluthyrningsverksamheten uppehöll sig vid de problem som kunde uppstå när en trepartskonstruktion, som bemanningsanställningen, skulle inlemmas i den bilateralt orienterade arbetsrätten, men framhöll emellertid inte diskrimineringsrätten som ett särskilt problem.¹⁴⁶⁶ Lagstiftaren avvisade utredningens reformförslag med hänvisning till den ökande utbredningen av frivillig auktorisation och den ökande täckningen av kollektivavtal i branschen.¹⁴⁶⁷ Nästa utvärdering av bemanningsbranschen – som skedde på grundval av en rapport från en partssammansatt grupp – kunde 2004 konstatera att frågor om de bemanningsanställdas skydd mot diskriminering i inhyrarens arbetsorganisation var både betydelsefulla och eftersatta, men noterade samtidigt att mindre stegvisa förändringar av lagstiftningen redan skett.¹⁴⁶⁸ Sedan början av 00-talet gäller att den som är inhyrd i en arbetsorganisation kan åberopa repressalieförbudet, och dessutom omfattades dessa personer av skyldigheterna att utreda och åtgärda trakasserier.¹⁴⁶⁹

Något år senare förtydligades och expanderades reglerna om möjligheterna att ogiltigförklara ensidiga rättshandlingar samt om instruktion att diskriminera som en form av diskriminering.¹⁴⁷⁰ Dessa regler har i och för sig bäring på inhyrdas möjligheter att ingripa mot diskriminering i inhyrarens arbetsorganisation, men det betydelsefulla är att etablera en diskrimineringsrättslig relation mellan inhyrare och inhyrda, bortom anställningsavtalsrelationen.

¹⁴⁶⁴ Ds 1989:30, s. 114 f.

¹⁴⁶⁵ Prop. 1990/91:124.

¹⁴⁶⁶ SOU 1997:58, s. 54, *passim*.

¹⁴⁶⁷ Prop. 1997/98:150, s. 105.

¹⁴⁶⁸ Regeringskansliet, Näringsdepartementet, Promemoria 2004-09-14, N2001/8934/ARM, Arbetsgruppen om anställning i bemanningsföretag – problemsammanställning och parternas synpunkter, Skr. 2005/06:91 Anställningsvillkor i bemanningsföretag, bet. 2005/06:AU7.

¹⁴⁶⁹ Detta gällde i arbetslivet, men inte avseende diskrimineringsgrunden kön. Prop. 2002/03:65. Regleringen gjordes tillämplig på kön snart därefter. Se prop. 2004/05:147.

¹⁴⁷⁰ Prop. 2004/05:147.

3.5.2 Vem har ansvar för diskriminering i arbetsorganisationen?

3.5.2.1 En arbetsorganisation, två huvudmän och arbetstagare/inhyrda

Den grundläggande utmaningen för reglering av diskrimineringsskydd i bemanningsarbete följer av att arbetstagarens motpart i anställningsavtalet inte är lika med den hos vilken arbete faktiskt utförs; en bemanningsanställd

har ett anställningskontrakt eller anställningsförhållande med ett bemanningsföretag och [...] hyrs ut till kundföretag för att temporärt arbeta under deras kontroll och ledning.¹⁴⁷¹

I centrum för diskrimineringsförbudet i arbetslivet står regeln om att en arbetsgivare inte får diskriminera den som hos denne är arbetstagare, eller den som står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd.¹⁴⁷² Vidare föreskrivs att den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör en arbetstagare eller en inhyrd, ska likställas med arbetsgivaren.¹⁴⁷³ Dessa relationer har begreppsliggjorts av Berg såsom å ena sidan uthyres arbetsgivarroll, å andra sidan inhyrarens beställarroll och arbetsgivarroll, samt dennas arbetsgivarliknande befogenheter och ansvar.¹⁴⁷⁴

Det följer av själva konstruktionen med bemanningsanställning att inhyraren är den kontraktuella arbetsgivarens representant och att arbetsledningsrätten delegeras från uthyren till inhyren.¹⁴⁷⁵ Bruun talar om att

arbetsgivaren de facto överlåter en rad arbetsgivarbefogenheter (och också ansvar) till användarföretaget.¹⁴⁷⁶

EU:s bemanningsdirektiv stadfäster den kontraktuella arbetsgivarens roll som arbetsgivare, men definierar samtidigt kundföretaget som parten som har ”kontroll och ledning” över arbetstagaren.¹⁴⁷⁷ ILO-konventionen om bemanningsföretag definierar kundföretaget som det subjekt som i relation till de inhyrda ”assigns their tasks and supervises the execution of these tasks”.¹⁴⁷⁸ I avtal om bemanning mellan inhyraren och bemanningsföretaget kan det t.ex. heta att inhyrarens ansvar

¹⁴⁷¹ Direktiv 2008/104/EG, art. 1.1.

¹⁴⁷² 2 kap. 1 §, 2 st. 1 p och 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁷³ 2 kap. 1 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁷⁴ Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*, 2008, s. 120, s. 183, s. 187.

¹⁴⁷⁵ Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*, 2008, s. 15.

¹⁴⁷⁶ Bruun, *Uthyrning av arbetskraft – Behövs arbetsrättslig särreglering?*, 2001, s. 24-39, s. 31.

¹⁴⁷⁷ Direktiv 2008/104/EG, art. 1-3.

¹⁴⁷⁸ ILO Private Employment Agencies Convention, 1997 (No. 181), art. 1.1.b.

är "arbetsledning", "kontroll och uppföljning av den uthyrdes arbete samt att lämna erforderliga instruktioner, information".¹⁴⁷⁹

Lagstiftaren har således klarlagt bemanningsarbetets partsställning och den förhärskande analysen är att under det faktiska arbetet på plats i arbetsorganisationen representerar inhyraren uthyraren vad gäller arbetsledningsrätten.

Så sent som vid tiden kring legaliseringen av bemanningsarbetet uppfattades det inte som självklart hur denna anställningsform skulle förklaras rättsligt. I en av de tidigaste analyserna av bemanningsarbetet framhöll Eklund att det ju var uthyraren som fått inhyrarens uppdrag att bemanna arbetsorganisationen, och sedan är det en annan sak att detta verkställdes genom att inhyraren därmed skulle få representera uthyraren i relation till de bemanningsanställda.¹⁴⁸⁰ Olika modeller för att hålla inhyraren "ansvarig för överträdelser av lag" diskuterades. En sådan modell inom ramen för den kontraktuella utgångspunkten var att låta bemanningsarbetstagaren vända sig till sin motpart uthyraren och begära skadestånd med åberopande av inhyrarens agerande, och sedan fick uthyraren föra en regresstalan mot inhyraren. Ett annat alternativ för att hålla inhyraren ansvarig enligt de arbetsrättsliga reglerna var att låta den bemanningsanställda åberopa avtalet om bemanning som in- och uthyrare ingått. Saken avfärdades eftersom den bemanningsanställda ju inte var part och att det vore en alltför "klen bas" att konsolidera arbetsledningsansvaret på. Avslutningsvis lanserade Eklund modellen att i rättstillämpningen hålla inhyraren ansvarig för lagöverträdelser, dvs. att tolkningsvägen anse inhyraren som arbetsgivare. Det krävdes att bemanningsarbetet definierades som en avtalsform "sui generis (av sitt eget slag)" och att det slogs fast att denna ansvarsfördelning följde av själva "avtalskonstruktionen". Det hela skulle resultera i vad Eklund benämnde "ett delat arbetsgivarskap" i vilket inhyraren ansvarar direkt i relation till bemanningsarbetstagarna för vad han eller hon företar sig inom ramen för arbetsledningsrätten.¹⁴⁸¹ Eklund menade att bemanningsarbetets särprägel influtit i de enskilda (bemannings)anställningsavtalen:

... an implied and necessary condition for any contract of (temporary) employment of this kind is that the temporary employee is placed at the disposal of another principal employer.¹⁴⁸²

¹⁴⁷⁹ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, klausul 5.1.

¹⁴⁸⁰ Eklund, *In- och uthyrning av arbetskraft i de nordiska länderna*, 1993, s. 138f. Jfr AD 1990 nr 87.

¹⁴⁸¹ Eklund, *In- och uthyrning av arbetskraft i de nordiska länderna*, 1993, s. 138f. Jfr AD 1990 nr 87.

¹⁴⁸² Eklund, *Public Employment Exchange and the Use of Temporary Employment Agencies in the Nordic Countries*, 1996, s. 183-205, s. 200.

Numera föreligger alltså vissa uttalanden i frågan från lagstiftaren. I en arbetsorganisation där det förekommer bemanningsanställda har denna grupp arbetstagare rättsliga relationer med två huvudmän; sin arbetsgivare och sin inhyrare – som dessutom representerar den kontraktuella arbetsgivaren. I arbetsorganisationer där bemanningsanställda arbetar i inhyrarens verksamhet, tillsammans med arbetstagare som har inhyrarens som kontraktuell arbetsgivare, uppstår i princip fyra rättsliga ansvarsrelationer: för det första och andra de två huvudmännens respektive kontraktuella arbetsgivaransvar: inhyrarens ansvar som kontraktuell arbetsgivare för sina egna anställda, samt uthyrarens ansvar som kontraktuell arbetsgivare för de uthyrda. För det tredje det särskilt reglerade inhyraransvaret som ligger på kundföretaget i relation till de inhyrda. För det fjärde gäller att inhyrarföretaget representerar de inhyrda arbetstagarnas kontraktuella arbetsgivare i relation till dessa arbetstagare.

Mot vem och på vilka grunder kan olika arbetstagargrupper göra gällande sitt skydd mot diskriminering? Hur förhåller sig bemanningsföretagets kontraktuella arbetsgivaransvar till det särskilt föreskrivna inhyraransvaret? Hur representerar de båda huvudmännen varandra i relation till arbetstagarna?

3.5.2.2 Bemanningsföretagets arbetsgivaransvar – och inhyrarens

Idag sker fördelningen av ansvaret för icke-diskriminering mellan de båda huvudmännen med utgångspunkt i principer som uttrycks i förarbetsuttalanden till diskrimineringslagstiftningen. Det första steget som togs i syfte att expandera diskrimineringsrättens tillämplighet till att också gälla relationen mellan en inhyrd arbetstagare och ett inhyrande företag togs ifråga om det självständiga förbudet mot att underlåta att agera mot trakasserier.¹⁴⁸³ Förarbetena till den lagstiftning som expanderade tillämpligheten av utrednings- och åtgärdsskyldigheterna till att vara tillämpliga i relationen inhyrare-inhyrd tar avstamp i en rättvisepincip som utgår från arbetsplatsen, snarare än från anställningsavtalets partsställning.¹⁴⁸⁴ Regeringen instämde i förslaget att

Om inhyrd eller inlånad arbetskraft, såsom personal från bemanningsföretag [...] anser sig ha trakasserats, skall [...] den som svarar för arbetsplatsen – ”arbetsgivaren” – ingripa på samma sätt som om en arbetstagare trakasserats.¹⁴⁸⁵

¹⁴⁸³ 2003 genomfördes ändringen (i då gällande lagar) avseende diskrimineringsgrunderna etnisk tillhörighet, religion och annan trosuppfattning, funktionshinder och sexuell läggning. SOU 2002:43, s. 266 f, s. 481 och prop. 2002/03:65, s. 190 f, s. 221. 2004 genomfördes ändringen (i då gällande lag) avseende diskrimineringsgrunden kön. SOU 2004:55, s. 486, prop. 2004/05:147, s. 125 f, s. 136.

¹⁴⁸⁴ SOU 2006:22, del 2, s. 126 hänvisar till äldre rätt (prop. 2004/05:147, s. 126), som i sin tur hänvisar till ännu äldre rätt (SOU 2002:43, och prop. 2002/03:65).

¹⁴⁸⁵ Prop. 2002/03:65, s. 190 f, jfr SOU 2002:43, s. 266 f.

Förslaget motiverades med en tankegång om likabehandling avseende de personer som faktiskt är verksamma på en viss arbetsplats, oavsett vem den kontraktuella arbetsgivaren är. Förarbetena jämställer med ”arbetsgivare” ”den som svarar för arbetsplatsen”, men är svävande ifråga om exakt hur denna expansion av ansvaret ska infogas i det arbetsrättsliga ansvarssystemet.

Likabehandling mellan arbetstagare med olika kontraktuell arbetsgivare, när dessa arbetstagare är verksamma i inhyrarens arbetsorganisation kom sedermera att bli en viktig ledstjärna för EU:s allmänna reglering av bemanningsarbete 2008 (dvs. utanför diskrimineringsrätten).¹⁴⁸⁶

Regleringen om inhyrarens arbetsgivarliknande ansvar är slutpunkten på en rättsutveckling som tog fart efter det att en arbetsgrupp sammankallad av regeringen och sammansatt med representanter för arbetsmarknadens parter 2004 identifierade som ett problem att diskrimineringsrätten inte var anpassad för att gälla i relationen mellan inhyraren och den inhyrde.¹⁴⁸⁷ Sedermera kom lagstiftaren att ansluta sig¹⁴⁸⁸ till dessa synpunkter, och därefter presenterades ett utredningsbetänkande med förslag om en sammanhållen diskrimineringslag, som stipulerade att vid tillämpning av diskrimineringsförbudet skulle ”den hos vilken [...] arbetet utförs anses som arbetsgivare” och också att tillämpligheten av förbudet skulle vara direkt kopplad till några av punkterna i en lagstadgad uppräkningslista av situationer i arbetslivet som omfattades av diskrimineringskyddet. Inhyrda arbetstagares diskrimineringskydd hos den huvudman där de faktiskt arbetade, men som de inte hade som kontraktuell arbetsgivare, föreslogs i utredningen vara begränsat till ”arbetsledning” och ”annat bemötande”.¹⁴⁸⁹ De andra aspekterna av anställningsrelationen skulle enligt utredningens mening vara bemanningsföretagets ansvar:

I övrigt finns det inte skäl att låta arbetsgivare svara för förhållandena eller villkoren för [...] inhyrd eller inlånad arbetskraft. Exempelvis lönen för någon som är anställd hos ett bemanningsföretag bestäms ju av bemanningsföretaget, inte av den hos vilken den inhyrde/inlånade personen under en tid utför arbete.¹⁴⁹⁰

Till sist och slutligen kom diskrimineringslagstiftningen inte att bygga på någon lagstadgad definition av i vilka aspekter av arbetslivet som lagen var tillämplig.

¹⁴⁸⁶ Direktiv 2008/104/EG.

¹⁴⁸⁷ Regeringskansliet, Näringsdepartementet, Promemoria 2004-09-14, N2001/8934/ARM, Arbetsgruppen om anställning i bemanningsföretag – problemsammanställning och parternas synpunkter.

¹⁴⁸⁸ Skr. 2005/06:91, bet. 2005/06:AU7.

¹⁴⁸⁹ SOU 2006:22, del 1, s. 410 f.

¹⁴⁹⁰ SOU 2006:22, del 1, s. 411.

Istället omfattar dagens diskrimineringslagstiftning alla delar av anställningsrelationen och diskrimineringsskyddet avser allt skeende på arbetsplatsen.¹⁴⁹¹

Att lagen gjorts generellt tillämplig i arbetslivet innebar emellertid att fördelningen av ansvar mellan bemanningsanställdas huvudmän i arbetsorganisationen måste göras på något annat sätt, än att det föreskrevs exakt i vilka tillfällen en bemanningsanställd kan luta sig på diskrimineringsförbudet i relation till inhyraren. I propositionen till 2008 års diskrimineringslag uttalade departementschefen sålunda att

Fullt ut kan dock inte en arbetsgivare ansvara för inhyrd eller inlånad arbetskrafts villkor. Exempelvis bestäms lönen för någon som är anställd hos ett bemanningsföretag av bemanningsföretaget och inte av den hos vilken den inhyrde eller inlånade personen under en tid utför arbete. Detsamma gäller utbildning och annan kompetensutveckling. *Diskrimineringsförbudet kan därför för dessa kategorier gälla endast i den utsträckning som kundföretaget disponerar över de faktiska och rättsliga förhållandena.* Normalt får det anses att den som leder och fördelar arbetet på en arbetsplats har ett bestämmande inflytande över frågor såsom anlitande och mottagande av arbetskraften, arbetsledningen och när det gäller skyddet mot trakasserier och sexuella trakasserier. I den typen av frågor bör alltså diskrimineringsförbudet gälla gentemot kundföretaget. I frågor såsom löne- och andra anställningsvillkor eller utbildning får den anställda rikta sin talan mot sin egentlige arbetsgivare, dvs. bemanningsföretaget eller den som annars är part i anställningsavtalet.¹⁴⁹²

Detta uttalande bör uppfattas som att det uttrycker principerna för fördelning av skyddsansvaret på de båda huvudmännen. Dilemmat är att den kontraktuella motparten i anställningsavtalet inte kan närvara, eller i alla händelser faktiskt inte närvarar, i arbetsorganisationen under tiden då arbetet utförs, medan den närvarande huvudmannen, tillika det subjekt som arbetet presteras för, inte är part i anställningsavtalet. Fördelningen av skyddsansvar i den här typen av arbetsorganisation sker enligt principen om att med en maktställning i arbetsorganisationen ska följa rättsligt ansvar för det som sker i den maktsfären. Diskriminering som äger rum inom ramen för det område av arbetsgivarbehörigheterna som en viss huvudman utövar, är också dennas ansvar. Arbetsgivarrollen, eller arbetsgivarfunktionerna, blir att uppfatta som en uppsättning behörigheter och befogenheter,¹⁴⁹³ som fördelas på två subjekt. Förarbetsuttalandet förefaller vidare bygga på en tanke om avtalsfrihet avseende fördelningen av arbetsgivarfunktionerna; för agerande inom de arbetsgivarfunktioner en part avtalsvägen åtagit sig gäller diskrimineringsrätten. Även om bemanningsarbetets partsställning är legaldefinierad råder det avtalsfri-

¹⁴⁹¹ Prop. 2007/08:95, s. 134: diskrimineringsförbudet ska ”gälla utan begränsning till vissa angivna situationer”.

¹⁴⁹² Prop. 2007/08:95, s. 136 f. Kursiverat här. Denna slutsats saknas i utredningsbetänkandet.

¹⁴⁹³ Adlercreutz, *Arbetsagarbegreppet*, 1964, s. 22.

het om placeringen av arbetsgivarrollen i relation till de bemanningsanställda, och diskrimineringsrätten åtföljer den fördelning som in- och uthyrarföretaget skapar.¹⁴⁹⁴

Det handlar om att definiera vilket subjekts företrädare som kan utlösa ansvaret, och vilket subjekt som ska bära sanktionerna vid överträdelse. Exakt vilken företrädare (fysisk person) som kan utlösa detta ansvar är en annan fråga, som motsvarar den bedömning som ska göras redan avseende bilaterala arbetsorganisationers representanter.

Sammanfattningsvis; om bemanningsföretaget diskriminerar sin anställda – t.ex. vid fördelningen av uppdrag eller lönesättning – ansvarar detta som kontraktuell arbetsgivare enligt huvudregeln.¹⁴⁹⁵ Om inhyraren diskriminerat den inhyrde ansvarar man för detta med stöd av regeln om inhyrarsansvar.¹⁴⁹⁶ Om huvudmännen avtalsvis fördelat arbetsgivarfunktionerna mellan sig, ansvarar varje huvudman för diskriminering som utspelar sig inom ramen för de arbetsgivarfunktioner man åtagit sig i relation till arbetskraften.¹⁴⁹⁷

3.5.2.3 Vem ska likställas med arbetsgivaren?

Diskrimineringsrättens expanderade arbetsgivarbegrepp är uttryckligen reglerat och ger vid handen att

[d]en som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör [arbetstagare eller en person står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd arbetskraft] ska likställas med arbetsgivaren.¹⁴⁹⁸

Eftersom bemanningsanställningen bygger på att den kontraktuella arbetsgivaren, bemanningsföretaget, delegerar delar av arbetsgivarprerogativet till inhyraren, blir bemanningsföretaget med stöd av denna regel, ansvarig för vad kundföretaget gör inom ramen för det sålunda delegerade området.¹⁴⁹⁹ Att inhyraren med stöd av särreglering ska likställas med den kontraktuella arbetsgivaren (bemanningsföretaget) är en annan sak än de båda huvudreglerna om diskrimineringsförbud, som

¹⁴⁹⁴ Jfr diskussionen om när en fast ansvarsfördelning är påkallad i Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 22.

¹⁴⁹⁵ 2 kap. 1 §, 1 st. 1 p. jfr 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁹⁶ 2 kap. 1 §, 1 st. 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁹⁷ 2 kap. 1 § 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁹⁸ 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁴⁹⁹ Malmberg, *Diskriminering och principalansvar*, 2010, s. 397-417, s. 413 f. Betalningsansvaret följer av 5 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

gäller i relationen mellan inhyraren och den inhyrde, respektive i relationen mellan uthyraren och sin anställda, den uthyrde.¹⁵⁰⁰

Det föreligger en form av överlappande reglering avseende inhyraren: denne ansvarar som bemanningsföretagets representant och som inhyrare direkt i relation till den inhyrde. Det är oklart om det fyller någon funktion att båda reglerna och ansvarsformerna gäller samtidigt. Malmberg menar kundföretaget och bemanningsföretaget bör svara solidariskt mot bemanningsarbetstagaren och att om uthyraren blivit ersättningsskyldig på grund av inhyrarens handlande, så kan regressrätt föreligga mot inhyraren.¹⁵⁰¹

3.5.2.4 Ansvarsfördelningen särskilt vid inledning av inhyrningsuppdrag

Fördelningen av arbetet är en central punkt för diskrimineringsrätten, och i bemanningskontexten handlar detta inte endast om traditionell rekrytering, utan också om att välja ut vilka arbetstagare som ska hyras ut till kundföretaget för att arbeta där. När bemanningsföretaget skaffar arbetskraft, sker det i form av anställningsavtal, och bemanningsföretaget ansvarar enligt huvudregeln om kontraktuella arbetsgivarens ansvar.¹⁵⁰² Men hur är diskrimineringskyddet utformat när det ska avgöras vilka bemanningsanställda som ska hyras ut? I den situationen kan ju både uthyraren och inhyraren vara aktiva. Kundföretaget och bemanningsföretaget kan ha avtalat om hur bemanningsuppdraget ska utformas; t.ex. så att ”Kunden ska [...] ange vilka krav som ställs på Uthyrd person såsom utbildning, yrkeskunskap eller annan erfarenhet samt andra faktorer som bör beaktas med hänsyn till arbetets utförande och dess säkerhet”, medan ”Leverantören ansvarar för att [...] välja ut personer som föreslås som Uthyrd person” och att, sist och slutligen, ”Leverantören ska utföra urvalsprocessen och tillhandahålla utvald Uthyrd person under den tid som avtalats mellan parterna.”¹⁵⁰³

I det här läget föreligger ingen direkt relation mellan inhyraren och personer i den grupp som kan komma ifråga för att bli inhyrda för att arbeta, men detta betyder inte att diskrimineringsrätten skulle vara irrelevant för situationen. Skyddet mot diskriminering, som gäller mellan inhyraren och den inhyrde, kan nämligen åberopas redan av en person som ”står till förfogande för att utföra arbete [...] som inhyrd”.¹⁵⁰⁴ Det är fråga om en form av tidsmässig förskjutning av inhyrarens startpunkt, så att ”skedet innan någon faktiskt påbörjar arbete som inhyrd eller inlånad omfattas av regleringen”. Syftet är att hindra att ”en arbetsgivare väljer

¹⁵⁰⁰ 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁰¹ Malmberg, Diskriminering och principalansvar, 2010, s. 397-417, s. 414.

¹⁵⁰² 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁰³ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 2.1, p. 2.2, p. 4.1.

¹⁵⁰⁴ 1 kap. 4 §, 1 st. 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

bort vissa anställda hos bemanningsföretag”, och detta förfarande omfattas alltså av diskrimineringsförbudet.¹⁵⁰⁵ Förbudet mot att av diskriminerande skäl neka ta emot viss personal som bemanningsföretaget erbjuder, genomförs genom att diskrimineringsförbudet kan åberopas av personer som, med förarbetenas något dunkla formulering, ”genom sin egen arbetsgivare, bemanningsföretaget, står till arbetsgivarens förfogande”.¹⁵⁰⁶ Diskrimineringsförbudet i relationen inhyrare-inhyrd, kan således åberopas redan i det skedet att det handlar om att välja ut vem som ska bli uthyrd, och det är kundföretaget som ansvarar på denna grund. Den här regeln är ett uttryck för principen om att diskrimineringsförbudets tillämplighet ska motsvara det område inom vilket respektive huvudman disponerar över förhållandena.¹⁵⁰⁷

Men, vad tillför denna regel till huvudregeln om att den kontraktuella arbetsgivaren inte får diskriminera sina anställda, dvs. i det här fallet bemanningsföretaget och de anställda där, som kan komma ifråga för att hyras ut? Bemanningsföretaget skulle självt göra sig skyldigt till diskriminering för den händelse man hörsamade en begäran från inhyraren om att diskriminera vid urvalet av personer att hyra ut. Denna situation är därför dubbelt reglerad, både av förbudsregeln som gäller mellan inhyrare och (presumtivt) inhyrd, och av den regel som gäller i relationen mellan kontraktuell arbetsgivare (uthyrare) och arbetstagare. Vilket ansvar som i praktiken förverkligas i denna situation avgörs av hur arbetstagaren lägger upp sin talan. Bevisläget kanske skiljer sig åt avseende de olika huvudmännen, eller en av dem kanske är insolvent.

Att det är delvis oklart vad som tillförts rättssystemet i och med att diskrimineringsförbudet gjorts tillämpligt redan mellan inhyrare och sådana som står till förfogande för att hyras in blir synligt om dessa rättsliga utgångspunkter relateras till bemanningsbranschens standardavtal om inhyrning. Enligt detta avtal ska uthyraren välja ut vem som ska hyras ut; det är en arbetsledningsåtgärd i relation till de anställda i bemanningsföretaget. Enligt huvudregeln om det kontraktuella arbetsgivaransvaret är diskriminering förbjuden i relationen mellan uthyraren och dennas arbetstagare. Pondera att inhyraren presenterat uthyraren med en diskriminerande kravprofil – t.ex. avseende krav på att personen ska behärska en tydlig och korrekt svenska¹⁵⁰⁸ eller vara av en viss kroppslängd¹⁵⁰⁹ – avseende den man vill se som inhyrd? Flera regler blir tillämpliga. Om kravprofilen åtlyds kan den som står till förfogande för att hyras ut göra gällande att den presumtive inhyraren diskriminerat denne. Samma person kan också göra gällande att hen blivit diskriminerad av

¹⁵⁰⁵ Prop. 2007/08:95, s. 137.

¹⁵⁰⁶ Prop. 2007/08:95, s. 498.

¹⁵⁰⁷ Prop. 2007/08:95, s. 498.

¹⁵⁰⁸ Jfr AD 2002 nr 128 om indirekt diskriminering avseende etnicitet.

¹⁵⁰⁹ Jfr AD 2005 nr 87 om indirekt diskriminering avseende kön.

sin kontraktuella arbetsgivare. Åtlyds instruktionen inte, men blir ändå känd och leder till skada för arbetstagaren kan förbudet mot diskriminering i form av instruktioner att diskriminera bli tillämpligt.¹⁵¹⁰ Den som diskriminerat kan aldrig ursäktas sitt agerande med att denne gjort det endast för att någon annan, t.ex. en affärspartner eller kund, begärt det – det följer av grundläggande diskrimineringsrättsliga utgångspunkter. Den formella beslutsfattaren får inte vidarebefordra någon annans diskriminerande preferenser.¹⁵¹¹

Vissa aspekter av bemanningsanställningen berör endast bemanningsföretaget och arbetstagaren, t.ex. om kraven på arbetstagarens tillgänglighet och anträffbarhet i relation till bemanningsföretaget. Den tillämpliga kollektivavtalsregleringen kan t.ex. lyda "[t]illgängligheten ska fastställas så att den anställdes rörelsefrihet inte begränsas mer än nödvändigt" samt omfatta viss tid och ske med vissa tekniska hjälpmedel.¹⁵¹² Diskriminering som uppstår i anslutning till dessa och liknande frågor, som ligger utanför inhyrarens inflytande, kan aldrig bli dennes ansvar.

3.5.2.5 Ansvarsfördelning under inhyrningsuppdrag

Under bemanningsuppdragets utförande fokuseras andra aspekter av diskrimineringsrätten: Nu handlar det om de vardagliga kontakterna mellan den som arbetar och den som tillgodogör sig arbetet. Bemanningsföretaget och dess kund avtalar sinsemellan om delegering av arbetsledningsrätten från arbetsgivaren till inhyraren. I kollektivavtal kan förekomma att arbetsgivaren i relation till sin fackliga motpart förbehållit sig rätten att leda och fördela arbetet,¹⁵¹³ och sedan ingår arbetsgivaren ett avtal (enligt branschens standardavtal, t.ex.) med sin kund inhyraren om att

Det åligger Kunden att ansvara för arbetsledning av Uthyrd person, att ansvara för kontroll och uppföljning av den uthyrdes arbete samt att lämna erforderliga instruktioner, information samt tillhandahålla arbetsplats och nödvändig utrustning...¹⁵¹⁴

Ponera mot denna bakgrund att det äger rum diskriminering inom ramen för arbetsledningen. Återigen föreligger ett överlappande diskrimineringsskydd. Bemanningsföretaget ansvarar, i egenskap av arbetsgivare, för diskriminering som

¹⁵¹⁰ Se kapitel 3.5.2.7. 1 kap. 4 § 6 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵¹¹ SOU 1978:38, s. 100 f, Förslag till avgörande C-54, p. 18.

¹⁵¹² Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, § 3 Mom 5.

¹⁵¹³ Så t.ex. i Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, § 2 Mom 1.

¹⁵¹⁴ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 5.1.

den som ska likställas med arbetsgivaren gör sig skyldig till. I den här situationen har den kontraktuella arbetsgivaren bemanningsföretaget utsett inhyraren att representera denne, och därför ansvarar uthyraren för vad inhyraren tar sig för – allt enligt det expanderade arbetsgivaransvaret inom ramen för den kontraktuella utgångspunkten. Samtidigt gäller ett särskilt föreskrivet diskrimineringsförbud i relationen mellan inhyraren och den inhyrde.¹⁵¹⁵ Återigen blir det fråga om att en och samma episod omfattas av två ansvarsordningar; två subjekt ansvarar samtidigt. Kärandens processföring och bevisläget m.m. avgör vilket ansvar som realiserar. Mot denna rättsliga bakgrund är det överraskande att branschens standardavtal är svävande kring vissa aspekter av arbetsledningsrätten. Avtalet förefaller delvis prioritera bemanningsföretagets agerande, och inte inhyrarens ifråga om mer allvarliga förseelser från den uthyrde personens sida:

Väsentliga anmärkningar avseende Uthyrd person ska av Kund framställas direkt till Leverantören och således ej till Uthyrd person vartill bristen hör eller till annan uthyrd personal.¹⁵¹⁶

Det framstår som om denna klausul återför delar av arbetsledningsrätten. Det är oklart vilken effekt på diskrimineringsrättens tillämpning detta kan ha. Hur ska diskriminering som uppstår i kölvattnet av sådana väsentliga anmärkningar som avtalet talar om bedömas, och vems ansvar är den diskrimineringen? Bemanningsföretagets rätt att efter samråd med kundföretaget byta ut den uthyrda personen¹⁵¹⁷ innebär sammanfattningsvis att ansvaret ligger på uthyraren.

Det förekommer olika konstruktioner av lönesättning avseende bemanningsanställda. Branschens standardavtal stipulerar att det är bemanningsföretaget som erlägger lönen.¹⁵¹⁸ På tjänstemannasidan förekommer kollektivavtal med individuella månadslöner, som därför blir omfattade av diskrimineringsförbudets huvudregel i relationen mellan arbetsgivaren bemanningsföretaget och den anställde.¹⁵¹⁹ En annan modell för lönesättning är att koppla löneläget under den tid som den anställde är verksam i inhyrarens arbetsorganisation (s.k. utbokat) till ”det, för det aktuella arbetet hos kunden, vid varje tidpunkt tillämpliga riksavtalet avseende löner och allmänna anställningsvillkor”.¹⁵²⁰ Om underlaget för bemanningsföreta-

¹⁵¹⁵ 2 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵¹⁶ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 7.5.

¹⁵¹⁷ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 4.2.

¹⁵¹⁸ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 8.5.

¹⁵¹⁹ Tjänstemannaavtalen 2013-05-01-2016-04-30 mellan Bemanningsföretagen och Unionen.

¹⁵²⁰ Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, § 4 Mom 1. Om bemanningsföretaget betalar fel lön, för att

gets utbetalning av lön skulle vara diskriminerande, ansvarar bemanningsföretaget ändå som kontraktuell arbetsgivare. Dessutom gäller regeln om diskrimineringsförbud i relationen mellan inhyraren och den inhyrde. Återigen överlappande ansvarsordningar, således.

Bemanningsbranschens standardavtal ger bemanningsföretaget rätt att häva avtalet om personaluthyrning om den uthyrde drabbas av ”diskriminering i strid mot gällande lag”.¹⁵²¹ Även om det är oklart exakt vad som avses med denna klausul är den begreppsligt intressant, eftersom diskriminering som inhyraren gör sig skyldig till, ju är uthyrarens ansvar. Hävningsgrunden avser således något som rättsligt sätt är den hävande partens ansvar. I alla händelser uttrycker klausulen att inhyrarens diskriminerande agerande mot arbetstagaren ska få konsekvenser de båda huvudmännen emellan, och att uthyraren ska agera till förmån för sina anställda i relation till sin motpart på det horisontella planet. Följden av denna avtalsreglering blir ett indirekt skydd för arbetstagaren.

3.5.2.6 Ansvarsfördelningen särskilt vid avslutande av inhyrningsuppdrag

Avslutande av inhyrningsuppdrag är en aspekt av fördelningen av arbetsuppgifter – och dessutom är båda huvudmännen inblandade. Hur ska diskrimineringsförbudet tillämpas vid avslutande av bemanningsuppdrag? Vad gäller i den situationen att uppdraget avslutats av diskriminerande skäl, som är hänförliga till inhyraren? De otillåtna bevekelsegrunderna föreligger hos inhyraren, medan uthyraren fattar det faktiska beslut, som ur arbetstagarens synvinkel leder till effekten. I detta avseende är både in- och uthyrare delaktiga i diskrimineringen. Hur ska förbudsregeln som riktar sig mot arbetsgivaren tillämpas i en situation där arbetsgivarfunktionen är uppdelad på detta sätt? Å ena sidan föreligger ett direkt diskrimineringskydd i relationen mellan inhyraren och den inhyrde som blir tillämpligt i denna situation. Å andra sidan ansvarar bemanningsföretaget för inhyrarens agerande, eftersom uthyraren delegerat sin rätt att besluta om arbetskraften till inhyraren – det följer av särregleringen av det expanderade arbetsgivaransvaret.¹⁵²² Om inhyraren instruerar uthyraren att diskriminera, och denna instruktion inte åtlyds, men ändå leder till skada för arbetstagaren, kan det vara frågan om diskriminering i form av instruktioner att diskriminera.¹⁵²³

man fått felaktiga uppgifter från kundföretaget, ansvarar bemanningsföretaget ändå för brottet mot kollektivavtalet. Att felet uppstått p.g.a kunden får beaktas i skadeståndsbedömningen. Se AD 2009 nr 54 och AD 2009 nr 94.

¹⁵²¹ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 13.2.

¹⁵²² 2 kap. 1 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵²³ 1 kap. 4 § 6 p. diskrimineringslagen (2008:567).

Myndighetspraxis föreligger i vilken en arbetstagare klagat till DO om att en inhyrning avbrutits av diskriminerande skäl hänförliga till inhyraren. Denna praxis ger intrycket av att DO i denna situation föredrar att rikta talan mot inhyraren. DO stämde en inhyrare under påståande om direkt könsdiskriminering bestående i att denne hade avslutat inhyrningen pga. att arbetstagaren blivit gravid. Efter det att inhyrningen avslutats, kom också anställningen hos bemanningsföretaget att avslutas, eftersom det inte gick att hitta något annat arbete åt arbetstagaren. Inhyraren och arbetstagaren förliktes.¹⁵²⁴ I ett annat ärende stämde DO en inhyrare under påståande om indirekt diskriminering pga. religiös övertygelse för att denne tillämpat en policy om förbud mot skägg, och avslutat inhyrningen. Därefter avslutade bemanningsföretaget anställningen. Inhyraren och den inhyrde förliktes.¹⁵²⁵ Det tredje och sista ärendet avser ett påståande från DO:s sida om direkt könsdiskriminering bestående i att en inhyrare avslutat en inhyrning för att arbetstagaren, pga. graviditet, inte kunnat arbeta övertid i den utsträckning som inhyraren önskat. Efter inhyrningens avslutande avslutade bemanningsföretaget anställningen. Parterna förliktes.¹⁵²⁶

Redan innan lagstiftningen ändrades så att inhyraren ansvarade direkt i relation till den inhyrde försökte DO domstolsvägen utmana tolkningen av arbetsgivarbegreppet i bemanningskontextens trepartsrelation.¹⁵²⁷ DO väckte, med stöd av regler som riktade sig till "arbetsgivaren", talan mot ett bolag som skulle fungera som inhyrare, trots att (den presumtive) arbetstagaren aldrig sökt något jobb där. DO argumenterade att inhyrarens (påstått diskriminerande) beslut att inte hyra in arbetstagaren, fick följden att denne inte anställdes av bemanningsföretaget. Kundbolaget skulle likställas med arbetsgivaren, menade DO, som själv antydde att man var medveten om att man gjort en extensiv tolkning av arbetsgivarbegreppet: "Det kan framstå som att den aktuella situationen och de anspråk som har framställts inte till fullo rymms inom ramen för åberopade lagregler."¹⁵²⁸ Den instämnda inhyraren menade att denne inte kunde betraktas som arbetsgivare till arbetstagaren, eftersom man inte beslutat i någon anställningsfråga. Slutligen kom Arbetsdomstolen att avgöra målet på annan grund, utan att ta ställning till DO:s argumentation i denna del.¹⁵²⁹ Denna historiska prioritering från DO:s sida av inhyrarens ansvar är

¹⁵²⁴ Diskrimineringsombudsmannen ANM 2009/1640. Förlikning 2010-05-31. Förlikning om 200 000 SEK.

¹⁵²⁵ Diskrimineringsombudsmannen ANM 2010/1600. Förlikning 2011-03-09. Förlikning om 75 000 SEK.

¹⁵²⁶ Diskrimineringsombudsmannen ANM 2012/860. Förlikning 2013-02-04. Förlikning utanför rätta om hemligt belopp (DO hade yrkat 75 000 SEK).

¹⁵²⁷ AD 2009 nr 16. Målet avsåg äldre rätt; 8 och 10 §§ lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

¹⁵²⁸ AD 2009 nr 16.

¹⁵²⁹ AD 2009 nr 16.

alltså synlig också i det fåtal ärenden på myndighetsnivå (förlikningar) som avsett avslutande av inhyrningar av påstått diskriminerande skäl som är hänförliga till inhyraren.

3.5.2.7 Instruktioner att diskriminera är diskriminering

Regeln som förbjuder instruktioner att diskriminera är tillämplig när det förekommer flera subjekt på huvudmannasidan i arbetsorganisationen. Det är förbjudet, som en form av diskriminering, att åt någon som åtagit sig att utföra ett uppdrag, lämna order eller instruktioner att diskriminera.¹⁵³⁰ Hur ska denna bestämmelse tillämpas i bemanningsanställningens trepartsrelation? Vad gäller om inhyraren uppmanar bemanningsföretaget att inte hyra ut en av sina anställda, eftersom inhyraren inte vill välkomna t.ex. kvinnor i sin arbetsorganisation (dvs; om inhyraren ber bemanningsföretaget diskriminera)? Regelns tillämpningsområde är begränsat och dess praktiska betydelse framstår som liten; enligt förarbetena och den juridiska litteraturen är en förutsättning för regelns tillämplighet mellan de båda huvudmännen att deras inbördes relation kan karaktäriseras som att inhyraren lämnat bemanningsföretaget ett uppdrag.¹⁵³¹ Det är just den existerande relationen mellan de båda huvudmännen som har motiverat att reglera påtryckningar (om diskriminering) de båda parterna emellan.¹⁵³² Den partssammansatta arbetsgruppen om anställningsvillkor i bemanningsföretag diskuterade 2004 denna regel närmast i termer av en skyddsregel för uthyrarföretaget i relation till dennes kund.¹⁵³³

Förbudet mot att lämna instruktioner att diskriminera är i och för sig tillämpligt i relationen mellan in- och uthyrare, men har självständig betydelse endast för den händelse att en diskriminerande instruktion lämnas från inhyrare till uthyrare, att denna instruktion inte åtlöds av uthyraren samt att instruktionen blivit känd och fått på visst sätt negativa konsekvenser för arbetstagaren.¹⁵³⁴ Den som ger en annan i uppdrag att diskriminera, blir ju själv bunden av detta, och ansvarar direkt för det. Den som ger efter för annans påtryckningar om diskriminering, gör sig för egen del skyldig till diskriminering, och ansvarar själv för det.

3.5.2.8 Ogiltighet

En inhyrd arbetstagare som diskriminerats av en ordningsregel eller en intern bestämmelse i den arbetsorganisation där denne verkar (dvs. i inhyrarens arbetsorga-

¹⁵³⁰ 1 kap. 4 § 6 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵³¹ Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2012, s. 176, Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 95, prop. 2007/08:95, s. 141, s. 494.

¹⁵³² Prop. 2002/03:65, s. 101.

¹⁵³³ Regeringskansliet, Näringsdepartementet, Promemoria 2004-09-14, N2001/8934/ARM, Arbetsgruppen om anställning i bemanningsföretag – problemsammanställning och parternas synpunkter, regeringen uttalar sig inte på detta sätt. Jfr skr. 2005/06:91.

¹⁵³⁴ Praxis föreligger inte; AD 2009 nr 16 avgjordes på annan grund.

nisation) kan begära att denna bestämmelse ska jämkas eller förklaras sakna verkan.¹⁵³⁵ Arbetstagare med in- och uthyraren får sålunda angripa arbetsorganisationens diskriminerande ordningsregler. Det är arbetstagaren, och inte dennes kontraktuella arbetsgivare bemanningsföretaget, som har denna rätt. Bemanningsarbetsgivaren kan inte åberopa denna bestämmelse och begära den här typen av rättelse av sin kund (inhyraren).

Även ogiltighetsregeln avseende diskriminerande avtal och andra rättshandlingar är av intresse i bemanningskontexten.¹⁵³⁶ Regelns ordalydelse förefaller inte utesluta att den kan åberopas av en inhyrd arbetstagare för den händelse inhyraren, på diskriminerande sätt, säger upp inhyrningsavtalet med bemanningsföretaget. Om det skulle vara riktigt att regeln kan åberopas också av någon som inte var part i avtalet utan endast drabbats av uppsägningen/rättshandlingen kunde bemanningsarbetstagaren (som inte är part i avtalet om personaluthyrning) med stöd av regeln angripa inhyrarens rättshandling att säga upp inhyrningsavtalet (om detta agerande lett till diskriminering). Rättsläget får anses vara oklart.¹⁵³⁷ Till saken hör att ett diskrimineringsförbud är tillämpligt mellan en inhyrare, och den som ”står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd [...] arbetskraft”.¹⁵³⁸

3.5.2.9 Skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier

Arbetsgivarbegreppet är en aspekt av regeln som gör arbetsgivaren skyldig att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier.¹⁵³⁹ I inte mindre än fem avseenden är arbetsgivarbegreppet relevant ifråga om skyldigheterna att motverka trakasserier. Den första aspekten handlar om arbetsgivarbegreppet och kunskapstillgodoräkande. Eftersom lagstiftningen bygger på att kunskap utlöser vissa skyldigheter blir det av avgörande betydelse att veta vilken persons kunskap som ska räknas i detta avseende. Om en arbetsgivare får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för trakasserier, är arbetsgivaren skyldig utreda detta.¹⁵⁴⁰ Eftersom arbetet i en bemanningsanställning inte presteras hos den kontraktuella arbetsgivaren, utan hos dennes kund, inhyraren, blir händelser som utspelas i den verksamheten av intresse när det handlar om regleringen av trakasserier. Hur fördelar sig skyldigheterna mellan de båda huvudmännen när det handlar om skyldigheterna att utreda och motverka trakasserier? Kunskapstillgodoräkande är inte berört vare sig i förarbetena till diskrimineringsrätten eller till den lagstiftning som infogade

¹⁵³⁵ 5 kap. 3 §, 3 st. diskrimineringslagen (2008:567). Prop. 2007/08:95, s. 417 f, s. 557 f, prop. 2004/05:147, s. 112 f.

¹⁵³⁶ 5 kap. 3 § 2 st. diskrimineringslagen (2008:567). Se kapitel 3.2.2.6.

¹⁵³⁷ Jfr Karlsson, *Diskrimineringslagen – en kommentar*, 2009, s. 165 och Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen*, 2010, s. 518.

¹⁵³⁸ 2 kap. 1 §, 1 st, 4 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵³⁹ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁴⁰ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

bemanningsanställningen i arbetsrätten. Praxis och doktrin saknas.¹⁵⁴¹ Enligt uttrycklig lagreglering gäller skyldigheten att utreda och åtgärda trakasserier mellan "arbetsgivaren" och den inhyrde.¹⁵⁴² Om inhyraren får kännedom utlöses skyldigheten att utreda och agera mot framtida trakasserier. Kundföretagets kunskap utlöser således skyldigheter för detta företag. Men, ska inte kundföretagets kunskap tillräknas bemanningsföretaget, och utlösa skyldigheter också för detta bolag? Utgångspunkten om att mellanmannens kunskap ska tillräknas huvudmannen blir tillämplig.¹⁵⁴³ Om allmänna civilrättsliga principer och särregleringen¹⁵⁴⁴ om inhyrarens "arbetsgivarroll" tillämpas, kommer inhyrarens kunskap att tillgodoräknas bemanningsföretaget, med följderna att även detta bolag får utrednings- och åtgärdsskyldigheter. Kunskapistillgodoräkandet kan uppfattas som en riskfördelning, i vilken den kontraktuella arbetsgivaren bemanningsföretaget står risken för inhyrarens kvaliteter.¹⁵⁴⁵ Eftersom det är just underlåtenhet att agera (den trakasserandes eget ansvar är en annan sak) som är föremål för sanktion, är det tänkbart att båda subjekten samtidigt kan bryta mot regeln, och orsaka varsin skada i regelns mening.¹⁵⁴⁶ Rättsläget är oklart. Det vore i och för sig en önskvärd utveckling om bemanningsföretaget försågs med ett intresse att avtalsvägen konstruera ett informationsflöde från inhyrarens verksamhet till den kontraktuella arbetsgivaren.

Den andra aspekten relaterar till den drabbade personen. Kan endast arbetstagare med anställningsavtal med huvudmannen anse sig som trakasserade? Den lagtekniska modellen för att utsträcka ansvarsrelationen till att gälla mellan inhyraren och den inhyrde är att föreskriva att "arbetsgivarens" skyldigheter "också" gäller i relation till inhyrda.¹⁵⁴⁷ Lagstiftaren har tydligtvis ansett att detta resultat inte är möjligt att nå genom lagtolkning, utan att det fordrat explicit reglering. Särregleringen får uppfattas som ett uttryck för styrkan i den kontraktuella utgångspunkten i arbetsrättens föreställningsvärld.

Den tredje aspekten avser frågan om vilka förövare som i rättslig mening kan göra sig skyldig till trakasserier och utlösa arbetsgivarens skyldigheter enligt regeln om skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier. Förarbetena ger vid

¹⁵⁴¹ Fahlbeck diskuterar andra aspekter av kunskapistillräknande i bemanningskontext ifråga om skydd för företagshemligheter. Se Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2013, s. 371 ff, s. 454, s. 484.

¹⁵⁴² 2 kap. 3 §, 2 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁴³ Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 162.

¹⁵⁴⁴ 2 kap. 3 §, 2 st. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁴⁵ Jfr Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 162.

¹⁵⁴⁶ Jfr prop. 1997/98:55, s. 118, s. 121.

¹⁵⁴⁷ 2 kap. 3 §, 2 st. diskrimineringslagen (2008:567).

handen att en inhyrd arbetstagares ageranden kan utlösa skyldigheter att utreda och åtgärda trakasserier.¹⁵⁴⁸

Den fjärde aspekten är närmast rumslig. Arbetsgivarens utrednings- och åtgärds-skyldighet omfattar inte alla trakasserier som arbetstagaren anser sig drabbad av, utan endast sådana som har "samband med arbetet".¹⁵⁴⁹ Vilken koppling måste finnas mellan det inträffade och arbetsgivaren eller arbetsorganisationen för att det ska vara trakasserier i denna rättsliga mening? Gränsdragningen kring huvudmännens ansvar utelämnar sådant som äger rum i privatlivet, men inkluderar händelser på arbetsplatsen och också händelser som har ett "naturligt samband med arbetet".¹⁵⁵⁰ För arbetstagare med sedvanliga anställningsavtal blir sambandet med arbetet i allt väsentligt en fråga om rumslighet och om gränserna för arbetsplatsen. Men för de bemanningsanställda blir "samband med arbetet" en kontingent faktor som följer av bemanningskonstruktionen som sådan. Vad som har samband med arbetet kan variera från dag till annan, och den rumsliga omgivningen mot vilken regeln ska tillämpas varierar i storlek och utformning. Allt som har naturligt samband med bemanningsarbetet, omfattas av inhyrarens och uthyrarens ansvar.

Den femte aspekten handlar om omfattningen av arbetsgivarens skyldigheter. Det lagstiftningen kräver av arbetsgivaren för den händelse trakasserier ägt rum är inte alla tänkbara åtgärder, utan endast "skäliga" åtgärder. I relation till vad ska detta avgöras? Trots den uttryckliga lagregleringen förklarar inte förarbetena hur kravet på skäliga åtgärder ska tillämpas i bemanningskontexten. I relationen mellan inhyraren och dennes anställda är arbetsledningsrätten både grunden för och gränserna för åtgärder i kölvattnet av trakasserier. Grunden för inhyrarens agerande inom ramen för sin arbetsorganisation, i relation till både en trakasserande inhyrd och en trakasserad inhyrd blir den delegerade arbetsledningsrätten, som ursprungligen låg i bemanningsföretagets hand. I vanliga fall omgärdar anställningsskyddsreglerna – och det arbetsgivarbegrepp som förekommer i den lagstiftningen – utövandet av arbetsledningsrätten, men vid bemanningsanställning tillkommer också eventuella avtalade regler som stipuleras i avtalet om inhyrning mellan inhyraren och bemanningsföretaget. Bemanningsbranschens standardavtal anger att inhyraren ska framställa väsentliga anmärkningar avseende den inhyrde, direkt till bemanningsföretaget, och inte till arbetstagaren.¹⁵⁵¹ Den avtalade regleringen förefaller prioritera att bemanningsföretaget (den kontraktuella arbetsgivaren) agerar mot sin anställda, snarare än att inhyraren agerar mot den inhyrde. Vad kan vara skäliga åtgärder att begära av uthyraren i relation till den uthyrde arbetstagaren som faktiskt befinner

¹⁵⁴⁸ Prop. 2002/03:65, s. 191.

¹⁵⁴⁹ 2 kap. 3 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁵⁰ Prop. 2007/08:95, s. 295, s. 504.

¹⁵⁵¹ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, klausul 7.5.

sig i inhyrarens arbetsorganisation? Standardavtalet om inhyrning i bemanningsbranschen anger att bemanningsföretaget har rätt att efter samråd med inhyraren byta ut den uthyrde personen, men också att bemanningsföretaget har rätt att kräva avtalets omedelbara upphörande om den inhyrde diskrimineras.¹⁵⁵² Kravet på skäliga åtgärder skulle kunna innebära att arbetsgivaren/bemanningsföretaget utnyttjar dessa möjligheter i relation till sin motpart i inhyrningsavtalet. Det betyder att den bemanningsanställda i relation till sin motpart bemanningsföretaget kan kräva att denne agerar inte endast i egenskap av kontraktuell arbetsgivare, utan även som part i ett kommersiellt avtal med en annan huvudman. Kollektivavtalen i bemanningsbranschen innehåller dessutom regleringen att en anställd är medgiven att neka uppdrag, om denne drabbats av trakasserier.¹⁵⁵³

3.5.3 Vem har ansvar för aktiva åtgärder?

Den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar präglar till övervägande del reglerna om aktiva åtgärder¹⁵⁵⁴ i tillämpning i komplexa arbetsorganisationer som präglas av bemanningsarbete.¹⁵⁵⁵ Det föreligger ingen särreglering av aktiva åtgärder med avseende på bemanningsanställda.¹⁵⁵⁶

Bemanningsföretaget/uthyraren är enligt uttrycklig lagreglering arbetsgivare¹⁵⁵⁷, och på detta subjekt vilar ett ansvar att arbeta med aktiva åtgärder. De bemanningsanställda omfattas av sin kontraktuella arbetsgivares arbete med aktiva åtgärder, även om de inte arbetar på denna huvudmans egen arbetsplats. I och med att

¹⁵⁵² Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, klausulerna 4.2 och 13.2.

¹⁵⁵³ Se t.ex. Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, § 5 Mom 3: "Om synnerliga skäl föreligger [...] eller arbetstagaren har blivit utsatt för trakasserier hos en tidigare beställare, kan arbetstagaren med bibehållna anställningsförmåner avböja ett erbjudet uppdrag. Bedömningen måste göras i varje enskilt fall."

¹⁵⁵⁴ 3 kap. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁵⁵ Ansvar att motverka kränkande särbehandling (AFS 2015:4), följer ansvarssystemet i arbetsmiljörätten. Det subjekt som bär rådighetsansvaret för det gemensamma arbetsstället kan sålunda vara ansvarigt för att genomföra dessa regler, även i relation till de anställda i det sändande företaget. Det sändande företags kontraktuella arbetsgivaransvar för arbetskraftens arbetsmiljö kvarstår, när den är verksam hos det mottagande företaget. Se kapitel 4.2.2, kapitel 4.2.4 och kapitel 4.4.3-5.

¹⁵⁵⁶ Med stöd av arbetsmiljörätten kan inhyraren bära ett särskilt föreskrivet ansvar för att förverkliga myndighetsföreskrifternas krav om rutiner till motverkande av kränkande särbehandling i relation till den inhyrda arbetskraften. Samtidigt har uthyraren kvar sitt kontraktuella arbetsgivaransvar för samma skyldighet, fastän omfattningen av skyldigheten inskränks av det faktum att arbetstagaren är verksam utanför denne huvudmans rådighet. Se kapitel 4.5.1-4. Jfr AFS 2015:4 Organisatorisk och social arbetsmiljö.

¹⁵⁵⁷ Se kapitel 3.5.1.

den kontraktuella arbetsgivaren inte närvarar i den arbetsorganisation där arbetet utförs kan det vara praktiskt svårt att utveckla adekvata aktiva åtgärder.

Även om det inte framgår direkt av lagtexten har den huvudman som ansvarar för en arbetsorganisation i vilken det förekommer bemanningsarbete ett ansvar att bedriva aktiva åtgärder i relation till andra än de arbetstagare som har denna som motpart i anställningsavtalet.¹⁵⁵⁸ Detta ansvar omfattar ett förebyggande och främjande arbete i anslutning till arbetsförhållanden¹⁵⁵⁹ avseende arbetstagare som står till förfogande för att utföra arbete som inhyrd och inhyrda arbetstagare.¹⁵⁶⁰ Här föreligger ett direkt ansvar för inhyrare att bedriva ett arbete med aktiva åtgärder till gagn för dessa arbetstagare, som alltså inte har denna huvudman som kontraktuell arbetsgivare.

För de övriga reglerna om aktiva åtgärder föreligger dock inte något avsteg från den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvaret. Detta har flera viktiga implikationer.

Kravet om att utföra lönekartläggning¹⁵⁶¹ följer den kontraktuella utgångspunkten, som ger vid handen att när sådana kartläggningar av de anställdas löner görs i inhyrarföretaget, ska inte de inhyrda arbetstagarnas villkor beaktas och jämföras. Vid tillämpning av diskrimineringsrättens offentlighetsrättsliga krav om lönekartläggning blir löneskillnader dessa grupper emellan således begreppsligt otänkbara. Den allmänna regleringen av bemanningsarbetet – EU-direktivet från 2008 – bygger emellertid på motsatta principer: för att avgöra om likabehandling är för handen enligt dessa regler ska inhyrarens arbetstagare jämföras med uthyrarens.¹⁵⁶² Även i kollektivavtalade modeller som ska garantera att bemanningsföretaget betalar s.k. neutrala löner, stipuleras jämförelser över arbetsgivargränserna, dvs. mellan på visst sätt jämförbara arbetstagare i inhyraren och de bemanningsanställda.¹⁵⁶³ Likabehandlingsprincipen avseende bemanningsanställda i relation till sedvanligt anställda är tydligen av sådan styrka att den möjliggör jämförelser mellan arbetstagare med olika motparter i anställningsavtalen. Diskrimineringsrättens krav om lönekartläggning avseende kvinnor och män följer däremot det kontraktuella arbetsgivarbegreppet och kan inte tillämpas över företagsgränserna. Diskrimineringsrättens och bemanningsdirektivets kategorier är förvisso av olika karaktär, och reglerna har olika ändamål. Dessutom skulle det sannolikt vara förknippat

¹⁵⁵⁸ Se kapitel 3.3.3.

¹⁵⁵⁹ 3 kap. 2 § och 4-5 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁶⁰ Prop. 2015/16:135, s. 43, SOU 2014:41, s. 250.

¹⁵⁶¹ 3 kap. 8-10 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁶² Direktiv 2008/104/EG, art. 5.1.

¹⁵⁶³ Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, § 4. Se AD 2009 nr 54 och AD 2009 nr 94 för tillämpningsproblem.

med omfattande praktiska svårigheter att göra så stora lönekartläggningar som ett bortseende från den kontraktuella utgångspunkten hade lett till i detta fall.

Den generella begränsningsregeln (till vad som skäligen kan krävas) avseende de aktiva åtgärderna ska relateras endast till förmögenhetsmassan som är motpart i anställningsavtalen.¹⁵⁶⁴ De tillgängliga resurserna i bemanningsföretaget/uthyraren kan vara knappa, samtidigt som inhyrarföretaget där arbetet äger rum är välbärgat. I denna situation kan resurserna i inhyraren komma de inhyrda till del (genom att skälighetsbedömningen kan komma att påverkas) endast avseende arbetsförhållandena, men inte därutöver.

Arbetsorganisationens inhyrda arbetstagare ska inte ingå i beräkningsunderlaget vid ställningstagande till om det råder obalans i arbetsstyrkan; dvs. om det föreligger ”jämn könsfördelning i skilda typer av arbeten, inom olika typer av arbeten, inom olika kategorier av arbetstagare och på ledande positioner”.¹⁵⁶⁵ En effekt av detta är att det i rättslig mening kan råda balans, om det bland arbetstagarna med inhyraren som motpart i anställningsavtalen föreligger en jämn fördelning, trots att bilden skulle bli annorlunda om de inhyrda arbetstagarna som är verksamma i arbetsorganisationen beaktades. Att faktisk obalans i arbetsstyrkan på detta sätt kan utgöra rättslig balans förefaller stå i viss konflikt med lagstiftningens syfte att skapa faktisk jämställdhet på faktiska arbetsplatser.

De inhyrda arbetstagarna ska inte ingå i beräkningsunderlaget vid tillämpning av reglerna som avgör vilket dokumentationskrav som gäller för en viss huvudman.¹⁵⁶⁶ Verksamheter som för ögat framstår som stora kan därför i denna rättsliga mening vara små.

3.6 Slutsatser och sammanfattande analyser

3.6.1 Övergripande frågor

Ansvar för förverkligandet av icke-diskriminering är fördelat enligt den kontraktuella utgångspunkten i relationen mellan arbetstagaren och dennas motpart. Därutöver gäller regler om vem som ska likställas med den kontraktuella arbetsgivaren. Denna generella reglering blir betydelsefull för att skapa ett fullgott diskrimineringsskydd i komplexa arbetsorganisationer. Likväl är det oklart vad dessa regler egentligen bidrar med till fullmaktsrättsliga utgångspunkter. I och med denna

¹⁵⁶⁴ 3 kap. 2 § 3 p. diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁶⁵ 3 kap. 7 § diskrimineringslagen (2008:567).

¹⁵⁶⁶ 3 kap. 12-13 §§ diskrimineringslagen (2008:567).

särreglering av arbetsgivarbegreppet har i alla händelser lagstiftaren tagit ett steg mot att utveckla en reglering som motsvarar behoven i komplexa arbetsorganisationer. Det kan finnas anledning för lagstiftaren att i framtiden gå vidare och utveckla ett ansvarssystem som inte nödvändigtvis bygger vidare på nedärvda begreppsapparater.

Den svenska diskrimineringslagstiftningen har – före såväl som efter EU-rättens inträde på arenan – varit kalkerad på arbetsrättens begreppsapparat. När komplexa arbetsorganisationer sedan uppstod blev begränsningarna i det kontraktuella arbetsgivarbegreppet synliga i diskrimineringsrätten. Idag föreligger ett flertal regler som är ägnade att kompensera för det kontraktuella synsättets tillkortakommanden, och sambandet mellan arbets- och diskrimineringsrätt är därför i princip svagare idag än vid diskrimineringsrättens tillkomst (som jämställdhetslagstiftning). Det har alltid rått ett visst spänningsförhållande mellan arbetsrättens traditionella fokus på anställningsavtalet som den enda faktor som utlöser ansvar för huvudmannen (den kontraktuella arbetsgivaren), och diskrimineringsrättens ambitioner att genomföra större samhällsförändringar – skapa jämställdhet, genomföra mänskliga rättigheter eller tygla marknader – än att endast ingripa i relationerna mellan två avtalsparter. Den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsfördelning har i detta avseende alltid varit ifrågasatt inom diskrimineringsrätten.

En nyanserad inställning till grunden för ansvar för diskriminering i arbetslivet, och ett ifrågasättande av anställningsavtalet som exklusiv grund för detta ansvar, får emellertid inte leda till att rättstillämpningen tappar bort den arbetandes relation till någon huvudman, maktcentra eller arbetsgivare. Med andra ord; när en arbetstagare presterar arbete, ska det alltid anses föreligga ett subjekt som kan utgöra bärare av arbetsgivarskyldigheter, även för den händelse att arbetsorganisationen är komplex. I annat fall blir diskrimineringsrätten irrelevant för de arbetandes skydd.¹⁵⁶⁷

I komplexa arbetsorganisationer är det i praktiken ofta befogat att uppfatta arbetstagarna som inlånade mellan de olika kontraktuella arbetsgivarna. I den gällande diskrimineringsrätten är inlåningsbegreppet betydelsefullt för att expandera det direkta ansvaret bortom den kontraktuella utgångspunkten. Inlåning framstår i dagens arbetsrätt som både underanalyserat och underskattat. Inlåningsbegreppet i sig sätter arbetsorganisationen i centrum och möjliggör att ansvaret för icke-diskriminering placeras på den som ansvarar för en arbetsorganisation, oavsett om denna person är den kontraktuella arbetsgivaren eller inte. Logiken bakom ansvar för inlånad arbetskraft tar fasta på att den som i sin verksamhet tillgodogör sig en arbetsprestation också ska ansvara för diskrimineringsskyddet i relation till den arbetspresterande. I denna mening bygger inlåningsansvar på ett antagande om att

¹⁵⁶⁷ Mål C-290/12 är ett exempel.

de rättsliga uttrycken för huvudmannens behov av arbete (som anställning eller inlånning) ska vara underordnat den faktiska arbetskraftens skyddsbehov. Upplägget med inlåningsansvar i diskrimineringsrätten luckrar upp det nedärvda begreppsmässiga likställandet av kontraktuell arbetsgivare med makthavare i arbetsorganisationen. Det kontraktuella arbetsgivaransvaret blir i praktiken förbehållet det subjekt som direkt betalar lön till arbetstagare, medan inlånaransvaret träffar det subjekt som indirekt betalar lön, genom att betala den kontraktuella arbetsgivar- en. Fokus skiftas från anställningsavtalets partsställning till vem i en viss arbets- organisation som tillgodogör sig arbetet och indirekt betalar för det. Den kontrak- tuella synen på placeringen av skyddsansvar innebär att detta är rättsföljden endast av att vara part i anställningsavtal. I inlåningsupplägget uppstår istället ansvar för diskriminering genom att en huvudman ansvarar för en arbetsorganisation i vilken arbetstagare med annan kontraktuell arbetsgivare är verksamma, och huvudman- nen tillgodogör sig arbetet och ersätter det i relation till utlånaren (inom ramen för en kommersiell avtalsrelation).

Diskrimineringsrätten uppfattas idag, möjligen till viss skillnad jämfört med tiden för lagstiftningens tillkomst, som ett utflöde av staters skyldighet att förverkliga mänskliga rättigheter. Redan detta motiverar en inkluderande syn på ansvarssub- jektets utformning. Ett övergripande riktmärke för både lagstiftarens agerande och tolkningsoperationer i domstol bör för framtiden vara att ett skydd arbetstagarna inte får avstå avtalsvägen, inte heller ska kunna organiseras bort. Ansvarssubjektet i det fragmenterade arbetslivets diskrimineringsrätt bör kunna hantera komplexa maktrelationer och reglera över- och underordning, utan att vara fast i de bilaterala arbetsorganisationernas föreställningsvärld. En inkluderande syn på ansvar för diskriminering i komplexa arbetsorganisationer bör omfatta de subjekt som har en maktställning i organisationen; ansvarsrelationen bör även fortsättningsvis vara i huvudsak vertikal.

Frågor om ansvarssubjektets utformning skulle vidare kunna hanteras i reformer av diskrimineringsförbudet i sig. Om reglernas tillämplighet gjordes avhängig en diskriminerande effekt, så skulle inget ansvarssubjekt behövas, och den som skap- at effekten fick svara för detta.¹⁵⁶⁸ En sådan omläggning kan sägas vara i linje med synsättet i EU:s sekundärrätt: att genomföra en princip om likabehandling i arbets- livet. Ett diskrimineringsförbud i form av ett effektdelikt skulle dessutom harmo- niera med den EU-domstolspraxis, som bortkopplar begreppet arbetsgivare från egenskapen att vara part i anställningsavtal. Regleringen skulle inte längre vara kopplad till arbetsrätten, som ju handlar om att identifiera vilka arbetspresterande som ska anses som skyddsvärda. Den handlingsdirigerande verkan av diskrimine-

¹⁵⁶⁸ Jfr diskussionen (utanför anställningskontexten) i anslutning till C-83/14; McCrudden, *The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?*, 2016, s. 1-10.

ringsförbudet och genomslaget för EU-rätten skulle förstärkas. Ett avskaffande av specialsubjektet arbetsgivaren i diskrimineringsförbudet i arbetslivet skulle bejaka trenden att reglera arbets*platsen*, och också ta fasta på att en diskriminerande avsikt inte krävs för att diskriminering ska vara för handen. Omläggningen till effektdelikt skulle vidare avskaffa dagens begreppsliga koppling mellan diskriminering och någon form av arbetsgivarbeslut. Resultatet skulle bli att situationer som idag faller utanför förbudet inkluderades; t.ex. att en ansökan om anställning sorteras bort av en arbetstagare i verksamheten, som inte kan sägas vara likställd med arbetsgivaren, eller att anställda i en arbetsorganisation av diskriminerande skäl avråder vissa personer från att söka sig till någon arbetsorganisation. I dessa situationer har en diskriminerande effekt inträtt, utan att någon har brutit mot diskrimineringsförbudet, eller uttryckt på annat sätt; utan att någon rättsligt relevant person har agerat. I praktiken skulle utfallet av ett effektdelikt inte bli så annorlunda dagens reglering, eftersom diskriminering ofta är relaterat till resursfördelning som endast den både faktiskt och rättsligt överordnade kan fatta beslut om. Sannolikt kommer inte maktlösa och underordnade arbetstagare kunna skapa situationer som innebär diskriminerande utfall och effekter. Vinsten med förslaget om att frikoppla diskrimineringsrätten från nedärvda arbetsrättsliga begrepp ligger på det principiella planet: ett diskrimineringsförbud som fokuserar på diskriminerande effekter förlägger per automatik ansvaret på den som har makten i arbetsorganisationerna (ofta kommer ansvaret nog att hamna på den som med dagens regler omfattas av begreppet arbetsgivaren), att skapa diskriminerande effekter. Diskrimineringsrättens autonomi i relation till arbetsrättens begreppsbyggnad skulle öka.

3.6.2 Ansvar för icke-diskriminering i bilaterala arbetsorganisationer

I bilaterala arbetsorganisationer korresponderar den faktiska arbetsorganisationen med de rättsliga utgångspunkterna i det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Eftersom diskrimineringsrätten följer de arbetsrättsliga utgångspunkterna ger huvudregeln om att den kontraktuella arbetsgivaren inte får diskriminera arbetstagarna ett heltäckande skydd mot diskriminering.

När den svenska lagstiftaren vid 1970-talets slut började utveckla diskrimineringsrätten (på den tiden talade man om jämställdhetslagstiftning) kom denna att kopplas till arbetsrättens föreställningsvärld och begreppsbyggnad. Det nya rättsområdet kom att få den stadga som anknytningen till existerande regler innebar, men samtidigt låstes diskrimineringsrättens egen begreppsapparat till arbetsrättsliga kategorier som arbetsgivare. Det var med stöd av den bilateralt orienterade arbetsrätten som diskrimineringsrättens begrepp kom att utvecklas. Lagstiftningsärendena om diskriminering kunde ha fångat tillfället att explicitgöra och kritiskt diskutera (det exklusivt kontraktuella) arbetsgivarbegreppet och efterfrågat hur detta förhöll sig till arbetslivets maktordningar. Det kanske inte borde ha ansetts som

självklaart att diskrimineringsrätten skulle kalkeras på arbetsrätten, som ju syftar till att omfördela risker och kostnader genom att fördela rättigheter och skyldigheter i en viss typ av avtal om arbete.

En funktion hos arbetsgivarbegreppet i diskrimineringsrätten är att utgöra ett styrningsmässigt filtrera bort vissa (diskriminerande) impulser från marknaden och andra samhälleligt reglerande kraftfält, så att de inte överförs till arbetskraften. I och med huvudregeln om att arbetstagarnas motpart i anställningarna inte får fatta diskriminerande beslut, förhindras att diskriminerande imperativ vidarebefordras till arbetskraften. Eventuellt diskriminerande preferenser och praktiker hos en anonym och kontingent grupp av köpare av varor och tjänster och andra avnämare filtreras på detta sätt bort hos den kontraktuella arbetsgivaren.¹⁵⁶⁹ På detta sätt är det befogat att uppfatta arbetsgivarbegreppet som en aspekt av marknadsregleringen. I bilaterala arbetsorganisationer är det mest centrala att arbetsgivarbegreppet på detta sätt förmår hindra att samhällelig diskriminering överförs till arbetskraften (som ju i och för sig ingår i 'samhället').

Frågan om vems – vilken fysisk persons – agerande som kan ådra den kontraktuella arbetsgivaren ansvar för diskriminering inverkar på reglernas praktiska genomslag. Denna fråga hanteras framförallt med stöd av den diskrimineringsrättsliga särregleringen om när en arbetstagare ska anses vara likställd med arbetsgivaren, och därför ådra arbetsgivaren ansvar. Denna regel förtjänar fortsatt uppmärksamhet och fördjupade analyser, med fokus på vad den tillför existerande regler och det som hade gällt utan den. Frågan om vilken person som kan ådra subjektet som är den kontraktuella arbetsgivaren ansvar, kan ju också hanteras med tillämpning av den allmänna civilrättens fullmaktslära (om ställningsfullmäktige). Fullmaktsläran framstår inte bara som svåröverskådlig, utan också som mindre lämpad att definiera ansvarsrelationerna i det moderna fragmenterade arbetslivet. Det framstår inte som självklart att ansvaret för handlingar som annars omfattas av diskrimineringsförbudet ska placeras med stöd av avtalsrättsliga föreställningar som de uttrycks i halvsekelgammal rättspraxis om ställningsfullmakt. Mot denna bakgrund framstår det som en framtidsfråga att utveckla och förankra mer nyanseerade och transparenta begrepp för vilka personer i olika arbetsorganisationer som kan ådra sin kontraktuella arbetsgivare ansvar för diskriminerande handlingar. Den hittillsvarande rättsliga hanteringen av vilka personer som kan ådra huvudmannen ansvar för diskriminering har sannolikt kraftigt präglats av arbetsgivarbegreppet

¹⁵⁶⁹ Principerna bakom denna mekanism är särskilt synliga i systemets tillkortakommanden; tydligtvis accepteras i alla lägen "marknadens" lönesättning även när den innebär olika lön för likvärdigt arbete för kvinnor och män. I rättstillämpningen på detta område synliggörs hur arbetsgivaren står mellan arbetstagarna och det omkringliggande samhället och de preferenser som förekommer där. Diskrimineringsförbudet riktar sig till arbetsgivaren utan avseende på det faktum att diskriminering är ett omfattande problem med en komplex tillkomsthistoria och med många källsprång. Se t.ex. AD 2013 nr 64 och AD 2001 nr 51 och jfr Svenaeus, *Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män*, 2017.

som kontraktuellt – och detta kan ha utgjort en hämsko på analyserna. Det som krävs för att konstruera en lämplig utsträckning av ansvaret är ju att rätten i detta sammanhang förmår begreppsliiggöra en arbetstagare som arbetsgivare; en person som är arbetspresterande part i ett anställningsavtal, ska trots detta förhållande identifieras med huvudmannen. Denna tankeoperation står i ett visst spänningsförhållande till föreställningen om anställningen som en tydligt binär (och till och med konfliktfylld) avtalsrelation mellan två olika subjekt.

Diskrimineringsrätten har inte heller ägnat någon vidare uppmärksamhet åt de situationer då arbetstagarens motpart i anställningsavtalet är en juridisk person; då är arbetsorganisationen strikt sett inte ens längre bilateral. Det blir fråga om en form av trepartsrelation där avtalet är ingått med ett rättssubjekt, som i sin tur ägs och kontrolleras av vissa fysiska personer. I frånvaro av speciell lagstiftning blir generella regler tillämpliga på denna punkt, och möjligen motiverar diskrimineringskontextens särprägel att det i framtiden övervägs att utveckla skraddarsydda regler för diskrimineringsrättslig organrepresentation.

3.6.3 Ansvar för icke-diskriminering i koncerner

Den grundläggande problematiken i arbetsorganisationer som är koncerner utgörs av att det kontraktuella arbetsgivarbegreppet synes ge ett för snävt definierat ansvar för diskriminering, eftersom den faktiska arbetsorganisationen är större än den kontraktuella arbetsgivaren. I rättsligt hänseende är endast ett bolag (moder- eller dotterbolag) kontraktuell arbetsgivare, men den faktiska maktutövning som utövas över arbetstagaren kan komma från subjekt som står utanför den kontraktuella arbetsgivaren. Koncerner kan i praktiken styras som vore de en sammanhållen juridisk person. De fysiska personer som är bärare av den maktställning som diskrimineringsrätten ska reglera, har i praktiken således ofta inte samma kontraktuella arbetsgivare som subjekten de utövar makt över. Rent allmänt framstår grunden för maktutövning i koncerner som oklar (och i alla händelser definierad utanför både arbets- och diskrimineringsrätt). På ingen punkt särreglerar diskrimineringsrätten koncernsituationen; det kontraktuella arbetsgivarbegreppet ska tillämpas fullt ut och arbetstagarens motpart i anställningen ansvarar för diskriminering i koncerner.

Ifråga om diskriminering som sker i form av beslut fattade av den kontraktuella arbetsgivaren är skyddet mot diskriminering fullödigt. Här finns ett subjekt att hålla ansvarig, och beslutsfattaren kan inte som en ursäktande omständighet åberopa att koncernförhållandet skulle ha inneburit ett tvång att diskriminera. Den grundläggande utgångspunkten som ger vid handen att vidarebefordrad diskriminering ändå utgör diskriminering blir viktig i detta sammanhang.

Men, vad gäller om diskriminering i form av faktiskt handlande (ofta, men inte alltid, trakasserier) begånget av representanter för ett koncernbolag som inte är den drabbades kontraktuella arbetsgivare? Den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet innebär att den här varianten av diskriminering inte kan begås av någon som inte har samma motpart i anställningsavtalet som den drabbade, och kräver att offer och förövare har samma partsställning i anställningsavtalen. Ansvar för det här ('diskriminerande') handlandet kan ändå utverkas. Om koncernbolagen gett varandra rätt att agera i relation till de som är anställda av något av koncernbolagen, så ska de ingående bolagen anses vara likställda med den kontraktuella arbetsgivaren, och därför kunna ådra denna ansvar för sitt handlande. På likartat sätt kan ett bolags företrädare utses att representera ett annat bolag som fullmäktig i relation till arbetskraften, och också på denna grund kan den kontraktuella arbetsgivaren göras ansvarig för diskriminering.

Vidare; när arbetskraften i praktiken är verksam i alla delar av den arbetsorganisation som en viss koncern utgör, är det ofta befogat att uppfatta de olika koncernbolagen som inlånare av arbetstagare från det bolag som är den kontraktuella arbetsgivaren för någon viss arbetstagare. För den händelse inlåning enligt allmänna arbetsrättsliga utgångspunkter är för handen ansvarar företagen med stöd av särskild reglering i egenskap av inlånare i relation till arbetskraften för att arbetsorganisationen är fri från diskriminering. Dessa möjligheter ger förutsättningar att hålla samman makt och ansvar även bortom anställningsförhållandets partsställning.

Frågan om förutsättningarna för och behoven av en koncerndiskrimineringsrätt har inte på allvar utretts eller prövats, men förtjänar att i framtiden bli föremål för undersökning med beaktande av koncernstyrningens rättsliga förutsättningar. De bolagsrättsliga reglerna i allmänhet, och principerna kring ansvarsgenombrott och genomsyn i synnerhet, tjänar syften som framstår som så väsensskilda diskrimineringsrättens, att det kan vara befogat att utveckla en diskrimineringsrättslig reglering av koncerner och beslutsfattande däri. Detta skulle bli mer transparent och förutsägbart än att låna rättsfiguren inlåning av arbetskraft från arbetsrätten samt ansvarsgenombrott/genomsyn från bolagsrätten. Det faktum att koncernerna idag befinner sig på ett rättsligt ingenmansland får uppfattas som en möjliggörande och inte som en tillbakahållande faktor. En sådan reform borde utgå från arbetstagarens synvinkel: den som i en koncern agerar som arbetsgivare bör ansvara direkt som sådan. En koncerndiskrimineringsrätt framstår som både möjlig och viktig, just för att koncernbolagen definitionsmässigt är fristående rättssubjekt som ingår i en intressegemenskap som är sammanflätad med stöd av ägande och som därför styrs mer eller mindre hårt av överordnade subjekt.

3.6.4 Ansvar för icke-diskriminering i entreprenadkontext

Den grundläggande problematiken i arbetsorganisationer som är entreprenader utgörs av att det kontraktuella arbetsgivarbegreppet synes ge ett för snävt definierat ansvar för diskriminering, eftersom den faktiska arbetsorganisationen går utöver den kontraktuella arbetsgivaren. I rättsligt hänseende är endast ett bolag i entreprenaden kontraktuell arbetsgivare, men den faktiska maktutövning som utövas över arbetstagaren kan komma från subjekt som står utanför den kontraktuella arbetsgivaren. De fysiska personer som är bärare av den maktställning som diskrimineringsrätten ska reglera, har i praktiken ofta inte samma kontraktuella arbetsgivare som arbetstagarna de bestämmer över. Grunden för verksamheten och maktutövningen i entreprenader återfinns ytterst i avtalen om samarbete kring ett projekt som de olika entreprenadföretagen ingått med varandra. Någon särreglering av entreprenadsituationen föreligger inte i diskrimineringsrätten. Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet ska tillämpas fullt ut; arbetstagarens motpart i anställningen ansvarar för diskriminering i entreprenader.

Ifråga om diskriminering som sker i form av beslut fattade av den kontraktuella arbetsgivaren är skyddet mot diskriminering fullödigt. Här finns ett subjekt att hålla ansvarig, och beslutsfattaren kan inte som en ursäktande omständighet åberopa att entreprenadförhållandet skulle ha inneburit ett tvång att diskriminera. Den grundläggande utgångspunkten om att vidarebefordrad diskriminering utgör diskriminering blir viktig i detta sammanhang.

Men, vad gäller om diskriminering i form av faktiskt handlande (ofta, men inte alltid, trakasserier) begånget av representanter för ett bolag som inte är den kontraktuella arbetsgivaren? Den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet innebär att den här varianten av diskriminering inte kan begås av någon som inte har samma motpart i anställningsavtalet som den drabbade, och kräver att offer och förövare har samma partsställning i anställningsavtalen. Ansvar för det här ('diskriminerande') handlandet kan ändå utverkas. Om arbetsorganisationens olika entreprenadföretag gett varandra rätt att agera i relation till de som är anställda av något av bolagen, ska de ingående bolagen anses vara likställda med den kontraktuella arbetsgivaren, och därför kunna ådra denna ansvar för sitt handlande. På likartat sätt kan ett bolags företrädare utses att representera ett annat bolag som fullmäktig i relation till arbetstagarna, och också på denna grund kan den kontraktuella arbetsgivaren göras ansvarig.

Vidare; när arbetstagarna i praktiken är verksamma i alla delar av den arbetsorganisation som entreprenaden utgör, är det ofta befogat att uppfatta de olika bolagen som inlånare av arbetskraft. Mot bakgrund av den avtalade samverkan och integration mellan olika huvudmän som entreprenader utgör, står dessa företag ofta i en inlåningsrelation till de arbetstagare som verkar i arbetsorganisationens olika bo-

lag. För den händelse inlåning enligt allmänna arbetsrättsliga utgångspunkter är för handen ansvarar företagen med stöd av särskilt reglering i egenskap av inlånare i relation till arbetskraften för att arbetsorganisationen är fri från diskriminering, också i relation till arbetstagare man inte står i anställningsavtalsförhållande med. Här ligger en möjlighet att hålla samman makt och ansvar även bortom anställningsförhållandets partsställning. Detta är en generell lösning på ett i praktiken mångfacetterat fenomen; företagen som bildar entreprenaden kan sinsemellan vara av olika storlek och ha olika ekonomisk bärkraft. Att hantera 'diskriminerande' handlande i en arbetsorganisation som är en entreprenad som inlåning av arbetskraft innebär att den horisontella avtalsrelationen mellan arbetsorganisationens olika bolag ges en vertikal (mellan bolag och arbetskraft) implikation i det att firmorna blir bärare av det särskilt föreskrivna inlåningsansvaret för arbetskraften. Om det i någon entreprenad inte skulle vara fråga om inlåning, så avgör den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet gränserna för vilket ansvar som är möjligt att utkräva.

Frågan om en explicit och mer transparent särreglering av diskrimineringskydd i arbetsorganisationer som är entreprenader framstår som viktig, trots de befintliga möjligheterna att hantera saken som inlåning. Där koncerner ytterst är sammanhållna av ägandets makt, är en entreprenad i princip sammanhållen av avtal om förverkligandet av något visst projekt, som sker i varje deltagande företags respektive intresse. Det är denna gemenskap kring uppgiften och de förväntade förtjänsterna, som utgör grunden för att uppfatta entreprenaden som en distinkt arbetsorganisation som bör kunna bära ett ansvar för diskriminerande praktiker. I entreprenadfallet, till skillnad från vad som gäller för koncerner, har emellertid hittills inte förekommit någon diskussion om ansvarsgenombrott eller genomsyn.

3.6.5 Ansvar för icke-diskriminering i bemanningskontext

Arbetsorganisationer som bygger på bemanningsarbete karaktäriseras av att den kontraktuella arbetsgivaren är frånvarande från arbetsorganisationen, och att inhyraren istället är den huvudman som arbetskraften står i förbindelse med. Den kontraktuella arbetsgivaren är i denna mening större än den faktiska arbetsorganisationen; flera arbetsgivarfunktioner utövas av bemanningsföretaget, som befinner sig utanför den faktiska arbetsorganisationen. Arbetsprestationen vid bemanningsarbete är bortkopplad från den kontraktuella arbetsgivarens egen organisation. Ett effektivt diskrimineringskydd måste kunna verka i relation till (också) den huvudman som direkt tillgodogör sig bemanningsarbetet. Om inte de båda huvudmännen i bemanningsarbetet kan inkluderas i ansvarssystemet blir bemanningsanställningen en form som kan användas för att göra diskrimineringskyddets tillämplighet valfritt för köpare av arbete utfört inom ramen för anställning. Diskrimineringskyddet var en av de första aspekterna som uppmärksammades vid ut-

vecklandet av reglerna som omgärdar bemanningsarbetet. Resultatet blev en delvis invecklad korsvis reglering kring ansvarsfrågorna.

Bemanningsföretaget ansvarar i sin egenskap av kontraktuell arbetsgivare, i enlighet med huvudregeln, för diskriminering på de områden av arbetsgivarprerogativet som detta subjekt är ensam bärare av och som faktiskt äger rum hos denna: framförallt fördelningen av uthyrningsuppdrag och lönesättning. Dessutom ansvarar bemanningsföretaget – fortfarande i dess egenskap av kontraktuell arbetsgivare – för diskriminering begången av inhyraren, eftersom inhyraren med stöd av den diskrimineringsrättsliga särregeln ska ”likställas” med bemanningsföretaget.¹⁵⁷⁰ Vidare; inhyraren ansvarar – i egenskap av just inhyrare, och inte av arbetsgivare – för diskriminering detta subjekt begår i relation till den inhyrda arbetskraften. Det är här fråga om ett inhyraransvar, som med stöd av uttrycklig lagreglering går bortom arbetsgivar-arbetsstagarrelationen. Eftersom de aspekter av arbetsgivarprerogativet som avser beslut om anställningsvillkor i praktiken ofta ligger kvar hos bemanningsföretaget, blir inhyraransvaret framförallt relevant för diskriminering i form av faktiska bemötanden på arbetsplatsen.

I och med att bemanningsarbetet är konstruerat med två huvudmän blir den grundläggande regeln om förbud mot vidarebefordrad diskriminering viktig. Den ena huvudmannen kan inte efterkomma den andres begäran om att verkställa något som är diskriminerande i lagens mening. Bemanningsföretaget får, exempelvis, inte använda inhyrarens diskriminerande bedömningsgrunder som utgångspunkt för lönesättning. Denna utgångspunkt är central också i den situationen att inhyraren av diskriminerande skäl avbryter inhyrningen av någon viss arbetstagarare, och detta beslut sedan omvandlas till något beslut fattat av den kontraktuella arbetsgivaren ägnat att avsluta anställningen. Diskrimineringsförbudet riktat mot den kontraktuella arbetsgivaren kommer således att omfatta all diskriminering som är av den karaktären att den måste verkställas med stöd av den del av arbetsgivarprerogativet som inte delegerats till inhyraren. På detta sätt blir huvudregeln om diskrimineringsförbud fortsatt relevant i bemanningskontext och får en omfattande betydelse som filterfunktion, som hindrar att diskriminerande impulser från avnämmare, samhälle och marknad samt inhyrare och dennas kunder och anställda vidarebefordras till de bemanningsanställda.

Det är därför en delvis öppen fråga vad den diskrimineringsrättsliga särregleringen av bemanningsanställningen tillförde det som redan gällde på denna punkt. Det kan emellertid ändå vara en tillgång för arbetstagararen att ha möjligheten att vända sig mot inhyraren; bevisläget kan vara bättre, och den kontraktuella arbetsgivaren kan tänkas vara insolvent.

¹⁵⁷⁰ Se kapitel 3.5.2.3.

Ifråga om sådan diskriminering som inte nödvändigtvis måste ske i form av arbetsgivarbeslut – bemötanden m.m. – är särregleringen om inhyrarsansvar däremot viktig; inhyraren ansvarar direkt mot (den inhyrda) arbetskraften, och det måste inte utredas om trakasserierna är kopplade till någon delegation av beslutsamt från den kontraktuella arbetsgivarens sida.

Regeln om att den kontraktuella arbetsgivaren ansvarar för diskriminering utförd av någon som ska likställas med honom eller henne är tillämplig också i bemanningskontexten. Ur diskrimineringsrättslig synvinkel är bemanningsanställning konstruerad som en form av överlappande representation där de båda huvudmännen representerar varandra i relation till arbetskraften. Detta innebär att skyddet blir heltäckande för arbetskraftens del, men att regleringen möjligen inte är särskilt transparent.

Ett direkt inhyrarsansvar i relation till arbetskraften är i alla händelser inte obefogat eller redundant. Ett sådant ansvar tillgodoser den rimliga principen om att den som ansvarar för en faktisk arbetsorganisation, också bär rättsligt ansvar för det som händer där. Detta motsäger inte att den som verkställer en begäran om diskriminering i och för sig också är klandervärd. Möjligheten att hålla inhyraren ansvarig är värdefull eftersom det i praktiken är enklare att vända sig mot endast denna; endast en uppsättning omständigheter måste styrkas i processen. Riktas talan mot den kontraktuella arbetsgivaren under påstående att denna diskriminerat på inhyrarens begäran måste omständigheter (kring agerandet) hos både inhyrare och bemanningsföretag styrkas.

I bemanningskontexten omfattas ett och samma agerande av överlappande ansvarsordningar: den kontraktuella arbetsgivaren och inhyraren ansvarar båda. Vilket ansvar som faktiskt utkrävs avgörs av utomrättsliga faktorer som bl.a. bevisläget och DO:s myndighetsagerande. DO:s agerande i rådgivning, utredning och processupplägg inverkar på vilket subjekt som sist och slutligen blir ansvarig för det skedd. DO:s överväganden och prioriteringar vid anklagelser om diskriminering i arbetsorganisationer som är bemanningsföretag borde bli föremål för samhällsvetenskaplig analys, eftersom endast en sådan kan visa var ansvaret i praktiken placeras.

Framtida överväganden om reformer av diskrimineringsskyddet i bemanningskontext kan ha anledning att uppmärksamma om inte begreppet bemanningsföretag snarare än arbetsgivare borde användas i lagstiftningen. Eftersom det inte är meningen att arbete ska utföras hos bemanningsföretaget, motsvarar detta inte de nedärva föreställningarna om arbetsgivare. Med stöd av en särskild begrepps-bildning skulle det bli enklare att lägga fast en tydlig ansvarsfördelning mellan huvudmännen som inte utmanar arbetsrättens begreppsapparat – och dessutom skulle bemanningsarbetets karaktär som en distinkt (anställnings-)avtalstyp konsolideras.

4. Arbetsmiljön i komplexa arbetsorganisationer

4.1 Ansvarsfördelning och arbetsgivarbegrepp i det fragmenterade arbetslivets arbetsmiljörätt

4.1.1 Lagstiftning om arbetsplatsen och huvudmannens ansvar

Långt innan lagstiftaren reglerade anställningsförhållandet – dvs. definierade arbetsgivarens och arbetstagarnas inbördes rättigheter och skyldigheter – hade arbetsplatsens utformning blivit föremål för lagreglering. Arbetsmiljörätten är en av de äldsta delarna av regleringen av arbetslivet.¹⁵⁷¹ I svensk lagstiftning fanns alltså redan mitten av 1800-talet i princip arbetsmiljöregler (avseende barn och kvinnor i fabriker), och på det internationella planet slogs fast i ILO:s konstitution av 1919 att organisationen skulle främja ”the protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment”.¹⁵⁷² Dessutom har EU alltsedan starten 1957 varit aktivt på arbetsmiljöområdet.¹⁵⁷³

Arbetsmiljörätten har således en lång historia som inleddes samtidigt med industrialismen,¹⁵⁷⁴ och dess nedärvda begrepp har konstant utvecklats i samspel med utvecklingen på arbetsmarknaden och i produktionen.¹⁵⁷⁵ Den gällande arbetsmiljölagen stiftades 1977¹⁵⁷⁶ med syftet att ”förebygga ohälsa och olycksfall i

¹⁵⁷¹ Se kapitel 4.1.5.

¹⁵⁷² ILO Constitution, preamble. Philadelphiadeklarationen förtydligade 1944 att ILO skulle främja staternas arbete för ”adequate protection for the life and health of workers in all occupations”. Declaration of Philadelphia, art. III.g.

¹⁵⁷³ Valdés de la Vega, Occupational Health and Safety: An EU Law Perspective, 2013, s. 1-27, Walters, The Framework Directive, 2002, s. 39-57.

¹⁵⁷⁴ Lundh & Gunnarsson, *Arbetsmiljö, arbetarskydd och utvärderingsforskning*, 1987.

¹⁵⁷⁵ SOU 2009:93, SOU 2011:60, Arbetsmiljöverket, *Systematiskt arbetsmiljöarbete – syfte och inriktning, hinder och möjligheter i verksamhetsstyrningen. Del II: Hur SAM genomförs i branscherna*, 2013, Steinberg, Är arbetsmiljölagen sexistisk? 2011, s. 221-254.

¹⁵⁷⁶ Arbetsmiljölagen (1977:1160), som ändrats vid ett stort antal tillfällen, med tillhörande arbetsmiljöförordningen (1977:1166), som också ändrats vid ett stort antal tillfällen.

arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö” i ”varje verksamhet i vilken arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning”.¹⁵⁷⁷ Begreppet arbetsgivare avgör således delvis lagstiftningens tillämplighet, och arbetsgivaransvaret för arbetsmiljön är en viktig, men idag långt ifrån den enda, form för skyddsansvar.

Den som idag frågar om var ansvaret för arbetsmiljön i en komplex arbetsorganisation ligger, kommer att bli varse att den svenska arbetsmiljölagen innehåller inte mindre än 19 ansvarssubjekt, och arbetsgivaren är endast ett av dem.¹⁵⁷⁸ Vart och ett av dessa ansvarssubjekt kan ha skyldigheter i anslutning till arbetsmiljön avseende en viss arbetstagare. Reglernas offentlighetsrättsliga karaktär innebär att frågor om vilket subjekt som i en viss situation är ansvarig för arbetsmiljön handlar om vilket subjekt som är bärare av skyddsansvar, något som kan utlösas på olika sätt och bäras av flera subjekt, också samtidigt.

Eftersom arbetsmiljöreglerna skiftar risker och kostnader förknippade med arbete i anställningsförhållandet är det befogat att uppfatta dessa regler som en arbetsrättslig angelägenhet, trots att reglerna i princip hör till den offentliga rätten.¹⁵⁷⁹ Ur huvudmannens perspektiv innebär åtgärder för en bättre arbetsmiljö ökade kostnader och en strävan efter att minska kostnaderna för produktionen kan leda till att arbetsmiljön prioriteras ned.¹⁵⁸⁰ Arbetstagarnas intresse av att arbeta i en god arbetsmiljö följer av att deras arbetskraft är den enda produktionsfaktor de äger eller kan skaffa sig. Om arbetsmiljön skulle leda till att arbetstagaren förlorade denna sin arbetskraft, skulle denna person slås ut från möjligheten att försörja sig på arbetsmarknaden.¹⁵⁸¹

¹⁵⁷⁷ 1 kap. 1 § och 1 kap. 2 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160) i dess lydelse efter SFS 1994:579.

Fartygsarbete och redares och befälhavares ansvar samt verksamhet i skolor, fängelser och totalförsvaret (1 kap. 2 § 2 och 4 p, 1 kap. 3 § arbetsmiljölagen [1977:1160]) är särreglerat.

¹⁵⁷⁸ 3 kap. arbetsmiljölagen (1977:1160): Arbetsgivaren, arbetstagaren, den som låter utföra ett byggnads- eller anläggningsarbete, byggarbetsmiljösamordnare, arkitekter och konstruktörer, uppdragstagare som på visst sätt anlitas av den som låter utföra byggnads- eller anläggningsarbete, den som råder över fast arbetsställe, redare, den som svarar för varvsdrift, samordningsansvarig, de som samtidigt bedriver verksamhet på gemensamt arbetsställe, de som arbetar på ett gemensamt arbetsställe, den som tillverkar monteringsfärdiga byggnader eller anläggningar, den som tillverkar, importerar, överlåter eller upplåter en maskin, ett redskap, skyddsutrustning eller annan teknisk anordning, den som tillverkar, importerar eller överlåter ett ämne, den som överlåter eller upplåter en förpackad produkt, den som installerar en teknisk anordning, den som anlitar inhyrd arbetskraft, den som upplåter en lokal, ett markområde eller ett utrymme under jord för arbete eller som personalutrymme.

¹⁵⁷⁹ Jfr diskussionen i Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013, s. 40ff, s. 114ff, Steinberg, *Arbetsmiljörätt – kan det va' nå't?*, 2010, s. 565-585, s. 572 med hänvisning till Hydén.

¹⁵⁸⁰ Johnstone m.fl., *Beyond Employment*, 2012, s. 152 med vidare hänvisningar.

¹⁵⁸¹ Dorman, *If Safety Pays, Why Don't Employers Invest in it?*, 2000, s. 351-365.

Reglerna om arbetsmiljö har alltid varit sanktionerade med bestraffande penningssanktioner som tillfaller staten; och därför är arbetsmiljörätten av offentligrättslig karaktär.¹⁵⁸² Arbetsmiljörättens konstruktion innebär att staten i form av Arbetsmiljöverket ställer krav på arbetsgivarna, och utfärdar sanktioner i form av vite, för den händelse något krav inte efterlevs. Statens krav på arbetsgivarna omvandlas till nytta för arbetstagarna i form av en förbättrad arbetsmiljö, men arbetstagarna är på detta område ur rättslig synvinkel inte motpart till arbetsgivaren.

Problemställningen i arbetsmiljörätten handlar inte om hos vilket subjekt arbetstagarna kan utkräva någon viss rättighet, utan om vilket subjekt i en komplex arbetsorganisation som kan drabbas av sanktioner vid brister i arbetsmiljön. Huvudmannen är inte ett subjekt som har skyldigheter i relation till arbetstagarparten i anställningsförhållandet, utan ett offentligrättsligt ansvarssubjekt. Partsställningen skiljer sig från den civilrättsliga arbetsrättens, där arbetsgivaren är den överordnade parten, medan i arbetsmiljörätten arbetsgivaren är den underordnade i relation till staten/tillsynsmyndigheten.

Begreppet arbetsmiljö är brett och inkluderande; EU-domstolen har slagit fast att ”samtliga faktorer, fysiska och andra, som skulle kunna påverka arbetstagarens hälsa och säkerhet i dennes arbetsmiljö” innefattas.¹⁵⁸³ Det förefaller således som om gränsdragningen kring omständigheterna som ska anses ingå i arbetsmiljön ska vara effektorienterad. Den här breda förståelsen av begreppet arbetsmiljö ska samläsas med EU-domstolens rättspraxis om räckvidden av ansvaret för arbetsmiljön; det handlar inte om att arbetsgivaren måste säkerställa en riskfri miljö, utan om att vidta åtgärder ägnade att hindra olyckor, samt att arbetsgivaren ansvarar, för den händelse en olycka verkligen inträffar. Det är inte fråga om ett strikt ansvar, utan om en skyldighet att vidta skäliga åtgärder.¹⁵⁸⁴

Arbetsmiljölagen är, för att tala med Hydén, en ramlag, som ”har ett ofullständigt normativt innehåll” och som ”kräver kompletteringar” i form av regerings- och myndighetsföreskrifter.¹⁵⁸⁵ Det anses samtidigt att rättsområdet är påtagligt tekniskt och att reglernas genomslag i praktiken i högre grad än annars i arbetsrättsliga sammanhang är beroende på de lokala aktörernas – arbetsgivare, arbetstagare, skyddsombud och tillsynsmyndighetsföreträdare – kunskaper och ömsesidiga

¹⁵⁸² Arbetsmiljörättens position är i skärningsområdet mellan civilrätt och offentligrätt. Jfr Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013, s. 40ff, s. 114ff, Steinberg, *Occupational Health and Safety in a Diverse, Post-Industrial Society: A Swedish Dilemma*, 2013, s. 281-328 och Sigeman, *Bot, plikt och skadestånd*, 1983, s. 301-327.

¹⁵⁸³ Mål C-84/94, p. 15 och p. 38. Domstolen tillämpade dåvarande fördragets art. 118a och avgjorde om ett arbetsmiljödirektiv skulle vara tillåtet.

¹⁵⁸⁴ C-127/05.

¹⁵⁸⁵ Hydén, *Ramlagstiftning inom arbetsrätten*, 1983, s. 199-228, s. 213, Hydén, *Att hugga i sten utan att gå bet*, 1993, s. 203-217.

tillit.¹⁵⁸⁶ Dessa förståelser av arbetsmiljörätten samsas vidare med tankegången att arbetsmiljöarbete till glädje för arbetstagarna samtidigt är till viss nytta för arbetsgivaren i ett företagsekonomiskt perspektiv, i termer av ökad lönsamhet och konkurrensfördelar.¹⁵⁸⁷

En expansion av tillämpningsområdet för arbetsmiljörätten har handlat om att grupper av arbetspresterande, bl.a. s.k. ensamföretagare¹⁵⁸⁸, utöver arbetstagare har kommit att omfattas av lagstiftningen.¹⁵⁸⁹

Idag utgör arbetsmiljörätten ett gigantiskt regelverk med en (ram-)lag och en förordning, ca 170 nationella myndighetsföreskrifter¹⁵⁹⁰ som innehåller tusentals regler, ett ramdirektiv på EU-nivå,¹⁵⁹¹ ca 46 EU-direktiv,¹⁵⁹² fyra autonoma ramavtal på EU-nivå,¹⁵⁹³ och drygt 20 ILO-konventioner.¹⁵⁹⁴

Den stora mängden EU-rättsliga normer från den sociala dimensionen blev en del av den nationella arbetsmiljörätten redan i och med att Sverige närmade sig unionen.¹⁵⁹⁵ Den svenska hållningen har varit att navet i EU:s arbetsmiljörätt, ramdirektivet, inte krävde någon större anpassning av de nationella reglerna, eftersom det redan fanns bestämmelser som överensstämde med direktivets.¹⁵⁹⁶ Ur nationell

¹⁵⁸⁶ Lundberg, *Från lag till arbetsmiljö*, 1982.

¹⁵⁸⁷ SOU 2009:47, s. 27., Arbetsmiljöverket, *Systematiskt arbetsmiljöarbete – syfte och inriktning, hinder och möjligheter i verksamhetsstyrningen*, 2013, s. 11 ff

¹⁵⁸⁸ Jfr Council Recommendation of 18 February 2003 concerning the improvement of the protection of the health and safety at work of self-employed workers, EUT nr L 53 s. 45-46, 28/2/2003, Ds 1993:82, prop. 1993/94:186, s. 59-61. och 3 kap. 5 § arbetsmiljölagen (1977:1160), 15 §, 3 st. arbetsmiljöförordningen (1977:1166).

¹⁵⁸⁹ 1 kap. 3 och 4 §§ arbetsmiljölagen (1977:1160): Den som genomgår utbildning, med undantag för barn i förskolan och elever i fritidshemmet, den som under vård i anstalt utför anvisat arbete, den som tjänstgör i, eller deltar i frivillig utbildning för, verksamhet inom totalförsvaret, deltagare i arbetsmarknadspolitiska program, deltagare i praktik eller annan kompetenshöjande verksamhet som har anvisats av socialnämnd, dem som Migrationsverket ger sysselsättning.

¹⁵⁹⁰ Arbetsmiljöverket, *Förteckning 1 januari 2014 över samtliga gällande författningar och allmänna råd som har beslutats av Arbetarskyddsstyrelsen och Arbetsmiljöverket*.

¹⁵⁹¹ Direktiv 89/391/EEG.

¹⁵⁹² Direktiv 1999/92/EC, 92/58/EEC, 89/656/EEC, 89/655/EEC, 89/654/EEC, 2006/95/EC, 2006/42/EC, 98/37/EC, 2001/95/EC, 97/23/EC, 95/16/EC, 94/9/EC, 90/396/EEC, 89/686/EEC, 89/106/EEC, 87/404/EEC, 85/374/EEC, 84/527/EEC, 84/526/EEC, 84/525/EEC, 76/767/EEC, 75/324/EEC, 2009/161/EU, 2009/148/EC, 2006/15/EC, 2004/37/EC, 2000/39/EC, 98/24/EC, 91/322/EEC, 83/477/EEC, 2008/68/EC, 1999/45/EC, 96/82/EC, 95/50/EC, 91/414/EEC, 67/548/EEC, 2010/32/EU, 94/33/EC, 93/103/EC, 92/104/EEC, 92/91/EEC, 92/85/EEC, 92/57/EEC, 92/29/EEC, 91/383/EEC, 2009/13/EC, 1999/63/EC.

¹⁵⁹³ Inkluderande arbetsliv, stress, trakasserier, distansarbete. Se KOM(2002) 341 om regleringsformen.

¹⁵⁹⁴ Bl.a. C13, C45, 62, C115, C119, C120, C127, C136, C139, C148, C155, C161, C162, C167, C170, C174, C176, C184, C187. Jfr SOU 1976:4.

¹⁵⁹⁵ Ds 1991:72, Ds 1993:82.

¹⁵⁹⁶ KOM(2004) 62, s. 7. Jfr SOU 1993:81, s. 98.

synvinkel har regler på lägre nivå än lagstiftning varit viktiga, både för att precisera den nationella lagstiftningen, men också för att genomföra EU-rätten. Till skillnad från vad som är brukligt på arbetsrättens område i Sverige är kollektivavtalet inte en framträdande regleringsform i arbetsmiljöfrågor. Kollektivavtal har förekommit, men de viktigaste normerna har kommit från lagstiftaren.¹⁵⁹⁷

Arbetsmiljörätten är speciallag till miljörätten¹⁵⁹⁸, och de kostnader som placeras på någon huvudman med stöd av dessa regler är endast de som har en kontaktyta med arbetets utförande och verksamhet som bedrivs i anslutning till detta, dvs. ”den inre miljön på arbetsplatserna”.¹⁵⁹⁹ Utanför arbetsmiljörätten finns sedan länge regler om ersättning vid arbetsskada.¹⁶⁰⁰

4.1.2 Arbetsmiljö ur rättslig synvinkel: standarder, tillsyn och samverkan – och sanktioner

Placeringen av ansvar för arbetsmiljön i komplexa arbetsorganisationer sker i det arbetsmiljörättsliga tillsyns- och sanktionssystemet.¹⁶⁰¹ En statlig myndighet, Arbetsmiljöverket¹⁶⁰², utövar tillsyn över att lagen och föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs.¹⁶⁰³ För att fullgöra tillsynen har Arbetsmiljöverket rätt till upplysningar, handlingar och prov samt rätt påkalla undersökningar och tillträde till verksamheterna.¹⁶⁰⁴ Om brister i arbetsmiljön uppdagas vid tillsynsbesök, utfärdas ett inspektionsmeddelande med krav om åtgärder. Inspektionsmeddelanden är inte rättsligen bindande, och kan inte överklagas. Efterföljs inte dessa krav, kan

¹⁵⁹⁷ Sedan 1990-talets början har, som ett resultat av motstånd från arbetsgivarsidan, inte förekommit centrala arbetsmiljöavtal. Detta avståndstagande motiverades av ideologiska skäl och var ett led i tillbakaträdandet från den svenska arbetsmarknadens korporativa strukturer. Se Thörnquist, *From Centralized Self-regulation to Organized Decentralization: Occupational Health and Safety (OHS) in Sweden 1940-2002*, 2003, s. 167-191.

¹⁵⁹⁸ Miljöbalken (1998:808) 1 kap. 3 §, 2 st: ”Såvitt gäller skydd mot ohälsa och olycksfall i arbete samt i sådana hänseenden i övrigt som huvudsakligen avser arbetsmiljön tillämpas bestämmelserna i arbetsmiljölagen (1977:1160).” Prop. 1997/98:45, Del 2, s. 10 f.

¹⁵⁹⁹ Prop. 1997/98:45, Del 1, s. 175.

¹⁶⁰⁰ 39 kap. (bl.a.) socialförsäkringsbalken (2010:110), Carlson, *Arbetsskada*, 2008, Dillén, *Arbets-skadeansvar*, 1982.

¹⁶⁰¹ Se t.ex. Steinberg, *Brott mot arbetsmiljölagen*, 2013, s. 161-180.

¹⁶⁰² Före 2001 utgjorde Arbetarskyddsstyrelsen och Yrkesinspektionen, som tillsammans kallades Arbetarskyddsverket, tillsynsmyndighet på arbetsmiljöområdet. Se prop. 1999/2000:141 för avvecklandet av dessa myndigheter och skapandet av Arbetsmiljöverket.

¹⁶⁰³ 7 kap. 1 § arbetsmiljölagen (1977:1160) och förordningen (2007:913) med instruktion för Arbetsmiljöverket.

¹⁶⁰⁴ 7 kap. 2 och 5 §§ arbetsmiljölagen (1977:1160).

verket besluta om föreläggande eller förbud, och detta beslut kan förses med viteshot.¹⁶⁰⁵

Den som kan drabbas av föreläggande eller förbud är ”den som har skyddsansvar enligt 3 kap. 2-12 §§”.¹⁶⁰⁶ Begreppet skyddsansvar används för att definiera vem som är ansvarig för att bedriva arbetsmiljöarbete i någon viss situation och arbetsorganisation. I anställningsförhållanden är arbetsgivaren¹⁶⁰⁷ alltid skyddsansvarig, men många kompletterande ansvarssubjekt och ansvarsrelationer förekommer. Arbetsmiljöverkets beslut med stöd av lagstiftning eller föreskrifter överklagas idag hos allmän förvaltningsdomstol.¹⁶⁰⁸ Så sent som 2007 ansågs beslut i arbetsmiljöärenden vara behäftade med ”politiska dimensioner”, på ett sätt som motiverade att överklagande skulle ske regeringen, och inte till domstol. 2008 konstaterade emellertid regeringen att ”utrymmet för skönsmassiga bedömningar inte är sådant att det utgör hinder för domstolsprövning”, och att man inte såg behov av att själv påverka bedömningen av arbetsmiljöärenden.¹⁶⁰⁹ Reformen genomfördes trots att regeringen sade sig vara

medveten om att överprövningen av Arbetsmiljöverkets beslut kan innebära en avvägning mellan intresset av att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet å ena sidan och ekonomiska och andra effekter för en privat eller offentlig arbetsgivare å andra sidan.¹⁶¹⁰

Att överklaganden prövades av regeringen innebar att prejudikat i traditionell mening inte uppstod på arbetsmiljörättens område.¹⁶¹¹

I praktiken spelar rättstillämpningen på domstolsnivå en tillbakadragen roll. Tillsynsmyndigheten gör varje år ett stort antal tillsynsbesök och utfärdar en stor mängd inspektionsmeddelanden med krav om åtgärder. Antalet förelägganden och förbud är däremot lågt. 2010, exempelvis, gjorde Arbetsmiljöverket 33 532 arbetsställebesök och utfärdade 13 386 inspektionsmeddelanden med krav. Antalet förelägganden och förbud, däremot, uppgick till 944 det året. I 45 tillfällen ansökte

¹⁶⁰⁵ 7 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Verket får också besluta om rättelse på den felandes bekostnad.

¹⁶⁰⁶ 7 kap. 7 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁶⁰⁷ 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁶⁰⁸ 9 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Prövningstillstånd krävs för prövning i andra instans. Ett förslag om att göra endast domstolen i Stockholms län behörig att pröva dessa mål avvisades. Se Ds 2007:32, s. 27.

¹⁶⁰⁹ Prop. 2007/08:62, s. 14.

¹⁶¹⁰ Prop. 2007/08:62, s. 14.

¹⁶¹¹ Jfr dock sammanställningen i Arbetsmiljöverket, *SAM i regeringsbeslut*, Rapport 2006:9. Rapporten anger att regeringen på fyra och ett halvt år fattade beslut i 210 överklagningsärenden, mot bakgrund av 2297 beslut om föreläggande och förbud från Arbetsmiljöverket.

verket sedan om utdömande av vitet.¹⁶¹² Det ligger nära till hands att tolka dessa siffror som att efterlevnaden av tillsynsmyndighetens beslut är god,¹⁶¹³ och att verkets bedömningar har legitimitet hos verksamhetsutövare. På arbetsmiljörättens område sker den övervägande delen av rättstillämpningen alltså på myndighetsnivå. Myndighetspraxis, som inte refereras eller systematiseras, preciserar den närmare utformningen av ansvarsrelationerna i arbetsmiljörätten.

Att tyngdpunkten ifråga om den rättsliga hanteringen ligger på myndighetsnivå leder för de komplexa arbetsorganisationernas del till en specifik problematik. Ansvarsutkrävandet i dessa arbetsorganisationer är känslig, eftersom en och samma omständighet i arbetsmiljön kan vara flera subjekts ansvar, samtidigt. I en given situation kan alltså flera subjekt vara bärare av skyddsansvaret och vara möjliga att rikta sanktioner mot. Myndighetens beslut om vem man ska rikta inspektionsmeddelandet, föreläggandet eller förbudet och viteshotet mot, kommer att styra utvecklingen av ansvarsfrågorna inom arbetsmiljörätten. Även om den lokala tillsynsverksamheten sker i enlighet med lagstiftningen finns inom ramen för dessa regler en möjlighet för myndigheten att göra olika prioriteringar om skyddsansvaret. Detta beslutsfattande blir inte föremål för systematisk analys eller sammanhållet offentliggörande.

Bedrivandet av tillsynsverksamheten styrs av Arbetsmiljöverkets egna interna föreskrifter, och detta regelverk utgår från att arbetsgivaren är det primära ansvars-subjektet. Ett av många uttryck för detta är att inspektörerna ska

tydligt beskriva i inspektionsmeddelandet vilken typ av skyddsansvar enligt 3 kap. AML kraven grundar sig på om krav riktas mot någon annan än en arbetsgivare.¹⁶¹⁴

Det måste klargöras i inspektionsmeddelandet ”i vilken roll adressaten får meddelandet”, när det inte handlar om att rikta sig till arbetsgivaren. Det kan stå, exemplifierar Arbetsmiljöverket, ”i egenskap av byggarbetsmiljösamordnare”, eller ”i egenskap av den som hyr in arbetskraft”. Dessutom ska anges vilken bestämmelse som åberopas.¹⁶¹⁵ Det är den lokala myndighetsnivån väljer vem av flera tänkbara skyddsansvariga som ska bli adressat för kraven. I de situationer det blir aktuellt att följa upp inspektionsmeddelandet med ett beslut om föreläggande eller förbud föreskrivs att Arbetsmiljöverket ska ”kontrollera att beslutet riktas till rätt adressat d.v.s arbetsgivaren eller annan skyddsansvarig”.¹⁶¹⁶

¹⁶¹² SOU 2011:57, s. 93.

¹⁶¹³ SOU 2011:57, s. 114.

¹⁶¹⁴ Arbetsmiljöverket. Tillsynsserien 4/2009, Regler för inspektion, p. 3.3.1.d (s. 26).

¹⁶¹⁵ Arbetsmiljöverket. Tillsynsserien 4/2009, Regler för inspektion, kommentaren till föreskriften i p. 3.3.1.d (s. 26).

¹⁶¹⁶ Arbetsmiljöverket. Tillsynsserien 4/2009, Regler för inspektion, p. 3.4.3.d (s. 37).

Arbetsmiljörätten är således inte endast en ramlag¹⁶¹⁷ i vilken den materiella normutvecklingen och är i hög grad decentraliserad och myndighetsberoende utan myndigheten kan också i viss utsträckning välja mot vem av flera tänkbara som kraven riktas mot.

Arbetsmiljörättens sanktionssystem föreligger vidare till viss del inom straffrätten, även om lagstiftaren principiellt beslutat om att börja ersätta straff med sanktionsavgifter.¹⁶¹⁸ Den straffrättsliga hanteringen av arbetsmiljöfrågor bygger på en koppling mellan arbetsmiljörättens skyddsansvar och det straffrättsliga specialsubjektet.¹⁶¹⁹ för arbetsmiljöbrott döms ”någon” som varit vållande till annans död, kroppsskada eller sjukdom eller framkallat fara för annan, genom att

uppsåtligen eller av oaksamhet åsidosatt vad som i enlighet med arbetsmiljölagen (1977:1160) ålegat honom till förebyggande av ohälsa eller olycksfall.¹⁶²⁰

Det straffrättsliga ansvarsutkrävandet är avhängigt det arbetsmiljörättsliga skyddsansvarets placering. Ur straffrättslig synvinkel är arbetsmiljöbrottet en distinkt och invecklad problematik,¹⁶²¹ inte minst eftersom det ofta handlar om brottslighet begången inom ramen för juridiska personer, och s.k. företagaransvar.¹⁶²²

4.1.3 Anställningsförhållandet och ansvaret för arbetsmiljön

Den mest grundläggande utgångspunkten för arbetsmiljörätten är att kostnaderna för åtgärder till hindrande av att arbetet innebär att arbetstagarna förlorar sin arbetskraft inte får vara placerade på arbetstagarna själva. Denna omskiftning av risker och kostnadsansvar bort från arbetstagarna är synlig i EU-rätten där det föreskrivs att ”Åtgärder som rör säkerhet, hygien och hälsa får under inga förhållanden medföra några kostnader för arbetstagarna.”¹⁶²³ ILO-konventionen om arbetsmiljö från 1981 slår på likartat sätt fast att ”Occupational safety and health

¹⁶¹⁷ DsC 1984:12 [Hydén].

¹⁶¹⁸ Prop. 2012/13:143.

¹⁶¹⁹ Andersson framställer arbetsmiljöns ansvarssystem ur ett s.k. tidsperspektiv. Se Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013, s. 66-75.

¹⁶²⁰ 3 kap. 10 § brottsbalken (1962:700) (samt 3 kap. 7, 8, 9 §§ samma balk).

¹⁶²¹ Arvidsson, Jeppsson, Jonasson, *Arbetsgivarens arbetsmiljöansvar – omfattning och placering*, 1984, SOU 1988:3, Arbetsmiljöverket, *Arbetsmiljöbrottens omfattning, struktur och utveckling*, Kunskapssammanställning, Rapport 2013:4.

¹⁶²² Jfr Jönsson, *Straffansvar och modern brottslighet*, 2004, Thornstedt, *Om företagaransvar*, 1948, Thornstedt, *Företagarens straffansvar*, 1976. Se NJA 1991 s. 247, NJA 1993 s. 245, NJA 2004 s. 34, NJA 2004 s. 80, NJA 2004 s. 126, NJA 2007 s. 369.

¹⁶²³ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 6.5.

measures shall not involve any expenditure for the workers.”¹⁶²⁴ Förarbetena till arbetsmiljölagen talar om att ”kostnaderna för [arbetsmiljöförbättrande] åtgärder är en del av produktionskostnaderna”, och dessa ”bör [i princip] bäras av produktionen”, samt att ”Samhället bör inte avlasta arbetsgivarna deras ansvar för arbetsmiljön.”¹⁶²⁵ Kostnaderna för arbetsmiljöåtgärder blir en produktionskostnad, som påverkar priset på varor och tjänster i konsumentledet. På detta sätt blir arbetstagnarna sist och slutligen de som i egenskap av konsumenter betalar för åtgärderna. Ansvar för arbetsmiljöarbetets bedrivande ligger emellertid inte på arbetstagnarna själva. Lohse menar att arbetsmiljön ”är en post på företagets kostnadssida”, samtidigt som ”de stundom detaljerade föreskrifterna beröra intimt den vardagliga arbetsledningen.”¹⁶²⁶

Att arbetsmiljöansvaret ligger på en huvudman motiveras dels av att denna har en maktposition, dels av att det är denne som sedan avyttrar resultatet av arbetet på marknaden. Arbetsmiljöansvaret är därför sammanknippt med anställningsförhållandets maktrelationer¹⁶²⁷ och arbetsgivarprerogativet. Andersson menar att ”själva grundförutsättningen för arbetsgivarens arbetsmiljöansvar är arbetsgivarens arbetsledningsrätt” och att maktpositionen motiverar ansvarsställningen. Arbetsledningsrätten och arbetsmiljöansvaret är två sidor av samma mynt.¹⁶²⁸ Denna ambition att begreppsligt söka hålla samman makt och ansvar är närvarande i förarbetena till arbetsmiljölagen; ”Arbetsmiljön skapas genom beslut som fattas i företagen.”¹⁶²⁹ Och;

Det ligger i sakens natur att lagstiftning för att skydda mot ohälsa och olycksfall i arbete i första hand påkallas i sådana lägen där den som utför arbetet allmänt sett är beroende av annans insatser för att förebyggande åtgärder skall vidtas. Så är fallet i anställning och liknande beroendeförhållanden.¹⁶³⁰

Arbetsmiljörätten speglar en grundläggande gränsdragning mellan den som presterar arbete och den som tar emot det: de respektive parternas ansvar renodlas i den meningen att det inte ingår i arbetspresterandet att ta ansvar för under vilka former prestationen sker. Den som tillgodogör sig arbete blir skyldig att se till att detta äger rum i en god arbetsmiljö. I detta avseende bekräftar arbetsmiljörätten de bilateral antagandena bakom den kontraktuella utgångspunkten i arbetsrätten. An-

¹⁶²⁴ ILO Occupational Safety and Health Convention, 1981 nr 155, art. 21.

¹⁶²⁵ Prop. 1976/77:149, s. 192, likartat i prop. 1973:130, s. 148.

¹⁶²⁶ Lohse, *Arbetsgivarnas inställning till föreningsrätt, arbetarskydd och arbetstid i statsvetenskaplig belysning*, 1963, s. 98.

¹⁶²⁷ Jfr Pettersson, *Frihet från underordning*, 2012 och Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 1977.

¹⁶²⁸ Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013, s. 66.

¹⁶²⁹ Prop. 1973:130, s. 147, likartat i prop. 1976/77:149, s. 189.

¹⁶³⁰ Prop. 1976/77:149, s. 194.

dersson menar att begreppet arbetsmiljö kommit att bli synonymt med arbetsgivaransvar och att det inte är möjligt att definiera något som en arbetsmiljöfråga, utan att samtidigt säga att detta något ingår i arbetsgivarens ansvar.¹⁶³¹ Frågor om vilka omständigheter som ingår i arbetsmiljön, och räckvidden i arbetsgivarens ansvar smälter samman. Arbetsmiljörättens förhistoria i regleringen av bilaterala arbetsorganisationer där arbetets utförande var kopplat till en plats, är synlig här: det var, och är delvis fortfarande, korrekt att sätta likhetstecken mellan ”arbetsgivare” och ”arbetsmiljö(-ansvar)”. På dagens arbetsmarknad och i komplexa arbetsorganisationer är emellertid flera huvudmän verksamma på en och samma plats och i en och samma ”arbetsmiljö”.

Just eftersom de anställda själva och deras agerande är avgörande för arbetsmiljöns utformning, är det rimligt att arbetsmiljöansvaret är placerat på den som har makten på arbetsplatsen. De anställda står ju i avtalsförhållande med arbetsgivaren, och inte sinsemellan. Arbetstagarnas anspråk på en ofarlig arbetsmiljö riktas inte korsvis mot varandra, utan mot arbetsgivaren och andra huvudmän. Det är ett åliggande mot den kontraktuella arbetsgivaren, inte mot arbetskamraten, att avhålla sig från att utgöra ett arbetsmiljöproblem.¹⁶³² Det förhärskande synsättet i arbetsrätten är att dessa regler avser en vertikal relation mellan två parter (arbetstagare och arbetsgivare), och att ett direkt ansvar mellan de anställda inte skulle vara möjligt att foga in i systemet.¹⁶³³ Regleringen av arbetsmiljön har två komponenter; arbetsgivarens skyldighet i relation till staten att hålla en god arbetsmiljö, och arbetsgivarens rätt, i relation till de anställda, att bli åtlydd. Arbetsmiljöansvaret bygger på det här samspelet mellan offentligrätt och civilrätt, och kopplingen till civilrättsliga utgångspunkter ger en kontraktuell orientering till reglerna.

Ur samhällsstyrningsperspektiv innebär arbetsmiljörätten dessutom ett förbud mot vissa konkurrensmedel: företagen får inte tävla sinsemellan på marknaden genom att kompromissa med arbetsmiljöstandarder.¹⁶³⁴ Arbete ska utföras på likartade villkor och det är inte tillåtet att skaffa sig konkurrensfördelar genom producera varor och tjänster billigare än andra, genom att i verksamheten tillämpa lägre ställda arbetsmiljöstandarder än de arbetsmiljörätten stipulerar. Arbetsmiljörätten utgör därför en uppsättning grundläggande spelregler för marknadsagerande, som verkar genom att produktionen ska bära kostnaderna för arbetsmiljöarbetet. Det mest betydelsefulla på denna punkt är att arbetsmiljörättens regler bygger på en passande definition av produktionsenheten. I bilaterala arbetsorganisationer är det

¹⁶³¹ Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs*, 2013, s. 61 ff.

¹⁶³² Jfr emellertid 3 kap. 4 § arbetsmiljölagen (1977:1160) om arbetstagares begränsade arbetsmiljöansvar.

¹⁶³³ Se kapitel 3.1.2.

¹⁶³⁴ Johnstone & Jones, *Constitutive Regulation of the Firm: Occupational Health and Safety, Dismissal, Discrimination and Sexual Harassment*, 2006, s. 483-502.

den kontraktuella arbetsgivaren som motsvarar produktionen; genom att lägga arbetsmiljökostnader på denna hålls intäkter och utgifter för arbetet samman. I komplexa arbetsorganisationer kan det vara svårare att ringa in det subjekt som är mest lämpat att bära skyddsansvaret. Det arbetsmiljörättsliga ansvarssystemets effektivitet och rationalitet förutsätter att reglerna bygger på ett adekvat rättsligt begrepp eller uttryck för produktionen.¹⁶³⁵

Att en huvudman i arbetsorganisationen bär kostnadsansvaret för arbetsmiljöförbättrande åtgärder hindrar inte att andra samhälleliga kostnader – t.ex. avseende försäkringar kring arbetsskador,¹⁶³⁶ socialförsäkringar (sjukskrivning),¹⁶³⁷ företagshälsovård¹⁶³⁸ och rehabiliteringsverksamhet på arbetsplatserna¹⁶³⁹ – som uppstår i kölvattnet av arbetets utförande blir föremål för andra avvägningar och placeras på andra subjekt. Dessutom får regler om arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljö effekter på tillämpningen av de civilrättsliga reglerna om anställningskydd.¹⁶⁴⁰

4.1.4 Arbetsmiljölagen och arbetsgivarbegreppet

Vid införandet av den gällande arbetsmiljölagen kom förarbetenas sedvanliga dialog mellan utredare, remissinstanser och politiker att kretsa kring frågor om ansvarsfördelning och om arbetsgivarbegreppet och också innehålla en uttrycklig analys av dessa aspekter. Lagstiftningsärendet i vilket dessa diskussioner fördes 1976 moderniserade den arbetsmiljörättsliga lagstiftning som tillkommit 1949 och delvis reformerats 1973. Vid denna tid hade de komplexa arbetsorganisationerna inte blivit vanligt förekommande och rättsutvecklingen var inte heller påverkad av EU. Förarbetenas diskussion om arbetsgivarbegreppet inleddes i utredningsbetän-

¹⁶³⁵ Dessa utgångspunkter är synliga också i de förslag som är ägnade att använda marknadsmekanismen för att förbättra arbetsmiljön. Förslagen bygger på att resultaten av tillsyn kommuniceras till allmänheten, kunderna, som på detta sätt kan styra sin konsumtion till verksamheter med god arbetsmiljö. På detta sätt får verksamheterna ett incitament att arbeta med arbetsmiljöfrågor. Utgångspunkten är då att vinsterna uppstår i verksamheterna, som belönas för sitt goda arbetsmiljöarbete. Se SOU 2009:40 s. 50, s. 65, och SOU 2009:97, s. 31ff, s. 63ff.

¹⁶³⁶ Carlsson, *Arbetsskada*, 2008, Dillén, *Arbetsskadeansvar*, 1982.

¹⁶³⁷ T.ex. Norberg, *Inkomstskyddet vid övergång från sjukskrivning till arbete eller arbetslöshet*, 2014. Ryberg-Welander, *Socialförsäkringsrätt*, 2014.

¹⁶³⁸ SOU 2011:63, SOU 2011:79.

¹⁶³⁹ SOU 1998:104.

¹⁶⁴⁰ Westregård, En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering, 2006/07 s. 876-888, Westregård, De nya sjukpenningsreglerna i ett arbetsrättsligt perspektiv, 2009, s. 57-76, Westregård, Sjukpenningregler i ett arbetsrättsligt perspektiv, 2010, s. 627-640, Westregård, Partiell "sjuknärvaro". Ett nytt fenomen i arbetslivet, 2011, s. 443-458, Westregård, Changes in the Swedish Sickness Insurance System and Labour Law due to Influence of Flexicurity, 2014, s. 30-50. Se kapitel 2.1.

kandet. Redan antagandet att arbetsgivarbegreppet var en problematik som överhuvudtaget kunde diskuteras och bli föremål för olika bedömningar och tekniska lösningar överraskar, och framstår som en följd av att arbetsmiljörättens koppling till en kontraktuell föreställningsvärld inte är av avgörande betydelse. Utredningen anförde om arbetsgivarbegreppet;

Det grundläggande syftet bakom arbetsmiljölagens regler om ansvaret för arbetsmiljön är att åstadkomma sådana förhållanden på arbetsplatserna att risker för ohälsa och olycksfall så långt som möjligt undanröjs. När det gäller att ta ställning till vem som är att anse som arbetsgivare eller arbetstagare enligt arbetsmiljölagstiftningen blir därför utgångspunkten ytterst den att avgörandet bör stå i samklang med angivna syfte. Detta innebär bl. a. att man aldrig kan bortse från vem som har de omedelbara möjligheterna att påverka skyddsförhållandena på arbetsplatsen och fatta beslut om verksamheten där.

Hänsyn måste härvid tas till vilka grupper som rent faktiskt – genom förebyggande åtgärder och genom att instruera den som utför arbetet – har möjlighet att medverka till att eliminera skaderisker och till att skapa en tillfredsställande arbetsmiljö. Ett arbetsgivaransvar bör läggas på personer som typiskt sett med hänsyn till de organisatoriska och ekonomiska förutsättningarna har goda möjligheter att infria ansvaret. Alla som utför arbete under sådana förhållanden att det är naturligt att den för vars räkning arbetet utförs fullgör en arbetsgivares uppgifter bör i sin tur omfattas av arbetsmiljölagens arbetstagarbegrepp. Vid bedömning av dessa frågor bör man således inte fästa avgörande vikt vid om den som utför arbetet formellt uppträder som självständig företagare, såvida han i organisatoriskt och ekonomiskt avseende och i betraktande av de förhållanden under vilka arbetet faktiskt utförs intar en beroende ställning.¹⁶⁴¹

I utredningens analys ska utformningen av arbetsgivarbegreppet ha reglernas syfte – den goda arbetsmiljön – som ledstjärna; och arbetsmiljörätt lanserades som en spegelbild till arbetsledningsrätten, varpå det kontraktuella arbetsgivarbegreppet blir en självklar utgångspunkt.¹⁶⁴² Utredningen går emellertid vidare på argumentationslinjen om att makt och ansvar ska hållas samman, och fortsätter en bit bortom anställningsavtalets partsställning och den kontraktuella utgångspunkten för ansvar. Utredningens begreppsbyggande av makt i arbetslivet utmanar grundläggande förklaringar, eftersom man föreställer sig att subjekt kan ha makt i anställningsförhållandet, utan att vara arbetsgivarparten (ur arbetsrättslig synvinkel är arbetsledningsrätten ju förbehållen den kontraktuella arbetsgivaren). Utredningens konkreta förslag var ett ansvar placerat på den aktör som har makten på någon viss plats, över underordnade arbetspresterande, utan avseende på den arbetsrättsliga

¹⁶⁴¹ SOU 1976:1, s. 274 f. Återgivet i sammandrag i prop. 1976/77:149, s. 38 f.

¹⁶⁴² SOU 1976:1, s. 274 ”Även om lagstiftningen får en vidare syftning och utsträcks att avse väsentliga delar av alla yrkesmässig verksamhet bör huvudinriktningen gälla förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.”

begreppsbildningen (arbetsgivare-arbetstagare) eller anställningsavtalets partsställning. Dessutom är förslaget inte någon allt-eller-inget-modell, där ansvaret i dess helhet ska ligga på det subjekt som har makten på arbetsplatsen, utan istället ska detta ansvar kunna fördelas på flera subjekt, i den utsträckning det förekommer flera sådana maktfulla subjekt.¹⁶⁴³ Utredningens analyser kring arbetsgivarbegreppet är i princip bortkopplade från anställningsavtalets partsställning, arbetsrättens begreppsbildning och den kontraktuella utgångspunkten för ansvar. Utredningen utgår i princip från arbetstagarens perspektiv och frågar om vem som kan vara en lämplig bärare av arbetsmiljöansvaret.

När detta begreppsliiggörande av arbetsgivarbegreppet sändes ut på remiss framhöll Arbetsdomstolen hur förslaget avvek från gängse arbetsrättslig begreppsbildning och föreställningsvärld. Arbetsdomstolen noterade att utredningen i vissa avseenden ville utsträcka ansvaret utöver ”vad som gäller enligt annan arbetsrättslig lagstiftning”. Utan att ta ställning till det önskvärda i denna strategi, framhöll domstolen att

lagförslaget [bör] tillföras en regel i vilken uttryckligen anges att arbetsmiljöansvaret under närmare angivna omständigheter kan ligga även på annan än den som är arbetsgivare i fråga om det arbete som arbetsmiljöansvaret gäller.¹⁶⁴⁴

Arbetsdomstolen ställde utredningsförslaget mot den givna och tysta utgångspunkten om att arbetsgivarbegreppet var kontraktuellt, och pekade på att eventuella avvikelser från denna utgångspunkt och huvudregel, väl i och för sig var tänkbar, men att det i så fall förutsatte att lagstiftaren uttryckligen agerade i saken. Det kunde enligt Arbetsdomstolen inte komma ifråga att tolkningsvägen, inom ramen för den etablerade begreppsbildningen, skapa ett så inkluderande arbetsgivarbegrepp som utredningen föreställt sig och eftersträvat. Arbetsdomstolens kommentarer får uppfattas som ett uttryck för styrkan i förståelsen av arbetsgivarbegreppet som endast kontraktuellt.

Departementschefen tog emot både utredningsbetänkande och remitterade synpunkter, och anförde att han

i princip [delar] det synsätt [och de ”värderingar”] som ligger bakom utredningens uttalanden om vad som bör vara innebörden av arbetsmiljölagens arbetsgivarbegrepp”.¹⁶⁴⁵

¹⁶⁴³ SOU 1976:1, s. 276 ”... den ordinarie arbetsgivaren inte härigenom kan anses befriad från sitt ansvar enligt arbetsmiljölagstiftningen. I många fall är det naturligt att anse båda företagen ansvariga som arbetsgivare.”

¹⁶⁴⁴ Prop. 1976/77:149, s. 48 f. Landsorganisationen anslöt sig till utredningens analys om arbetsgivarbegreppet.

Följden av detta ställningstagande blev att arbetsgivarbegreppet bör följa principen att

Avgörande vid placering av ansvaret för arbetsmiljön bör rimligen vara vem som organisatoriskt och ekonomiskt har de bästa förutsättningarna att bära detta ansvar.¹⁶⁴⁶

Departementschefen pekade på att arbetstagarbegreppet i praxis kommit att bli alltmer inkluderande och fått ett vidsträckt tillämpningsområde och anförde att redan med stöd av förändringar av arbetstagarbegreppet, kunde den fördelning av arbetsgivaransvar som utredningen efterlyst uppnås. Det handlade t.ex. om tillfällena där det var oomstritt att en arbetspresterande var att bedöma såsom arbetstagarare, men att denna var det i lika hög grad i relation till två huvudmän.¹⁶⁴⁷ Departementschefen kom att instämma både i utredningens bedömning – att arbetsmiljörättens arbetsgivaransvar inte endast kunde vara kontraktuellt definierat – men också i Arbetsdomstolens bedömning att arbetsgivarbegreppet inte borde utsträckas:

Det är [...] av hänsyn till begreppsbildningen i andra rättsliga sammanhang i varje fall inte lämpligt, att nå det åsyftade resultatet genom att tänja begreppen arbetsgivarare och arbetstagarare.¹⁶⁴⁸

Modellen att föreskriva att vissa subjekt skulle ansvara ”som arbetsgivare” avvisades med argument om att lagen skulle bli svårtillgänglig, att arbetsgivaransvaret skulle fördunklas och att arbetstagarbegreppet riskerade att kompliceras. Lösningen på dilemmat om att värna den etablerade begreppsbildningens integritet (dvs. det kontraktuella arbetsgivarbegreppet) och att tillgodose behovet av att expandera arbetsgivaransvaret bortom anställningsavtalet, blev att återlansera rådighetsansvaret, som introducerats 1973 i en ändring av 1949 års arbetarskyddslag. Resultatet blev att arbetstagararens arbetsgivare även fortsättningsvis skulle ansvara som arbetsgivare (!), samtidigt som den som råder över ett arbetsställe där ”främmande” arbetskraft var verksam, dvs. de var verksamma utan att vara anställda där, skulle bära ett visst arbetsmiljöansvar.¹⁶⁴⁹

Resultatet av dessa överväganden kring kompromissen om att expandera arbetsmiljöansvaret utan att förändra arbetsgivarbegreppet blev att föreskriva en över-

¹⁶⁴⁵ Prop. 1976/77:149, s. 195 f.

¹⁶⁴⁶ Prop. 1976/77:149, s. 195.

¹⁶⁴⁷ Prop. 1976/77:149, s. 196.

¹⁶⁴⁸ Prop. 1976/77:149, s. 196.

¹⁶⁴⁹ Prop. 1976/77:149, s. 196. Den lagtekniska lösningen att föreskriva ansvar såsom arbetsgivare används idag i bemanningskontexten. Se t.ex. AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, 1 §.

lappande ansvarsordning: det kontraktuella arbetsgivaransvaret och rådighetsansvaret bortom den kontraktuella utgångspunkten ska gälla sida vid sida. Reformen kom att leda till ett kontraktuellt och ett rumsligt arbetsmiljöansvar. Rådighetsansvaret innebär att ansvaret kom att relateras till arbetsplatsen (begreppet arbetsställe), och inte endast till anställningsavtalets partsställning. Ett oemotsagt antagande i lagstiftningsärendet är att uttrycklig lagstiftning är möjlig, och krävs för att expandera arbetsgivaransvaret bortom den kontraktuella utgångspunkten. Lagstiftningsärendet om den idag gällande arbetsmiljölagstiftningen både bekräftar och motsäger den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet och den etablerade begreppsbildningen.

4.1.5 Anrik och dynamisk arbetsmiljöreglering

I mitten av 1800-talet stiftades lagar om barns och kvinnors arbetsmiljöförhållanden i den framväxande industrin, men någon lagstiftning om arbetarskydd existerade inte när fabrikerna började bli vanligare i Sverige.¹⁶⁵⁰ En sammanhållen övergripande lagstiftning om arbetsmiljö har dock funnits länge: lagen (1889) angående skydd mot yrkesfara (som i och för sig inte omfattade hela arbetsmarknaden), upphävdes och följdes av lagen (1912:206) om arbetarskydd,¹⁶⁵¹ som i sin tur upphävdes och följdes av arbetarskyddslagen (1949:1). Trenden har varit att lagstiftningens tillämpningsområde inledningsvis var smalt, men att det ständigt expanderat. Arbetsmiljöreglering har åtminstone historiskt kunnat införas med en högre grad av enighet än vad som har gällt för andra delar av arbetsrätten.¹⁶⁵² Lohse sammanfattar om utvecklingen under första halvan av 1900-talet:

¹⁶⁵⁰ Arbetsmiljörättens historia diskuteras i Lundh & Gunnarsson, *Arbetsmiljö, arbetarskydd och utvärderingsforskning*, 1987, Sellberg, *Staten och arbetarskyddet 1850-1919*, 1950, Lohse, *Arbetsgivarernas inställning till föreningsrätt, arbetarskydd och arbetstid i statsvetenskaplig belysning*, 1963.

¹⁶⁵¹ Samt Kungl. Maj:ts kungörelse 1949:208 med föreskrifter angående tillämpningen av arbetarskyddslagen (arbetarskyddskungörelse).

¹⁶⁵² Jfr t.ex. parternas allmänmotivering till det s.k. arbetsmiljöavtalet av 1976: "Arbetarskyddet är det område på vilket arbetsmarknadens parter längst har samarbetat. Att bekämpa riskerna för olycksfall och ohälsa framstod tidigt som ett stort gemensamt intresse för arbetsgivare och arbetstagare." SAF-LO-PTK, Förhandlingsprotokoll 1976-04-22, Avtal om allmänna regler för arbetsmiljöverksamheten i företagen samt om rekommendationer för partssamarbete i företagshälsocentraler.

Den relativa frånvaron av fientlig inställning på arbetsgivarsidan förklaras emellertid av en kombination av omständigheter. Skyddsåtgärdernas kodifiering har skett i hög grad successivt, kostnaderna för dem ha inte tätt sig så betydande som exempelvis kostnaderna i samband med den allmänna arbetstidsförkortningen och arbetarskyddets sociala berättigande har i allmänhet varit uppenbart.¹⁶⁵³

I 1889 års lag¹⁶⁵⁴ förfaller ansvarssubjektet och själva ansvaret sammanfalla; 2 § 1 mom. lagen (1889:19) angående skydd mot yrkesfara ger vid handen att

Idkare af yrke, som i denna lag afses, är pligigt att vidtaga alla de anordningar, som i afseende å arbetslokaler, maskiner och redskap eller eljest med hänsyn till arbetets beskaffenhet äro nödiga för att skydda hos honom anstälde arbetares lif och helsa.

Sanktionerna i 1889 års lag var, förutom rättelse på den felandes bekostnad, straffrättsliga (8 §). Lagen (1912:206) om arbetarskydd ger ett modernare intryck i det att den anger ett tillämpningsområde – bl.a. ”hvarje rörelse, industriell eller icke, hvori arbetare användes till arbete för arbetsgifvares räkning” (1 §) – och ett pliktsubjekt: ”Arbetsgifvare är pliktig iakttaga allt...” (3 §). 1912 års lag var dessutom behäftad med en legaldefinition av arbetsgivaren (2 §):

... med arbetsgifvare [förstås] enhvar, för hvilkens räkning arbete utföres af sådan arbetare, utan att mellan dem står någon tredje person, hvilken såsom själfständig företagare åtagit sig att ombesörja arbetets utförande.

Sanktionen för att bryta mot förbud meddelade med stöd av 1912 års lag var straffrättslig (45 §). Förarbetena till regeln om det partsförhållande på vilket lagstiftningen var tillämplig visar att arbetstagardefinitionen syftade till att utelämna självständiga företagare, men också att definitionen av arbetsgivaren var implicit och härledd: ”Definitionen af arbetsgifvare anknyter sig till definitionen af arbetare...”¹⁶⁵⁵

Lagstiftningstekniken från 1912 års lag känns igen i arbetarskyddslagen (1949:1), som anger ett tillämpningsområde (1 § 1 st), pliktsubjekt (7 §) och legaldefinition av arbetsgivaren (1 § 2 st) på samma sätt som den äldre lagen gjort. Även i 1949 års lag var det kriminaliserat (63 §) att bryta mot förbud (53 §) meddelade med stöd av lagen. 1949 års lag reformerades under 1970-talet och kom att bygga på ett ansvar för den kontraktuella arbetsgivaren, men också på andra ansvarsrelationer bortom anställningsavtalets partsställning (bl.a. rådighetsansvaret).¹⁶⁵⁶

¹⁶⁵³ Lohse, *Arbetsgivarnas inställning till föreningsrätt, arbetarskydd och arbetstid i statsvetenskaplig belysning*, 1963, s. 98.

¹⁶⁵⁴ Jfr SFS 1852:23, SFS 1900:75 och SFS 1909:131.

¹⁶⁵⁵ Prop. 1912:104 s. 37.

¹⁶⁵⁶ Se kapitel 4.1.3, kapitel 4.2.1 och kapitel 4.4.4.

I de äldre arbetsmiljölagarna uppfattades ansvarsfrågorna som så självklara att tillämpningsområdet för lagstiftningen och pliktsubjektet kom att sammanfalla i termen arbetsgivaren; den som ansvarade för att arbete utfördes, ansvarade också för säkerheten under arbetets utförande. I detta syns hur en skadeståndsrättslig utgångspunkt om ansvar för skador som uppstår i kölvattnet av bedrivandet av någon viss verksamhet överfördes till den offentlighetsrättsliga arbetsmiljörätten.

Den här typen av reglering harmonierar med en ordning i vilken en och samma person både ägde och styrde företagen. I större företag och i företag där ägande och styrning inte var samlat på en och samma hand uppstår behov av nyansering av arbetsgivarbegreppet i termer av vem som ska vara aktiv i arbetsmiljöarbetet. Det faktum att det kontraktuella perspektivet på arbetsgivarbegreppet pekar på de högsta nivåerna hos huvudmannen, de som kan binda denna i olika avseenden, samtidigt som den faktiska arbetsmiljön i stor utsträckning skapas av beslutsfattare på lägre nivåer drev fram krav dels på reglering om s.k. arbetsföreståndare, dels behov av möjligheter att delegera arbetsmiljöuppgifter, och därmed arbetsmiljöansvar. Arbetsmiljörätten blev tvungen att laborera med en nyanserad begreppsapparat med tillämpningsområde, adressater för förelägganden och förbud, samt reglering om vem som är skyldig att agera till förmån för en god arbetsmiljö.¹⁶⁵⁷

4.1.6 Arbetsmiljöregleringen och impulser från EU och ILO

Arbetsmiljöfrågor har alltid varit närvarande i EU-projektet. Unionens behörighet och dess möjligheter att agera på detta område har expanderat konstant, och har ibland också varit omstritt.¹⁶⁵⁸ Redan i Romfördraget av 1957 (art. 118) gavs gemenskapen behörighet att organisera ett medlemsstatligt samarbete om arbetsmiljörätt, dvs: "prevention of occupational accident, and diseases", "occupational hygiene". Om medlemsstaterna var enhälliga och under förutsättning att lagstiftningen påverkade den gemensamma marknadens funktion kunde den allmänna behörighetsregeln (art. 100) om tillnärmning av lagstiftning utgöra grund för behörigheten att lagstifta. Med stöd av denna regel antogs tekniska arbetsmiljörättsliga direktiv.¹⁶⁵⁹ I och med Europeiska enhetsakten 1986 (art. 21) tillfördes fördraget en behörighetsregel (art. 118a) som möjliggjorde för unionen att med majoritetsbeslut reglera frågor om arbetsmiljö och arbetstagares hälsa och säkerhet. Syftet med denna reglering var harmonisering med stöd av minimidirektiv, som gradvis skulle höja standarderna, utan att medlemsstaterna var förhindrade att gå längre. Möjligheten att anta direktiv med kvalificerad majoritet kom att ifrågasättas av

¹⁶⁵⁷ Jfr diskussionen i SOU 1946:60, s. 232-245 och prop. 1948:298, s. 270-278.

¹⁶⁵⁸ Se redogörelserna i förslag till avgörande C-84/94, och förslag till avgörande C-127/05.

¹⁶⁵⁹ T.ex. 77/576/EEG, 78/610/EEG, 80/1107/EEG, 82/605/EEG, 83/477/EEG, 84/532/EEG, 86/188/EEG.

Storbritannien som ansåg att en annan behörighetsregel i fördraget var tillämplig (dvs. art. 100a), men domstolen slog fast att unionens arbetsmiljöregler var baserade på den speciellare regeln, och att de därför kunde antas med kvalificerad majoritet.¹⁶⁶⁰

I den Sociala stadgan av 1989 föreskrevs att arbetstagare hade rätt till en god arbetsmiljö (art. 19). Avtalet om socialpolitik (art. 2.1) i anslutning till Maastrichtfördraget 1992, som syftade till att hantera Storbritanniens beslut att inte delta i unionens övergripande utveckling, nämnde arbetsmiljöfrågor som ett prioriterat politikområde. Amsterdamfördraget av 1999 (art. 117-118) är ett uttryck för kontinuitet vad gäller arbetsmiljöfrågor; några nyheter vad gäller behörighet eller annan rättslig aktivitet förekom inte på detta område. Arbetsmiljöfrågorna hanterades i Nicefördraget av år 2000 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (art. 31), där det föreskrevs att arbetstagare har rätt till säkra och värdiga arbetsförhållanden.¹⁶⁶¹ Lissabonfördraget reglerar arbetsmiljöfrågor inom ramen för behörighetsreglerna för socialpolitik, och föreskriver att unionen ska understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet ifråga om förbättringar av arbetsmiljön i syfte att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet (art. 153.1.a).

Lagstiftning på EU-nivå utfärdas idag genom att Europaparlamentet och rådet antar minidirektiv ”som ska genomföras gradvis, varvid hänsyn ska tas till rådande förhållanden och tekniska bestämmelser i var och en av medlemsstaterna” (art. 153.2.b). Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av 2009 anger vidare (art. 31) att ”[v]arje arbetstagare har rätt till hälsosamma, säkra och värdiga arbetsförhållanden”.¹⁶⁶² EU har behörighet att med kvalificerad majoritet besluta om minimidirektiv om arbetsmiljöfrågor. Dessutom länkar unionen arbetsmiljöfrågorna till grundläggande rättigheter.

Sedan ett par år tillbaka bedriver EU arbetsmarknadspolitik under rubriken ”flexicurity”. Denna politik för ”fler och bättre arbetstillfällen” som bygger på en medveten kombination av ”flexibilitet i fråga om arbetsmarknader, arbetsorganisation och arbetsmarknadsrelationer” och ”trygghet i form av sysselsättningstrygghet och social trygghet” aktualiserar dock inte arbetsmiljöfrågor.¹⁶⁶³ Arbetsmiljö utpekas inte som en av de variabler som lagstiftaren förutsätts använda för att skapa den mest gynnsamma blandningen av flexibilitet och trygghet; istället är det justeringar av anställningsskydd, arbetslöshetsförsäkring och kompetensutveckling som

¹⁶⁶⁰ C-84/94.

¹⁶⁶¹ Utkast till Europeiska Unionens Stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT Nr C 364, 18.12.2000, s. 1-22.

¹⁶⁶² Europeiska Unionens Stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT Nr C 83, 30.3.2010, s. 389-403.

¹⁶⁶³ KOM(2007) 359, s. 4.

föreslås.¹⁶⁶⁴ Arbetsmiljön framstår som fredad från flexicuritypolitiken och arbetsmiljörätten ska således inte utvärderas i termer av flexibilitet och trygghet och inte heller reformeras i relation till (intern eller extern) flexicurity. Arbetsmiljökraven ska även fortsättningsvis uppfattas som en given spelplan för alla verksamhetsutövare och kompromisser med arbetsmiljön får inte användas som konkurrensmedel. Rådet har dessutom förklarat att flexicuritypolitiken syftar till att ”främja bra arbete”, ”[a]rbeitsplatser med hög kvalitet” och ”en bra organisation av arbetet”.¹⁶⁶⁵

EU utvecklar arbetsmarknadspolitik också inom ramen för återhämtningsstrategin avseende den ekonomiska krisen; den s.k. Europa 2020 strategin för tillväxt.¹⁶⁶⁶ Inte heller i denna policy spelar arbetsmiljön någon framträdande roll. Istället handlar det om att

Anpassa lagstiftningen i enlighet med principerna för ’smart’ lagstiftning, till nya arbetsmönster (t.ex. när det gäller arbetstider, utstationering av arbetstagare) och nya hälso- och säkerhetsrisker på arbetet.¹⁶⁶⁷

Kommissionens principiella ställningstagande är att ”Det finns inga motsättningar mellan kvalitet och kvantitet när det gäller sysselsättning.”¹⁶⁶⁸ Snarare än reformer av lagstiftning argumenteras att s.k. mjuka instrument kan öka ändamålsenligheten i, och förbättra genomförandet av, befintlig lagstiftning i medlemsstaterna.¹⁶⁶⁹ Arbetsmiljöarbetet ska bedrivas mot bakgrund av ett förnyat koncept för kvalitet i arbetet som tar fasta på ”den senaste utvecklingen, till exempel flexicurity och tanken att övergångar bör löna sig, och utvecklingen av nya arbetsmönster”.¹⁶⁷⁰ Kommissionens arbetsmiljöpolicy (som rådet instämt i¹⁶⁷¹) uppfattar att arbetsmiljörätten bör diskuteras i ljuset av outsourcing och fragmentering på arbetsmarknaden, men också att dessa trender ska uppfattas som genomförandeproblem som gällande arbetsmiljörätt har att hantera:

¹⁶⁶⁴ KOM(2007) 359, *passim*.

¹⁶⁶⁵ Europeiska Unionens Råd, Bryssel den 6 december 2007, dok. 16201/07; Gemensamma principer för ”flexicurity” – Rådets slutsatser, s. 5 f., Report by the European Expert Group on Flexicurity. Flexicurity Pathways. Turning Hurdles into Stepping Stones, June 2007, s. 11. KOM(2007) 359, s. 10.

¹⁶⁶⁶ KOM(2010) 2020.

¹⁶⁶⁷ KOM(2010) 2020, s. 19.

¹⁶⁶⁸ KOM(2010) 682, s. 3. Inom ramen för agendan för ny kompetens och arbetstillfällen.

¹⁶⁶⁹ KOM(2010) 682, s. 15 f. Inom ramen för agendan för full sysselsättning.

¹⁶⁷⁰ KOM(2010) 682, s. 16.

¹⁶⁷¹ Rådets resolution av den 25 juni 2007 om en ny arbetsmiljöstrategi för gemenskapen (2007-2012), EUT nr C 145 s. 1-4, 30/6/2007.

More problems are being encountered in practice when trying to apply health and safety legislation to sub-contracting, where each employer tends to limit preventive measures to its own workers. These situations, which are becoming more common, need to be given special attention, at both national and Community level.¹⁶⁷²

Trots att arbetsmiljörättens tillämpning på den fragmenterade arbetsmarknaden identifierades som ett prioriterat område presenterade kommissionen vare sig rättsliga analyser eller reformförslag.¹⁶⁷³ Trots att många intressenter sade sig uppfatta arbetsmiljörättens tillämpning på komplexa arbetsorganisationer som en viktig fråga,¹⁶⁷⁴ och att utvärderingen visat att kommissionen inte fullföljt detta uppdrag, kom denna problematik inte att uppmärksammas i den efterföljande arbetsmiljöpoliticy, som i termer av arbetsorganisation endast uppmärksammar mycket små företags förutsättningar att bedriva arbetsmiljöarbete.¹⁶⁷⁵ Europaparlamentet har pekat på att det i komplexa arbetsorganisationer ofta är svårt att identifiera vem som är bärare av ansvaret för arbetsmiljön.¹⁶⁷⁶

På nationell svensk nivå har arbetsmiljöpolitiken i viss mån börjat uppmärksamma hur det på den fragmenterade arbetsmarknaden kan förekomma oklarheter ifråga om mot vem arbetstagaren kan rikta sina anspråk på en god arbetsmiljö. I regeringens handlingsplan för arbetsmiljö identifieras det som en trend och en utmaning att entreprenörer ersätter anställda:

Allt fler verksamheter väljer att genom upphandling av entreprenörer ersätta verksamhet med egna anställda s.k. outsourcing. För arbetsmiljön avgörande faktorer bestäms ofta i hög grad av beställaren och inte av entreprenören. Den pågående utvecklingen kan därför leda till att det enskilda företaget får mindre inflytande över faktorer som påverkar arbetsmiljön.¹⁶⁷⁷

Tanken är att den svenska arbetsmiljölagstiftningen ska bli föremål för ”regel-förenkling”, utan att skyddsnivån sänks, samtidigt som reglerna anpassas till de ovanstående organisatoriska förändringarna.¹⁶⁷⁸

ILO har aktualiserat kravet, i arbetsmiljörättskonventionen, om att staterna måste uppmärksamma vilka funktioner och ansvarsområden olika aktörer har ifråga om

¹⁶⁷² COM(2007) 62 final, s. 6.

¹⁶⁷³ DG Employment, social affairs and inclusion, Evaluation of the European Strategy on Safety and Health at Work 2007-2012, 2013, s. 53 f, s. 132, s. 184, s. 193.

¹⁶⁷⁴ SWD(2013) 202 final, 11 f.

¹⁶⁷⁵ COM(2014) 332 final.

¹⁶⁷⁶ European Parliament, Committee on Employment and Social Affairs, Report on effective labour inspections as a strategy to improve working conditions in Europe (2013/2112(INI)), A7-0458/2013, 12/12-13, s. 6.

¹⁶⁷⁷ Skr. 2009/10:248, s. 17.

¹⁶⁷⁸ Skr. 2009/10:248, s. 22.

arbetsmiljön.¹⁶⁷⁹ Det ILO eftersträvar är en ”national preventive safety and health culture”; dvs.

a culture in which the right to a safe and healthy working environment is respected at all levels, where government, employers and workers actively participate in securing a safe and healthy working environment through a system of defined rights, responsibilities and duties, and where the principle of prevention is accorded the highest priority.¹⁶⁸⁰

Även ILO efterlyser en arbetsmiljörätt som är anpassad till mikroföretag och små och mellanstora företag, samt företag som är verksamma i en entreprenadkedja.¹⁶⁸¹ Frågor om ansvarsfördelning och pliktsubjektens utformning definieras inom ILO som ett arbetsmiljörättsligt policyområde, bredvid diskussioner om materiella aspekter (gränsvärden, etc.) av arbetsmiljöreglerna.

Varken den svenska nationella eller EU:s arbetsmarknadspolitik – flexicurity och EU2020 – förespeglar några förändringar av arbetsmiljörätten. Sänkningarna av trösklar till arbetsmarknaden ska inte inkludera arbetsmiljön och policydokumenten ställer inte upp någon motsättning mellan antalet arbetstillfällen och kvaliteten på arbetsmiljöarbetet. Utgångspunkten är att variationer i arbetsmiljöstandard inte är ett tillåtet konkurrensmedel företagen emellan. Flexicuritypolitiken kan i och för sig leda till sekundära effekter på arbetsmiljöarbetet. Det kan bli svårare att motivera arbetsgivare att engagera sig för arbetsmiljön, om verksamheten bygger på grundförutsättningen att de anställda ska bytas ut ofta och att varje enskild person ska vara verksam på arbetsplatsen endast en kort tid.¹⁶⁸² Arbetsmarknadspolitiken på EU-nivå saknar överväganden kring de nya förutsättningarna för arbetsmiljöansvaret, och detta kan leda till att medlemsstaterna uppfattar arbetsmiljön som en andra rangens fråga. Arbetsmarknadspolitikens övergripande utgångspunkt är dessutom att den ska vara sammanhängande, och även detta utgör ett argument för att inkludera arbetsmiljörätten. Arbetsmarknadspolitiken utgår från att regler krävs som garanterar att arbetsmiljön inte utgör ett konkurrensmedel mellan företagen och från att arbetsmiljön inte ska tillåta en politik som syftar till att skapa fler, men sämre, arbetstillfällen.

¹⁶⁷⁹ ILO Occupational Safety and Health Convention, 1981, nr 155, art 6.

¹⁶⁸⁰ ILO Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006, nr 187, art. 1.d.

¹⁶⁸¹ ILO Promotional Framework for Occupational Safety and Health Recommendation, 2006, nr 197, p. 5.g.

¹⁶⁸² Jfr svenska regeringens farhåga i skr. 2009/10:248, s. 18.

4.2 Den bilaterala arbetsorganisationen och arbetsmiljön

4.2.1 En arbetsgivare, arbetstagare, en arbetsmiljö – en ansvarig?

Ifråga om bilaterala arbetsorganisationer där endast en huvudman figurerar är den historiskt givna kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar oproblematisk och innebär ett heltäckande arbetsmiljöansvar. Den som ansvarar för den faktiska arbetsorganisationen och förhållandena där motsvarar den rättsliga konstruktionen av arbetsgivaren. Bäraren av arbetsgivarprerogativet är också den som bär det arbetsmiljörättsliga skyddsansvaret. I arbetsmiljörätten är det kontraktuella arbetsgivaransvaret förankrat i delvis cirkulära definitioner av arbetsgivaren, som uttryckligen relateras till anställningsavtalets partsställning. Myndighetskommentarerna till regleringen av systematiskt arbetsmiljöarbete är ett illustrativt uttryck för den nedärvda arbetsmiljörättsliga förståelsen av arbetsgivaransvar som kontraktuellt:

Med arbetsgivare menas i föreskrifterna arbetsgivare i juridisk mening, dvs. en fysisk eller juridisk person som har en eller flera arbetstagare anställda.¹⁶⁸³

Den här typen av definitioner slår i och för sig lätt över i cirkelresonemang: arbetsgivare är den som har anställda, anställdas motpart är arbetsgivaren. Viktigare är att synsättet leder till ett behov att uttryckligen föreskriva att:

Alla som är anställda i verksamheten är arbetstagare. Det gäller även chefer och arbetsledande personal...¹⁶⁸⁴

Det kontraktuella antagandet i analysen ger implikationen att det måste regleras att även de arbetstagare som företräder arbetsgivaren är arbetstagare, och att den person som agerar som arbetsgivare också är anställd och ska vara omfattad av arbetsmiljöarbetet. Den kontraktuella utgångspunkten avseende skyddsansvarets placering är förankrad också i EU:s ramdirektiv om arbetsmiljö, där det föreskrivs att med arbetstagare avses

varje person anställd av en arbetsgivare, inklusive praktikanter och lärlingar men inte arbetstagare i arbetsgivarens hushåll.¹⁶⁸⁵

¹⁶⁸³ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete. Till 1 §, s. 11.

¹⁶⁸⁴ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete. Till 4 §, s. 13.

¹⁶⁸⁵ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 3.a.

Det cirkulära elementet i ramdirektivet framträder i ljuset av definitionen av arbetsgivarbegreppet:

varje fysisk eller juridisk person som står i ett arbetsgivarförhållande till arbetstagare och har ansvar för företaget och/eller verksamheten.¹⁶⁸⁶

Frågan om hur den svenska arbetsmiljölagstiftningens arbetsgivarbegrepp överensstämmer med EU-rätten har varit föremål för en skriftväxling mellan Sverige och EU-kommissionen avseende genomförandet av ramdirektivet om arbetsmiljö i svensk rätt. I detta överträdelseärende anförde kommissionen att

det är av yttersta vikt att det i nationell lagstiftning tydligt fastställs vem som är arbetsgivare respektive arbetstagare, så att de skyldigheter som stadgas i direktivet faktiskt och varaktigt åläggs alla som det har för avsikt att omfatta, och så att de rättigheter som ges genom direktivet faktiskt och varaktigt kan utnyttjas av alla för vilka dessa rättigheter har införts.¹⁶⁸⁷

Regeringen svarade EU-kommissionen att den svenska rätten motsvarade direktivets arbetsgivardefinition – den kontraktuella – men tillade dessutom:

Arbetsgivarbegreppet finns inte definierat i svensk arbetsrättslig lagstiftning. Något behov av en sådan definition har inte framträtt. Endast i förhållandevis få fall har frågan om vad som menas med arbetsgivare ställts på sin spets i det praktiska rättslivet.¹⁶⁸⁸

Med detta lät sig kommissionen nöja, och frågan kom inte att bli föremål för fortsatt skriftväxling eller ansökan om att väcka talan.¹⁶⁸⁹ Den svenska definitionen av arbetsgivarbegreppet i arbetsmiljörätten får således antas överensstämma med antagandena inom den motsvarande EU-rätten.

¹⁶⁸⁶ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 3.b.

¹⁶⁸⁷ Commission Européenne, Secrétariat Général, Bruxelles, le 26 août 1998, No. SG(98)D/6883, Infraction / Suede (98/2182), s. 3 (dvs. ur akten till C-459/04).

¹⁶⁸⁸ Regeringskansliet, Arbetsmarknadsdepartementet, 1998-11-20, A98/3278/AL, Ang. formell underrättelse om genomförande av rådets direktiv 89/391/EEG om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet, s. 2 (dvs. ur akten till C-459/04).

¹⁶⁸⁹ Europeiska kommissionen, Ansökan om att väcka talan, Bryssel den 22 oktober 2004, JURM(2004) 10036 (dvs. ur akten till C-459/04).

4.2.2 Answarets gränser – en rumslig dimension i ansvaret för arbetsmiljön

I bilaterala arbetsorganisationer motsvarar den faktiska arbetsorganisationen den rättsliga konstruktionen av arbetsgivaren, med följderna att det arbetsmiljörättsliga skyddsansvaret i och med den kontraktuella utgångspunkten har en adekvat placering. Men, vad kan mer exakt sägas om detta ansvars rumsliga utsträckning och om vilka kostnader som ska ligga på huvudmannen i anställningsavtalet? Eftersom arbetsmiljörättens definition av själva begreppet arbetsmiljö är bred och inkluderande, närmast som baserad på en effektorienterad gränsdragning är ett inkluderande synsätt motiverat ifråga om den rumsliga avgränsningen av arbetsmiljöansvaret.¹⁶⁹⁰ Arbetsmiljölagen föreskriver att "[a]rbeitsgivaren skall vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagaren utsätts för ohälsa eller olycksfall",¹⁶⁹¹ men är samtidigt inte tydlig med inom vilka faktiska gränser detta ansvar gäller. Arbetsmiljörättens kontraktuella arbetsgivaransvar är präglad av den allmänna civilrättens utgångspunkter om att en avtalspart bär ansvaret för sin prestation i relation till sin motpart, och mot den bakgrunden kan det antas att ansvaret i vart fall omfattar arbetsgivarens juridiska person och maktsfär i rumsliga termer. Företagsledningsrätten framstår därför som en lämplig avgränsande faktor för arbetsmiljöansvaret i bilaterala arbetsorganisationer. Arbetsmiljöansvarets omfång motsvarar då den arbetsorganisation som arbetsgivaren kan fatta beslut om med stöd av företagsledningsrätten. Det område som kan bli föremål för direkta produktionsbeslut och beslutsfattande kring målsättningar och strategier för företaget, skulle då utgöra det område inom vilket arbetsgivaren ansvarar för arbetsmiljön. Med detta sätt att förklara arbetsmiljöansvarets omfång kommer detta att häfta till företagarens agerande, snarare än till arbetsgivaren, och detta förverkligar i sin tur principen om att produktionen ska bära kostnaderna för en god arbetsmiljö för arbetstagarna.¹⁶⁹² Omfånget av den kontraktuella arbetsgivarens maktställning i och med äganderätten blir ett rumsligt uttryck för arbetsmiljöansvarets omfång.¹⁶⁹³

Det kontraktuella arbetsgivaransvaret för arbetsmiljön som omtalas i förarbetena: "Föreligger missförhållande på ett *arbetsställe* kan enligt arbetarskyddslagen åtgärder i princip påkallas endast hos den som är arbetsgivare i förhållande till ut-

¹⁶⁹⁰ Se kapitel 4.1.1.

¹⁶⁹¹ 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁶⁹² Jfr således Glavås diskussion om hur företagsledningsfrågorna snarast relaterar till "andra roller än arbetsgivarens". Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 52-55, s. 60, jfr Rönmar, Arbetsgivarrens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund, 2000, s. 283-311.

¹⁶⁹³ Arbetsskyldighetens omfång framstår som mindre lämplig som avgränsande faktor eftersom här på visst sätt föreligger avtalsfrihet, och arbetsmiljörätten hör ju till den tvingande offentliga rätten. Jfr Schmidt, *Löntagar rätt*, 1994, s. 227. Arbetsskyldigheten kan vidare i och för sig avse andra arbetsplatser än de arbetsgivaren råder över. Jfr AD 1980 nr 51, AD 1983 nr 156.

satta arbetstagare”¹⁶⁹⁴ måste emellertid av flera skäl avgränsas på något sätt. Reglerna bygger således på det rumsliga begreppet arbetsställe som ansvarsutlösande faktor, snarare än anställningsavtalet: den rådighetsansvarige har ju ansvar för arbetstagare som är verksamma på ens arbetsställe, oaktat partsställningen i anställningsförhållandet.¹⁶⁹⁵ Men, om arbetsställebegreppet var konturlöst skulle mer eller mindre alla arbetsställen i praktiken komma att bli gemensamma arbetsställen och rådighetsansvaret skulle då alltid gälla, och detta kan inte gärna ha varit lagstiftarens syfte med regeln. Eftersom arbetsmiljörätten ska tillämpas på visst sätt när arbetstagaren är utanför den kontraktuella arbetsgivarens rådighet, blir arbetsställebegreppet betydelsefullt i en form av negativ bemärkelse. Det handlar om att avgöra uppkomsten av ett gemensamt arbetsställe: vid vilket avstånd utlöser en annan arbetsgivares arbetstagare, ett gemensamt arbetsställe för en viss huvudmans räkning? Till begreppet gemensamt arbetsställe är nämligen kopplat en serie viktiga rättsverkningar.^{1696 1697}

En indelning av den kontraktuella arbetsgivarens verksamhet i arbetsställen är dessutom av betydelse vid tillämpning av reglerna om samverkan mellan arbetsgivare och arbetstagare. På den här punkten är arbetsställebegreppet dispositivt, medan det inte är möjligt att avtala om utanför samverkansreglerna.¹⁶⁹⁸ Det tvingande offentlighetsrättsliga arbetsmiljöansvaret och de dispositiva civilrättsliga samverkansreglerna bygger som utgångspunkt på samma begrepp, och i det ena, men inte i det andra sammanhanget är det dispositivt.

Begreppet arbetsställe är dessutom viktigt för att definiera mot vad den kontraktuella arbetsgivarens skyldigheter enligt myndighetsföreskrifter ska mätas. Arbetsmiljöverket definierar arbetsställe som en

¹⁶⁹⁴ Prop. 1973:130, s. 102. Diskussionen handlande om tillkortakommanden kring det kontraktuella arbetsgivaransvar och ansvarsrelationen rådighetsansvar. Kursiverat här.

¹⁶⁹⁵ Jfr kapitel 4.4.3 och kapitel 4.4.4.

¹⁶⁹⁶ Jfr kapitel 4.4.3 och kapitel 4.4.4.

¹⁶⁹⁷ Begreppet arbetsställe förekommer också i lagstiftningen om arbetstid. En rast definieras som ett avbrott i arbetet, under vilket arbetstagare inte måste kvarstanna på arbetsstället, och om arbetssituationen är sådan att arbetstagaren inte kan lämna detta, så utgör det en överträdelse av rätten till rast. Det är således gränsdragningen kring arbetsställe jämfört med arbetstagarens bundenhet till arbetsuppgifterna, som definierar vad som utgör ett brott mot reglerna om rast. 15 § arbetstidslagen (1982:673), prop. 1976/77:149, s. 308 och prop. 1981/82:154, s. 73. Gullberg m.fl. *Arbets-tidslagen*, 2012, s. 118, om gränsdragningsproblem i praxis. Arbetstidslagstiftningen är på visst sätt möjlig att avtala bort. Se 3 § arbetstidslagen (1982:673).

¹⁶⁹⁸ Jfr kapitel 4.2.5 om samverkansreglerna och jfr kapitel 4.4.3-4 om skyddsansvaret.

sammanfattande term för ett avgränsat område med arbetsplatser inomhus och utomhus, förbindelseleder och personalutrymmen inom vilken arbetsgivare i och för sin verksamhet bedriver arbete.¹⁶⁹⁹

Till denna term kopplas sedan materiella krav om bl.a. utrymningsplaner, personalutrymmen, omklädningsrum, toaletter, matrum, viloutrymmen, m.m.¹⁷⁰⁰ Vidare; om det i "verksamheten" finns minst tio arbetstagare, ska arbetsmiljöpolicyn och rutinerna för det systematiska arbetsmiljöarbetet dokumenteras skriftligt. De allmänna råden om tillämpningen för bestämmelsen anger att detta inte krävs "i företag med färre än tio anställda".¹⁷⁰¹ Tröskeln för skriftlighetskravet förefaller dock inte vara relaterad till någon del av företaget, utan avser antalet anställningsavtal som företaget är part i. Arbetsgivarbegreppet blir i detta sammanhang lika med huvudmannens juridiska person.

4.2.3 Arbetsmiljörättens krav på arbetsorganisationens utformning: intern ansvarsfördelning och extern kompetensförsörjning

4.2.3.1 Den specifikt arbetsmiljörättsliga arbetsgivarrepresentationen

EU-rätten ställer krav på arbetsmiljörätten som ligger i gränslandet mellan materiella åligganden och mer organisatoriska frågor. Konstruktionen är inte vanligt förekommande; hur arbetsgivaren närmare bestämt ska vara organiserad för att uppfylla någon viss rättslig skyldighet brukar inte vara föreskrivet.¹⁷⁰² EU:s arbetsmiljörätt reglerar emellertid på visst sätt arbetsgivarens chefsstruktur och ansvarsfördelning, och kräver att vissa interna ansvarspositioner inrättas som en form av arbetsgivarrepresentation. Detta sistnämnda krav kom att utgöra en komplicerad transposition till svensk rätt, som var långvarig och konfliktfylld så till den grad att EU-domstolen slutligen kom att döma i saken.¹⁷⁰³

Inom ramen för huvudregeln om att den kontraktuella arbetsgivaren bär det fulla ansvaret för arbetsmiljön, föreskriver ramdirektivet om arbetsmiljö att arbetsgivaren ska

¹⁶⁹⁹ AFS 2009:2 Arbetsplatsens utformning. Arbetsmiljöverkets föreskrifter om arbetsplatsens utformning samt allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna, 2 §.

¹⁷⁰⁰ AFS 2009:2 Arbetsplatsens utformning. Arbetsmiljöverkets föreskrifter om arbetsplatsens utformning samt allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna, 89, 90, 95, 102, 105, 107 §§.

¹⁷⁰¹ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, 5 §, 3 st. Jfr de aktiva åtgärderna i diskrimineringsrätten för andra i princip likartade exempel på trösklar avseende arbetsgivarens storlek. Se kapitel 3.2.3, 3.3.3, 3.4.3, 3.5.3.

¹⁷⁰² Jfr emellertid det arbetsmiljörättsliga institutet arbetsföreståndare. Se kapitel 4.1.5.

¹⁷⁰³ C-459/04. Frick beskriver ramdirektivets 89/391/EEG genomförande i svensk rätt som ganska okomplicerad; med undantag av just dess art. 7. Se Frick, Sweden: Occupational Health and Safety Management Strategies from 1970-2001, 2002, s. 211-234, s. 222.

ge en eller flera arbetstagare i uppgift att verka för skydd mot och förebyggande av risker i arbetet inom företaget och/eller verksamheten.¹⁷⁰⁴

Den här regeln är genomförd i svensk rätt i den allmänt hållna lagregeln om arbetsgivarens skyldighet att bedriva systematiskt arbetsmiljöarbete, och de mer detaljerade myndighetsföreskrifterna i samma ämne.¹⁷⁰⁵ Antagandet om arbetsgivarbegreppet i EU-arbetsmiljörätten framstår som kontraktuellt, och som att det avser endast de högsta skikten i verksamheterna, nämligen de som representerar huvudmannen. Denna kontraktuella syn på arbetsgivaren försvårar i olika avseenden att arbetstagare uppfattas som arbetsgivare/arbetsgivarrepresentanter.

Reglerna föreskriver inget mindre än att arbetsgivaren ska utse en representant för sig själv, och sedan får denna representant – med stöd av ramdirektivets regler – rättigheter och skyldigheter i relation till arbetsgivaren, som utsett representanten.¹⁷⁰⁶ Ramdirektivet föreskriver att ”De utsedda arbetstagarna skall inte på något sätt missgynnas på grund av sin verksamhet med avseende på skyddsfrågor och förebyggande arbete” och dessutom ska dessa personer – arbetsgivarrepresentanter, alltså – ”ges skälig tid för att kunna fullgöra sina skyldigheter”.¹⁷⁰⁷ Den här typen av arbetsgivarrepresentanter företräder huvudmannen, och därför ska, med stöd av allmänna regler, denna tillgodoräknas dessa representanters handlingar och kunskap.¹⁷⁰⁸ EU-arbetsmiljörätten kräver således att verksamheterna har en viss form av ansvarsfördelning, och reglerna skyddar också en viss arbetsgivarrepresentant från arbetsgivaren själv. Detta utmanar delvis den kontraktuella synen på arbetsgivarbegreppet, som inte längre framstår som enhetligt och sammanhållet. EU-regeln om arbetsgivarrepresentation liknar arbetsmiljölagens reglering av arbetstagarrepresentanter i arbetsmiljöfrågor; arbetstagarna är skyldiga att utse skyddsombud (sanktion saknas i och för sig i denna regel), och arbetsgivaren får under skadeståndsansvar inte trakassera en sådan person.¹⁷⁰⁹

Det är svårt att se vilken betydelse regeln om skydd för vissa arbetsmiljöansvariga arbetstagare (ofta sannolikt någon form av chef) skulle kunna ha i praktiken. Om en chef med arbetsmiljöansvar är alltför passiv, måste denna instrueras att vara mer aktiv, eller bytas ut – annars riskerar arbetsgivaren att brista i sitt arbetsmiljö-

¹⁷⁰⁴ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 5, art. 6, art. 7.1.

¹⁷⁰⁵ 3 kap. 2 a § arbetsmiljölagen (1977:1160) och AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, i dess lydelse efter AFS 2003:4 Systematiskt arbetsmiljöarbete. Arbetsmiljöverkets föreskrifter om ändring i Arbetsmiljöverkets föreskrifter (AFS 2001:1) om systematiskt arbetsmiljöarbete.

¹⁷⁰⁶ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljö, Bilaga 1 om Arbetstagare med uppgifter enligt 6 §, s. 8.

¹⁷⁰⁷ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 7.2, 1 st. och 2 st.

¹⁷⁰⁸ Dotevall menar att en huvudman ska tillgodoräknas kunskaper hos en anställd som fått förtroende och visst handlingsutrymme att självständigt handlägga vissa arbetsuppgifter. Se Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 296.

¹⁷⁰⁹ 6 kap. 2 §, 4 §, 10 § och 11 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

arbete. Skyddsregeln avser inte denna situation, utan snarast den omvända. Det framstår som om syftet är att skydda energiska arbetsmiljöansvariga arbetsgivarrepresentanter från repressalier och trakasserier från överordnade chefer, som en form av internt trakasseriskydd på arbetsgivarsidan, eller en form av befattningsskydd för arbetsgivarrepresentanter som utför sitt uppdrag på så aktivistiskt sätt att ett skydd i relation till arbetsgivaren – överordnade befattningshavare – är befogat. Skyddet kan avse arbets- och ansvarsfördelningen i verksamheten och omplacement. Den här typen av befattningsskydd eller skydd av arbetsuppgifter är väsensfrämmande för arbetsrättens del.¹⁷¹⁰ EU-regeln är inte genomförd i någon svensk lagregel, utan istället i en myndighetsföreskrift, och i denna är definitionen av skyddsansvarig bredare än vad EU-direktivet föreskriver:

Arbetsgivaren skall fördela uppgifterna i verksamheten på ett sådant sätt att en eller flera chefer, arbetsledare eller andra arbetstagare får i uppgift att verka för att risker i arbetet förebyggs och en tillfredsställande arbetsmiljö uppnås ...

Arbetsgivaren skall se till att de som får dessa uppgifter är tillräckligt många och har de befogenheter och resurser som behövs ...

Arbetsgivaren skall se till att de som får uppgifterna har tillräcklig kompetens för att bedriva ett väl fungerande systematiskt arbetsmiljöarbete.¹⁷¹¹

I det svenska genomförandet förutsätts att arbetstagare kan göras till arbetsmiljöansvariga på ett sådant sätt att det EU-rättsliga kravet om arbetsgivarrepresentant tillgodoses. Att på detta sätt sänka trösklarna för vad som är en arbetsgivarrepresentant är emellertid inte invändningsfritt. Om stora grupper arbetstagare skulle kunna åberopa denna skyddsregel blir den i praktiken att uppfatta som en systemfrämmande anställningsskyddsregel på det civilrättsliga planet; snarast som en form av precisering av generalklausulen om att saklig grund krävs för uppsägning. Den grundläggande utgångspunkten för hela rättsområdet är ju dessutom att arbetstagare inte ska bära något allmänt övergripande arbetsmiljöansvar. Arbetstagarernas skyldigheter är begränsade till att ”medverka” i det arbetsmiljöarbete som arbetsgivaren bedriver och följa de instruktioner som utfärdas i och med insatserna

¹⁷¹⁰ Jfr att om arbetsgivaren håller sig inom ramen för en arbetstagares anställning kan denna omplaceras och tilldelas andra arbetsuppgifter. Det bär emellertid för långt att uppfatta regeln om att arbetsgivarens omplaceringsmöjligheter ska utövas inom vissa gränser som ett befattningsskydd. Se AD 1978 nr 89 och Rönnmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet*, 2004, *passim*. Anställningsskydd (särskilt omplacering) vid uppsägning p.g.a. skäl hänförliga till arbetstagaren personligen, innebär inte befattningsskydd. Se AD 1978 nr 161. Vid turordning vid arbetsbrist provas (utöver senioritet) om arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för att sköta arbetsuppgifterna som arbetsgivaren tänker sig att de ska utföras i framtiden. Jfr Calleman, *Turordning vid uppsägning*, 2000, s. 354.

¹⁷¹¹ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete (efter AFS 2003:4), 6 §, 1-3 st.

på detta område.¹⁷¹² Arbetsmiljörätten innebär att bäraren av arbetsmiljöansvaret måste – just som ett led i axlandet av detta ansvar – utse den ansvarslöse till sin representant. Inte desto mindre får detta krav om fördelning av arbetsgivaransvar i förlängningen inte medverka till att arbetsmiljöansvaret omvandlas till någon form av arbetstagaransvar. Även om dessa regler utgår från ett principiellt kontraktuellt antagande om en skillnad mellan arbetstagare och arbetsgivaren, så har de utfallet att gränsdragningen mellan dessa kategorier grumlats något.

4.2.3.2 Obligatorisk upphandling av arbetsmiljökompetens

EU-rätten kräver att arbetsgivaren, vid behov, upphandlar vissa tjänster från externa leverantörer. Om arbetsmiljökompetens saknas hos arbetsgivaren måste sådan upphandlas, och på detta sätt blir de anställdas kompetens avgörande för vilka skyldigheter arbetsgivaren har. Arbetsgivaren ska utse den arbetstagare som ska vara arbetsmiljöansvarig och vid tveksamheter om denna person når upp till kraven som ska ställas på en sådan befattningshavare, så utreder Arbetsmiljöverket saken, och om de utsedda inte når upp till kraven så utgör det ett arbetsmiljöproblem. EU-domstolen har slagit fast att de svenska myndighetsföreskrifternas definition av färdigheter och kvalifikationer uppfyller ramdirektivets krav.¹⁷¹³ Dessa regler framstår som ett litet avsteg från utgångspunkten att arbetsgivaren fritt fördelar arbetet bland de anställda på ett sätt som hen finner lämpligt. Arbetsgivaren har rätt att välja mellan att fördela sitt arbetsgivaransvar för arbetsmiljön på olika arbetstagare i verksamheten, och att upphandla arbetsmiljöarbete och -åtgärder från en enhet utanför arbetsgivarföretaget.¹⁷¹⁴ Arbetsmiljörätten kräver således under vissa förutsättningar att arbetsgivaren i den bilaterala arbetsorganisationen skapar en i viss mening komplex arbetsorganisation, som karaktäriseras av att den kontraktuella arbetsgivaren upphandlar arbetsgivarfunktioner från ett annat företag, som representerar denna i relation till arbetstagarna:

Om sådan skydds- och förebyggande verksamhet inte kan organiseras på grund av brist på kompetent personal i företaget och/eller verksamheten skall arbetsgivaren anlita sakkunnig hjälp utifrån.¹⁷¹⁵

Det sålunda upphandlade företaget eller konsulten ska ”ha tillräckliga kunskaper och tillräckliga personella och professionella resurser” samt vara tillräckligt många i relation till arbetsgivarens verksamhets storlek och de risker som är förknippade med verksamheten.¹⁷¹⁶ I svensk rätt är regeln genomförd i myndighetsföreskrift:

¹⁷¹² 3 kap. 4 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷¹³ C-459/04.

¹⁷¹⁴ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 7.6.

¹⁷¹⁵ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 7.3.

¹⁷¹⁶ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 7.5.

När kompetensen inom den egna verksamheten inte räcker för det systematiska arbetsmiljöarbetet eller för arbetet med arbetsanpassning och rehabilitering, skall arbetsgivaren anlita företagshälsovård eller motsvarande sakkunnig hjälp utifrån.

När företagshälsovård eller motsvarande sakkunnig hjälp anlitas skall den vara av tillräcklig omfattning samt ha tillräcklig kompetens och tillräckliga resurser för detta arbete...¹⁷¹⁷

Ramdirektivet föreskriver att om arbetsgivaren måste vända sig ut från det egna företaget och ”anlitar tjänster eller personer utifrån skall han inte fritas från sitt ansvar på detta område.”¹⁷¹⁸ Inte heller denna regel är uttryckligen genomförd i svensk författning. Möjligen kan den anses inbegripen i den övergripande utgångspunkten om att arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön är tvingande rätt.¹⁷¹⁹ Direktivets formulering antyder en form av strikt ansvar för arbetsgivaren av innebörden att denna i alla lägen ansvarar för brister hos det upphandlade företaget. Istället för att upphandla en tjänst på arbetsmiljöområdet kan arbetsgivaren välja att anställa en person. Bedömningen av de anställdas kompetens i arbetsmiljöfrågor får arbetsgivaren emellertid inte göra själv, utan den ska ske med arbetsmiljörätten som måttstock.

4.2.4 Arbete utanför den kontraktuella arbetsgivarens arbetsorganisation

Kravet på arbetsgivaren att denne ska bedriva arbetsmiljöarbete gäller oavsett var arbetet bedrivs. Den kontraktuella arbetsgivarens ansvar kvarstår i den situationen att arbetstagaren arbetar utanför dennas rådighet, utan att arbetstagaren för den skull har kommit att hamna under någon annan huvudmans rådighet, t.ex. för att det rör sig om distansarbete och äger rum i arbetstagarens hem.¹⁷²⁰ Det kontraktuella arbetsgivaransvaret är i detta avseende i princip bortkopplat från arbetsorganisationen eller någon faktisk plats. På gemensamma arbetsställen omfattas arbetstagaren av det kontraktuella arbetsgivaransvaret och rådighetsansvaret. Vad gäller om den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön när arbetstagaren är verksam utanför någon huvudmans rådighet över huvud taget?¹⁷²¹ Lagstiftaren

¹⁷¹⁷ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, 12 §.

¹⁷¹⁸ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 5.2.

¹⁷¹⁹ 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷²⁰ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete. Jfr för arbete i annat hem än arbetstagarens; AFS 1990:18 Omvårdnadsarbete i enskilt hem.

¹⁷²¹ En likartad situation skulle kunna vara utanför den kontraktuella arbetsgivarens rådighet, och på en plats där verksamhet som inte faller under arbetsmiljörätten förekommer. Jfr prop. 1973:130, s. 109.

kom in på dessa frågor 1977 när undantaget om s.k. okontrollerbart arbete avskaffades. Före 1977 hade lagstiftningen byggt på ett generellt undantag för

arbete som utförs i arbetstagarens hem eller annars under sådana förhållanden att det ej kan anses tillkomma arbetsgivaren att vaka över arbetets anordnande.¹⁷²²

När arbetsmiljölagstiftningen skulle göras tillämplig även i alla situationer när arbetsplatsen ligger utanför den kontraktuella arbetsgivarens rådighet, anförde departementschefen att lagen i princip är tillämplig, men att ”en bedömning [måste] ske av vad som ligger inom arbetsgivarens möjligheter och av vad som rimligen kan krävas av honom.”¹⁷²³ Den här avvägningen förklarades i termer av att arbetsgivarens ansvar omfattar material, t.ex. maskiner, redskap och arbetsmaterial, men också riskbedömning och i förekommande fall skyddsanordningar, samt att arbetstagaren fått tillräckliga instruktioner för arbetets bedrivande.¹⁷²⁴

Principerna som används för att dra gränserna för den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar då arbetstagaren arbetar bortom dennes rådighet är tillämpliga också vid distansarbete och när arbetet utförs i arbetstagarens bostad.¹⁷²⁵ Eftersom den kontraktuella arbetsgivaren saknar möjlighet att påverka arbetsmiljön i bostaden, blir huvudmannens roll att avbryta hemarbetet, om standarden för arbetsmiljön inte kan upprätthållas. Innan arbetsgivaren tillåter hemarbete ska hen kontrollera om det är lämpligt ur arbetsmiljösynvinkel att arbetet bedrivs på detta sätt. Förarbetena antyder att det kan finnas ett utrymme för arbetsgivaren att ta sitt ansvar för arbetsmiljön genom att ingå avtal med arbetstagaren om utformningen av arbetsplatsen i bostaden.¹⁷²⁶ Särskilda förutsättningar gäller för tillsynsmyndigheterna; inspektionsbesök i hemmet får endast ske efter begäran av berörd arbetsgivare eller arbetstagare, eller annars endast om det finns särskilda skäl för tillsynsbesöket.¹⁷²⁷ Någon särlagstiftning om hemarbete förekommer inte i svensk rätt. Den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivaransvaret avgör således arbetsmiljöansvarets placering.

ILO har 1996 tagit fram konvention om hemarbete, som uttrycker en ambition att inlemma hemarbete i den allmänna arbetsrätten och arbetsmiljörätten, och en princip om likabehandling mellan hemarbetare och andra arbetstagare, men också att arbetsmiljörättsliga regler bör tas fram inom ramen för en nationell policy för

¹⁷²² Prop. 1976/77:149, s. 212, s. 386.

¹⁷²³ Prop. 1976/77:149, s. 212.

¹⁷²⁴ Prop. 1976/77:149, s. 213.

¹⁷²⁵ SOU 1998:115, s. 114. Lagstiftaren har inte tagit ställning till dessa punkter. Jfr prop. 1999/2000:86, s. 12.

¹⁷²⁶ SOU 1998:115, s. 114.

¹⁷²⁷ 15 §, 3 st. arbetsmiljöförordningen (1977:1166).

hemarbete, som beaktar särdragen hos detta arbete.¹⁷²⁸ Den svenska ratificeringen sköts inledningsvis upp pga. att konventionen var kontroversiell på ILO-nivå och inte vunnit stöd från arbetsgivargruppen.¹⁷²⁹ En utredningskommitté har sedermera yttrat att några arbetsmiljöskäl inte föreligger mot ratificeringen,¹⁷³⁰ men någon ratificering har inte skett.

Distansarbete regleras dessutom i ett ramavtal på europeisk nivå från 2002, som ska genomföras av de nationella arbetsmarknadsparterna.¹⁷³¹ De centrala avtalsparterna på den svenska arbetsmarknaden ingick därför ett ramavtal om distansarbete, där man slog fast att principerna som kom till uttryck i avtalet på europeisk nivå var väl avvägda för att reglera distansarbete, också för Sveriges del.¹⁷³² Det europeiska avtal som de svenska parterna alltså uttryckte uppskattning över, lyder ifråga om distansarbetares arbetsmiljö:

Arbetsgivaren ansvarar för skyddet av distansarbetarens hälsa och säkerhet i arbetet i enlighet med direktiv 89/391 och relevanta tillhörande direktiv, nationell lagstiftning och kollektivavtal.

Arbetsgivaren informerar distansarbetaren om företagets policy vad gäller hälsa och säkerhet i arbetet, särskilt kraven rörande bildskärmar. Distansarbetaren tillämpar säkerhetspolicyn på rätt sätt.

För att kunna kontrollera att tillämpliga hälso- och säkerhetsbestämmelser tillämpas korrekt har arbetsgivaren, arbetstagarens representanter och/eller ansvariga myndigheter tillträde till distansarbetsplatsen inom de gränser som fastställs i nationell lagstiftning och kollektivavtal. Om distansarbetaren arbetar hemma förutsätter sådant tillträde att det föregås av underrättelse och hans/hennes medgivande. Distansarbetaren har rätt att begära inspektionsbesök.¹⁷³³

¹⁷²⁸ ILO Home Work Convention, 1996, nr, 177, art. 4, art. 7, som konkretiseras i ILO Home Work Recommendation, 1996, nr 184, p. 19-22.

¹⁷²⁹ Prop. 1997/98:185, s. 6-10, bet. 1998/99:AU3.

¹⁷³⁰ SOU 1998:115, s. 231-233.

¹⁷³¹ Framework Agreement on Telework, 16/7-02, mellan ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP. Jfr Ramos Martin & Visser, A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The implementation of the Framework Agreement on Telework, 2008, s. 511 ff.

¹⁷³² Gemensamma Riktlinjer Svenskt Näringsliv – Svenska Kommunförbundet – Landstingsförbundet – Arbetsgivarverket – LO – TCO – SACO för genomförande av den europeiska överenskommelsen om distansarbete, 28/5-03 ingått av Föreningen Svenskt Näringsliv, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Arbetsgivarverket å ena sidan, och Landsorganisationen i Sverige, Tjänstemännens Centralorganisation och Sveriges Akademikers Centralorganisation, å den andra.

¹⁷³³ Framework Agreement on Telework, 16/7-02, mellan ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP, p. 8.

4.2.5 Den lokala skyddsverksamheten: arbetsställen, skyddsombud och trakasseriförbud

Den gemensamma obligatoriska uppgiften att ”bedriva en på lämpligt sätt organiserad arbetsmiljöverksamhet”¹⁷³⁴ innebär att arbetsgivare och arbetstagare, och i förekommande fall arbetstagarorganisationen, blir bärare av en rad rättigheter och skyldigheter i relation till varandra. I bilaterala arbetsorganisationer passar den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet väl. Men, eftersom stora delar av reglerna kring den lokala skyddsverksamheten inte är kopplad till begreppet arbetsgivare, utan till begreppet arbetsställe, blir det avgörande att definiera denna del av arbetsgivaren. Ifråga om den lokala skyddsverksamheten står skyddsombudet i centrum, och flera av reglerna om skyddsverksamheten handlar om denne. Utformningen av den lokala skyddsverksamheten är avhängig verksamhetens omfattning:

På ett arbetsställe, där minst fem arbetstagare regelbundet sysselsätts, ska det bland arbetstagarna utses ett eller flera skyddsombud (arbetsmiljöombud). Skyddsombud ska utses även på ett annat arbetsställe, om arbetsförhållandena kräver det.¹⁷³⁵

Utformningen av begreppet arbetsställe blir avgörande för när utseende av skyddsombud är obligatoriskt (någon sanktion finns emellertid inte). På större arbetsställen, där minst femtio arbetstagare sysselsätts, (eller om arbetstagarna på mindre arbetsställen kräver det) ska det finnas en skyddskommitté.¹⁷³⁶ Arbetsställebegreppet är därför betydelsefullt i regleringen av det lokala arbetsmiljöarbetet.

Det idag gällande arbetsställebegreppet för samverkansreglerna är inte definierat i lagstiftning. Det är inte heller tvingande och kan förfogas över i kollektivavtal. De uttalanden som lagstiftaren ställt sig bakom ifråga om arbetsställebegreppet är i själva verket en uppsättning riktlinjer för överenskommelser på det lokala planet. 1977 års lagstiftare anförde uttryckligen att man inte avsåg att ge något nytt innehåll till arbetsställebegreppet.¹⁷³⁷ De tillämpliga förarbetsuttalandena finns därmed i 1946 års utredningsbetänkande till 1949 års arbetarskyddslag:

¹⁷³⁴ 6 kap. 1 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷³⁵ 6 kap. 2 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷³⁶ 6 kap. 8 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷³⁷ Prop. 1976:77:149, s. 379 f.

Med arbetsställe förstås i denna lag det lokala, avgränsade område, inom vilket arbetsgivare i och för sin verksamhet bedriver arbete, oavsett om detta utföres i arbetslokal, i det fria eller under jord. Begreppet arbetsställe får dock ej alltid tagas i så inskränkt bemärkelse, att därmed skulle avses en och samma lokal, byggnad eller plats i det fria. Vad som skall räknas till ett och samma arbetsställe får, då tvekan härom råder, bedömas från fall till fall. Därvid skall iakttagas, att begränsningen till lokalt område i princip innebär, att verksamheten skall utövas på en och samma ort. Denna begränsning gäller emellertid icke alltid, exempelvis beträffande vägbyggnad.¹⁷³⁸

Departementschefen av 1977 tolkade detta som att det oftast är lämpligt att uppfatta ”en lokalt sammanhållen produktionsenhet som ett arbetsställe” och att ”verksamhetens art och det underlag som krävs för att skapa en väl fungerande lokal skyddsorganisation” ska fälla avgörandet, både i vanliga fall och ifråga om tillfälliga och rörliga arbetsenheter.¹⁷³⁹ Den här mer eller mindre öppna definitionen återspeglas i Arbetsmiljöverkets rådgivning¹⁷⁴⁰ och i äldre tiders övergripande kollektivavtal.¹⁷⁴¹

Arbetsställebegreppets historia framstår som brokig. Begreppets tillkomst och utveckling illustrerar vilka dilemman som uppstår när offentligrättsliga regler avseende en rumsligt definierad plats utfärdas inom ramen för ett system med en kontraktuell utgångspunkt för arbetsgivaransvar. Det uttalande som arbetsmiljölagens förarbeten för fram som definition av samverkansreglernas civilrättsliga arbetsställebegrepp hämtas från äldre tiders offentligrättsliga reglering som syftade till att expandera arbetsmiljörättens tillämpningsområde utöver arbetsgivar-arbetstagarrelationen. Dagens samverkansreglers begrepp för arbetsställe är hämtade från reglering från 1940-talet som syftade till att grundlägga en ansvarsrelation mellan huvudmannen bakom t.ex. grustag, och de personer som arbetade där,

¹⁷³⁸ SOU 1946:60, s. 60 f. Dessutom definierades begreppen arbetsplats och arbetslokal. 1973 års delreform behandlade inte denna fråga. SOU 1972:86, prop. 1973:130.

¹⁷³⁹ Prop. 1976/77:149, s. 61.

¹⁷⁴⁰ Arbetsmiljöverket, Arbetsställebegreppet, ärende 2003/44635, 12 november 2003.

¹⁷⁴¹ SAF-LO-PTK, Förhandlingsprotokoll 1976-04-22, Avtal om allmänna regler för arbetsmiljö-verksamheten i företagen samt om rekommendationer för partssamarbete i företagshälsövärdscentraler, 3 §: ”Med *arbetsställe* avses i denna överenskommelse det lokala, avgränsade område inom vilket arbetsgivaren bedriver verksamhet. Vid ett arbetsställe kan verksamheten vara förlagd till olika lokaler, byggnader eller platser i det fria. Är verksamheten förlagd till olika orter skall, om inte omständigheterna föranleder annat, varje ort utgöra ett arbetsställe.” Kommentaren till bestämmelsen framhåller att ”Vad som skall anses som arbetsställe kan ibland vara svårt att ange. I normalfallet avses ett arbetsställe med oförändrad belägenhet och fortlöpande verksamhet. [...] Arbetsstället måste därför bestämmas med hänsyn till verksamhetens art. [...] Branschparterna kan om så är lämpligt komma överens om en definition av begreppet arbetsställe med hänsyn till branschens förhållanden. Ofta torde emellertid en lokal definition av begreppet vara motiverad. I sådana fall träffas överenskommelse mellan de lokala parterna.”

utan att vara anställda där.¹⁷⁴² Kraften i synen på arbetsgivaransvar som följd endast av anställningsavtalet innebar att det krävdes en lagregel för att grundlägga denna ansvarsrelation, och denna regel krävde en rumslig gräns för ansvaret. Det var denna gräns som sedan kom att överföras från den offentligrättsliga arbetsmiljörätten till dagens civilrättsliga aspekter av arbetsmiljölagstiftningen. I dagens offentligrättsliga arbetsmiljörätt förekommer arbetsställebegreppet i regeln om rådighetsansvar och i de olika reglerna om gemensamma arbetsställen.¹⁷⁴³

Definitionen av arbetsställebegreppet i samverkansreglerna är ålderstigen. Vid flera tillfällen har behovet av en genomgång och analys av reglerna med syfte att föreslå en modernisering framhållits. 1990 års arbetsmiljökommision ville se över arbetsställebegreppet, och tydligare koppla det till den vid den tiden nya hållningen om att arbetsmiljöarbete ska genomsyra hela verksamheten:

Mot bakgrund av ett sådant synsätt kan det ifrågasättas om inte arbetsställebegreppet, som avgränsning för arbetsgivaransvaret, behöver kompletteras och utvecklas så att arbetsmiljölagens avgränsning av ansvaret omfattar hela företaget (motsvarande).¹⁷⁴⁴

Utredningens formulering får uppfattas som ett exempel på otydligheter som kan uppstå när samma begrepp används i olika rättsliga sammanhang, även om det sker inom ramen för samma lagstiftning. 1990 års arbetsmiljökommision efterlyste i alla händelser en översyn av arbetsställebegreppet i dess egenskap av ”ramen för lokal partssamverkan”.¹⁷⁴⁵ Flera remissinstanser instämde i denna bedömning, och en översyn av arbetsställebegreppet utfästes av departementschefen.¹⁷⁴⁶ En utredning gavs i uppdrag att genomföra en bred undersökning av arbetsställebegreppet och ta fram ”kriterier” för det, som kunde lagfästas.¹⁷⁴⁷ Eftersom 1992 års brett upplagda arbetsrättskommitté påbörjat sitt arbete,¹⁷⁴⁸ avstod Arbetsmiljöutredningen från att genomföra analysen av arbetsställebegreppet. Förklaringen var att avgränsningen av arbetsställebegreppet påverkade det sakliga

¹⁷⁴² SOU 1946:60, s. 248ff, prop. 1948:298, s. 246 f, s. 251 f, s. 255, s. 282, s. 298. Se 1949 års lag 6 §, 46 §. 1948 års proposition diskuterar också skyddsombudsinstitutet i relation till arbetsställebegreppet, utan att kommentera om ett annat begrepp avses, än det som föreslogs för den nya offentligrättsliga ansvarsrelationen.

¹⁷⁴³ 3 kap. 7 d §, 7 g § 12 §, 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁴⁴ SOU 1990:49, s. 102.

¹⁷⁴⁵ SOU 1990:49, s. 178.

¹⁷⁴⁶ Prop. 1990/91:140, s. 127 f.

¹⁷⁴⁷ Dir. 1991:75.

¹⁷⁴⁸ Dir. 1991:118.

innehållet i samverkansreglerna, och dessa skulle ju utredas av 1992 års arbetsrättskommitté.¹⁷⁴⁹ Arbetsmiljölagsutredningen gjorde emellertid reflektionen att

eftersom alla arbetsmiljöfrågor av övergripande art skall behandlas i skyddskommittén på arbetsstället kan det ligga nära till hands att anta att lagen generellt ser arbetsstället – inte företaget som helhet – som den naturliga ramen för att behandla arbetsmiljöfrågor.¹⁷⁵⁰

I och med detta uttalande – som ju bygger på det motsatta antagandet jämfört med 1990 års arbetsmiljökommission – ökade oklarheterna om vilka utgångspunkter som arbetsmiljölagstiftningen egentligen byggde på. De båda utredningarna om arbetsmiljöreglerna synes ha kommit till olika slutsatser. Departementschefen instämde i att hanteringen av frågan om arbetsställebegreppets utformning borde anstå till dess att 1992 års arbetsrättskommitté utrett relationerna mellan samverkansreglerna i arbetsmiljörätten och inflytandereglerna i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.¹⁷⁵¹ Eftersom 1992 års arbetsrättskommitté kom att läggas ner innan dess arbete var slutfört, blev analysen av arbetsställebegreppet aldrig utförd.¹⁷⁵²

De kontraktuella utgångspunkterna om arbetsgivarbegreppet är relevanta för många aspekter av skyddsombudens verksamhet. Den kontraktuella utgångspunkten avgör frågan om vem som är valbar till skyddsombud (och vilka som får rösta i valet); och dessutom ska arbetstagaren vara verksam på arbetsstället (alltså på en del av den kontraktuella arbetsgivaren).¹⁷⁵³ Tillträdet till arbetsstället, och alla arbetsplatserna där, är inte särskilt lagreglerat utan följer istället av regeln om att skyddsombudets verksamhet inte får hindras.¹⁷⁵⁴ När det handlar om skyddsombudets uppgifter är de relaterade till ytterligare ett insnävande begrepp; skyddsområde. Det är på skyddsområdet som skyddsombudet ska ”vaka över skyddet mot ohälsa och olycksfall”, samt över att arbetsgivaren bedriver ett systematiskt arbetsmiljöarbete.¹⁷⁵⁵ Begreppet skyddsområde är att uppfatta som ett uttryck för att lagen utgår från att flera skyddsombud utses på ett och samma arbetsställe, och att dessa skyddsombud fördelar uppgifterna mellan sig, och att lagen bör respektera

¹⁷⁴⁹ SOU 1993:81, s. 176.

¹⁷⁵⁰ SOU 1993:81, s. 176.

¹⁷⁵¹ Prop. 1993/94:186, s. 56. Dir. 1991:118, dir. 1992:109.

¹⁷⁵² SOU 1994:141, s. ii.

¹⁷⁵³ Prop. 1948:298, s. 238, SOU 1946:60, s. 528 f.

¹⁷⁵⁴ Prop. 1993/94:186, s. 38 f, som går emot förslaget i SOU 1993:81 s. 188-190.

¹⁷⁵⁵ 6 kap 4 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Arbetsgivarens underrättelseskyldighet och skyddsombudets rätt att begära undersökningar relaterar till begreppet skyddsområde. Se 6 kap. 4 § och 6 a § arbetsmiljölagen (1977:1160).

och stötta dessa båda förhållanden.¹⁷⁵⁶ Den mest utvecklade regeln där termen skyddsområde förekommer stödjer denna förståelse:

... Skyddsombud skall äga god förtrogenhet med arbetsförhållandena inom sitt skyddsområde.

Antalet skyddsombud bestämmes efter arbetsställets storlek, arbetets natur och arbetsförhållandena. Råder bland arbetstagarna tvekan om vilket anta skyddsombud, som bör utses vid ett arbetsställe, eller om arbetsställets indelning i skyddsområden, bör före valet samråd ske med arbetsgivaren och Arbetsmiljöverket...¹⁷⁵⁷

Rättigheterna som skyddsombud är förknippade med – hänvändelserätten och stoppningsrätten – utövas i relation till den kontraktuella arbetsgivaren på arbetsstället,¹⁷⁵⁸ och dessutom utses skyddsombuden på arbetsställen.¹⁷⁵⁹

Stoppningsrätten utövas inom ramen för den kontraktuella utgångspunkten. Eftersom stoppningsrätten endast gäller i relation till andra arbetstagare, uppstår följaktligen ett gränsdragningsproblem i relation till arbetsgivaren, som inte behöver respektera stoppet:

bestämmelsen om skyddsombuds stoppningsrätt enligt sin lydelse siktar på situationer där skyddsombud bedömer ett arbete riskfyllt för någon som är arbetstagare. Bakgrunden är att det har ansetts rimligt att skyddsombudets uppfattning har företräde framför arbetsgivarens i sådana lägen. Däremot har det inte gällt att här skapa något särskilt skydd för den som är i arbetsgivarställning. I den mån arbetsgivares övertagande av arbetsuppgiften innebär fara för arbetstagare – även sådan i arbetsledande ställning – får förfarandet emellertid anses otillåtet. Vidare kan ett övertagande av arbetsuppgifter ske under sådana omständigheter att det framstår som ett sätt att otillbörligt hindra skyddsombudet i hans verksamhet.¹⁷⁶⁰

I dessa formuleringar är den kontraktuella utgångspunkten delvis genomförd; å ena sidan gäller stoppet inte för arbetsgivare, å andra sidan gäller det arbetsgivarföreträdare, eftersom de också har anställningsavtal. Att de kan vara behöriga att representera arbetsgivaren ska tydligtvis bortses ifrån i denna bedömning. I avsaknad av kompletterande rättsligt material är rättsläget oklart ifråga om personer som är medgivna att arbeta på den grunden att skyddsombudsstoppet i princip endast är riktat till arbetstagare.

¹⁷⁵⁶ Jfr diskussionen och den historiska genomgången i Steinberg, *Skyddsombuds- och arbetsmiljöombuds rätt*, 2013, s. 62-66, med vidare referenser.

¹⁷⁵⁷ 6 §, 2 och 3 st. arbetsmiljöförordningen (1977:1166).

¹⁷⁵⁸ 6 kap. 6 a § och 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁵⁹ 6 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁶⁰ Prop. 1976/77:149, s. 339 f.

Trakasseriskyddet som gäller för ett skyddsombud, regleras olika beroende på hur ombudet utsetts. Har arbetstagarna utsett skyddsombudet omfattas det av trakasseriskyddet i arbetsmiljölagstiftningen.¹⁷⁶¹ Om det är den lokala kollektivavtalsbundna arbetstagarorganisationen som utsett skyddsombudet omfattas det istället av förtroendemannalagstiftningen.¹⁷⁶² Hur är arbetsmiljörättens trakasseriskydd relaterat till arbetsgivarbegreppet, och vem i arbetsorganisationen är skyldig att respektera denna specifika skyddsregel för skyddsombud? Arbetsmiljölagen föreskriver att ”Skyddsombud får inte hindras att fullgöra sina uppgifter.”¹⁷⁶³ Om arbetsgivare eller arbetstagare bryter mot denna regel, skall denne ersätta uppkommen skada och betala allmänt skadestånd.¹⁷⁶⁴

Ur skyddsombudets synvinkel är skyddet därför heltäckande, men ger inte desto mindre upphov till vissa gränsdragningsproblem: vem är arbetsgivare i arbetsorganisationen och ådrar därmed med sitt handlande huvudmannen skadeståndsskyldighet, och vem är arbetstagare och representerar ingen annan än sig själv? Gränsdragningsproblematiken har framförallt betydelse ur arbetsgivarens synvinkel. Om de påstådda trakasserierna sker i form av rättshandlingar i beslut om arbets- och anställningsvillkor, är de ju begreppsligt begångna av arbetsgivaren, eftersom endast någon som representerar denne kan fatta den typen av beslut. Men eftersom trakasseriskyddet är tillämpligt på mycket mer än endast arbetsgivarbeslut, blir i praktiken gränsdragningen mellan arbetsgivarrepresentanten och arbetskamraten viktig:

icke blott den skada, det hot eller de andra obehag, som skyddsombud kunde utsättas för i syfte att minska hans handlingsfrihet, utan även de obehag, som skyddsombud skulle kunna drabbas av i anledning av åtgärd, som han i egenskap av ombud redan vidtagit [men också] olämpligt bemötande eller uppenbart nonchalerande av skyddsombudet från arbetsgivarens eller arbetstagares sida, vilket i sin tur kan psykiskt påverka ombudet.¹⁷⁶⁵

Om en person inte ska anses representera arbetsgivaren, så ansvarar denna själv för sitt agerande, och får stå för skadeståndet. Regeln gäller just för arbetstagare och syftet med den är att skydda mot ageranden på horisontell axel i arbetsorganisationen. Principerna bakom principalansvaret kan inte få genomslag på den här punkten; det hade ju inneburit att huvudmannen likväl kommit att ansvara för vad arbetstagaren gjort – och då hade regeln i praktiken inte gett ett skydd som är

¹⁷⁶¹ 6 kap. 2, 10 och 11 §§ arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁶² 6 kap. 16 § arbetsmiljölagen (1977:1160) och lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen.

¹⁷⁶³ 6 kap. 10 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Regeln härstammar från 1948 års reform av arbetsmiljörätten. Se om detta prop. 1948:298, s. 239 f., s. 296.

¹⁷⁶⁴ 6 kap. 11 § arbetsmiljölagen (1977:1169).

¹⁷⁶⁵ SOU 1946:60, s. 526.

verksam på den horisontella axeln mellan arbetstagarna.¹⁷⁶⁶ Trakasseriskyddet för skyddsombud är ett exempel på en regel som inte följer det arbetsrättsliga mönstret om att reglera på den vertikala axeln mellan över- och underordnad.

4.3 Bolagiserade verksamheter och arbetsmiljön

4.3.1 Moder- och dotterbolag, arbetstagare och deras arbetsmiljö

Vem är skyddsansvarig för arbetsmiljön när arbetstagaren är verksam i en arbetsorganisation som är en koncern, och alltså har ett av koncernföretagen – moder- eller dotterbolag – som kontraktuell arbetsgivare? Trots arbetsmiljölagstiftningens långa historia har det inte i vare sig förarbeten, doktrin¹⁷⁶⁷ eller rättspraxis förekommit diskussioner om behovet av en koncernarbetsmiljörätt. Inte heller när regeringen nu formulerar en arbetsmiljöstrategi ”för det moderna arbetslivet”¹⁷⁶⁸ utgör koncernerna en av de utmaningar som framhålls. Koncernarbetsorganisationen förekommer inte heller i utredningsuppdraget att analysera arbetsmiljörättens ändamålsenlighet i de nya organisatoriska former som inramar anställningsförhållandet.¹⁷⁶⁹

Det är således den kontraktuella utgångspunkten som placerar arbetsgivaransvaret för arbetsmiljön i bolagiserade arbetsorganisationer. Samtidigt gäller i koncerner det allmänna arbetsmiljörättsliga ansvarssystemet med utgångspunkt i det rumsliga synsättet, och det innebär att om koncernföretagen samverkar på ett sådant sätt att ett gemensamt arbetsställe uppstår, så inträder rättsföljderna som är förknippade med sådana arbetsställen; rådighetsansvar och samordningsansvar.¹⁷⁷⁰ Dessutom kvarstår den utsärande kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetstagarna när de är verksamma i koncernföretag de inte är anställda av.¹⁷⁷¹ I denna situation motsvarar den rättsliga hanteringen av koncernerna den som gäller i arbetsorganisationer som är entreprenader. Om koncernens verksamhet däremot inte skulle utgöra ett gemensamt arbetsställe innebär den kontraktuella utgångspunkten att

¹⁷⁶⁶ Jfr 3 kap. 1 § och 4 kap. 1 § skadeståndslagen (1972:207) om principalansvaret respektive arbetstagares skadeståndsansvar.

¹⁷⁶⁷ Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 297-321, s. 338, Töllborg, Sverige, 1992, s. 65-72. Nielsen nämner endast några straffrättsliga prejudikat från Danmark; se Nielsen, *Koncernarbetsrät*, 2006, s. 130-133.

¹⁷⁶⁸ Skr. 2015/16:80.

¹⁷⁶⁹ Dir. 2016:1.

¹⁷⁷⁰ Se kapitel 4.4.3-4 och kapitel 4.4.8.

¹⁷⁷¹ Se kapitel 4.4.5.

arbetsgivaransvaret endast ligger på arbetstagarens motpart i anställningen; an-
tingen moderbolaget eller ett dotterbolag.¹⁷⁷²

I koncerner kunde samordningsansvaret vara lämpligt för moderbolaget att bära;
det subjekt som utövade makten i arbetsorganisationen får då ansvaret för att sam-
ordna det totala arbetsmiljöarbete som de olika kontraktuella arbetsgivarna ska stå
för. Arbetsmiljöverket borde kunna beakta denna synpunkt för den händelse det
blev aktuellt för verket att placera samordningsansvar i någon viss koncernarbets-
organisation.¹⁷⁷³

Det närmaste en arbetsmiljörättslig diskussion om de särskilda förutsättningarna i
koncerner är Nielsens och Szyszczaks undersökning av arbetstagarinflytandereg-
lerna¹⁷⁷⁴ i EU-ramdirektivet om arbetsmiljö. Efter att ha slagit fast att direktivet
präglas av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet väcker man frågan om arbets-
givarbegreppet i (internationella) koncerner och uttalar att dotterbolagsanställdas
möjligheter att utöva sina inflytanderättigheter i relation till moderbolagets styrelse
beror på hur arbetsgivarbegreppet tolkas av EU-domstolen.¹⁷⁷⁵ Nielsen och
Szyszczak fortsätter:

In our view, an employer within the meaning of the Directive, must be the *real* de-
cision maker. In some groups of companies the parent company makes the policy
decisions concerning the working environment. If that is the case, the participation
rights of the workers both of the parent company and of subsidiaries must be rights
against the parent company.

It could also be argued that the employer within the meaning of the Directive must
be an entity which can act as an adequate counterpart to the workers' representa-
tives which are defined by reference to national law and practice [...]. In some
countries, for example Germany, a works council at group of undertakings level
(Konzernbetriebsrat) exists which has competence in working environment mat-
ters. In order for it to have a counterpart on the employer side, the employer must
also be able to be the central management of the group of undertakings.

Directive 94/45/EC contains a definition of a controlling undertaking, a definition
which in the Nordic debate (notably in Norway) has been suggested as an appropri-
ate basis for a statutory definition of the concept of an employer.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷² Jfr kapitel 4.2 om bilaterala arbetsorganisationer.

¹⁷⁷³ Se kapitel 4.4.4 och kapitel 4.4.8.

¹⁷⁷⁴ Se Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande*, 2015, om detta begrepp utanför arbetsmiljörät-
ten.

¹⁷⁷⁵ Nielsen & Szyszczak, *The Social Dimension of the European Union*, 1997, s. 305f.

¹⁷⁷⁶ Nielsen & Szyszczak, *The Social Dimension of the European Union*, 1997, s. 305f. Kursiverat i
original. Nielsen, EF og nordisk koncernarbejdsret, 1992, s. 173-189, s. 187. Jfr även Nielsen,
Koncernarbejdsret, 2006, *passim*.

Dessa kommentarer avser således inte arbetsmiljöansvar utan inflytandemöjligheter för de anställda och deras representanter. Nielsen och Szysczak argumenterar här enligt det mönster som säger att det subjekt som har makten i en organisation också ska vara den som reglerna är tillämpliga på.

Inte heller i den internationella arbetsrätten förekommer någon särskild arbetsmiljörättslig hantering av koncerner. Den enda antydning till koncernarbetsmiljörätt föreligger i ILO:s deklaration¹⁷⁷⁷ om multi-nationella företag och socialpolitik. Detta instruments ansvarssubjekt – ”multinational enterprise” – avser

various entities (parent companies or local entities or both or the organization as a whole) according to the distribution of responsibilities among them, in the expectation that they will cooperate and provide assistance to one another as necessary to facilitate observance of the principles laid down in the Declaration.¹⁷⁷⁸

Instrumentets materiella regler om arbetsmiljö är sig allmänt hållna; ”Governments should ensure that both multinational and national enterprises provide adequate safety and health standards for their employees.” och ”Multinational enterprises should maintain the highest standards of safety and health, in conformity with national requirements, bearing in mind their relevant experience within the enterprise as a whole, including any knowledge of special hazards.”¹⁷⁷⁹ Ur materiell synvinkel är inte denna reglering uppseendeväckande. Det intressanta är istället hur deklarationen på olika sätt uppfattar koncerner som sammanhållna entiteter och sedan föreskriver ett ansvar för arbetsmiljön som motsvarar detta synsätt. Instrumentet har emellertid inte satt några spår vare sig i svensk lagstiftning eller i arbetsmiljörättslig diskussion.

4.3.2 Skyddsombud hos moder- och dotterbolag: roll och befogenheter. Trakasseriförbudet

I avsaknad av särskild lagstiftning om skyddsombuds verksamhet och roll i arbetsorganisationer som är koncerner träder de allmänna reglerna i ämnet i tillämpning. När koncernens verksamhet bedrivs på ett sådant sätt att ett gemensamt arbetsställe uppstår så kommer skyddsombudens rättsliga ställning i praktiken följa det mönster som gäller för entreprenader.¹⁷⁸⁰ Valbar som skyddsombud är endast den

¹⁷⁷⁷ ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 1977.

¹⁷⁷⁸ ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 1977, p. 6 *in fine*.

¹⁷⁷⁹ ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 1977, p. 37, p. 38.

¹⁷⁸⁰ Se kapitel 4.4.11.

som har det aktuella koncernföretaget som kontraktuell arbetsgivare. Skyddsombud som representerar arbetstagarna med ett annat koncernbolag som kontraktuell arbetsgivare har tillträde till arbetsstället med stöd av den regel som expanderar tillträdesrätten bortom den kontraktuella utgångspunkten. Ett skyddsombud i det mottagande företaget i arbetsorganisationen kan utöva hänvändelserätten i relation till sin kontraktuella motpart, till förmån för arbetstagarna i det främmande koncernföretaget.¹⁷⁸¹

4.4 Entreprenadförhållandet och arbetsmiljön

4.4.1 De anställdas arbetsmiljö i företagssamarbeten

När ett flertal fristående företag – flera kontraktuella arbetsgivare – samverkar inom en komplex arbetsorganisation som är en entreprenad uppstår frågor om var ansvaret för arbetsmiljön är placerat. I arbetsorganisationen förekommer flera huvudmän och grupper av arbetstagare med skilda kontraktuella arbetsgivare. Arbetstagarna kan komma att vara verksamma både inom och utanför deras kontraktuella arbetsgivares arbetsställe, samtidigt som det kan förekomma att flera arbetsgivare bedriver verksamhet samtidigt på samma ställe. Företagens samarbete utgår ofta från ett avtal mellan dem, som definierar projektet i arbetsorganisationen. Regleringen av ansvaret för arbetsmiljön i entreprenader utgår från begreppet gemensamt driftställe; när ett sådant uppstår inträder viktiga rättsverkningar som fördelar ansvaret för arbetstagskyddet på de medverkande företagen. De ansvarsformer som på detta sätt aktualiseras är, förutom det kontraktuella arbetsgivaransvaret, rådighetsansvaret och samordningsansvaret. Därför är arbetsmiljöansvarets både kontraktuella och rumsliga grunder synliga i regleringen av komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader.

Som utgångspunkt placeras ansvaret för arbetsmiljön med stöd av anställningsavtalet: arbetstagarens motpart bär det kontraktuella arbetsgivaransvaret, och dessutom kompletteras det med det rumsligt definierade ansvaret som gäller för den huvudman som råder över ett arbetsställe. I komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader är en ansvarsfördelning på endast den kontraktuella arbetsgivaren inadekvat för att skapa goda arbetsförhållanden för arbetskraften: en viss arbetstages arbetsmiljö påverkas nämligen inte endast av faktorer som utgår från denna huvudman. Viktiga påverkansfaktorer kommer också från den huvudman som råder över arbetsstället, men också från andra företag och deras anställda i arbetsorganisationen. Det kontraktuella arbetsgivaransvaret är otillräckligt för att skapa

¹⁷⁸¹ Se kapitel 4.4.11.

en god arbetsmiljö i entreprenader, redan eftersom inte ens det att varje enskild kontraktuell arbetsgivare fullt ut tar sitt ansvar måste leda till en god arbetsmiljö. Det krävs istället att varje enskild kontraktuell arbetsgivare tar ansvar för arbetsmiljön bortom sin egen verksamhet och sina egna arbetstagare som är verksamma i denna. Placeringen av ett arbetsmiljöansvar på arbetstagarens motpart i anställningsavtalet kvarstår emellertid alltid, även om den praktiska betydelsen av detta kan vara mindre än annars, och även om andra ansvarsrelationer förekommer parallellt med arbetsgivaransvaret. Farhågorna kring arbetsmiljön i komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader brukar diskuteras i termer av försämringar av arbetsmiljön som resultat av vad som kan benämnas en utspädning eller uttunning av arbetsmiljöansvaret.¹⁷⁸²

På det regleringsmässiga planet har EU agerat och i ramdirektivet om arbetsmiljö utfärdat regler om fördelningen av arbetsmiljöansvar i entreprenader.¹⁷⁸³

Den sannolikt mest vanligt förekommande komplexa arbetsorganisationen som är en entreprenad – byggarbetsplatsen – särregleras dock på EU-nivå i svensk lagstiftning.¹⁷⁸⁴

4.4.2 Gränsdragningen mellan entreprenadförhållande och personalinhyrning

Olika regler avseende fördelningen av arbetsmiljöansvar i arbetsorganisationen blir tillämpliga beroende på om ett visst anskaffande av arbetskraft ska anses utgöra personalinhyrning eller entreprenad. Om relationen är personalinhyrning aktualiseras regler som föreskriver en variant av rådighetsansvar för inhyraren i relation till denna arbetskraft.¹⁷⁸⁵ Om relationen istället utgör en entreprenad blir denna specialregel inte tillämplig. Den arbetsmiljörättsliga litteraturen¹⁷⁸⁶ och aktuella ställningstaganden från Arbetsmiljöverket¹⁷⁸⁷ åberopar båda 1970 års principer för gränsdragningen mellan bemanning och entreprenad.¹⁷⁸⁸ De båda huvudmännens avtal om utformningen av arbetsorganisationen avgör om huruvida relationen utgör entreprenad eller personaluthyrning i arbetsmiljörättslig mening.

¹⁷⁸² SOU 1990:49, s. 100 f. Jfr Larsson, *The Diffusion of Employer Responsibility*, 2000, 199-226.

¹⁷⁸³ Ramdirektivet 89/391/EEG.

¹⁷⁸⁴ Direktiv 92/57/EEG, prop. 2008/09:5. Jfr 2 kap. 9 §, 3 kap. 6-7 h §§, 4 kap. 8 §, 7 kap. 6-7 §§ arbetsmiljölagen (1977:1160). Byggarbetsmiljöansvaret ligger utanför avhandlingens avgränsningar.

¹⁷⁸⁵ 3 kap. 12 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160) om inhyrarsansvaret.

¹⁷⁸⁶ Gullberg & Rundqvist, *Arbetsmiljölagen*, 2013, s. 163.

¹⁷⁸⁷ Arbetsmiljöverket. Tillsynsserien 4/2009, Regler för inspektion, s. 88 f., Bilaga 4.

¹⁷⁸⁸ Se kapitel 1.4.5.

Avtalet mellan huvudmännen – beställaren och det främmande företaget (dvs. entreprenadfirman eller uthyraren) – om arbetet, avgör i förlängningen vilka arbetsmiljörättsliga ansvarsrelationer som blir aktuella i relation till arbetskraften.

4.4.3 Företagssamarbeten som är gemensamma arbetsställen: tröskelbegreppet

De ansvarsrelationer som kompletterar den kontraktuella arbetsgivarens ansvar aktualiseras då arbetsorganisationen i arbetsmiljörättslig mening utgör ett gemensamt arbetsställe. Arbetsmiljöansvar bortom anställningsavtalets partsställning (t.ex. samordningsansvar, som i sin tur ska fördelas på visst sätt¹⁷⁸⁹) är på detta sätt avhängigt ett tröskelbegrepp: gemensamt arbetsställe. När arbetsstället är sådant inträder skyldigheterna att inte utsätta främmande arbetstagare för risk för ohälsa och olycksfall.¹⁷⁹⁰ Också EU-rätten använder – utan definition¹⁷⁹¹ – begreppet arbetsställe som gränsdragande faktor för tillämpligheten av särregleringen av arbetsmiljön i entreprenadsituationer: ”... ska arbetsgivare, där flera företag samtidigt driver verksamhet på ett arbetsställe ...”.¹⁷⁹² Reglerna om arbetsmiljöansvar på ett gemensamt arbetsställe ska inte sammanblandas med arbetsställebegreppet i samverkansreglerna.¹⁷⁹³ I det offentlighetsrättsliga ansvarssystemet råder inte avtalsfrihet om begreppet arbetsställe. Trots att begreppet gemensamt arbetsställe är av avgörande betydelse för ansvarsformerna bortom anställningsavtalets partsställning är lagstiftaren fåordig om hur det ska tolkas, och gränserna för när detta ansvar framstår som oklara. I 1977 års förarbeten till arbetsmiljörätten hänvisas till

ett begrepp som är vedertaget i gällande arbetarskyddslagstiftning. Vad som avses är ett lokalt avgränsat område där flera företag samtidigt bedriver verksamhet.¹⁷⁹⁴

Definitionen av begreppet arbetsställe härstammar i sin tur från 1946.¹⁷⁹⁵ Arbetsmarknadens förändring under senare år motiverar nog att lagstiftaren återvänder

¹⁷⁸⁹ 3 kap. 7 d § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁹⁰ 3 kap. 7 g § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁹¹ Jfr att begreppet arbetsplats är föremål för en direktivspecifik definition i direktivet 98/654/EEG, art. 2 ”Med arbetsplats förstås i detta direktiv en plats för arbete inom företagets och/eller verksamhetens byggnader samt varje annan plats inom företagets/verksamhetens område till vilken arbetstagarna har tillträde under sitt arbete.”

¹⁷⁹² Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 6.4.

¹⁷⁹³ Prop. 1993/94:186, s. 56 f. Samverkansreglerna finns i 6 kap. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁹⁴ Prop. 1976/77:149, s. 381.

¹⁷⁹⁵ Jfr kapitel 4.2.5. Inte heller det ursprungliga lagstiftningsärendet om rådighetsansvar tillför något till detta. Se prop. 1973:130, s. 102 ff, som annars åberopas som källor till kunskap om gemensamma arbetsställen (så t.ex. i SOU 1993:81, s. 182).

till detta begrepp för att säkerställa att detta har en utformning som motsvarar kraven i dagens arbetsliv – och detta hade samtidigt ökat transparensen i ansvarssystemet. Eftersom definitionen i dagsläget framstår som rätt öppen borde inte endast rent rumsliga faktorer få beaktas, utan också sådana som avser samarbetet mellan de olika ingående huvudmännen. Ett gemensamt arbetsställe borde kunna sägas omfatta de som verkar på ett visst område, och som bedriver verksamhet inom ramen för ett avtalat samarbete eller annars mot ett gemensamt mål. Det borde vara möjligt att uppfatta arbetsställe som ett funktionellt begrepp som syftar till att spegla den grupp av huvudmän som bör ha ett ansvar i relation till varandra och till varandras respektive arbetstagare. Detta synsätt har klart stöd i lagstiftningens syfte, men står i ett visst spänningsförhållande till formuleringen arbetsställe som antyder att endast rumsliga förhållanden får beaktas.

ILO:s definition av workplace – i arbetsmiljökonventionen av 1981, som Sverige ansetts kunnat ratificera utan lagändringar¹⁷⁹⁶ – lyder:

all places where workers need to be or to by reason of their work and which are under the direct or indirect control of the employer.¹⁷⁹⁷

ILO:s formulering kopplar definitionen av arbetsstället till den sfär som den kontraktuella arbetsgivaren direkt eller indirekt kan påverka. Ju större område som inkluderas i begreppet arbetsställe, desto fler verksamheter kan ingå och komma att bli bärare av arbetsmiljöansvar bortom anställningsavtalets partsställning, men också bli del av de direkta ansvarsrelationer som uppstår på ett gemensamt arbetsställe.

Arbetsmiljöverket får, om särskilda skäl föreligger, flytta samordningsansvar. Verkets beslut ifråga om tillämpningen av denna regel är avgörande för vilka subjekt som kan komma ifråga för att bära samordningsansvar, och ger indirekt en bild av begreppet gemensamt arbetsställe.¹⁷⁹⁸ Lagstiftningsärenden som uppmärksammat reglerna om samordningsansvar har inte framhållit några oklarheter kring begreppet gemensamt arbetsställe.¹⁷⁹⁹

¹⁷⁹⁶ Prop. 1981/82:166, s. 8 f.

¹⁷⁹⁷ ILO Occupational Safety and Health Convention, 1981, nr 155, art. 3.c. Likalydande i den åtföljande ILO Occupational Safety and Health Recommendation, 1981, nr 164, p. 2.c.

¹⁷⁹⁸ 7 kap. 6 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁷⁹⁹ Prop. 2008/09:5, s. 54.

4.4.4 Att råda över ett driftställe: ansvarsutlösande faktor

Samarbeten mellan olika huvudmän leder ofta till att komplexa arbetsorganisationer uppstår och att arbetstagare med olika kontraktuella arbetsgivare är verk samma tillsammans. Dessutom innebär sådana samarbeten mellan huvudmän att arbetstagare är verksamma på platser, och där använder anordningar, över vilka den kontraktuella arbetsgivaren inte råder. I den här situationen är det kontraktuella arbetsgivaransvaret otillräckligt för att skapa en god arbetsmiljö, eftersom det hade varit meningslöst att begära av den kontraktuella arbetsgivaren att denna skulle förbättra arbetsmiljön; problemen ligger ju utanför dennas rådighet.

Ofta föreligger arbetsorganisationer som är entreprenader på fasta arbetsställen. På ett sådant är den som råder över arbetsstället som utgångspunkt samordningsansvarig.¹⁸⁰⁰ Dessutom är den som råder över ett fast arbetsställe ansvarig för fasta och andra anordningar på detta ställe.¹⁸⁰¹ 1973 lanserades det s.k. rådighetsansvaret som ett svar på de tillkortakommanden som det kontraktuella arbetsgivaransvaret var förknippat med.¹⁸⁰² Eftersom viktiga rättsföljder avseende arbetsmiljöansvar inträder för den som råder över ett arbetsställe, är det av stor betydelse för huvudmännen i arbetsorganisationen att veta vem som i arbetsmiljölagens mening råder över arbetsstället. Förarbetenas diskussion om hur rådighet ska uppfattas är fåordig och delvis otydlig, i det att rättsfaktumsidan och rättsföljdssidan förefaller att sammanblandas. Det är därför inte alldeles klart vilka förhållanden som utlöser en skyldighet, och vad denna skyldighet sedan innebär. Den här distinktionen är emellertid viktig, eftersom den möjliggör en diskussion om räckvidden i ansvaret, t.ex. avseende effekter som uppstår långt från den faktiska platsen där de uppstått, eller avseende andra skyldigheter utan direkt koppling till det faktiska rumsliga arbetsstället. I och med att förarbetena inte presenterar en självständig definition av rådighet, uppstår cirkulära resonemang:

[Rådighets-]Ansvarets omfattning måste begränsas till vad den rådighetsansvarige kan råda över i de olika situationer i vilka bestämmelsen blir tillämplig.¹⁸⁰³

Termen råda har en självständig men oförklarad roll i resonemanget. Den här typen av sammanblandning av ansvarsutlösande och materiella implikationer av detta är olycklig, eftersom en aspekt av rådighetsansvaret ju är att se till att vissa åtgärder genomförs och att vissa anordningar förekommer på arbetsstället:

¹⁸⁰⁰ Ansvaret kan avtalsvägen överlätas samt fördelas och förflyttas av Arbetsmiljöverket. 3 kap. 7 d § 1 och 2 st, 7 kap. 6 § 1 och 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁰¹ 3 kap. 12 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁰² Prop. 1973:130, s. 172ff.

¹⁸⁰³ Prop. 1993/94:186, s. 31 (allmänmotiveringen).

Det ansvar som åläggs den som råder på ett arbetsställe i denna bestämmelse är *dels* att se till att ur skyddssynpunkt nödvändiga fasta anordningar finns på arbetsstället *dels* att se till att dessa anordningar och de andra anordningar som tillhandahålls på arbetsstället är säkra från skyddssynpunkt.¹⁸⁰⁴

Att det ska finnas anordningar på arbetsplatsen måste vara resultatet av att någon tagit rådighetsansvar; dvs. själva målsättningen med ansvarsformen, och inte något som utlöser detta ansvar. I arbetsorganisationer som saknar den här typen av anordningar blir en självständig definition av rådighet viktig. Dessutom kan det ju inte vara meningen att den som sätter upp en anordning endast i och med denna åtgärd ska bli rådighetsansvarig, och ansvarig för att fasta anordningar förekom och fungerade väl. Dessutom innehåller regeln om rådighetsansvar begreppet gemensamt arbetsställe som inte är klart definierat.¹⁸⁰⁵ Förarbetenas diskussion om rådighet ger emellertid vissa ledtrådar till begreppet:

Det är angeläget att den som faktiskt kan påverka skyddsförhållandena för en arbetstagare som befinner sig utanför arbetsgivarens rådighet, har ett tydligt ansvar för dessa förhållanden. Ansvaret bör bl.a. vara tydligt avgränsat mot arbetsgivarens primära skyddsansvar.¹⁸⁰⁶

Som ansvarsutlösande faktor framstår att kunna ”påverka skyddsförhållandena” som en låg tröskel för aktualiserande av ett arbetsmiljöansvar bortom anställningsavtalets partsställning. Borde inte de flesta subjekt som är verksamma på en plats kunna göra detta? Vem ska vara rådighetsansvarig?

Förklaringen till att definitionen av rådighet är oklar i svensk rätt är att modellen med rådighetsansvar utgör en expansion av en äldre lagregel om detta, som för sin tillämpning krävde att tillsynsmyndigheten hade utfärdat ett föreläggande eller förbud i det enskilda fallet.¹⁸⁰⁷ Myndigheten hade då i sin tillsyn identifierat vilket subjekt som borde bära ansvaret, och i och med reformen skapades ett motsvarande ansvar som följde redan med stöd av lagstiftningen utan att det krävdes att myndigheten agerat. Problemet med reformen är att lagstiftningen inte tillfördes några tydliga kriterier, som kunde träda istället för myndighetens fria och självständiga bedömning av vilket subjekt som borde bära ansvar bortom anställningsavtalet (rådighetsansvar). Konceptet rådighetsansvar är avgörande för arbetsmiljörättens möjligheter att vara relevant i komplexa arbetsorganisationer. Begreppet förekommer dels i regleringen av samordningsansvar, dels i regleringen av ansvar

¹⁸⁰⁴ Prop. 1993/94:186, s. 67 (specialmotiveringen). Kursiverat i original.

¹⁸⁰⁵ Jfr kapitel 4.4.3.

¹⁸⁰⁶ Prop. 1993/94:186, s. 31.

¹⁸⁰⁷ SOU 1993:81 s. 88, prop. 1973:130, s. 175, s. 209, prop. 1976/77:149, s. 270, s. 423.

för anordningar.¹⁸⁰⁸ En tydligare definition av vad rådighet över en plats innebär (rättsfaktum) och vad som följer av detta (rättsföljd) skulle öka graden av förutsebarhet i rättstillämpningen. Grundprincipen, som alltså är i behov av förankring och precisering, bör i och för sig vara oförändrad; den som har makt att förändra – oavsett grunden för denna ställning – bör också ha ansvar att förändra.

4.4.5 Utsändande huvudmans skyddsansvar: den kontraktuella arbetsgivarens roll

Den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön i enlighet med huvudregeln kvarstår alltid.¹⁸⁰⁹ Lagförarbetena utgår dessutom från att ”arbetstagarens arbetsgivare” fortfarande har ”huvudansvar för arbetsmiljön”, också när arbetstagaren befinner sig på ett arbetsställe där denna huvudman saknar rådighet.¹⁸¹⁰ Arbetsgivaransvaret beskrivs som ”primärt” i relation till rådighetsansvaret.¹⁸¹¹ I ett lagstiftningsärende heter det att

Ett entreprenadföretag har således det fulla arbetsmiljöansvaret för sina anställda även när det gäller arbete som utförs på beställarens arbetsplats.¹⁸¹²

I förarbetena ges en närmast negativ definition av den kontraktuella arbetsgivarens roll när dennes arbetstagare är verksamma utanför dennes rådighet: sådana arbetsmiljöaspekter som har att göra med anordningar som tillhandahålls eller förekommer på arbetsstället, ansvarar denne inte för. Arbetsmiljöansvar därutöver, är den kontraktuella arbetsgivarens, i den mån det inte omfattas av samordningsansvar.¹⁸¹³ Den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön är omfattande, och som ett utflöde därav, kan det bli aktuellt för denna att agera i relation till sin motpart i entreprenadavtalet, och sist och slutligen avstå från att utföra arbete med hänvisning till bristerna i arbetsmiljön. Denna utgångspunkt uttrycks i Arbetsmiljöverkets normbildning:

¹⁸⁰⁸ 3 kap. 7 g, 2 st. § och 12 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁰⁹ 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸¹⁰ Prop. 1976/77:149, s. 197.

¹⁸¹¹ Prop. 1993/94:186, s. 31.

¹⁸¹² Prop. 2008/09:138, s. 33.

¹⁸¹³ Prop. 1993/94:186, s. 31.

Visserligen kan det i många fall vara så att arbetsgivaren i praktiken inte kan påverka förhållandena på en plats där arbete ska utföras. Men om förhållandena inte är godtagbara med hänsyn till föreskrifternas krav får arbetsgivaren i stället avbryta arbetet till dess att situationen har rättats till. Arbetsgivaren har alltid skyldigheten att se till att han inte bedriver arbete i strid mot arbetsmiljölagen eller Arbetarskyddsstyrelsens/Arbetsmiljöverkets föreskrifter.¹⁸¹⁴

Den kontraktuella arbetsgivarens skyldigheter att informera och utbilda sina arbetstagare illustrerar hur en skyldighet inom ramen för anställningsavtalets partsställning, i praktiken omvandlas till ett krav om att agera först i relation till sin horisontella motpart i det kommersiella avtalet, och sedan i vertikal relation till arbetstagarna. Den kontraktuella arbetsgivaren måste vidta åtgärder så att arbetstagarna får all information de behöver om arbetsmiljörisker och arbetsmiljöarbete ”såväl på företaget och/eller verksamheten i stort som varje enskild arbetsplats och/eller varje enskilt arbete” och också ”information och instruktioner, som har direkt anknytning till platsen där han arbetar”.¹⁸¹⁵ Om arbetstagaren skulle vara sysselsatt utanför den kontraktuella arbetsgivarens verksamhet, måste arbetsgivaren vända sig till den som ansvarar för arbetsplatsen där arbetet ska utföras, för att förhöra sig om vilken utbildning och information som arbetstagaren behöver och har rätt till. På så vis blir en offentligrättsligt präglad skyldighet büren av den kontraktuella arbetsgivaren (att förse sin anställda med något visst), omvandlad till ett krav om att vända sig till sin motpart i det kommersiella entreprenadavtalet, för att först därefter kunna uppfylla sina skyldigheter mot arbetstagaren.

4.4.6 Mottagande huvudmans ansvar: information samt fasta och andra anordningar

Den huvudman som tar emot arbetstagare från sina samarbetspartners i entreprenaden står i en särskild ansvarsrelation till dessa främmande arbetstagare. EU:s ramdirektiv föreskriver att

Arbetsgivaren skall säkerställa att anställda i utomstående företag och/eller verksamheter som utför arbete för arbetsgivarens räkning har fått tillräckliga instruktioner ifråga om arbetsmiljörisker som gäller deras arbete i arbetsgivarens företag och/eller verksamhet.¹⁸¹⁶

¹⁸¹⁴ AFS 2008:16 Byggnads- och anläggningsarbete. Arbetsmiljöverkets föreskrifter om ändring i Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter (AFS 1999:3) om byggnads- och anläggningsarbete, s. 13 (allmänna råd).

¹⁸¹⁵ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 10.1, art. 12.1.

¹⁸¹⁶ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 12.2.

De svenska lagförarbetena uppfattade denna regel som att den ”berör [...] förhållanden från ’utomstående’ företag”¹⁸¹⁷ men framförallt som en regel ägnad att hantera den situationen att arbete utförs på ett arbetsställe där den egna arbetsgivaren inte råder.¹⁸¹⁸ EU-direktivets regel har emellertid inte samma tillämpningsområde som den svenska arbetsmiljölagens regel som berör arbetstagarens kunskaper om risker förbundna med arbetet, eftersom denna bygger på den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet och endast är tillämplig i anställningsavtalets partsställning.¹⁸¹⁹ Vidare förefaller EU-regeln avse samtliga huvudmän som får arbete presterat för sig utanför anställningsavtal, utan kvalifikationer ifråga om huvudmannen. Den nationella regel som ligger närmast EU-regeln om huvudmäns skyldighet att säkerställa att arbetstagare man inte står i anställningsförhållande med är informerade om risker i verksamheten, är samordningsansvaret och varje arbetsgivares skyldighet att samarbeta med den samordningsansvarige. Arbetsmiljölagen föreskriver att den samordningsansvarige – dvs. antingen den som råder över arbetsstället, eller den som avtalsvägen åtagit sig detta ansvar, eller den som blivit utsedd av Arbetsmiljöverket – ska se till att allmänna skyddsregler för arbetsstället utfärdas.¹⁸²⁰ Samordningsansvarsreglerna innebär dessutom att varje arbetsgivare på det gemensamma arbetsstället ska följa den samordningsansvariges instruktioner, samt själv undvika att den egna verksamheten kommer att utgöra en riskfaktor för någon som arbetar på det gemensamma arbetsstället.¹⁸²¹ Sanktioner kan riktas mot arbetsgivare, om de inte informerar varandra och den samordningsansvarige om risker, och sanktioner kan riktas mot den samordningsansvarige om denne inte tar detta ansvar och informerar de arbetande. De svenska reglerna är, till skillnad från EU-direktivet, kopplade till tröskelbegreppet gemensamt arbetsställe. Företagssamarbeten som inte motsvarar detta begrepp ligger därför utanför den svenska regelns tillämpningsområde. Det svenska genomförandet av ramdirektivet framstår således som indirekt och förmedlat.¹⁸²² Ett mer transparent genomförande av informationsskyldigheten avseende risker vore att föreskriva ett direkt ansvar bortom den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar;

¹⁸¹⁷ SOU 1993:81, s. 76.

¹⁸¹⁸ SOU 1993:81, s. 79.

¹⁸¹⁹ 3 kap. 3 § arbetsmiljölagen (1977:1160). ”Arbetsgivaren skall se till att arbetstagaren får god kännedom om de förhållanden, under vilka arbetet bedrivs, och att arbetstagaren upplyses om de risker som kan vara förbundna med arbetet.” Motsvarande EU-rättsliga regel är Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 6.4; ”arbetsgivare [skall] [...] underrätta varandra och sina respektive arbetstagare och/eller arbetstagarrepresentanter om dessa risker.”

¹⁸²⁰ 7 kap. 7 § e, 1 st, 3 p. *in fine*, 3 kap. 7 § d, 7 kap. 6 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸²¹ 7 kap. 7 § g arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸²² Den enda antydning om jämförelse mellan svensk rätt och EU-rätten står utredningsbetänkandet för; ”[i]nriktningen av utredningens förslag överensstämmer i hög grad med de direktiv [...] vad gäller arbete på gemensamma arbetsställen.” SOU 1993:81, s. 98.

mellan den främmande arbetskraften och verksamhetsutövaren och stryka kopplingen till begreppet gemensamt arbetsställe.¹⁸²³

Den huvudman som i en arbetsorganisation som är en entreprenad tar emot främmande arbetstagare får ytterligare en skyldighet bortom anställningsavtalets partsställning, i relation till denna arbetskraft, avseende anordningar:

Den som råder över ett arbetsställe skall se till att det på arbetsstället finns sådana fasta anordningar att den som arbetar där utan att vara arbetstagare i förhållande till honom inte utsätts för risk för ohälsa eller olycksfall. Han skall även se till att andra anordningar som finns på arbetsstället kan användas utan sådan risk.¹⁸²⁴

Ansvarssubjektet är inte den kontraktuella arbetsgivaren, utan den som råder över ett arbetsställe, och ansvars omfattning är fasta och andra anordningar på arbetsstället. Rådighetsbegreppet som ansvarsutlösande faktor känns igen från regleringen av gemensamma arbetsställen och som en utgångspunkt för placeringen av samordningsansvar. Den yttre gränsen för ansvaret är arbetsstället.

Den rådighetsansvarige ansvarar för anordningar i en skala från fasta platser, till mer eller mindre små och lösa ting. Lastkajer, ”fasta tillbehör till byggnader”, som t.ex. utslagsvaskar, men också ”mobila lastanordningar”, och ”mer lösa föremål”, som t.ex. lastkärror ingår i rådighetsansvaret. Ansvaret innebär att se till så utrustningen överhuvudtaget föreligger, och också att den är säker ur arbetsmiljösynvinkel.¹⁸²⁵ Förarbetenas exemplifiering av ansvarsområdets utsträckning antyder att begreppet anordning ska tolkas inkluderande, och att inget av någon betydelse ska utelämnas. Rådighetsansvaret är med andra ord omfattande, och arbetstagare har stora möjligheter att utverka en god arbetsmiljö, även om kravet måste riktas mot någon annan än den kontraktuella arbetsgivaren. Regeln om det direkta rådighetsansvaret har likheter och skillnader med ramdirektivets utgångspunkter för entreprenadarbete: det handlar om ett ansvar som går bortom de kontraktuella relationerna och föreskriver att rådighet över ett arbetsställe ger ett arbetsmiljöansvar liknande det den kontraktuella arbetsgivaren traditionellt burit.

4.4.7 Alla deltagande huvudmäns ansvar i relation till de arbetande

I arbetsorganisationer som är entreprenader föreligger vidare en ansvarsrelation mellan varje arbetsgivare och den som arbetar, oavsett vem som är den kontraktuella arbetsgivaren:

¹⁸²³ Dvs. en regel byggd på 3 kap. 3 § och 7 kap. 7 § g arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸²⁴ 3 kap. 12 §, 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸²⁵ Prop. 1993/94:186, s. 67.

Var och en av dem [som samtidigt, eller i tidsmässig anslutning till varandra bedriver verksamhet på ett gemensamt arbetsställe] ska se till att den egna verksamheten och anordningarna på det gemensamma arbetsstället inte medför att någon som arbetar där utsätts för risk för ohälsa eller olycksfall.¹⁸²⁶

Det är fråga om en direkt ansvarsrelation bortom den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet, mellan alla huvudmän och alla huvudmäns respektive arbetstagare på ett gemensamt arbetsställe. Den här regeln skiljer sig från rådhetsansvaret, som ju riktar sig till det subjekt som råder över arbetsstället.¹⁸²⁷ Regelns tillämplighet är avhängig om arbetsstället utgör ett gemensamt arbetsställe. Kravet om tidsmässigt samband framstår enligt förarbetena inte som strikt, och det handlar inte om att arbete i de olika verksamheterna måste pågå vid samma tidpunkt: om en verksamhet startar när en annan slutar, är rekvisitet uppfyllt.¹⁸²⁸ Ansvaret omfattar ”den egna verksamheten och anordningarna”, som förarbetena definierar som ”alla de aktiviteter och förhållanden inom den egna verksamheten på arbetsstället som kan innebära risker för dem som arbetar där.”¹⁸²⁹ Regeln om arbetsgivares ansvar för främmande arbetskraft framstår som brett tillämplig; förarbetena ger inga inskränkande tolkningsanvisningar. Senare tillkommande lagstiftningsärenden har inte ifrågasatt dessa utgångspunkter, men i allmänna ordalag framhållit den kontraktuella arbetsgivarens ansvar.¹⁸³⁰

4.4.8 Samordningsansvar vid företagssamarbeten: rättigheter och ansvar i relation till de arbetande

Den huvudman i arbetsorganisationen som blivit samordningsansvarig står i en särskild relation till arbetstagarna, också bortom den kontraktuella utgångspunkten. De som arbetar på det gemensamma arbetsstället ska nämligen följa anvisningar från den samordningsansvarige.¹⁸³¹ Den som blivit bärare av skyldigheten att samordna arbetsmiljöarbetet i arbetsorganisationen, blir med stöd av en särskild regel också bärare av rätten att bli åtlydd. Det är fråga om en arbetsmiljörättslig anvisningsrätt bortom anställningsavtalet och med offentligrättslig sanktionsapparat. Arbetsmiljöverket kan rikta sanktioner mot den som inte följer den samordningsansvariges anvisningar.¹⁸³² Omfånget av den här anvisningsrätten avgörs av

¹⁸²⁶ 3 kap. 7 § g, 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160) i dess lydelse efter SFS 2008:934.

¹⁸²⁷ 3 kap. 12 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸²⁸ SOU 1993:81, s. 183. Likartat i prop. 1973:130, s. 196.

¹⁸²⁹ SOU 1993:81, s. 182.

¹⁸³⁰ Prop. 1993/94:186, s. 30, s. 66.

¹⁸³¹ 3 kap. 7 g §, 3 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸³² 3 kap. 7 g, 3 st. och 7 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

den samordningsansvariges lagstadgade uppgifter.¹⁸³³ Varje arbetstagares kontraktuella arbetsgivare är skyldig att följa den samordningsansvariges instruktioner inom ramen för dennes uppgifter.

Redan av det skälet att arbetsledningsrätten inte får utövas i strid med lagstiftning¹⁸³⁴, ska en arbetstagare följa den samordningsansvariges instruktioner före arbetsgivarens, för den händelse de skulle skilja sig åt. I denna mening trumfar den offentligrättsliga anvisningsrätten för samordningsansvariga i arbetsmiljöfrågor den civilrättsliga arbetsledningsrätten/lydnadsplikten.

Komplexa arbetsorganisationer skapar specifika förutsättningar för arbetskraften: den kontraktuella arbetsgivarens avtal med andra verksamhetsutövare inverkar på arbetstagarens lydnadsplikt, som ju i arbetsrättsliga sammanhang uppfattas som en följd av anställningsavtalet. När den kontraktuella arbetsgivaren ingår i en arbetsorganisation där det förekommer samordningsansvar får arbetstagaren en vites-sanktionerad lydnadsplikt i dessa frågor mot den som bär samordningsansvaret. Medan lydnadsplikten i anställningsförhållandet är civilrättsligt sanktionerad, ytterst uppsägning, är anvisningsrelationen mellan den samordningsansvarige och arbetstagaren i rättslig bemärkelse hårdare sanktionerad i offentligrätten. Även om arbetstagarnas lydnadsplikt mot den samordningsansvarige kan härledas ur anställningsavtalet med den kontraktuella arbetsgivaren och att arbetstagarna själva bär ett begränsat arbetsmiljöansvar skaver den här regleringen något mot det principiella avståndstagandet mot straffsanktionering av förpliktelser i anställningsavtal.¹⁸³⁵ Ur rättslig synvinkel är skyldigheten att lyda den samordningsansvarige en skyldighet mot staten/det offentliga. Den här offentligrättsliga varianten av arbetsledningsrätt bortom anställningsförhållandet visar dessutom i och för sig hur en lydnadsplikt bortom anställningsförhållandets partsställning kan konstrueras, men också att detta rymmer mindre väl med synen på anställningen som en avtalsrelation.

¹⁸³³ 3 kap. 7 e § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸³⁴ Dvs. arbetstagare som vägrar utföra arbete under hänvisning till att detta vore i strid med arbetsmiljörätten (och har fog för sin uppfattning) bryter inte mot anställningsavtalet. Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 2016, s. 68.

¹⁸³⁵ Jfr Selberg, Om kriminaliseringen av papperslösas arbete och argumenten för att avskaffa den, 2015, s. 362-412, s. 388 med hänvisningar. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2013, s. 206.

4.4.9 Samordningsansvar vid företagssamarbeten: rättigheter och ansvar i relation till huvudmännen, och till de arbetande

I arbetsorganisationer som är entreprenader finns på gemensamma arbetsställen en samordningsansvarig för arbetsmiljön.¹⁸³⁶ Samordningsansvaret är särpräglat och befinner sig mellan ett ansvar som framförallt är horisontellt och relevant mellan de ingående huvudmännen, och ett ansvar som framförallt är relevant i en vertikal relation till de arbetande. Samordningsansvaret innebär att bäraren av detta ska se till att

1. arbetet med att förebygga risker för ohälsa och olycksfall samordnas på det gemensamma arbetsstället,
2. arbete tidsplaneras på det sätt som behövs för att förebygga risker för ohälsa och olycksfall till följd av att olika verksamheter pågår på arbetsstället,
3. allmänna skyddsanordningar inrättas och underhålls och allmänna skyddsregler för arbetsstället utfärdas,
4. ansvaret för de speciella skyddsanordningar som kan behövas för ett visst eller vissa arbeten klargörs, och
5. personalutrymmen och sanitära anordningar inrättas på arbetsstället i behövlig omfattning.¹⁸³⁷

Syftet med denna regel är att få till stånd ett arbetsmiljöarbete i samverkan på ett gemensamt arbetsställe med avseende på att undanröja risker som följer av att flera huvudmän är verksamma mer eller mindre samtidigt på samma ställe. Dessutom är syftet att identifiera vilka skyldigheter den kontraktuella arbetsgivaren har i relation till arbetstagarna, och samordningsansvarets omfång avgör indirekt dessa skyldigheter.¹⁸³⁸ Eftersom den samordningsansvarige är en viktig beslutsfattare och ansvarssubjekt i arbetsorganisationen måste de olika huvudmännen och deras arbetstagare känna till vem denne är, och därför ska den samordningsansvarige sätta upp anslag på arbetsstället med uppgift om att denne har detta ansvar.¹⁸³⁹

I och med att samordningsansvaret är hämtat från förarbetsuttalanden till en äldre och mer allmänt hållen regel i samma ämne, saknar lagreglerna om samordningsansvar i allt väsentligt förtydligande förarbetsuttalanden. Lagstiftaren nödgades en gång i tiden konstatera att modellen med en öppen och allmänt hållen regel om

¹⁸³⁶ 3 kap. 7 d §, 7 kap. 6 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸³⁷ 3 kap. 7 e § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸³⁸ Prop. 1993/94:186, s. 28.

¹⁸³⁹ 4 § arbetsmiljöförordningen (1977:1166).

samordningsansvar kombinerad med preciseringar i förarbeten inte hade lett till det eftersträfvade genomslaget på arbetsplatserna, och därför bestämdes att de uttalanden i förarbetena som tidigare fungerat som preciserande uttalanden till lagstiftningen, istället skulle föras över till själva lagtexten.¹⁸⁴⁰ Trots att samordning är viktigt för att reglera komplexa arbetsorganisationer och att en gränsdragning mot den kontraktuella arbetsgivarens skyldigheter måste göras så är det rättsliga materialet fåordigt på den här punkten.¹⁸⁴¹ En principiellt hållen ledtråd till konturerna kring samordningsansvaret (och därför kring det kontraktuella arbetsgivaransvaret) ges emellertid av förarbetena:

Det är [...] uppenbart att det inte går att på ett rimligt sätt i detalj reglera ansvarsfördelningen i de olika situationer som bestämmelsen riktar sig mot. Utgångspunkten här liksom i övrigt när det gäller att fördela skyddsansvaret är att den som rättsligt och faktiskt har de största möjligheterna att vidta åtgärder också skall ha ansvaret för dem. En viktig uppgift i samordningen är just att tillsammans med samtliga arbetsgivare och ensamföretagare, som skall bedriva verksamhet på det gemensamma arbetsstället, klara ut vem som skall stå för olika åtgärder.¹⁸⁴²

Principerna för fördelningen av ansvar inom ramen för samordning av arbetsmiljöarbetet, är likartade de som på ett övergripande plan motiverar fördelningen av ansvar på den kontraktuella arbetsgivaren. En viktig del av samordningsansvaret handlar om att lägga fast en horisontell fördelning av rättigheter och skyldigheter, och i förlängningen kostnader. Det tydligast avgränsade exemplet på en sådan fördelning av kostnader mellan de ingående huvudmännen är väl att den samordningsansvarige ansvarar för att personalutrymmen och sanitära anordningar inrättas, medan införande av ”speciella skyddsanordningar” kan vara svårare att sätta en exakt prislapp på. Samordningsansvar består i skyldigheter att agera på en horisontell nivå: att samordna, organisera och planera det gemensamma arbetsmiljöarbetet. Andra skyldigheter är riktade till de arbetandes fromma och således i högre grad vertikala: att bevaka att åtgärder till förbättrande av arbetsmiljön vidtas, och att direkt själv vidta sådana åtgärder.¹⁸⁴³

Ur rättslig synvinkel är samordningsansvaret en vertikal relation i relation till staten; Arbetsmiljöverket kan utfärda förelägganden och förbud försedda med viteshot riktade mot den samordningsansvarige.¹⁸⁴⁴ Staten blir då den överordnade, den samordningsansvarige den underordnade, och arbetstagarna och de andra huvudmännen rätt passiva åskådare. Förutom att fördela ut information i arbetsorganisat-

¹⁸⁴⁰ Prop. 1993/94:186, s. 26-30, SOU 1993:81, s. 80-87.

¹⁸⁴¹ Inte heller senare lagstiftningsärenden har varit särskilt informativa; se prop. 2008/09:5.

¹⁸⁴² Prop. 1993/94:186, s. 28 f.

¹⁸⁴³ Prop. 1993/94:186, s. 29.

¹⁸⁴⁴ 3 kap. 7 e § och 7 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

ionen föreligger ytterligare en skyldighet på det horisontella planet, mellan de ingående huvudmännen; en särskild anvisningsrätt som tillkommer den samordningsansvarige. Arbetsmiljölagen föreskriver således att

De som bedriver verksamhet [...] på det gemensamma arbetsstället ska följa anvisningar [...] från den som är ansvarig för samordningen av arbetsmiljöfrågor.¹⁸⁴⁵

Den anvisningsrätt som tillkommer den samordningsansvarige i relation till de arbetande, bortom anställningsavtalets partsställning, har sin motsvarighet i relationen mellan den samordningsansvarige och de andra huvudmännen på det gemensamma arbetsstället. I denna mening förekommer i arbetsorganisationer som är entreprenader en lagstadgad lydnadsplikt företag emellan. Underlåtenhet att följa den samordningsansvariges anvisningar – inom denna behörighet – kan leda till föreläggande/förbud med viteshot.¹⁸⁴⁶ Den som råder över ett fast arbetsställe, eller den som i avtal med de andra huvudmännen gjort åtagandet att bli samordningsansvarig, får en maktposition som bygger på att staten sanktionerar beslutsfattandet inom den behörighet som samordningsansvaret ger. Att de olika verksamhetsutövarna respekterar avtalet om samordningsansvar och följer den samordningsansvariges anvisningar upprätthålls med offentligrättsliga medel (vite) och inte med civilrättsliga (skadestånd; avtalsvite) som annars gäller för att sätta kraft bakom skyldigheter att respektera åtaganden privata parter emellan.

4.4.10 Huvudmännens inbördes relationer: direkt ansvar och samrådsansvar

Att arbetsmiljörätten står i ett visst spänningsförhållande till arbetsrättsliga utgångspunkter är synligt inte minst i att arbetsmiljörätten reglerar också förhållandet mellan de olika huvudmännen i arbetsorganisationen. EU:s ramdirektiv föreskriver att

där flera företag samtidigt driver verksamhet på ett arbetsställe, [skall arbetsgivare] samverka vid tillämpningen av reglerna om säkerhet, hälsa och arbetshygien samt, med beaktande av verksamhetens art, samordna sina åtgärder i skyddshänseende och i frågor som rör förebyggande av risker i arbetet samt underrätta varandra och sina respektive arbetstagare och/eller arbetstagarrepresentanter om dessa risker.¹⁸⁴⁷

¹⁸⁴⁵ 3 kap. 7 g §, 3 st. arbetsmiljölagen (1977:1160). Särskilda regler gäller för byggbranschen.

¹⁸⁴⁶ 3 kap. 7 g §, 3 st. och 7 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁴⁷ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 6.4.

Denna skyldighet påverkar inte direktivets övriga bestämmelser eller huvudregeln om den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön.¹⁸⁴⁸ Uppgiften att skapa en god arbetsmiljö för arbetstagare i arbetsorganisationer som är entreprenader förutsätter att information kan spridas bland de medverkande huvudmännen, och dessutom är kunniga arbetstagare en förutsättning för en god arbetsmiljö – och därför föreskriver EU:s ramdirektiv att:

Arbetsgivaren skall vidta lämpliga åtgärder så att arbetsgivare för anställda i utomstående företag och/eller verksamheter, vilka utför arbete i den förstnämndes företag och/eller verksamhet, i enlighet med nationell lagstiftning och/eller praxis, får den information om förhållandena enligt punkterna 1 a och b som skall lämnas arbetstagarna ifråga.¹⁸⁴⁹

Hänvisningen inom direktivet innebär att arbetsgivaren ska informera om första hjälpen och utrymning, men också om ”arbetsmiljörisker och skydds- och förebyggande åtgärder och verksamhet med avseende såväl på företaget och/eller verksamheten i stort som varje enskild arbetsplats och/eller varje enskilt arbete”.¹⁸⁵⁰ Kommissionen har i en utvärderingsrapport noterat att det praktiska genomförandet av denna bestämmelse varit problematiskt, och att det är underutvecklat i jämförelse med genomförandet av den kontraktuella arbetsgivarens skyldigheter.¹⁸⁵¹ Arbetsmiljölagens närmast motsvarande regel uttrycker det i termer av att

De som samtidigt, eller i tidsmässig anslutning till varandra, bedriver verksamhet på ett gemensamt arbetsställe ska samråda och gemensamt verka för att åstadkomma tillfredsställande skyddsförhållanden.¹⁸⁵²

Även den internationella arbetsmiljörätten – ILO-konventionen om arbetsmiljö av 1981 – utgår från att olika huvudmän måste samarbeta ifråga om arbetsmiljön när de är verksamma på samma ställe:

Whenever two or more undertakings engage in activities simultaneously at one workplace, they shall collaborate in applying the requirements of this Convention.¹⁸⁵³

¹⁸⁴⁸ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 6.4. Se kapitel 4.4.5 och kapitel 4.2.

¹⁸⁴⁹ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 10.2.

¹⁸⁵⁰ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 10.1.a, samt art. 10.1.b och art. 8.2.

¹⁸⁵¹ KOM(2004) 62, s. 20.

¹⁸⁵² 3 kap. 7 § g, 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁵³ ILO Occupational Safety and Health Convention, 1981, nr 155, art. 17. Den åtföljande ILO Occupational Safety and Health Recommendation, 1981, nr 164, gör tillägget ”without prejudice to the responsibility of each undertaking for the health and safety of its employees. In appropriate

EU-regeln förefaller bygga på att det direkta ansvaret för huvudmännen på det gemensamma arbetsstället inte i något avseende skulle vara sekundärt till den kontraktuella arbetsgivarens ansvar. Inte heller de nationella förarbetena ger någon ledning ifråga om hur det bestäms vilket subjekt som ska anses ansvara för en brist i skyddsförhållandena på det gemensamma arbetsstället. Även om detta i någon viss faktisk situation kan vara självklart och oomstritt kan marginalfall ställa till problem i tillämpningen, och i dessa kommer tillsynsmyndighetens synsätt att avgöra fördelningen av de olika huvudmännens ansvar i relation till arbetstagarna på gemensamma arbetsställen. Förarbetena är inte upplysande och underskattar möjligen de problem som kan vara förknippade med att föreskriva inbördes rättigheter och skyldigheter för de samverkande huvudmännen. Dessa arbetsmiljörättsliga samordningsregler är en av få aspekter av arbetsrätten i vilka rättigheter och skyldigheter föreskrivs mellan olika huvudmän; en arbetsrättsligt präglad regel som kan åberopas av företag, mot företag. Ett principiellt liknande exempel finns i EU-direktivet om europeiska företagsråd.¹⁸⁵⁴ Att företags inbördes relationer blir föremål för reglering i anslutning till de regler som annars är orienterade kring förhållandet mellan en underordnad arbetspresterande och dennas huvudman utmanar delvis grundläggande föreställningar om arbetsrättens tillämpningsområde och sätt att verka, och kan i förlängningen komma att väcka frågor om behörigheten för arbetsrättens tvistlösningsmekanismer, som ju historiskt varit kopplade till anställnings- eller kollektivavtalets partsställning.¹⁸⁵⁵

4.4.11 Skyddsombud hos beställare och leverantör: roll och befogenheter

Även i arbetsorganisationer som är entreprenader och där det förekommer flera huvudmän, ska bedrivas en lokal skyddsverksamhet, och i denna är skyddsombuden nyckelaktörer. Det föreligger i entreprenader särskilda förutsättningar för representation av arbetstagarna i arbetsmiljöfrågor i relation till de medverkande huvudmännen. Arbetsmiljöansvaret för respektive huvudman går inte bortom huvudmannens skyddsansvar såsom detta stipulerats i lagstiftningen. Skyddsombudens möjlighet att agera i relation till de olika huvudmännen begränsas således av att de inte kan ställa arbetsmiljökrav som går bortom den aktuella huvudmannens ansvar. Den lokala skyddsverksamheten är i denna mening en genomförandeåtgärd i relation till arbetsmiljörättens materiella krav:

cases, the competent authority or authorities should prescribe general procedures for this collaboration” i p. 11.

¹⁸⁵⁴ Direktiv 2009/38/EG, art. 4.4. Den svenska transponeringen finns i 18 §, 2 st. lagen (2011:427) om europeiska företagsråd.

¹⁸⁵⁵ Se AD 2007 nr 41 och AD 2008 nr 75 samt C-440/00 avseende exemplet med reglerna om europeiska företagsråd i dess tillämpning mellan företag.

En utgångspunkt är att ett skyddsombud – oavsett hos vilket företag skyddsombudet finns – rimligen aldrig kan ställa mer långtgående krav mot en arbetsgivare än vad som följer av arbetsgivarens arbetsmiljöansvar för de arbetstagare som är i fråga. [...] Möjligheten att ställa krav mot arbetsgivaren måste med andra ord stämma överens med det ansvar över arbetsmiljön som arbetsgivaren har, oavsett vem som framför kravet.¹⁸⁵⁶

Frågan om vem som är valbar till skyddsombud har historiskt varit omdiskuterad i lagstiftningsärendena på arbetsmiljörättens område; inte minst i anslutning till problem i byggbranschen och kring regionala skyddsombud. Lagstiftningen uttrycker inte mer än att ”det bland arbetstagarna utses ett eller flera skyddsombud”, och förarbetena utvecklar att

Det ligger i sakens natur att som huvudregel bör gälla, att till skyddsombud utses någon som är anställd vid arbetsstället i fråga.¹⁸⁵⁷

Den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivarbegreppet avgör således vilken arbetstagare som är valbar till skyddsombud i någon viss situation. Framförallt effektivitetsskäl, att en person verksam på platsen har bättre förutsättningar än någon annan att utföra uppgiften, har anförts som motiv för denna ordning.¹⁸⁵⁸

För att ett skyddsombud ska kunna utföra sina arbetsuppgifter måste denna ha tillträde till arbetet och arbetsorganisationen. I arbetsorganisationer som är entreprenader förekommer skyddsombud hos det mottagande företaget, som har tillträde till arbetsplatsen med stöd av den kontraktuella utgångspunktens huvudregel om att skyddsombudets verksamhet inte får hindras av vare sig den kontraktuella arbetsgivaren, eller av de arbetstagare som har samma motpart i anställningsavtalet som skyddsombudet.¹⁸⁵⁹ Det utsändande företags skyddsombud däremot, söker tillträde till en annan arbetsplats än den som dennas kontraktuella arbetsgivare råder över. En regel är därför tillämplig på denna situation:

Om ett skyddsombud företräder en arbetstagare som utför arbete på ett arbetsställe över vilket dennes arbetsgivare inte råder är den arbetsgivare som råder över arbetsstället skyldig att låta skyddsombudet få tillträde dit i den omfattning som ombudet behöver för att fullgöra sitt uppdrag.¹⁸⁶⁰

¹⁸⁵⁶ Prop. 2008/09:138, s. 35.

¹⁸⁵⁷ 6 kap. 2 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160). Prop. 1948:298, s. 238, jfr s. 223f, s. 230-232. Jfr SOU 1946:60, s. 528f.

¹⁸⁵⁸ Prop. 1948:298, s. 238, jfr s. 223f, s. 230-232. Jfr SOU 1946:60, s. 528f.

¹⁸⁵⁹ 6 kap. 10 och 11 §§ arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁶⁰ 6 kap. 10 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

Lagregeln om skyddsombuds tillträdesrätt till arbetsplatser utanför den kontraktuella arbetsgivarens rådighet är uttryckligen stiftad för att den kontraktuella utgångspunkten om arbetsgivarbegreppet uppfattades vara så kraftfull, att en regel skulle krävas för att möjliggöra en tillträdesrätt för skyddsombud hos någon annan än den kontraktuella arbetsgivaren.¹⁸⁶¹ Bakgrunden till regeln var att skyddsombudet sedan skulle agera i relation till den kontraktuella arbetsgivaren, och att tillträdesrätten till främmande arbetsplatser var ett led i att förbättra möjligheterna att förverkliga det kontraktuella arbetsgivaransvaret. I denna mening både bekräftar och utmanar reformen den kontraktuella utgångspunkten för ansvar.

Även skyddsombudens hänvändelserätt gäller i arbetsorganisationer som är entreprenader. Skyddsombudet hos det mottagande företaget, som råder över arbetsstället, har rätt att utöva hänvändelserätten mot sin kontraktuella arbetsgivare, men inte endast till förmån för arbetstagare med samma motpart i anställningsavtalet, utan också till förmån för arbetstagare som inte har den huvudmannen som kontraktuell arbetsgivare:

Ett skyddsombuds begäran [hänvändelserätten inom ramen för den kontraktuella utgångspunkten] får även avse skyddsåtgärder som behövs för att arbetsgivaren på det arbetsställe där skyddsombudet är verksamt ska uppfylla sina skyldigheter gentemot utomstående arbetskraft enligt 3 kap. 12 §.¹⁸⁶²

Skyddsombud med det mottagande företaget som kontraktuell arbetsgivare får således agera till förmån för arbetskraften med det främmande företaget som kontraktuell arbetsgivare, men det ansågs krävas en lagregel för att genomföra detta avsteg från den kontraktuella utgångspunkten.

Trakasseriförbudet som skyddar skyddsombudet är behäftat med ett specialsubjekt som leder tankarna till den kontraktuella utgångspunkten för fördelningen av ansvar. Om ”arbetsgivare eller arbetstagare” bryter mot förbudet mot att hindra ett skyddsombud från att fullgöra sina uppgifter, ska hen ersätta uppkommen skada och betala allmänt skadestånd.¹⁸⁶³ Lagens lydelse och diskussionen i förarbetena, antyder att regeln endast gäller mellan skyddsombudet och dennes kontraktuella arbetsgivare, samt mellan skyddsombudet och arbetstagare med samma kontraktuella arbetsgivare som henne.¹⁸⁶⁴ Detta innebär att de entreprenadanställda inte kan bli skadeståndsskyldiga med stöd av arbetsmiljörätten för att ha hindrat ett skyddsombud i det mottagande företaget att utföra sina uppgifter. Att undvika detta otillfredsställande resultat skulle kräva att specialsubjektet ”arbetstagare”

¹⁸⁶¹ Prop. 1993/94:186, s. 38 f.

¹⁸⁶² 6 kap. 6 a §, 3 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁶³ 6 kap. 10 § och 11 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Jfr AD 2012 nr 90 och AD 2015 nr 29.

¹⁸⁶⁴ Prop. 1948:298, s. 225f, s. 234, s. 239f.

tolkas som person som är part i anställningsavtal, utan avseende på vem motparten är eller kopplingen till arbetsorganisationen. Detta framstår också som märkligt. Brottet ofredande och skadestånd p.g.a. detta brott skulle kunna fylla funktionen att utgöra en form av trakasseriförbud tillämpligt mellan den främmande arbetskraften och skyddsombudet med det mottagande företaget som kontraktuell arbetsgivare.¹⁸⁶⁵ Reglerna förefaller som underinkluderande på den här punkten; det framstår som viktigt att det tydliggörs att trakasseriförbudet är tillämpligt bortom den kontraktuella utgångspunkten och gäller mellan alla arbetstagare och skyddsombud i arbetsorganisationen. Lagändringen kunde genomföras med avskaffande av specialsubjektet i skadeståndsregeln.

Det mottagande företags skyddsombud får inte stoppa arbetet i relation till det främmande företags arbetskraft.¹⁸⁶⁶ Den kontraktuella utgångspunkten gäller för stoppningsrätten i arbetsorganisationer som är entreprenader: stoppningsrätten i relation till arbetstagarna med det främmande företaget som kontraktuell arbetsgivare, utövas av skyddsombudet i detta företag. Arbetstagarna med det främmande företaget som kontraktuell arbetsgivare måste därför inte lyda stoppet av arbetet som skyddsombudet i det mottagande företaget utfärdar. I princip kvarstår dessa arbetstagares arbetsskyldighet tills skyddsombudet som utsetts i entreprenadföretaget utfärdar ett eget stopp avseende arbetet. I och med att den individuella arbetstagarens rätt att avstå från att utföra arbete som innebär ”omedelbar och allvarlig fara för liv eller hälsa” ställer dessa akuta situationer sannolikt inte till några problem i praktiken.¹⁸⁶⁷ Om en entreprenadanställd skulle lyda det mottagande företags stopp av arbetet skulle det utgöra arbetsvägran i relation till den kontraktuella arbetsgivaren, men om den entreprenadanställda utnyttjade sin individuella rätt att inte utföra farligt arbete skulle det vara tillåtet. Den individuella rätten att under vissa förutsättningar inte utföra farligt arbete åberopas inom ramen för den kontraktuella utgångspunkten och är riktad mot den kontraktuella arbetsgivaren. Även stoppningsrätten framstår som underinkluderande i arbetsorganisationer som är entreprenader och borde kunna göras gällande direkt mellan skyddsombudet med det mottagande företaget som kontraktuell arbetsgivare och arbetskraft med det främmande företaget som kontraktuell arbetsgivare.

Även EU:s ramdirektiv reglerar den lokala skyddsorganisationen i arbetsorganisationer som är entreprenader: ”[a]rbetstagare eller arbetstagarrepresentanter med särskilt ansvar för skyddsfrågor skall ges rätt till avvägd medverkan i enlighet med nationell lagstiftning och/eller praxis, eller rådfrågas i förväg och i god tid beträffande” sådan information som avses i regeln om den kontraktuella arbetsgivarens

¹⁸⁶⁵ 4 kap. 7 § Brottsbalken (1962:700). Jfr om ofredande Wegerstad, *Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar*, 2015.

¹⁸⁶⁶ 6 kap. 7 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁶⁷ 3 kap. 4 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

skyldighet att informera andra arbetsgivare om risker i verksamheten (så att de i sin tur kan informera sina anställda).¹⁸⁶⁸ Ett skyddsombud hos en beställare i en entreprenad har i relation till sin kontraktuella arbetsgivare rätt till ”medverkan” om vilken information som denne ska förmedla till det främmande företaget om arbetsmiljörisker och skydds- och förebyggandeåtgärder. Denna regel har emellertid inte influerat i svensk lagstiftning; istället har skyddsombuden rätt att få den arbetsmiljöinformation som direktivet talar om. Syftet med lagregeln är att säkerställa att arbetsgivaren verkligen lämnar information till sin motpart i entreprenadavtalet, och att en utomstående (arbetstagare) ges tillfälle att kvalitetssäkra den. Regeln synes bygga på liknande antaganden som de som motiverar anställnings- skyddslagstiftningens regler om insyn i arbetsgivarpolitiken; arbetstagarnas och/eller fackets insyn i vad arbetsgivaren företar sig antas i sig indirekt påverka arbetsgivarens agerande, även om dennes rätt att besluta inte inskränkts.¹⁸⁶⁹

Enligt arbetsmiljölagstiftning har skyddsombud inga andra skyldigheter än att respektera tystnadsplikten.¹⁸⁷⁰ Trots denna frånvaro av skyldigheter talar förarbetena om att skyddsombuden inte kan ”åläggas att agera för andra än de arbetstagare som de är utsedda att företräda” och att reglerna ”ger skyddsombuden en möjlighet, men ingen skyldighet, att agera även för utomstående personal”.¹⁸⁷¹ Eftersom skyddsombud inte har några lagligt definierade skyldigheter att agera framstår uttalandet som delvis oklart. Kan ett skyddsombud i en arbetsorganisation som är en entreprenad välja att engagera sig i de arbetsmiljöfrågor som endast berör arbetstagare med samma kontraktuella arbetsgivare som skyddsombudet, och alltså inte företräda den utomstående arbetskraften (de med en annan kontraktuell arbetsgivare)? Om de respektive arbetstagargrupperna är medlemmar i samma arbetstagarorganisation borde den föreningsrättsliga likhetsprincipen¹⁸⁷² kunna aktualiseras med utfallet att skyddsombudet inte kan välja att endast representera endast den ena gruppens intressen i arbetsorganisationen, utan måste behandla arbetstagarna lika oavsett vem som är kontraktuell arbetsgivare. Arbetstagargruppen från det främmande företaget har i relation till skyddsombudet ett anspråk på likabehandling jämfört med arbetstagarna i beställarföretaget.

¹⁸⁶⁸ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 11.2.c och art. 10.2.

¹⁸⁶⁹ 4 § 5 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd, med hänvisningar. Prop. 1981/82:71 s. 118.

¹⁸⁷⁰ 7 kap. 13 § arbetsmiljölagen och 20 kap. 3 § brottsbalken (1962:700). Steinberg, *Skyddsombuds- och arbetsmiljöombuds rätt*, 2013, s. 29.

¹⁸⁷¹ SOU 2007:43, s. 76, prop. 2008/09:138, s. 36.

¹⁸⁷² Hemström, *Fackföreningarna och de anställda*, 1981, s. 141.

4.5 Bemanningsarbetet och arbetsmiljö

4.5.1 En arbetstagare, två huvudmän, flera arbetsmiljöer

När bemanningsanställningen legaliserades och inlemmades i den gängse svenska arbetsrätten var arbetsmiljöfrågan i hög grad frånvarande från debatten. Trots att lagstiftaren kände till att inhyrda arbetstagares arbetsmiljö var problematisk, berörde förarbetena till legaliseringen inte något förslag till lösning.¹⁸⁷³ Inledningsvis var frågan om fördelningen av ansvar för de bemanningsanställdas arbetsmiljö invecklad eftersom den utgick från en implicit förståelse av arbetsgivarbegreppet som kontraktuellt, samtidigt som det var oklart om tillsynsmyndigheternas praxis verkligen rymdes inom ramen för lagstiftningens ordalydelse. När bemanningsanställningen legaliserades föreskrevs i alla händelser i lagtexten att bemanningsföretaget var arbetsgivare.¹⁸⁷⁴

Det EU-direktiv om bemanningsarbete som till slut kom att utfärdas 2008, bygger på att bemanningsföretaget är arbetsgivare och innehåller inte några direkt arbetsmiljörättsliga regler.¹⁸⁷⁵

De allmänna utgångspunkterna i arbetsmiljörätten kom att bli avgörande för regleringen av bemanningsanställdas arbetsmiljö: den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön kvarstår också i den situationen att arbetskraften befinner sig utanför dennas rådighet,¹⁸⁷⁶ och enligt en kompletterande regel har den som råder över ett arbetsställe arbetsmiljöansvar för arbetstagare som är verksamma där, utan att vara anställda.¹⁸⁷⁷ Med stöd av det kontraktuella arbetsgivaransvaret och rådighetsansvaret antogs att bemanningsanställdas arbetsmiljö skulle vara tillfredsställande reglerad. Förarbetenas problemformulering om bemanningsarbete – att den kontraktuella arbetsgivarens, bemanningsföretagets, ansvar var otillräckligt eftersom att arbetet presterades utanför dennas rådighet – bekräftar och förstärker synen på arbetsgivarbegreppet som exklusivt kontraktuellt:

¹⁸⁷³ ”När det gäller arbetskraft som hyrs ut främst inom tillverkningsindustrin och inom bygg- och anläggningsverksamhet förekommer ofta arbetsmiljöproblem. Det kan här röra sig om åsidosättande av på arbetsplatsen gällande säkerhetsföreskrifter eller brott mot i lag eller avtal föreskrivna arbetstidsregler.” Prop. 1990/91:124, s. 17, likartat i SOU 1992:116, s. 101 (men, som i övrigt inte berör arbetsmiljöfrågor).

¹⁸⁷⁴ Lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling i dess lydelse före SFS 2012:856 (se idag 1 § och 5 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare).

¹⁸⁷⁵ Direktiv 2008/104/EG, art. 3.1.b-d.

¹⁸⁷⁶ Prop. 1976/77:149, bl.a. s. 196f, s. 212f. Se kapitel 4.4.3-5 om samspelet mellan kontraktuellt arbetsgivaransvar och rådighetsansvar.

¹⁸⁷⁷ 3 kap. 12 §, 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

Huvudansvaret för arbetsmiljön ligger enligt arbetsmiljölagen på arbetsgivaren. Anledningen till detta är att arbetsgivaren anses ha störst möjlighet att påverka förhållandena för personalen på ett arbetsställe. Det förekommer emellertid situationer då den som från formell avtalsmässig synpunkt är arbetsgivare inte har den största möjligheten att påverka arbetsmiljön för sina anställda.¹⁸⁷⁸

I detta syns också hur grunden för arbetsmiljöansvaret har antagits vara arbetsledningsrätten, och enligt den logiken borde den som utövade arbetsledningsrätten uppfattas som arbetsgivare, och då skulle ju i sin tur inhyraren ansvara såsom arbetsgivare, och uthyraren – som delegerat arbetsgivarrollen – inte ansvara. Det hade i praktiken förekommit att tillsynsmyndigheten med stöd av en syftesorienterad tolkning av arbetsmiljörätten placerade ett odelat arbetsmiljöansvar på inhyraren.¹⁸⁷⁹ Att det förekommit myndighetspraxis av den innebörden, redovisades också i förarbetena till legaliseringen av bemanningsarbetet, men man slog samtidigt fast att arbetsmiljölagens arbetsgivarbegrepp faktiskt var kontraktuellt:

I motiven till arbetsmiljölagen [...] framhölls att det inte var lämpligt att tänja begreppen arbetsgivare och arbetstagare så att även annan än den som är arbetsgivare i ett land anses som arbetsgivare.¹⁸⁸⁰

Denna formulering redovisar i och för sig ett cirkelresonemang, men bekräftar likväl den kontraktuella utgångspunkten: arbetsgivaren ansvarar för arbetsmiljön, och arbetsgivaren är motparten i anställningsavtalet. När det väl slagits fast i lagstiftningen att bemanningsföretaget är arbetsgivaren, var det inte längre möjligt för myndigheterna att tolka arbetsgivarbegreppet på ett sådant sätt att arbetsmiljöansvaret fördelades mellan in- och uthyrare.¹⁸⁸¹

Ett expanderat ansvar, bortom anställningsavtalets partsställning, måste därför bygga på uttrycklig lagreglering, t.ex. rådighetsansvaret.¹⁸⁸² Sist och slutligen kom rådighetsansvar att bli viktigt för att reglera inhyrarens ansvar för den inhyrda arbetskraftens arbetsmiljö.¹⁸⁸³ I en av de första utvärderingarna av hur den vid den tiden nyligen legaliserade bemanningsanställningen förhåller sig till den svenska arbetsmarknadsmodellen heter det att

¹⁸⁷⁸ Ds 1989:30, s. 114.

¹⁸⁷⁹ Prop. 1993/94:186, s. 33, SOU 1993:81, s. 74-76.

¹⁸⁸⁰ Ds 1989:30, s. 114.

¹⁸⁸¹ Prop. 1993/94:186, s. 34. Äldre praxis om myndighetens beslut om föreläggande eller förbud som innebär att inhyraren (i beslutet) åläggs ett rådighetsansvar, är fortfarande av intresse vad gäller ansvarets materiella omfattning (7 kap. 8 § arbetsmiljölagen [1977:1160] i dess lydelse före SFS 1994:579; prop. 1993/94:186, s. 67).

¹⁸⁸² Ds 1989:30, s. 114 f.

¹⁸⁸³ 3 kap. 12 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160). Prop. 1993/94:186, s. 31 ff.

uthyrningsföretaget och det inhyrande företaget [delar] ansvaret enligt arbetsmiljölagen. Kundföretaget har samma ansvar för den inhyrdes ansvar som för sina egna anställdas.¹⁸⁸⁴

Bemanningsarbetets karaktär förstärker här förståelsen av arbetsgivarbegreppet som exklusivt kontraktuellt: att göra inhyraren ansvarig för de inhyrdas arbetsmiljö skulle kräva lagreglering. Lagstiftningsärendet om legalisering av bemanningsarbete utgår också från ett antagande om att den extensiva tolkning av arbetsgivarbegreppet, som gjorde inhyrare till arbetsgivare, som tillsynsmyndigheten rapporterade ha gjort, inte rymdes inom ramen för gällande arbetsmiljörätts arbetsgivarbegrepp. Den kontraktuella faktorn är avgörande för arbetsgivarstatus och extensiva tolkningar av arbetsgivarbegreppet i arbetsmiljörätten framstår som otillåtna.¹⁸⁸⁵

Till sist bestämde lagstiftaren att ytterligare en ansvarsrelation, mellan inhyrare och inhyrda,¹⁸⁸⁶ krävdes, och det innebär att ansvaret för bemanningsanställdas arbetsmiljö är fördelat på tre relationer: arbetsgivaransvaret på kontraktuell grund, samt bortom anställningsförhållandets partsställning det generella rådighetsansvaret för arbetsställen och det särskilt föreskrivna inhyraransvaret. Inlemmandet av bemanningsanställning i arbetsmiljörätten har å ena sidan möjligen kommit att förstärka den kontraktuella utgångspunkten avseende arbetsgivarbegreppet, men å andra sidan har särskild reglering expanderat ett ansvar som tidigare endast förelåg mellan anställningsrelationens två parter till att gälla mellan två andra; inhyrare och inhyrd. Lagstiftningsärendena om bemanningsarbete visar dessutom att arbetsmiljörätten i sig inte bygger på en princip om att arbetsledningsrätten per automatik leder till arbetsmiljöansvar – för att detta ska förverkligas krävs också ett explicit ingripande från lagstiftaren. Med viss tillspetsning och förenkling; de allmänna reglerna om bemanning gör bemanningsföretaget till arbetsgivare (detta subjekt är oaktat lagstiftning part i anställningsavtalet),¹⁸⁸⁷ och de särskilda arbetsmiljörättsliga reglerna för bemanningsarbete gör – ifråga om arbetsmiljö – inhyraren återigen till arbetsgivare (rättare: ansvarig på sätt som liknar vad som gäller för kontraktuella arbetsgivare).

¹⁸⁸⁴ SOU 1997:58, s. 47.

¹⁸⁸⁵ Prop. 1990/91:124, s. 64 (återgivande av tillsynsmyndighetens tolkning i praxis, men utan kommentar och ställningstagande), Ds 1989:30, s. 114 f., SOU 1993:81, s. 68-76, prop. 1993/94:186, s. 31-35. Departementschefen har emellertid inte uttryckligen kommenterat saken.

¹⁸⁸⁶ Prop. 1993/94:186, s. 34.

¹⁸⁸⁷ Direktiv 2008/104/EG, art. 1.1 och art. 3.1.b samt 1 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

4.5.2 Utgångspunkter för bemanningsanställdas arbetsmiljö: principer om olikabehandling och om likabehandling

Den äldsta EU-lagstiftningen om bemanningsarbete som sådant föreligger på arbetsmiljörättens område i form av 1991 års direktiv om bl.a. inhyrdas arbetsmiljö. Dessa regler slår fast en princip för regleringen av bemanningsanställdas arbetsmiljö, som emellertid kommit att underbetonas i det svenska genomförandet: varken den nationella lagstiftningen eller den allmänna diskussionen om bemanningsarbete förhåller sig till direktivets utgångspunkt. EU-direktivet av 1991 slår i preambeln fast att bemanningsanställda är ”mer utsatta för risker och olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar än andra arbetstagare”, och att kompletterande regler krävs för att skydda bemanningsanställda.¹⁸⁸⁸ Direktivets syfte anges sedan som att ”säkerställa” att bemanningsanställda

vad avser hälsa och säkerhet i arbetet tillförsäkras samma skyddsnivå som den som gäller för övriga arbetstagare på det ifrågavarande företaget och/eller i verksamheten.¹⁸⁸⁹

EU-rättens principiella utgångspunkt är således att bemanningsanställda, för att komma upp i samma skyddsnivå som arbetstagare i bilaterala arbetsorganisationer, måste omfattas av specifika skyddsregler ifråga om arbetsmiljön. Formell likabehandling och att endast göra de allmänna arbetsmiljörättsliga reglerna tillämpliga för bemanningsanställda är därför inte tillräckligt. Reglerna syftar till att förverkliga ett visst resultat, dvs. materiell likhet i termer av skyddsnivå för bemanningsanställda och arbetstagare med traditionella anställningsförhållanden. Den avsedda verkan av reglerna är inte för handen förrän bemanningsanställda har lika god arbetsmiljö i termer av frånvaro av ohälsa och olyckor som arbetstagare i bilaterala arbetsorganisationer.¹⁸⁹⁰ Dessutom; eftersom direktivet om bemanningsanställdas arbetsmiljö är speciellare lagstiftning jämfört med bemanningsdirektivet av 2008, reglerar de förstnämnda reglerna uthyrda arbetstagares arbetsmiljö.¹⁸⁹¹ Ifråga om

¹⁸⁸⁸ Direktiv 91/383/EEG, preambeln. Det föreligger stundom ett missförstånd i de svenska förarbetena att direktivet skulle avse en grupp arbetstagare som utmärks av att de har anställning hos uthyraren endast under den tid uthyrningen varar. Se t.ex. SOU 1993:81, s. 77, SOU 2007:43, s. 137. Detta stämmer inte. Direktivet omfattar två olika grupper: arbetstagare med tidsbegränsade anställningar, och bemanningsanställda, och olika regler i direktivet omfattar de båda grupperna. Se t.ex. SEC(2011) 982, s. 10.

¹⁸⁸⁹ Direktiv 91/383/EEG, art. 2.1.

¹⁸⁹⁰ Samma slutsats i SEC(2011) 982, s. 54, s. 58, och i Labourasociados consultores, Study to analyse and assess the practical implementation of national legislation of safety and health at work. Council Directive 91/383/EEC of June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, Final report, odaterad, s. 59.

¹⁸⁹¹ Direktiv 2008/104/EG, skäl nr 13.

arbetsmiljön blir likabehandlingsprincipen i arbetsmiljödirektivet tillämplig före motsvarande princip i bemanningsdirektivet; det faktum att arbetskraften är inhyrd,

får inte motivera en annorlunda behandling vad avser arbetsvillkoren om det rör sig om säkerhet och hälsa i arbetslivet, särskilt vad avser tillgången till personlig skyddsutrustning.¹⁸⁹²

Arbetsmiljörättens krav om likabehandling framstår som starkare än bemanningsdirektivets: ifråga om arbetsmiljö förbjuds ”annorlunda behandling” i relation till de med inhyraren som kontraktuell arbetsgivare, och dessutom innebär redan huvudprincipen att bemanningsanställda fordrar extra arbetsmiljöinsatser jämfört med de sedvanligt anställda för att samma skyddsnivå ska uppnås. 1991 års arbetsmiljödirektiv framstår som mer av ett klassiskt direktiv, som pekar ut en skyddsvärd grupp och reglerar dennas villkor, snarare än att, som 2008 års bemanningsdirektiv gör, bygga på en likabehandlingsprincip avseende olika arbetstagargrupper. Den här EU-regeln förefaller hindra att inhyraren segmenterar arbetsorganisationen och använder bemanningsanställda för de farligaste och skadligaste arbetsuppgifterna, medan de som har inhyraren som kontraktuell arbetsgivare är sysselsatta med bättre arbetsuppgifter. På den här punkten har EU-direktivet inte utövat starkt inflytande på svensk lagstiftning.

Direktivet om bemanningsanställdas arbetsmiljö föreskriver att ramdirektivet om arbetsmiljö gäller fullt ut för bemanningsanställda,¹⁸⁹³ den kontraktuella arbetsgivarens ansvar enligt huvudregeln i arbetsmiljörätten gäller således parallellt med den särskilda regleringen för bemanningsanställda. EU-rätten ger vid handen att två subjekt – den kontraktuella arbetsgivaren och inhyraren – bär ansvar för bemanningsanställdas arbetsmiljö.¹⁸⁹⁴ På EU-nivån har man emellertid sedan länge varit klar över att direktivet inte tillräckligt tydligt definierar gränsdragningen mellan de båda huvudmännens ansvar.¹⁸⁹⁵ Några lagändringar har dock inte aviserats, och möjligen kan denna brist botas på medlemsstatlig nivå.

Hänsyn till arbetsmiljöskäl får återopas som motiv för medlemsstaterna att inskränka möjligheterna till att använda bemanningsarbete. 1991 års direktiv om bemanningsanställdas arbetsmiljö tillåter förbud mot bemanning avseende ”vissa

¹⁸⁹² Direktiv 91/383/EEG, art. 2.2.

¹⁸⁹³ Direktiv 91/383/EEG, art. 2.3 och ramdirektivet 89/391/EEG.

¹⁸⁹⁴ 3 kap. 2 § och 12 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁸⁹⁵ SEC(2004) 635, s. 8, Labourasociados consultores, Study to analyse and assess the practical implementation of national legislation of safety and health at work. Council Directive 91/383/EEC of June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, Final report, odaterad, s. 67.

arbetsuppgifter [...] som medför särskild fara för deras säkerhet och hälsa”, samt för arbeten som fordrar medicinska kontroller av arbetskraften.¹⁸⁹⁶ I 2008 års bemanningsdirektiv föreskrivs att begränsningar av anlitande av bemanningsanställda är tillåtna om de ”motiveras av allmänintresset, särskilt arbetstagarnas skydd, kraven på hälsa och säkerhet i arbetet”.¹⁸⁹⁷ EU-rätten definierar inte vilka arbetsuppgifter som skulle vara så farliga att det vore tillåtet att inskränka användningen av bemanningsanställning och medlemsstaterna får därför under överinseende av EU-domstolen avgöra detta själva.¹⁸⁹⁸ Att Sverige inte utnyttjat dessa möjligheter att av arbetsmiljöskalet hindra bemanningsarbete i vissa yrken, branscher och arbetsuppgifter får uppfattas som att lagstiftaren utgår från att ett fullgott skydd för bemanningsanställda går att uppnå inom ramen för den kontraktuella arbetsgivarens och inhyrarens respektive arbetsmiljöansvar.

4.5.3 Uthyrarens skyddsansvar: den kontraktuella arbetsgivarens roll

Reglerna om bemanningsarbete anger att bemanningsföretaget/uthyraren är arbetsgivare,¹⁸⁹⁹ och det är således i relation till uthyraren som huvudregeln om den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar blir tillämplig.¹⁹⁰⁰ Eftersom arbetet presteras hos någon annan än den kontraktuella arbetsgivaren uppstår emellertid problem avseende denna huvudmans ansvar för arbetstagare som arbetar utanför dennes rådighet. Arbetsmiljöverkets allmänna råd om systematiskt arbetsmiljöarbete diskuterar fördelningen av skyldigheter mellan ut- och inhyrare:

Den arbetsgivare som hyr ut arbetskraft kan inte bestämma över platsen för arbetet och inte heller över de lokaler och maskiner som finns där. Det är därför viktigt att denne planerar och följer upp arbetet noga. Det kan gälla valet av arbetsplats, arbetsuppgifter och arbetstid samt summering av erfarenheterna från uthyrningen.

Den som hyr ut arbetskraft bör vara uppmärksam på den anställdes totala fysiska och psykiska belastning när han eller hon hyrs ut till olika ställen. Den arbetsgivare som hyr ut arbetskraft har kvar sitt ansvar för de anställda och är skyldig att genomföra långsiktiga arbetsmiljöåtgärder exempelvis i fråga om utbildning och rehabilitering.¹⁹⁰¹

¹⁸⁹⁶ Direktiv 91/383/EEG, art. 5.1.

¹⁸⁹⁷ Direktiv 2008/104/EG, art. 4.1.

¹⁸⁹⁸ COM(2014) 176, s. 11. Jfr C-533/13.

¹⁸⁹⁹ Direktiv 2008/104/EG, art. 3.1.b-d, 1§ lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

¹⁹⁰⁰ 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁰¹ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, s. 11.

Bemanningsanställdas kontraktuella arbetsgivare har ett omfattande ansvar för arbetsmiljöförhållandena, trots att arbetet inte utförs i dennes arbetsorganisation. Den kontraktuella arbetsgivaren är ansvarig för alla krav som kan ställas med stöd av arbetsmiljörätten, med undantag för sådant som hör till precis det aktuella arbetet på det främmande arbetsstället. En sådan negativ definition täcker in alla aspekter som inte inhyraren ansvarar för med stöd av inhyraransvaret.¹⁹⁰²

Den viktigaste aspekten eller funktionen av den kontraktuella arbetsgivarens ansvar är att utgöra en fokuspunkt där de olika uthyrningsepisoderna kan läggas samman avseende en viss bemanningsanställds del i syfte att avgöra om dennes arbetsmiljö totalt sett varit tillfredsställande i relation till alla de olika enskilda uthyrningarna. Den kontraktuella arbetsgivaren blir att uppfatta som summan av arbetsmiljöförhållandena hos de inhyrare där arbetstagaren varit verksam, utan att ha varit anställd. I arbetsmiljörättsliga sammanhang är den viktigaste aspekten i det kontraktuella arbetsgivaransvaret att länka samman de olika uthyrningsepisoderna till en helhet, på vilken arbetsmiljörättens materiella skyddsnivåer sedan ska tillämpas. Med stöd av detta synsätt kan en uthyrning som skulle vara tillåten om den betraktades som ett enskilt isolerat tillfälle vara otillåten av arbetsmiljöskäl, av det skälet att den tillsammans med de andra uthyrningarna skulle utgöra en totalt sett otillåten arbetssituation. En implikation av detta blir att en bemanningsanställd inte kan hyras ut för att endast utföra monotona och skadliga arbetsuppgifter, även om varje uthyrning i och för sig sker till olika inhyrare. Den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar i relation till arbetstagaren blir att agera som om denna själv bedrivit de verksamheter som arbetstagaren varit uthyrd till. De offentlighetsrättsliga kraven på uthyraren i egenskap av kontraktuell arbetsgivare omvandlas därmed till gränser för vilka uthyrningsavtal detta företag kan ingå med andra företag, i sin egenskap av kommersiell aktör i bemanningsbranschen.

Ansvarsfördelningen mellan arbetsgivare och inhyrare kan vara av stor betydelse, t.ex. ifråga om medicinska kontroller i arbetslivet. På den här punkten framhåller Arbetsmiljöverket i sina allmänna råd att inhyrarens ansvar ”i stort” är som arbetsgivarens.¹⁹⁰³ Det ligger i sakens natur att medicinska kontroller lätt faller mellan stolarna: inhyraren känner till risker i verksamheten, men ansvarar endast för arbetstagaren under (normalt sett) en kortare tid. Den kontraktuella arbetsgivaren ansvarar alltid för arbetsmiljön, men är ju inte på plats i arbetsorganisationen och är okunnig om riskerna i verksamheten. Ifråga om medicinska kontroller motiverar det korta tidsperspektivet i bemanningskontexten därför till och med en överlappande ansvarsordning:

¹⁹⁰² Prop. 1993/94:186, s. 34. 3 kap. 12 §, 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁰³ AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet och allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna (allmänna råd).

Arbetsgivaren är [...] ansvarig för att ordna med medicinska kontroller av arbetstagnarna. När det gäller läkarundersökning och periodisk biologisk exponeringskontroll som skall ske med regelbundna intervall, innebär bestämmelserna att arbetsgivare och inhyrare båda har ansvar för att dessa genomförs under den tid inhyrningen varar. Det är viktigt att det vid avtalet mellan arbetsgivare och inhyrare klart framgår vem som ska se till att de medicinska kontroller som krävs, genomförs under den tid inhyrningen varar.¹⁹⁰⁴

Den kontraktuella arbetsgivarens ansvar avser enligt förarbetena bland annat ”långsiktiga åtgärder, såsom utbildning och rehabilitering”.¹⁹⁰⁵ Vidare; i kollektivavtal på arbetarområdet har bemanningsföretagen åtagit sig att ansvara för ”erforderlig rehabiliteringsverksamhet bland arbetstagnarna.”¹⁹⁰⁶ Även om bemanningsföretaget i sin egenskap av kontraktuell arbetsgivare i och för sig aldrig kan undgå ansvaret för rehabilitering,¹⁹⁰⁷ innebär kollektivavtalet en förstärkning av arbetstagnarnas ställning i och med att det allmänna skadeståndet i kollektivavtalsförhållanden sanktionerar arbetsgivarens förpliktelse, utöver det offentlighetsrättsliga vitehotet.¹⁹⁰⁸

Det kommersiella avtalet mellan ut- och inhyrare om personaluthyrning kan också det innehålla en fördelning av rättigheter och skyldigheter parterna emellan, som har bäring på ansvaret för den arbetandes arbetsmiljö. Standardavtalet på området, framtaget av Bemanningsföretagen, t.ex. stipulerar att

Leverantören har rätt att när som helst under Uppdraget besöka Kunden för att kontrollera att arbetsmiljö för Uthyrd person är godtagbar. Finner Leverantören att arbetsmiljön ej kan anses vara godtagbar äger Leverantören efter samråd med Kundens skyddsombud rätt att återkalla Uthyrd person varvid Uppdraget omedelbart ska upphöra om inte annat avtalas. Kunden ska ersätta Leverantören för dennes kostnader i anledning av sådant upphörande om arbetsmiljön uppenbart ej är godtagbar. Ersättningen ska utgå, för en period om resterande uppdragstid, dock max ett belopp motsvarande sex (6) månaders ersättning för Uppdraget. Det åligger Leverantören att försöka belägga den Uthyrda personen med annat arbete under aktuell period.¹⁹⁰⁹

¹⁹⁰⁴ AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet och allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna. (allmänna råd).

¹⁹⁰⁵ Prop. 1993/94:186, s. 34.

¹⁹⁰⁶ Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, avsnitt 6, § 19, 2 st.

¹⁹⁰⁷ 3 kap. 2 a § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁰⁸ 54-55 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

¹⁹⁰⁹ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 6.2 (se också 13.2 *in fine*). Avtalets stipulerade standard för arbetsmiljön är emellertid inte godtagbar i relation till arbetsmiljörätten, som ju talar om att arbetsmiljön ska vara tillfredsställande och inte godtagbar (2 kap. 1 § arbetsmiljölagen (1977:1160)).

Parterna har tydligen uppfattat att den kontraktuella arbetsgivarens ansvar är så framträdande att det ska få genomslag i relationen mellan de båda huvudmännen, t.ex. avseende rätten för uthyraren att inspektera inhyrarens arbetsmiljö. Avtalet mellan in- och uthyrare gör arbetsmiljöbrister hos inhyraren till en hävningsgrund för uthyraren. På så vis transformeras det offentligrättsliga ansvarssystemet avseende den kontraktuella arbetsgivarens respektive inhyrarens arbetsmiljö till det kommersiella avtalet företagen emellan och en civilrättslig kontext. Brister i arbetsmiljön hos inhyraren innebär att uthyraren får häva avtalet och begära ersättning för kostnader i samband med detta och att arbetstagaren återvänder till den kontraktuella arbetsgivaren för att få andra arbetsuppgifter (en ny uthyrning). Det offentligrättsliga ansvaret för bristerna i den bemanningsanställdas arbetsmiljö kvarstår för både in- och uthyrare, och de riskerar båda att drabbas av sanktioner.

Vilken grad av avtalsfrihet föreligger i relationen mellan de båda huvudmännen? Kan uthyraren avtala med inhyraren att denne ska bära allt det ansvar som är förknippat med rollen som kontraktuell arbetsgivare? Kan inhyraren avtala med uthyraren om att denne ska bära allt arbetsmiljöansvar, så att inhyrarens ansvar inte aktualiseras? Å ena sidan innebär arbetsmiljörättens offentligrättsliga karaktär att den kontraktuella arbetsgivarens respektive inhyrarens ansvar kvarstår oavsett vilka förfoganden dessa parter avtalsvis gjort sinsemellan. Reglernas genomslag i praktiken skulle möjligen hotas om det var möjligt att överlåta allt arbetsmiljöansvar på endera parten i personaluthyringsavtalet (särskilt problematiskt vore om den som råder över arbetsplatsen fick avtala bort ansvaret till uthyraren, om denne inte fanns på plats i den faktiska arbetsorganisationen).

Å andra sidan har departementschefen gjort uttalanden i lagförarbetena som antyder att det föreligger ett utrymme för avtalsfrihet huvudmännen emellan. I anslutning till diskussionen om fördelningen av skyldigheter mellan in- och uthyrare anfördes att:

Det bör naturligtvis så långt som möjligt klaras ut mellan uthyrare och inhyrare vilka skyldigheter som var och en har, t.ex. när det gäller sådan arbetsutrustning som medförs av arbetstagaren.¹⁹¹⁰

Bör inte en inhyrare kunna axla sitt rådighetsansvar för inhyrda genom att avtala om och betala för att uthyraren åtar sig det ansvar som annars vid tillämpning av arbetsmiljörätten hade vilat på inhyraren?¹⁹¹¹ Bör inte en uthyrare kunna välja att axla sitt arbetsmiljöansvar genom att avtalsvägen uppdra åt inhyraren att ta även det ansvar som lagen lägger på den kontraktuella arbetsgivaren? Om inte allt får avtalas bort, får kanske någon del av arbetsgivar- och inhyraransvaret brytas ut och

¹⁹¹⁰ Prop. 1993/94:186, s. 35.

¹⁹¹¹ 3 kap. 12 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

flyttas till en part som inte skulle bära det, om lagen hade avgjort saken? Dessa frågor har inte direkt besvarats av vare sig lagstiftaren eller domstol. Material från Arbetsmiljöverket antyder emellertid att avtalsfriheten i vart fall inte omfattar hela ansvaret:

Det går inte att lägga över hela SAM-ansvaret på inhyraren eller arbetsgivaren. Båda kan ställas till svars om uppgifter i SAM saknas och båda bör därför förvissa sig om att SAM uppfylls.¹⁹¹²

Rättsläget får nog sägas vara delvis oklart här.¹⁹¹³ Arbetsmiljörättens tvingande karaktär innebär i alla händelser att om en brist i arbetsmiljön konstaterades för en bemanningsanställd så skulle antingen in- eller uthyraren kunna ställas till svars för saken. Möjligheten för in- och uthyrare att sinsemellan avtala om fördelningen av ansvar för arbetsmiljöarbete innebär inte att de kan binda tillsynsmyndigheten och domstolarna ifråga om vilket subjekt som sist och slutligen ska anses vara ansvarig för eventuella brister i arbetsmiljön.

4.5.4 Inhyrarens skyddsansvar: särreglering om inhyrda arbetstagare

Den som anskaffar arbetskraft genom att hyra in den, istället för att anställa den, ansvarar för de bemanningsanställdas arbetsförhållanden – dvs. närmare bestämt ”uteslutande [...] sådana förhållanden som har samband med säkerheten, yrkeshygienen och hälsan på arbetsplatsen” – ”så länge det aktuella arbetet pågår”.¹⁹¹⁴ Inhyrarens ansvar med grund i EU-rätten gäller således parallellt med de nationella reglerna om den kontraktuella arbetsgivarens, det uthyrande företags, ansvar för arbetsmiljön.¹⁹¹⁵ Inhyrarens ansvar är avgränsat till att avse faktorer som har att

¹⁹¹² Arbetsmiljöverket, Arbetsmiljöansvar – för personal som är inhyrd eller arbetar på tillfälliga arbetsplatser, 2008, s. 10.

¹⁹¹³ Arbetarskyddsstyrelsen rapporterar om ”att det sedan länge finns ett bemanningsföretag där frågan har lösts just genom att arbetsgivaren ytterst ansvarar för hela arbetsmiljön för den uthyrda personalen samtidigt som vissa uppgifter ibland avtalsvägen överlämnas till inhyraren att utföra” och att om inhyraren inte uppfyller dessa förpliktelser kan uthyrningen avseende honom stoppas. Det handlade i detta fall om lantbrukssektorn, men styrelsen framhåller att ”en motsvarande ordning borde vara möjlig även i andra uthyrningsfall”. Se Arbetarskyddsstyrelsen, Hur bör inhyrd arbetskraft behandlas i Arbetarskyddsstyrelsens författningsarbete, Promemoria 1999-06-04, dnr 15 R 2013/99.

¹⁹¹⁴ Direktiv 91/383/EEG, art. 8.

¹⁹¹⁵ Jfr Zappalà som menar att direktivet utgår från att uthyraren är arbetsgivare, men också att det i direktivet ”no mention is made of the nature of the relationship between the user undertaking and the worker. However, although the user undertaking is not formally the employer, it enters into a specific relationship with him and thus takes on certain significant legal obligations.” Zappalà, Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law – An Historical Overview, 2008, s. 155-167, s. 162.

göra med det faktiska arbetets bedrivande, under just den tid det bedrivs. Den svenska lagregeln som genomför det EU-rättsliga inhyraransvaret är utformad som en variant av rådighetsansvar för ett arbetsställe. Motivet för denna lösning var pragmatisk och betingad av ett motstånd mot att ”bryta mot annars gällande arbetsrättsliga principer” – varmed avsågs just det kontraktuella arbetsgivarbegreppet.¹⁹¹⁶ Lagregeln om inhyrarens ansvar i relation till den inhyrda arbetskraften är således placerad i anslutning till de allmänna reglerna om rådighetsansvar:

Den som anlitar inhyrd arbetskraft för att utföra arbete i sin verksamhet ska vidta de skyddsåtgärder som behövs i detta arbete.¹⁹¹⁷

Det är fråga om ett direkt skyddsansvar som ska kompensera för att vare sig det kontraktuella arbetsgivaransvaret eller det befintliga rådighetsansvaret uppfattades vara tillfyllest för att skydda de inhyrda arbetstagarna. Motiveringen för införandet av denna ansvarsgrund är i och för sig densamma som den tillsynsmyndigheten en gång i tiden återopade för att i sin praxis förlägga den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar på inhyraren; nämligen att bemanningsanställda arbetstagare

är inordnad i verksamheten och står under arbetsledning på ett sätt som gör att de i mångt och mycket är att jämföras med arbetstagare i denna verksamhet.¹⁹¹⁸

Utformningen av det direkta rådighetsansvaret för inhyraren avgör vilka krav de bemanningsanställda kan ställa på denne, under den tid de är uthyrda;

Ansvaret bör motsvara arbetsgivarens arbetsmiljöansvar, dock begränsat till det aktuella arbetet på det främmande arbetsstället.¹⁹¹⁹

Regeln ger upphov till en form av rumslig och tidlig avgränsning. Rumsligt är avgränsningen kopplad till arbetsställebegreppet. Tidsmässigt handlar det om att ”[d]e långsiktiga arbetsmiljökraven” och ”långsiktiga åtgärder, såsom utbildning och rehabilitering” ligger utanför inhyrarens ansvar, och istället på den kontraktuella arbetsgivaren. Bedömningen sker i varje enskilt fall.¹⁹²⁰ Inhyraransvaret är vidare begränsat till ”arbetsplatsen”, som är ett EU-rättsligt begrepp som inte nödvändigtvis måste motsvara det svenska arbetsmiljörättsliga begreppet ”arbetsställe.” Omfattar det EU-rättsliga begreppet arbetsplats ett i något avseende större område än motsvarande nationell begreppsbildning, gäller direktivets begrepp

¹⁹¹⁶ SOU 1993:81, s. 90.

¹⁹¹⁷ 3 kap. 12 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹¹⁸ Prop. 1993/94:186, s. 34, jfr s. 36.

¹⁹¹⁹ Prop. 1993/94:186, s. 34.

¹⁹²⁰ Prop. 1993/94:186, s. 34, s. 67 f.

istället.¹⁹²¹ Inhyrarens direkta skyddsansvar bygger idag inte på en tolkning av arbetsgivarbegreppet, utan istället på en regel som motiveras av att de inhyrda är föremål för arbetsledning på samma sätt som de anställda hos inhyraren är.¹⁹²² Arbetsledningsrätten framstår som underteoretiserad ur arbetsmiljörättslig synvinkel. Sannolikt kan arbetsledningsrättens utsträckning i olika avseenden ofta uppfattas som ett led i att avgöra vem som råder över en viss plats. I sig är arbetsledningsrätten emellertid inte nödvändigtvis kopplad till någon plats, och utan regeln om inhyrarsansvar kunde komplicerade gränsdragningar uppstå för den händelse arbetsledningen på en arbetsplats skulle vara utövad av någon annan än den som råder över den.¹⁹²³

Myndighetsföreskrifterna, som ju innehåller den största delen av den materiella arbetsmiljörätten, innehåller varierande lösningar på ansvarsfördelningen mellan den kontraktuella arbetsgivaren och inhyraren. Den viktiga regeln om systematiskt arbetsmiljöarbete är kort och koncis:

Dessa föreskrifter gäller arbetsgivare. Med arbetsgivare likställs de som hyr in arbetskraft.¹⁹²⁴

De allmänna råden till regeln förklarar att inhyraren

är skyldig att – i fråga om det arbete som inhyrningen gäller – följa föreskrifterna om systematiskt arbetsmiljöarbete.¹⁹²⁵

En viktig grupp myndighetsföreskrifter – bl.a. reglerna om systematiskt arbetsmiljöarbete, kemiska arbetsmiljörisker samt medicinska kontroller¹⁹²⁶ – anger alltså att de är tillämpliga på den kontraktuella arbetsgivaren och på inhyraren:

Dessa föreskrifter gäller för alla arbetsgivare. Med arbetsgivare likställs den som anlitar inhyrd arbetskraft för att utföra arbete i sin verksamhet. Med arbetstagare likställs den som hyrts in för att utföra arbete i verksamheten.¹⁹²⁷

¹⁹²¹ Direktiv 91/383/EEG, art. 7.2.

¹⁹²² Prop. 1993/94:186, s. 34.

¹⁹²³ Jfr SOU 1993:81, s. 91.

¹⁹²⁴ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete (ändrad i AFS 2003:4), 1 §.

¹⁹²⁵ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, till 1 §, s. 11.

¹⁹²⁶ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, AFS 2000:4 Kemiska arbetsmiljörisker. Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter om kemiska arbetsmiljörisker samt allmänna råd om tillämpning av föreskrifterna, AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet och allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna.

¹⁹²⁷ AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet och allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna.

Det har också förekommit myndighetsföreskrifter som riktar sig enbart till inhyrare.¹⁹²⁸ Idag är det vanligt att reglernas tillämpningsområde anges utanpliktssubjekt:

Dessa föreskrifter gäller i alla verksamheter där luftföroreningar förekommer eller bildas.¹⁹²⁹

Antagandet bakom den här regleringstekniken är att det på arbetsmiljörättens område är möjligt att reglera verksamheter utan att specificera i vilken egenskap verksamhetsutövaren omfattas av föreskrifterna.

Tillsynsmyndigheten uppfattar för egen del att dagens arbetsmiljörättsliga ansvarssystem är invecklat och nyanserat och att det blivit praktiskt svårt att ange en adressat för de föreskrifter man utfärdar. Tanken är att när så många olika typer av subjekt kan vara adressat för de materiella reglerna, måste pliktsubjektet för kraven utgå. Arbetsmiljöverket förklarar att man numera använder:

opersonliga formuleringar av typen 'Arbetsplats ska vara...' eller 'Skydd ska ordnas mot...'

Detta är Arbetsmiljöverkets normala sätt att skriva föreskrifter. Orsaken till att denna metod används är att föreskrifterna normalt riktar sig till så många olika ansvariga att det skulle tynga föreskrifterna på ett oacceptabelt sätt om alla skulle räknas upp i alla bestämmelser.

Principen är därför att när inget annat anges riktar sig en bestämmelse till alla som enligt arbetsmiljölagen kan ha ett ansvar av det slag som beskrivs i bestämmelsen.¹⁹³⁰

Regleringstekniken med en abstrakt och underförstådd hänvisning till ansvarssystemet harmonierar med arbetsmiljörättens koppling till arbetsplatsen som rumsligt definierat ansvarsområde och den som där fattar besluten som påverkar arbetsmiljöns beskaffenhet.

¹⁹²⁸ AFS 2005:17 Hygieniska gränsvärden och åtgärder mot luftföroreningar.

¹⁹²⁹ AFS 2011:18 Hygieniska gränsvärden. Arbetsmiljöverkets föreskrifter och allmänna råd om hygieniska gränsvärden, som ändrar 2005:17, som innehöll samma formulering som AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet och allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna. Likartat i AFS 2012:2 Arbetsmiljöverkets föreskrifter och allmänna råd om belastningsergonomi, hänvisar till 3 kap. arbetsmiljölagen (1977:1160). Motsvarande äldre regel likställde inhyrare och arbetsgivare; AFS 1998:1 Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter om belastningsergonomi samt styrelsens allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna (12 §).

¹⁹³⁰ AFS 2008:16 Byggnads- och anläggningsarbete. Arbetsmiljöverkets föreskrifter om ändring i Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter (1999:3) om byggnads- och anläggningsarbete, s. 13 (allmänna råd).

Ytterligare en EU-regel grundlägger en direkt ansvarsrelation bortom anställningsavtalets partsställning: inhyraren ska, innan arbetet påbörjas, informera den inhyrda arbetskraften om ”de risker han [sic] utsätts för av det företag och/eller den verksamhet som tar hans [sic] tjänster i anspråk”, och ”om huruvida det enligt nationell lagstiftning krävs några särskilda yrkeskvalifikationer eller färdigheter eller särskild medicinsk övervakning”. Det krävs vidare att informationen ”klart redovisar om arbetet innebär ökade speciella risker enligt vad som fastställs i nationell lagstiftning”.¹⁹³¹ Informationsskyldigheten avser således förhållanden som hänför sig till ”företaget och/eller den verksamhet som tar hans tjänster i anspråk”, och inte till ”arbetsplatsen” (som direktivets ansvarsregel bygger på¹⁹³²) eller arbetsstället (som den svenska arbetsmiljölagstiftningen ju länge kretsat kring). Inhyrarens informationsskyldighet förefaller därför avse inte endast förhållanden kring det omedelbara arbetet, utan också om andra aspekter av verksamheten. I svensk rätt är denna regel med bakgrund i EU-rätten genomförd i och med att myndighetsföreskrifterna om systematiskt arbetsmiljöarbete gjorts tillämpliga på inhyrare i relation till de inhyrda; inhyraren

skall se till att arbetstagarnas kunskaper om arbetet och riskerna i arbetet är tillräckliga för att ohälsa och olycksfall skall förebyggas och en tillfredsställande arbetsmiljö uppnås.¹⁹³³

Den svenska arbetsmiljörättens lagstadgade informationsskyldighet bygger på den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar och gäller i anställningsförhållandets partsställning.¹⁹³⁴ I förarbetenas förklaring till denna regel framträder den kontraktuella utgångspunkten:

Med arbetsgivare avses härvid, liksom i övriga delar av lagförslaget, arbetsgivaren personligen eller den som får anses företräda arbetsgivaren i den föreliggande situationen.¹⁹³⁵

Även personaluthyrningsavtalet mellan in- och uthyrare – t.ex. Bemanningsföretagens standardavtal – fördelar rättigheter och skyldigheter ifråga om arbetsmiljö mellan de båda huvudmännen. I relation till arbetstagarens kontraktuella arbetsgivare åtar sig inhyraren att instruera och informera arbetstagaren om arbetsuppgif-

¹⁹³¹ Direktiv 91/383/EEG, art. 3.

¹⁹³² Direktiv 91/383/EEG, art. 7.2 *in fine*.

¹⁹³³ AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete, 1§ och 7 §.

¹⁹³⁴ 3 kap. 3 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Jfr inhyrares skyldighet att informera inhyrda arbetstagare om lediga anställningar i inhyrarens verksamhet. Se kapitel 2.5.7.1.

¹⁹³⁵ Prop. 1976/77:149, s. 394.

terna och att tillhandahålla nödvändig utrustning.¹⁹³⁶ I standardavtalet görs även ett åtagande på det horisontella planet mellan de båda huvudmännen att

Det åligger Kunden att iakttaga 3 kap 12 § Arbetsmiljölagen genom att informera hos Kunden Uthyrd person om lagar och förordningar jämte egna interna instruktioner och rutiner som är hänförliga till verksamheten hos kunden. Kunden ska vidare i övrigt vidta de skyddsåtgärder som behövs för att Uthyrd person inte ska utsättas för ohälsa eller olycksfall. Det åligger Kunden att tillhandahålla skyddsutrustning om inte annat särskilt avtalats.¹⁹³⁷

Inhyrarens ansvar för inhyrdas arbetsmiljö är tvingande och offentlighetsrättsligt sanktionerat. In- och uthyraren kan således inte binda Arbetsmiljöverket och domstolarna vid en fördelning av ansvar. Den vertikala skyldigheten (dvs. inhyraren i relation till Arbetsmiljöverket) omvandlas emellertid i praktiken till en horisontell förpliktelse mellan in- och uthyrare. Om inhyraren brister i arbetsmiljöarbete är det ett avtalsbrott som kan aktualisera kontraktsrättsliga påföljder. Standardavtalets klausul kan vidare uppfattas som ett uttryck för enighet mellan parterna på bemanningsbranschens utbuds- respektive efterfrågesida om likabehandling av inhyrda och anställda ifråga om arbetsmiljön. Regeln kanske t.o.m. kan tas till intäkt för att parterna avtalat om att inhyrarens skyldigheter bör gå längre än vad lagen föreskriver (jfr ”ska vidare i övrigt vidta”). Avtalet fördelar uttryckligen kostnaderna för skyddsutrustning – som ju aldrig får ligga på arbetstagaren¹⁹³⁸ – till inhyraren, som har att kompensera sig för detta i förhandlingarna om priset på personalinhyrningen.

4.5.5 Rättigheter och skyldigheter mellan ut- och inhyrare

1991 års EU-direktiv om bemanningsanställdas arbetsmiljö innehåller regler som är tillämpliga i relationen mellan de båda huvudmännen: medlemsstaterna ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att inhyraren, innan inhyrningen inleds, ger uthyraren upplysningar om ”de yrkeskunskaper som krävs och om den särskilda karaktären av det arbete som skall utföras” samt ”att det uthy-

¹⁹³⁶ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 5.1.

¹⁹³⁷ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 6.1.

¹⁹³⁸ Ramdirektivet 89/391/EEG, art. 6.5: ”Åtgärder som rör säkerhet, hygien och hälsa i arbetet får under inga förhållanden medföra några kostnader för arbetstagarna.” ILO Convention no. 155 concerning Occupational Safety and Health and the Working Environment, 1981, art. 21 föreskriver att ”Occupational safety and health measures shall not involve any expenditure for the workers.”

rande företaget skall informera berörda arbetstagare om alla dessa fakta”.¹⁹³⁹ Det sistnämnda är en arbetsrättslig regel som följer den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvaret och som dessutom har sin motsvarighet i ramdirektivet om arbetsmiljö.¹⁹⁴⁰ Den förstnämnda regeln är emellertid tillämplig mellan uthyraren och inhyraren, och saknas i den svenska arbetsmiljölagstiftningen, som endast föreskriver informationsskyldighet inom ramen för anställningsavtalets partsställning¹⁹⁴¹ (dvs. mellan bemanningsföretag och uthyrd) och inom ramen för inhyransvaret (dvs. mellan inhyrare och inhyrd).¹⁹⁴² På EU-nivån diskuteras denna regel i horisontella termer och som tillämplig huvudmännan emellan:

The user undertaking must inform the temporary employment agency, and the latter has to advise the worker accordingly.¹⁹⁴³

I den svenska arbetsmiljölagstiftningen finns dock ingen regel som uttryckligen föreskriver ett informationsflöde mellan in- och uthyrare. Regeln om att den kontraktuella arbetsgivaren måste informera arbetstagaren om arbetsmiljöförhållanden hos inhyraren utgör en förmedlad och indirekt motsvarighet till EU-regeln om informationsflöde mellan företagen; bemanningsföretaget måste skaffa informationen från kundföretaget för att kunna fullgöra sin skyldighet mot arbetstagaren (inom den kontraktuella ansvarsrelationen). Om bemanningsföretaget inte får denna information att förse arbetstagaren med, kan den kontraktuella arbetsgivaren inte fullgöra sina skyldigheter enligt arbetsmiljörätten, och bemanningsavtalet kan därför inte fullföljas och inhyrningen ska ställas in. EU-regeln syftar sannolikt till att undvika att personaluthyrningar måste ställas in pga. att uthyraren inte försetts med tillräcklig information för att informera sin arbetstagare.¹⁹⁴⁴ Är denna indi-

¹⁹³⁹ Direktiv 91/383/EEG, art. 7.1-2.

¹⁹⁴⁰ Ramdirektivet 89/391/EEG.

¹⁹⁴¹ 3 kap. 3 § arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁴² 3 kap. 12 §, 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁴³ SEC(2011) 982, s. 42. Likartade utgångspunkter i Labourasociados consultores, Study to analyse and assess the practical implementation of national legislation of safety and health at work. Council Directive 91/383/EEC of June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, Final report, odaterad.

¹⁹⁴⁴ En likartad problematik föreligger vid tillämpning av bemanningsdirektivets likabehandlingsprincip. För att uthyraren ska kunna behandla sina anställda på samma sätt som inhyraren behandlar sina anställda måste uthyraren känna till förhållandena i inhyraren. Arbetstagarnas vertikala rättigheter mot sin huvudman skapar på detta sätt behov av informationsflöde och samordning på horisontell nivå mellan de båda inblandade företagen. Standardavtalet om personaluthyrning har två regler om informationsplikt mellan företagen: ”Kunden ska för Uppdraget ange erforderlig och korrekt information om de arbetsuppgifter som ska utföras, arbetets längd, arbetstider, tillämpligt kollektivavtal, andra lokala avtal som tillämpas eller andra omständigheter som är särskiljande för arbetet som ska utföras. [osv.]”, men också ”Vid Uppdrag som innebär att Leverantören ska avlöna Uthyrd person enligt regler om förtjänstläget hos Kunden har Kunden ansvar för att Leverantören erhåller korrekt information om det genomsnittliga förtjänstläget för jämför-

rekta reglering tillräcklig för att genomföra direktivet?¹⁹⁴⁵ En statlig utredning har diskuterat saken och dragit slutsatsen att någon regel om informationsflöde mellan in- och uthyrare inte behövdes. Tankegången var här att den kontraktuella arbetsgivarens skyldighet att bedriva ett systematiskt arbetsmiljöarbete i kombination med den allmänna lojalitetsplikten i avtalsförhållanden, innebar att direktivet kunde sägas vara genomfört i svensk rätt.¹⁹⁴⁶ I utredningens resonemang uppfattades därmed den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar som en god startpunkt för att förverkliga arbetarskydd i arbetsorganisationer som är entreprenader. De svenska arbetsmarknadsparterna, med undantag för Landsorganisationen, instämde i utredningens slutsats om att någon lagregel inte behövdes om skyldighet för inhyrare att informera uthyraren om risker i arbetsmiljön.¹⁹⁴⁷ Mot bakgrund av bemanningsbranschens anspråk på att utgöra ett svar på snabbt skiftande arbetskraftsbehov framstår det dock snarast som viktigt att lagstiftningen föreskriver att inhyraren ska informera sin motpart uthyraren om arbetsmiljöförhållanden och risker, så att en tydligare tvåstegsmodell skapas där inhyraren informerar uthyraren som informerar arbetstagaren. Detta vore ett rakare och mer direkt genomförande av EU-rätten och en mer transparent lagstiftning som tydliggör vilket ansvar som vilar på de olika subjekten i en komplex arbetsorganisation. I förlängningen skulle sannolikt riskerna för att bemanningsarbete måste ställas in minska samtidigt som de bemanningsanställda skulle bli bättre informerade om arbetsmiljöfrågor. Med stöd av en sådan skyldighet för inhyraren kunde denna drabbas av arbetsmiljörättens offentlighetsrättsliga sanktioner för den händelse denne inte informerade uthyraren. Tanken att ett EU-direktiv skulle kunna anses genomfört delvis med stöd av en oskriven avtalsrättslig princip¹⁹⁴⁸ övertygar i alla händelser inte. Vidare är det sedan länge känt att det är otillräckligt att reglera arbetsmiljön i komplexa arbetsorganisationer endast med stöd av den kontraktuella arbetsgivarens ansvar.

bara arbetstagargrupper hos Kunden. Kunden ansvarar för felaktigt angivet genomsnittligt för-tjänstläge och ska ersätta Leverantören för skada hänförlig härtil.” Se Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 2.1. respektive p. 3.3. Jfr likabehandlingsprincipen i direktiv 2008/104/EG, art. 5 och AD 2009 nr 54 och AD 2009 nr 94.

¹⁹⁴⁵ Kommissionen har nåtts av beskedet att ”No provision has been introduced to transpose Article 7 of the Directive.” Se European Commission, Directorate-General V, Report on the implementation of Directive 91/383/EEC supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, odaterad, s. 30.

¹⁹⁴⁶ SOU 2007:43, s. 135-139.

¹⁹⁴⁷ Arbetsmarknadsdepartementet, Enheten för arbetsrätt och arbetsmiljö, Promemoria 2007-11-19, A2007/4930/ARM, Remissammanställning avseende betänkandet ”Bättre arbetsmiljöregler II, Skyddsombud, beställaransvar, byggarbetsplatser m.m.”, SOU 2007:43, s. 4.

¹⁹⁴⁸ Se om denna plikt; Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007, s. 136, *passim*.

I standardavtalet som branschorganisationen Bemanningsföretagen tagit fram för att använda mellan in- och uthyrare, har den kontraktuella arbetsgivaren, dvs. bemanningsföretaget, rätt att närsomhelst under inhyrningen besöka inhyraren för att kontrollera arbetsmiljön.¹⁹⁴⁹

Vidare; i kollektivavtal på arbetarområdet föreligger åtagandet att bemanningsföretaget

ska verka för att beställaren vidtar och informerar om de skyddsåtgärder som erfordras vid arbete inom beställarens område samt särskilt iakttar 3 kap. 6, 7 och 12 § och 6 kap. 10 § AML samt 4 § AMF.¹⁹⁵⁰

Kollektivavtalet innebär inget åtagande som inte redan följer av den offentligrättsligt sanktionerade arbetsmiljörätten, men förstärker sanktionssystemet med den kollektiva arbetsrättens allmänna skadestånd.¹⁹⁵¹ Någon motsvarighet finns inte på tjänstemannasidan.¹⁹⁵²

4.5.6 Skyddsombud hos ut- och inhyrare: roll och befogenheter, tillträde och trakasserier

Även om arbetsmiljörätten är förknippad med ett offentligrättsligt sanktionssystem spelar en arbetstagarrepresentant en roll i att kanalisera upplevda missförhållanden i arbetsmiljön till huvudmannen, tillsynsmyndigheten och i förlängningen till den rättsliga hanteringen: skyddsombuden representerar de anställda och ska utses bland arbetstagarna på arbetsstället.¹⁹⁵³ Det föreligger en koppling mellan skyddsombudet och anställningsavtalet – och därmed mellan skyddsombudet och arbetsorganisationen. Men hur utfaller denna grundläggande reglering då arbetsorganisationen innehåller arbetstagare som är anställda av dels huvudmannen som bedriver verksamheten, dels ett bemanningsföretag som i övrigt inte befinner sig i arbetsorganisationen? Vilket utrymme föreligger för skyddsombud som representerar de respektive grupperna av arbetstagare att agera i arbetsorganisationen?

Får ett skyddsombud utsett av arbetstagarna i inhyraren, agera för inhyrda arbetstagare – som står i anställningsförhållande med uthyraren – när de är på plats och verka i inhyrarens verksamhet? Skyddsombudets anställningsförhållande är

¹⁹⁴⁹ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 6.2

¹⁹⁵⁰ Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen, avsnitt 6, § 19, 1 st.

¹⁹⁵¹ 54-55 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

¹⁹⁵² Tjänstemannaavtalen 2013-05-01-2016-04-30 mellan Bemanningsföretagen och Unionen.

¹⁹⁵³ 6 kap. 2 och 4 §§ arbetsmiljölagen (1977:1160).

med inhyraren, och mellan uthyraren och skyddsombudet föreligger inte någon avtalsrelation. Denna situation är idag föremål för särreglering. Ett skyddsombud hos inhyraren får använda hänvändelserätten för att hos denna arbetsgivare begära skyddsåtgärder som behövs i detta arbete, gentemot inhyrda arbetstagare.¹⁹⁵⁴ Principerna för fördelningen av arbetsmiljöansvaret mellan inhyrarens rådighetsansvar och bemanningsföretagets kontraktuella arbetsgivaransvar avgör i vilka frågor skyddsombudet kan agera för de utomstående arbetstagarna hos inhyraren:

De åtgärder som då kan komma i fråga ska vara begränsade till det aktuella arbetet på det främmande arbetsstället, dvs. på inhyrarföretaget.¹⁹⁵⁵

Denna begränsning är motiverad av det faktum att ”arbetsgivaransvaret kommer att gälla jämsides med inhyrarens ansvar”.¹⁹⁵⁶ En oklarhet kvarstår. Det råder delvis avtalsfrihet mellan inhyrare och bemanningsföretag om skyldigheterna i relation till de arbetstagare som ska vara verksamma hos inhyraren utan att vara anställda där;

Bestämmelsen ger uthyrare och inhyrare anledning att precisera hur skyddsansvaret mellan dem skall vara fördelat.¹⁹⁵⁷

Ska huvudmännens inbördes avtal om ansvaret för arbetsmiljön få genomslag i relation till skyddsombudet och dennes möjligheter att agera för den utomstående arbetskraften? Kan inhyraren värja sig mot en hänvändelse från skyddsombudet med hänvisning till ett avtal av innebörden att uthyraren är ansvarig för ”det aktuella arbetet” på arbetsstället? Sannolikt är denna tolkning inte avsedd; det skulle strida mot syftet med lagändringen, även om hänvisningen till äldre förarbeten skulle kunna tas till intäkt för den tolkningen. Vidare; med stöd av en särskild regel har skyddsombud möjlighet att stoppa ”arbete som utförs av inhyrd arbetskraft i arbetsgivarens verksamhet”.¹⁹⁵⁸ Motivet för regeln är att

den uthyrda personalen [står] under inhyrarens arbetsledning och utför arbete som ingår i inhyrarens verksamhet.¹⁹⁵⁹

Utrymmet för skyddsombud att stoppa detta arbete är kopplat till omfånget hos inhyrarens skyddsansvar för inhyrd arbetskraft.¹⁹⁶⁰

¹⁹⁵⁴ 6 kap. 6 a § 3 st. arbetsmiljölagen (1977:1160) samläst med samma lags 3 kap. 12 §, 2 st.

¹⁹⁵⁵ Prop. 2008/09:138, s. 42, likartat på s. 35.

¹⁹⁵⁶ Prop. 1993/94:186, s. 34.

¹⁹⁵⁷ Prop. 1993/94:186, s. 62, likartat på s. 35.

¹⁹⁵⁸ 6 kap. 7 §, 4 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁵⁹ Prop. 2008/09:138, s. 36.

Får ett skyddsombud utsett hos inhyraren agera i relation till bemanningsföretaget/uthyraren? På denna punkt är den kontraktuella utgångspunkten utslagsgivande: ett skyddsombud hos inhyraren har ”ingen möjlighet” att använda hänvändelse- eller stoppningsrätten i relation till bemanningsföretaget.¹⁹⁶¹

Får ett skyddsombud utsett av arbetstagarna i uthyraren/bemanningsföretaget agera i relation till denne till förmån för dessa arbetstagare, under den tid de är uthyrda och aktiva i inhyrarens verksamhet? Skyddsombudet står här i avtalsförhållande med bemanningsföretaget, men inte med inhyraren. Den här situationen ska bedömas enligt utgångspunkten om det kontraktuella arbetsgivaransvaret. När ett skyddsombud hos uthyraren agerar för anställda där, utgör det ett agerande inom ramen för anställningsförhållandets partsställning. Att den kontraktuella arbetsgivaren inte råder över den arbetsplatsen vars beskaffenhet är omstridd, ändrar inte på detta.¹⁹⁶² Stoppningsrätten följer vanliga regler.¹⁹⁶³

Får ett skyddsombud hos uthyraren/bemanningsföretaget agera i relation till inhyraren? Även på denna punkt faller den kontraktuella utgångspunkten avgörandet. Det saknas möjligheter för ett skyddsombud hos uthyraren att begagna sig av hänvändelse- eller stoppningsrätten i relation till inhyraren.¹⁹⁶⁴

Ett skyddsombud utsett hos uthyraren äger dock tillträde – i den utsträckning det behövs för att fullgöra uppdraget som skyddsombud – till det arbetsställe hos inhyraren där den inhyrda personalen arbetar.¹⁹⁶⁵ Inhyraren är vid skadeståndsansvar förbjuden att hindra skyddsombudets tillträde.¹⁹⁶⁶ Eftersom skadeståndsregeln i dess helhet gjorts tillämplig på relationen mellan inhyraren och skyddsombudet utsedd i uthyraren kan det antas att syftet var att göra trakasseriförbudet i dess helhet tillämplig i denna relation.¹⁹⁶⁷ Det skulle innebära att trakasseriförbudet blir tillämpligt i relationen mellan skyddsombudet från uthyraren och inhyraren, samt mellan skyddsombudet från uthyraren och arbetstagarna med inhyraren som kontraktuell arbetsgivare. Denna tolkning följer av hänvisningen mellan lagreglerna, medan förarbetena är tysta i frågan.

¹⁹⁶⁰ 3 kap. 12 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160), prop. 2008/09:138, s. 36.

¹⁹⁶¹ Prop. 2008/09:138, s. 34, likartat i SOU 2007:43, s. 67 f, s. 74.

¹⁹⁶² Prop. 2008/09:138, s. 34, SOU 2007:43, s. 70 f.

¹⁹⁶³ 6 kap. 7 § 1 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁶⁴ SOU 2007:43, s. 67 f, s. 74.

¹⁹⁶⁵ 6 kap. 10 § 2 st. arbetsmiljölagen (1977:1160).

¹⁹⁶⁶ 6 kap. 11 § arbetsmiljölagen (1977:1160), prop. 1993/94:186, s. 39, s. 70.

¹⁹⁶⁷ Prop. 1993/94:186, s. 39, s. 70. Skadeståndsregeln i 6 kap. 11 § arbetsmiljölagen (1977:1160) hänvisar utan kvalificering till 6 kap. 10 § samma lag. Regeln om utomstående skyddsombud finns i 6 kap. 10 § 2 st. samma lag.

Bemanningsföretagens standardavtal mellan in- och uthyrare om personaluthyrning reglerar skyddsombudens ställning. För det första föreskrivs en tillträdesrätt för skyddsombudet, som motsvaras av vad lagstiftningen redan ger. För det andra drar standardavtalet som gäller horisontellt mellan in- och uthyrare in skyddsombudet hos inhyraren i beslutsprocessen hos uthyraren/bemanningsföretaget. Standardavtalets regel om samråd, handlar sannolikt inte om att ge detta skyddsombud något eget inflytande över uthyrarens beslut, utan om att säkerställa att inhyrarens skyddsombud är informerad om den inhyrda personalens arbetsmiljö:

Leverantören och skyddsombud hos Leverantören har rätt att när som helst under Uppdraget besöka Kunden för att kontrollera att arbetsmiljö för Uthyrd person är godtagbar. Finner Leverantören att arbetsmiljön ej kan anses vara godtagbar äger Leverantören efter samråd med Kundens skyddsombud rätt att återkalla Uthyrd person varvid Uppdraget omedelbart ska upphöra om inte annat avtalas.¹⁹⁶⁸

Frågan om skyddsombudens möjligheter att agera mot olika huvudmän i arbetsorganisationer karakteriserade av bemanningsarbete har inte handlat om att expandera skyddsansvaret utöver det generellt tillämpliga kravet om en tillfredsställande arbetsmiljö. Omfånget i de respektive huvudmännens ansvar för arbetsmiljön är alltså detsamma oavsett vilket skyddsombud som äger hänvändelserätten.¹⁹⁶⁹ Diskussionen har kretsat kring skyddsombudens praktiska möjligheter att identifiera och påpeka risker och missförhållanden och genomdriva en tillfredsställande arbetsmiljö.

Ett skyddsombud har inte några andra skyldigheter än att respektera tystnadsplikten.¹⁹⁷⁰ Inte desto mindre anger förarbetena att skyddsombuden inte skulle vara skyldiga att agera för utomstående personal.¹⁹⁷¹ Det är oklart vad som exakt avses med detta uttalande. För den händelse arbetstagargrupperna med olika kontraktuella arbetsgivare skulle vara medlemmar av samma arbetstagarorganisation kan den föreningsrättsliga likhetsprincipen ge vid handen att skyddsombudet ska behandla arbetstagarna lika.¹⁹⁷²

Skyddsombudens möjlighet att agera i arbetsorganisationer där det förekommer bemanningsarbete illustrerar hur den kontraktuella utgångspunkten för ansvar både bekräftas och motsägs. För att ett skyddsombud ska kunna agera till förmån för någon arbetstagar, var det tidigare ett krav att skyddsombudet och arbetstagaren

¹⁹⁶⁸ Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010, p. 6.2.

¹⁹⁶⁹ SOU 2007:43, s. 75, s. 78, prop. 2008/09:138, s. 35, s. 40.

¹⁹⁷⁰ 7 kap. 13 § arbetsmiljölagen (1977:1160). Steinberg, *Skyddsombuds- och arbetsmiljöombuds rätt*, 2013, s. 29.

¹⁹⁷¹ SOU 2007:43, s. 76, prop. 2008/09:138, s. 36.

¹⁹⁷² Se kapitel 4.4.11.

hade samma motpart i anställningsavtalen. Lagstiftningen kom sedermera att expandera möjligheterna för skyddsombuden att agera till att även avse arbetskraft som man inte delade kontraktuell arbetsgivare med. Fortfarande gäller emellertid att ett skyddsombuds agerande endast får vara riktat mot en arbetsgivare som man står i avtalsrelation med. Den här utgångspunkten är tydligtvis så betydelsefull att den statliga utredningen om skyddsombudens verksamhet instruerades av regeringen att hålla sina överväganden inom den:

En förutsättning skall vara att ändringen i möjligheter att agera inte innebär något avsteg från principen om att kollektivavtalet eller de enskilda anställningsavtalen är grunden för skyddsombudens verksamhet.¹⁹⁷³

Utredningen sade sig hålla med om att denna regeringens ståndpunkt utgjorde en ”rimlig utgångspunkt”, men saken kom likväl inte att utredas förutsättningslöst.¹⁹⁷⁴

Skyddsombuden har fått möjligheter att agera till förmån för fler arbetstagargrupper och mot fler arbetsmiljöbrister. Det i grunden privaträttsliga skyddsombudsinstitutets inslag av myndighetsliknande funktion ökar i takt med att skyddsombudens möjligheter att agera allt mer bortkopplas från en direkt avtalsrelation.

4.6 Slutsatser och sammanfattande analyser

4.6.1 Övergripande frågor

Arbetsmiljörättens offentlighetsrättsliga karaktär har möjliggjort en orientering av ansvarsfrågorna till att avse arbetsplatsen, snarare än att vara exklusivt avhängig en kontraktuell analys som definierar vilket subjekt som ska bära något visst ansvar. Definitioner av anställningsförhållandet och dess parter är strikt sett inte nödvändiga för att föreskriva ansvar för vad som sker på en viss plats. Den tidiga arbetsmiljörätten gjorde därför inte dessa definitioner, och efter införandet av de arbetsrättsliga reglerna på 1970-talet kom arbetsmiljörätten att återopa arbetsrättens civilrättsliga definitioner. Karaktäristiskt för arbetsmiljörätten är att denna gått bortom den kontraktuella utgångspunkten som var tongivande i rättsområdets tidiga historia, för att föreskriva andra former för ansvar i de situationer detta varit nödvändigt för att reglera arbetsplatsen (rådighetsansvar, t.ex.). Än idag använder arbetsmiljörätten de arbetsrättsliga definitionerna vid tillämpning av reglerna om

¹⁹⁷³ Dir 2005:114.

¹⁹⁷⁴ SOU 2007:43, s. 74.

skyddsansvar; frågan om en huvudman har skyddsansvar som arbetsgivare aktualiserar civilrättsliga begrepp i tillämpningen av offentligrättsliga regler.

Arbetsmiljörättens ansvarssystem utgår uttryckligen från det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Jämfört med övriga delar av arbetsrätten är arbetsmiljörättens förarbeten tydligare förankrade i den kontraktuella synen på ansvarsplaceringen – samtidigt är arbetsmiljörätten i sig inte främmande för avvikelser från den kontraktuella utgångspunkten och att expandera skyddsansvaret till att avse andra subjekt än den kontraktuella arbetsgivaren. Arbetsgivaransvarets koppling till egenskapen av att vara part i anställningsavtalet förankrades ytterligare i och med utfärdandet av arbetsmiljörätten. Inte desto mindre präglas arbetsmiljörättens ansvarssystem i och för sig av ett samspel mellan anställningsavtalet som grund för ansvar – det kontraktuella arbetsgivarbegreppet – och en geografisk/rumslig ansvarsgrund i vilken rådighet över en plats är den ansvarsutlösande faktorn. Därmed är arbetsmiljörätten, en av de äldsta delarna av arbetsrätten, väl rustad för att reglera komplexa arbetsorganisationer.

I arbetsmiljörättsliga sammanhang framstår det kontraktuella arbetsgivaransvaret som lika karaktäristiskt och tongivande som det rumsligt grundade rådighetsansvaret. Skyddsansvaret i arbetsmiljön förefaller lika starkt kopplat till båda ansvarsordningarna, och omfattas i praktiken ofta av dem båda samtidigt.

Till detta kommer att det arbetsmiljörätten innehåller regler som är tillämpliga i arbetsorganisationen mellan huvudmännen på en horisontell företagsnivå. Samordningsansvaret kan karaktäriseras som en strategi som syftar till att skapa en för arbetsmiljöansvaret lämplig sammanhållen konstruktion av ett antal självständiga men samverkande företag i arbetsorganisationen. Samordningsansvar skiljer sig från det arbetsrättsliga mönstret som reglerar på det vertikala planet mellan en arbetstagare och arbetsgivare.

Rådighetsbegreppet som alltså framstår som lika betydelsefullt som anställningsavtalet för placeringen av skyddsansvaret framstår som underanalyserat och under-teoretiserat. Vilka företagssamarbeten utlöser egentligen detta ansvar bortom anställningsavtalet? Ansvarsformen representerar ett framsteg i relation till begränsningarna förknippade med det kontraktuella arbetsgivaransvaret och rådighetsbegreppet borde därför förankras ytterligare i arbetsmiljörätten. Ett led i detta vore förtydliganden kring begreppet för gemensamma arbetsställen. När ett sådant är för handen inträder olika rättsverkningar. Även den direkt ansvarsutlösande faktorn rådighet framstår som oklar; den som råder över en plats blir bärare av ett flertal olika skyldigheter ifråga om arbetsmiljön där, trots att några anställningsrelationer inte förekommer. Rådighetsbegreppet framstår som outvecklat redan i de ursprungliga förarbetena, och refererad praxis föreligger inte. Förnyade analyser av konceptet rådighet, som utgår från att dagens arbetsmarknad erbjuder många möjligheter att utöva makt och påverkan (också bortom ägande) över en plats, är

välkomna. Förutsebara gränsdragningar kring detta rumsligt definierade ansvar skulle vidare underlätta att kostnadsansvarets placering blev föremål för avtal mellan arbetsorganisationens huvudmän.

Delvis olika arbetsmiljörättsliga regler gäller för entreprenad respektive inhyrning. Den grundläggande distinktionen mellan dessa två former för att köpa arbete framstår i sig som oklar, och säkerligen finns det skäl att pröva om principer som fastlades 1970 verkligen är tillfyllest för att idag dra gränserna mellan dessa begrepp. Dessutom kan det vara befogat att väcka följdfrågan om vilket materiellt arbetsmiljörättsligt skydd som är påkallat för inhyrnings- respektive rådgighetsansvar.

På den del av arbetsmarknaden där kollektivavtal förekommer kan det fackliga vetot användas för att motverka arbetsmiljöbrister i arbetsorganisationerna. Den kollektivavtalsbundna fackföreningen kan hindra att arbetsgivaren köper arbete utanför anställning på ett sätt som ”kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts”.¹⁹⁷⁵ En av grunderna fackföreningen kan åberopa för vetot är att man känner till

att en viss företagare i förhållande till sina anställda regelmässigt åsidosätter exempelvis arbetarskydds- eller arbetstidslagstiftningen eller att han på annat sätt flagrant ådagalägger bristande vilja eller förmåga att uppfylla centrala förpliktelser som lagstiftning eller kollektivavtal ålägger honom.¹⁹⁷⁶

Den här möjligheten att hindra arbetsgivaren från att ingå vissa avtal om köp av arbete bortom anställningsförhållandet kan uppfattas som att fackföreningen är bärare av ”en sorts civilrättslig myndighetsfunktion”,¹⁹⁷⁷ eller att de fått en roll som ”kan jämföras med offentlig kontroll och förvaltning”.¹⁹⁷⁸ De respektive kollektivavtalsbärande fackföreningarna kan genom att agera i relation till den kontraktuella arbetsgivaren hålla oseriösa aktörer ute från arbetsorganisationerna och medverka till att företag som inte respekterar arbetsmiljörätten inte får avsättning för sina tjänster och i förlängningen slås ut från marknaden.

Karaktäristiskt för arbetsmiljöansvar i komplexa arbetsorganisationer är att det är fördelat på flera huvudmän samtidigt, och att tillsynsmyndigheten därför i praktiken har en valmöjlighet avseende vilket av flera tänkbara subjekt man ska rikta sina inspektionsmeddelanden och förelägganden mot. Det faktiska genomslaget för överlappande ansvarsrelationer är avhängigt tillsynsmyndighetens agerande och strategier ifråga om ansvarsutkrävande i situationer när flera subjekt är samtidigt ansvariga för något visst förhållande i arbetsmiljön. Det betyder att arbetsmil-

¹⁹⁷⁵ 38-40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

¹⁹⁷⁶ Prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 400.

¹⁹⁷⁷ Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 2016, s. 690.

¹⁹⁷⁸ Fahlbeck, *Praktisk arbetsrätt*, 1989, s. 197. Likartat i SOU 1982:60, s. 155.

jöansvarets faktiska placering blir en empirisk fråga som inte låter sig besvaras med studier av rättskällorna.¹⁹⁷⁹

Ytterligare en potentiell källa till osäkerhet om arbetsmiljörättstillämpningen i komplexa arbetsorganisationer följer av att begreppsbildningen för anställningsförhållandet ska tillämpas i en offentlighetsrättslig kontext i förvaltningsdomstol. Det kan därför inte uteslutas att någon förskjutning av begreppen som tillsammans utgör anställningsförhållandet skulle kunna äga rum i förvaltningsdomstolens rättstillämpning och detta kan komma att påverka placeringen av skyddsansvaret i komplexa arbetsorganisationer.

4.6.2 Ansvar för arbetsmiljöarbete i bilaterala arbetsorganisationer

I bilaterala arbetsorganisationer är den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av ansvaret för arbetsmiljöarbetet oproblematisk: eftersom den kontraktuella arbetsgivaren och arbetsorganisationen motsvarar varandra är det lämpligt att arbetstagarens motpart bär ansvaret för arbetsmiljön. Kostnaderna för förbättring av arbetsmiljön och förtjänsterna av verksamheten/arbetet ligger på en och samma hand.

De arbetsmiljörättsliga utgångspunkterna är väl anpassade för den bilaterala arbetsorganisationen – och det var mot bakgrund av denna arbetsorganisation som arbetsmiljörättens ansvarssystem en gång i tiden utformades. De historiska gränsdragningsprocesserna kring arbetsmiljörätten har inneburit att ansvarsplaceringen kommit att hanteras som en fråga om reglernas materiella innehåll; det som anses ligga i begreppet 'arbetsmiljö' blir (som utgångspunkt) den kontraktuella arbetsgivarens ansvar. Det är fråga om en form av begreppslikt likhetstecken mellan 'arbetsmiljö' och arbetsledningsrätten.

Eftersom arbetsmiljörätten bygger på ett rumslikt ansvar blir den kontraktuella arbetsgivarens ansvar i bilaterala arbetsorganisationer delvis oklart. Räckvidden i den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljö avgörs av arbetsställebegreppet. Svårigheten avser här de yttre gränserna för det rumsliga område som ansvaret omfattar. Det förefaller som om både arbetsställebegreppets komplexitet och dess betydelse för regelverket underskattats. Bedömningen om huruvida någon viss aspekt omfattas av ansvaret ska i och för sig vara inkluderande – arbetsmiljöansvaret är ju avsett att vara vittomfattande. Men det är också just denna tolkningsmässiga utgångspunkt som gör gränsdragningen något oklar, och dessu-

¹⁹⁷⁹ Jfr Steinberg, *Arbetsmiljörätt – kan det va' nå't?*, 2010, s. 565-585, s. 569. Hydén, *Ramlagstiftning inom arbetsrätten*, 1983, s. 199-228, s. 217. Zanderin, *Internkontroll och systemtillsyn av arbetsmiljön i äldreomsorgen i fyra svenska kommuner*, 2004 är en empirisk studie av arbetsmiljörättens verkan.

tom är förarbetena fåordiga och ålderstigna och praxis är svårtillgänglig och knapp. Det kan föreligga risk för att ansvaret i praktiken blir inadekvat; över- eller underinkluderande. Reglerna framstår inte heller som transparanta. Gränsdragningen kring arbetsställebegreppet är betydelsefull eftersom det definierar det ansvar som ska bäras av andra subjekt; privata företag och det offentliga i olika skepnader. I och med att arbetsställebegreppet också förekommer i hanteringen av de komplexa arbetsorganisationerna följer oklarheterna kring detta begrepp med dit.

De detaljerade (EU-rättsliga) reglerna om arbetsmiljöansvar i bilaterala arbetsorganisationer avviker från och utmanar delvis gängse arbetsrättsliga regleringsstrategier: arbetsmiljörätten föreskriver nämligen var eller på vilken nivå i arbetsorganisationen arbetsmiljöansvaret ska vara placerat. Den ursprungliga hanteringen av arbetsmiljöansvar byggde på att detta var placerat på den kontraktuella arbetsgivaren och sedan lämnades det till denna att avgöra hur det bäst axlades och hur arbetsmiljöarbetet skulle vara organiserat – så länge resultatet var en god arbetsmiljö. Istället för att förlägga ansvaret på parten, är det idag reglerat i EU-rätten vilka befattningshavare som ska finnas. I svensk rätt är dessa bestämmelser genomförda inom ramen för den generella skyldigheten att bedriva systematiskt arbetsmiljöarbete, och EU-domstolen som prövat saken förefaller ha accepterat den här resultatorienterade regleringstekniken.

Det är i ett avseende nära till hands att också bilaterala arbetsorganisationer blir komplexa, dvs. när arbetstagaren presterar arbete utanför varje huvudmans rådgivhet. I detta fall uppstår en variant av bristande överensstämmelse mellan den kontraktuella arbetsgivaren och den faktiska arbetsorganisationen i vilken arbetet utförs – men någon annan huvudman än den kontraktuella arbetsgivaren förekommer inte. I dessa situationer kan det nog i praktiken bli fråga om att arbetstagaren får acceptera variationer i arbetsmiljöstandarden.

Reglerna om den lokala skyddsverksamheten är möjliga att avtala om. Det går därför inte att uttala sig om i vilken utsträckning arbetsmiljölagens system för detta faktiskt tillämpas ute på arbetsplatserna. Om organisationsgraden sjunker och organisationernas närvaro på arbetsplatserna minskar blir de lagstadgade reglerna viktigare. Försvagas de fackliga organisationerna kommer de inte förmå att ansvara för tillsättande av skyddsombud. Mot denna bakgrund bör lagreglerna om den lokala skyddsverksamheten och skyddsombudsinstitutet möjligen uppdateras.

Regeln om att arbetstagarna ska utse skyddsombud saknar sanktion; ingen rättsföljd inträder för den händelse arbetstagarna inte gör vad de ”ska” på den här punkten. Att sanktionera denna regel framstår emellertid som svårt och skulle lätt komma på kant med arbetsrättsliga utgångspunkter. Att föreskriva ett ansvar för arbetstagarna (individuellt och personligen) med stöd av det gängse arbetsmiljörättsliga mönstret – dvs. med offentligrättslig sanktion – framstår inte som tillta-

lande. Den mer civilrättsligt präglade lösningen att låta arbetsgivaren med stöd av arbetsledningsrätten beordra arbetstagarna att utse ett skyddsombud framstår som svårförenlig med förbudet – med rötter i föreningsrätten – för arbetsgivaren att lägga sig i förhållandena på arbetstagarsidan i frågor som anknyter till representation av deras kollektiva intressen.¹⁹⁸⁰ Båda modellerna luckrar framförallt upp utgångspunkten om att arbetstagarna inte har något övergripande ansvar för arbetsmiljön. Ett sätt att förankra sanktioner för underlåtenhet att utse skyddsombud i arbetsrätten vore att slå fast att en god arbetsmiljö är något som går bortom arbetsgivarens och arbetstagarnas intressekonflikt och att det följaktligen är ett gemensamt intresse att skyddsombud utses. Mot den bakgrunden vore det möjligt att konstruera sanktioner som var ägnade att tvinga fram ett engagemang från arbetstagarnas sida i arbetsmiljöarbetet.

Arbetsmiljölagstiftningen föreskriver ett skydd mot trakasserier begångna av vissa arbetsgivarrepresentanter mot skyddsombud och här uppstår en gränsdragningsproblematik avseende vilka arbetstagare som är arbetsgivarrepresentanter och vilka som inte är det. Samtidigt föreskriver andra delar av arbetsmiljörätten att vissa befattningshavare ska utses inom ramen för arbetsgivarens arbetsmiljöarbete. Arbetsmiljörätten innehåller således också regler om mer organisatoriska aspekter av arbetsmiljöarbetet i arbetsorganisationen.

4.6.3 Ansvar för arbetsmiljöarbete i koncerner

I arbetsorganisationer som är koncerner avgör den kontraktuella utgångspunkten placeringen av arbetsgivaransvar. Till detta kommer den bolagsrättsliga utgångspunkten om koncerner som ger vid handen att koncernbolagen ska uppfattas som fristående subjekt och att koncernen som helhet betraktad inte är bärare av några rättigheter och skyldigheter. Sammantaget innebär detta att i praktiken kommer koncerner att regleras olika beroende på hur deras verksamhet är organiserad. Om koncernbolagen inte är verksamma på ett gemensamt arbetsställe kommer arbetsmiljöansvaret följa endast den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar. Om koncernbolagen bedriver verksamhet på sådant sätt att ett gemensamt arbetsställe uppstår så kommer arbetsmiljöansvaret i koncernen att hanteras på motsvarande sätt som i arbetsorganisationer som är entreprenader. Således; skyddsansvaret avseende arbetsmiljön ligger i koncerner antingen hos arbetstagarens motpart i anställningen – det kontraktuella arbetsgivaransvaret – eller hos den kontraktuella arbetsgivaren och samtidigt och parallellt hos den som råder över det arbetsställe som utgör arbetsorganisationen. Ansvaret med grund i anställningsavtalet, kompletteras på detta sätt med det ansvar som har sin grund i arbetskraftens faktiska

¹⁹⁸⁰ Jfr om de föreningsrättsliga aspekterna Bergqvist, Lunning & Toijer, *Medbestämmandelagen*, 1997, s. 143-148 och AD 1991 nr 13.

rumsliga närvaro hos någon viss huvudman. Vilket mönster – det som gäller för entreprenader eller för bilaterala arbetsorganisationer – koncernerna följer är således avhängigt om de utgör gemensamma arbetsställen eller inte.

Någon särreglering av arbetsmiljön för just koncerner föreligger alltså inte. Att koncerner hanteras på olika sätt beroende på om den faktiska arbetsorganisationen utgör ett gemensamt arbetsställe eller inte framstår i sig som ett argument för utvecklandet av en koncernarbetsmiljörätt som är anpassad efter koncernstrukturens förutsättningar, särskilt avseende maktfördelning och bolagsstyrning, snarare än att låta det generella arbetsställebegreppet avgöra ansvarsplaceringen.

Eftersom koncerner karaktäriseras av att de är sammanhållna i termer av ägande blir fördelningen av kostnader för arbetsmiljöarbetet på de ingående bolagen möjligen delvis mindre betydelsefullt. Ur koncernintern synvinkel framstår fördelningen av dessa kostnader som en mindre viktig fråga, men koncernens utomstående intressenter kan uppfatta saken annorlunda.

På internationell nivå har skett förskjutningar – bort från anställningsavtalets partsställning – i synen på omfattningen av företags ansvar för arbetsmiljön, men dessa har ännu inte lett till lagstiftning som innehåller utkrävbara rättigheter, vare sig för koncerner eller för andra typer av arbetsorganisationer. Det återstår att se om den här utvecklingen mot ett mer inkluderande synsätt på företags ansvar kommer att sätta spår i lagstiftningen på nationell nivå, och i sin tur om detta också får inverkan på det arbetsmiljörättsliga ansvarssystemet i koncerner.

Konkurrensrätten erbjuder en lagstiftningsteknisk inspirationskälla *de lege ferenda* avseende reglering av arbetsmiljön i koncerner: med stöd av den s.k. läran om ekonomisk enhet kan ett moderbolag dömas att betala konkurrensskadeavgift¹⁹⁸¹ för överträdelser begångna av dotterbolag. Motivet för detta är att koncernbolag kan vara starkt integrerade, och att dotterbolag inte kan anses självständigt bestämma sitt agerande på marknaden. Eftersom dotterbolag måste följa de instruktioner som ges i koncernen, får moderbolaget bära ansvaret för överträdelser, till och med utan avseende på om man kände till överträdelsen eller inte, samt även för den händelse dotterbolaget agerat i strid med lämnade instruktioner.¹⁹⁸² Likheterna mellan de båda rättsområdena motiverar att arbetsmiljörätten sneglar på konkurrensrätten ifråga om regleringen av koncerner. Konkurrensrätten visar att det är möjligt att konstruera ett offentligrättsligt sanktionssystem avseende marknadsbeteende som riktar sig mot den verkliga beslutsfattaren i koncerner, och också att det är rättsligt möjligt att hålla koncernen ansvarig för regelöverträdelser,

¹⁹⁸¹ Konkurrensskadeavgift regleras i 3 kap. konkurrenslagen (2008:579).

¹⁹⁸² Jfr MD 2001:30, Burnley, Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability, 2010, Hughes, Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability-Adjusting the Veil, 2014, C-668/11 P, C-440/11 P, C-521/09 P, C-90/09 P, C-97/08 P, T-112/05.

trots att dessa är begångna endast i ett av de ingående företagen. Om moderbolaget riskerade att drabbas av sanktioner för brister i arbetsmiljön i underordnade koncernbolag, skulle detta bolags beslutsfattare få ett intresse i att utnyttja koncernens styrningsmekanismer på ett sådant sätt att dessa arbetsmiljöbrister lindrades. Dessutom skulle arbetsmiljöbristerna visa sig direkt i moderbolagens bokföring. Sammanfattningsvis har den offentligrättsliga arbetsrätten, framförallt arbetsmiljörätten, sannolikt mycket att hämta i det konkurrensrättsliga begreppet ekonomisk enhet. Den offentligrättsliga kontexten minskar emellertid utrymmet för domstolar att utan lagändringar genomföra den här typen av koncernansvar, och lagstiftaren måste istället bli den som leder rättsutvecklingen.

4.6.4 Ansvar för arbetsmiljöarbete i entreprenadkontext

I arbetsorganisationer som är entreprenader fördelas skyddsansvaret i arbetsmiljön enligt flera ansvarsrelationer och resultatet är överlappande ansvarsordningar där en och samma arbetsmiljöbrist går att hantera på flera sätt. Det handlar om (1) det kontraktuella arbetsgivaransvaret, som avser arbetstagarens motpart i anställningsavtalet, men under den komplicerande omständigheten att arbetet utförs antingen utan kontakt med denna huvudman, och utanför dennas rådighet, eller att denna huvudman visserligen är närvarande i den arbetsorganisation där arbetet utförs, men att en eller flera andra huvudmän är aktiva där samtidigt. För övrigt är den viktigaste ansvarsrelationen (2) rådighetsansvaret som inträder på gemensamma arbetsställen. Answarets materiella innehåll liknar den kontraktuella arbetsgivarens, men utlöses inte av anställningsavtalet, utan av arbetskraftens fysiska närvaro i arbetsorganisationen. Grunden för ansvaret är en lagregel, eftersom det inte var möjligt att tolkningsvägen uttänja arbetsgivarbegreppet till att avse en huvudman som råder över arbetsorganisationen, utan att vara part i anställningsavtalet med de som arbetar där.

Samordningsansvaret verkar längs två axlar. Det föreligger en ansvarsrelation (3) mellan den samordningsansvarige och de som arbetar på arbetsstället, oavsett vem dessa har som kontraktuell arbetsgivare. Dessutom grundlägger samordningsansvaret (4) ett horisontellt ansvar de respektive huvudmännen emellan; de huvudmän som är verksamma i arbetsorganisationen ska följa den samordningsansvariges instruktioner och delta i den samordning som denne organiserar. På detta sätt är den samordningsansvariga en maktfaktor för både de arbetande och för deras respektive kontraktuella arbetsgivare. Vidare föreligger en ytterligare (5) horisontell ansvarsrelation: de huvudmän som är verksamma på ett gemensamt arbetsställe är skyldiga att samråda sinsemellan och har ett direkt ansvar i relation till varandra att inte alstra arbetsmiljöproblem för varandra. Avslutningsvis; mellan samtliga huvudmän på arbetsstället (6) och samtliga arbetstagare oavsett vem deras respektive kontraktuella arbetsgivare är, föreligger ett visst arbetsmiljöansvar.

I entreprenadförhållanden är således en och samma aspekt av arbetsorganisationens arbetsmiljö flera subjekts ansvar samtidigt. Arbetsmiljön är den kontraktuella arbetsgivarens och den rådighetsansvariges, ansvar, samtidigt som samma arbetsmiljö omfattas av samrådsansvaret och samordningsansvaret. Mot den här bakgrunden får tillsynsmyndighetens agerande avgörande betydelse för reglernas praktiska genomslag. Arbetsmiljöverkets beslut ifråga om vilket subjekt man håller ansvarigt i en viss situation har en grundläggande inverkan på arbetsmiljölagstiftningens inverkan på arbetsorganisationen. Inom ramen för gällande lagstiftning kan Arbetsmiljöverket i sin tillsyn välja vilken huvudman som ska bli föremål för tillsynsmeddelande med krav, föreläggande/förbud och viteshot. Detta ställningstagande avgör i praktiken vilket subjekt som kommer att få bära ansvaret för någon viss brist i arbetsmiljön.¹⁹⁸³

Samspelet mellan det kontraktuella arbetsgivaransvaret och det rumsliga rådighetsansvaret (m.m.) framträder i en diskussion kring ett hypotetiskt exempel. I en arbetsorganisation som är en entreprenad föreligger en brist i arbetsmiljöhänsende. Eftersom bristen föreligger på ett i arbetsmiljörättslig mening gemensamt arbetsställe, är bristen samtidigt omfattad av huvudregeln om det kontraktuella arbetsgivaransvaret, och av den kompletterande regeln om rådighetsansvar för den huvudman som råder över arbetsstället. Ponera att tillsynsmyndigheten skulle välja att förverkliga endast det kontraktuella arbetsgivaransvaret, och förbjuder vid vite arbetsgivaren att sända sina arbetstagare för att arbeta i den bristfälliga arbetsmiljön. Arbetsgivaren har att välja mellan att betala vitet för överträdelsen av arbetsmiljölagen, eller att betala vite för avtalsbrottet i relation till det företag som köpt arbetet av henne. Vad händer med bristen i arbetsmiljön? Den kvarstår och omfattas egentligen inte av förfarandet. Denna procedur kan upprepas i det oändliga; köparföretaget vidtar inte någon åtgärd mot arbetsmiljöbristen, och avtalar med en ny entreprenör som sedan förbjuds av tillsynsmyndigheten att utföra arbetet. I den här situationen är emellertid arbetsmiljöansvaret förverkligat ur strikt rättslig synvinkel: en arbetsgivare som skickat sina arbetstagare för att arbeta under bristfälliga förhållanden, har hindrats från att göra detta – eller med andra ord hindrats att bedriva verksamhet som inte uppfyller arbetsmiljörättens krav. Förverkligandet av det kontraktuella arbetsgivaransvaret har emellertid inte lett till att arbetsmiljöbristen åtgärdats. Arbetsmiljörätten, som var så effektiv i bilaterala arbetsorganisationer, kan på detta sätt vara fullt ut förverkligad, men ändå i praktiken irrelevant för arbetstagarnas skydd i en komplex arbetsorganisation. Den som råder över arbetsstället där bristen konstaterats, förstår visserligen indirekt genom myndighetens åtgärd mot det främmande företaget, att bristen borde åtgärdas, men har

¹⁹⁸³ Jfr Arbetsmiljöverkets projekt kring ”att internt inom verket fastställa vilka krav som kan ställas på bemanningsföretaget respektive på kundföretaget” och att ”bli mer enhetlig i kravställandet mot arbetsgivare i branschen”. Se Arbetsmiljöverket, *In- och uthyrning av arbetskraft*, Projekt-rapport 2013-10-29, IMS/.

likväl ännu inte nåtts av ett rättsligt krav att göra detta. Om tillsynsmyndigheten istället skulle välja att förverkliga en ansvarsform (rådighets- och samordningsansvar) som häftar till den rumsliga arbetsplatsen, snarare än en som följer den kontraktuella utgångspunkten, blir bristen direkt föremål för åtgärden. Den här typen av prioritering av rådighetsansvar är ett avsteg från utgångspunkten om det kontraktuella arbetsgivaransvaret, men är inte desto mindre av betydelse för att angripa arbetsmiljöproblem.

Apropå den här typen av situationer skulle tillsynsmyndigheten kunna välja att vända sig till båda huvudmännen avseende en och samma arbetsmiljöbrist. Den här strategin skulle i praktiken innebära att myndigheten på visst sätt överlämnade en aspekt av tillsynen – avgörandet av ansvarsplaceringen – till de båda huvudmännen: om en huvudman skulle uppfatta sig som ansvarig för orsaken till bristen, så kanske denna åtgärdar saken. Om ingen huvudman anser sig ansvarig för saken och båda är passiva drabbas båda av sanktionen, och arbetet blir inte utfört. Det är oklart vilket utrymme att agera på detta sätt som tillsynsmyndigheten anser finns.

Vidare; om förverkligandet av rådighetsansvaret prioriterades före det kontraktuella arbetsgivaransvaret så skulle det sannolikt leda till att färre entreprenadarbeten måste ställas in. Strategin innebär emellertid en viss omfördelning av kostnader: hade arbetskraften varit verksam hos den kontraktuella arbetsgivaren skulle denna fått stå för kostnaderna för arbetsmiljöåtgärderna, men eftersom arbetskraften är verksam under någon annans rådighet, får denna stå för kostnaderna. Det överlappande arbetsmiljöansvaret kan leda till att tillsynsmyndigheten kommer att bli den som fördelar ansvaret för kostnadskrävande arbetsmiljöåtgärder bland huvudmännen som är verksamma i arbetsorganisationen. Faktorer som är externa i relation till anställningsavtalets partsställning kan på detta sätt inverka på den kontraktuella arbetsgivarens arbetskraftskostnader, och det kan vara förknippat med praktiska svårigheter att kompensera sig i relation till motparten i entreprenadavtalet. Arbetsmiljöansvarets placering har således bäring på vinstmarginalerna för arbetsorganisationens olika huvudmän.

Arbetsmiljörätten innehåller en underbetonad möjlighet för arbetsgivare att agera för att sanera arbetsmarknaden från arbetsmiljöproblem och främja att lika villkor råder för olika verksamhetsutövare: eftersom att den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar gäller parallellt med det mottagande företags rådighetsansvar för samma arbetskrafts arbetsmiljö så får de båda huvudmännen insyn i varandras respektive verksamhet och kan i praktiken utverka förbättringar av varandras arbetsmiljö.

Det främsta motmedlet mot utspädning av arbetsmiljöansvaret i arbetsorganisationer som är entreprenader stavas samordningsansvar. Denna ansvarsform möjliggör ett avancerat arbetsmiljöarbete även i komplexa arbetsorganisationer och kompenserar tillkortakommandena förknippade med det kontraktuella arbetsgivar-

ansvaret. Den samordningsansvarige blir en form av tänkt sammanläggning av alla huvudmäns (kontraktuella arbetsgivares) verksamheter i arbetsorganisationen, och mot denna storhet kan sedan behovet av arbetsmiljöinsatser avgöras. Samordningsansvaret är ett av lagstiftarens svar på fragmenteringen av arbetsmarknaden, och kan uppfattas som en strategi för att hantera en komplex arbetsorganisation med flera huvudmän, som en stor enskild integrerad verksamhet. På detta sätt reintegreras i arbetsmiljörättslig bemärkelse de olika samverkande företagen som tillsammans utgör arbetsorganisationens verksamhet. Den kritiska punkten vid tillämpningen av samordningsansvaret handlar om beräkningen och fördelningen av kostnaderna för arbetsmiljöåtgärderna som detta ansvar ger upphov till. Oklarheter på denna punkt försvårar avtal om fördelningen av ansvar och därpå följande kostnader, och fördjupade analyser framstår som angelägna.

En underskattad aspekt av arbetsmiljörégleringen av arbetsorganisationer som är entreprenader är ansvarsrelationerna mellan de ingående huvudmännen. Företagens arbetsmiljöansvar bortom anställningsavtalets partsställning till arbetstagarna i arbetsorganisationen skapar i praktiken relationer av rättigheter och skyldigheter mellan företagen. Dessutom föreligger enligt underbetonad réglering i ett EU-direktiv direkt ansvar mellan företagen i arbetsorganisationen. Även om det inte finns grund för att påstå att formella överträdelser av EU-rätten begåtts, så finns det intressanta utvecklingsmöjligheter för nationell lagstiftning förborgade i dessa EU-regler. Sannolikt har denna arbetsmiljörättsliga réglering av företags relationer kommit att underbetonas pga. att den inte harmonierar med det gängse arbetsrättsliga mönstret i form av en relation mellan en underordnad arbetspresterande och den kontraktuella arbetsgivaren.

4.6.5 Ansvar för arbetsmiljöarbete i bemanningskontext

I arbetsorganisationer som präglas av bemanningsarbete gäller det kontraktuella arbetsgivaransvaret parallellt med det särskilt föreskrivna inhyrarsvaret, bortom anställningsförhållandets partsställning. Régleringen av arbetsmiljöansvar i bemanningskontext bygger således på ett antagande om att arbetsmiljöfrågor kan delas upp rumsligt och tidsmässigt. När arbetskraften är på plats i inhyrarföretaget tillämpas en i praktiken tumregel om att de inhyrda ska behandlas som de anställda och att inhyrarsvaret liknar det kontraktuella arbetsgivaransvaret avseende villkoren för verksamhetens utförande.

När arbetskraften återgår till uthyraren och det kontraktuella arbetsgivaransvaret står i förgrunden blir det möjligen svårare: här handlar det om att uthyraren måste garantera att den samlade bilden av de olika uthyrningarna totalt sett motsvarar en god arbetsmiljö. Den kontraktuella arbetsgivaren har således ansvaret för långsiktiga arbetsmiljöåtgärder som ska spegla uthyrningarna.

Mot bakgrund av skadefrekvensen i bemanningsbranschen förefaller det som om förstärkta skyddsåtgärder kan vara befogade för uthyrda arbetstagare. Arbetsmiljöverket har i sin arbetsskadestatistik kunnat konstatera att det är dubbelt så vanligt att inhyrda arbetstagare drabbas av arbetsolyckor med sjukfrånvaro jämfört med andra arbetstagare.¹⁹⁸⁴ Dessa siffror framstår som svåra att förena med utgångspunkten om att bemanningsarbetet ska bedrivas under lika former som annat arbete. Arbetsorganisationer som innehåller inhyrda arbetstagare framstår i ljuset av dessa siffror som farligare än andra.

Uthyrda bemanningsanställda kan rikta anspråk om en god arbetsmiljö mot två subjekt. Den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljön kvarstår under uthyrningen, med de komplicerande omständigheterna att arbetet utförs utanför dennes arbetsorganisation, och att arbetsledningsrätten ligger på inhyraren. Den kontraktuella arbetsgivarens beslut om vilken arbetstagare som ska hyras ut till vilken arbetsorganisation och under vilka förutsättningar i övrigt, får inte innebära att ett arbetsmiljöproblem uppstår ur arbetstagarens synvinkel; i det läget hindrar den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar uthyrningen. Dessutom har inhyraren ett ansvar för de bemanningsanställda.

Samordningen mellan den kontraktuella arbetsgivarens ansvar och inhyrarens ansvar framstår som en tidlig indelning av det arbetsmiljöansvar som annars i dess helhet skulle ha vilat på den kontraktuella arbetsgivaren. Den tidsmässiga avgränsningen av det totala arbetsmiljöansvaret innebär att före inhyrningen är ansvaret placerat på uthyraren, under uppdraget ligger det på inhyraren och den kontraktuella arbetsgivaren, och efter uthyrningen ligger det återigen endast på bemanningsföretaget. Arbetstagaren omfattas först fullt ut av endast det kontraktuella arbetsgivaransvaret, sedan av det särskilt föreskrivna rådighetsansvaret, och i princip också samtidigt av det kontraktuella arbetsgivaransvaret, och avslutningsvis återigen fullt ut och endast av det kontraktuella arbetsgivaransvaret. Gränsdragningsproblem kan uppstå här, och frågan om hur och i vilken utsträckning de båda företagen (in- och uthyrare) kan avtala om sitt respektive arbetsmiljöansvar är en intressant fråga.

Inom ramen för den kontraktuella arbetsgivarens arbetsmiljöansvar föreligger en möjlighet att kompensera för att bemanningsanställda arbetar utanför arbetsgivarens arbetsorganisation och att de istället är inlemmade i skiftande inhyrares arbetsorganisationer. I och med att den kontraktuella arbetsgivaren fungerar som en prisma som sammanlägger de olika uthyrningsepisoderna är det lämpligt att det är i relation till detta subjekt som behovet av arbetsmiljöinsatser avseende en viss arbetstagare avgörs. De olika inhyrningarna (och i någon bemärkelse också de olika inhyrarna) samlas ihop hos den kontraktuella arbetsgivaren, snarast som om

¹⁹⁸⁴ Arbetsmiljöverket, Personaluthyrning, Korta arbetsskadefakta nr 1/2016. Siffrorna avser perioden 2011-2015.

denna själv hade bedrivit alla de verksamheter som arbetstagaren varit uthyrdd till, och därefter definieras vilka arbetsmiljöinsatser som behövs. Att skapa en form av sammanhållen helhet på huvudmannasidan av den för bemanningsanställda annars varierande arbetsorganisationen är den viktigaste aspekten av bemanningsföretagets arbetsmiljöansvar. På detta sätt är det kontraktuella arbetsgivaransvaret relevant i komplexa arbetsorganisationer som bygger på bemanningsarbete.

Vid legaliseringen av bemanningsanställningen förstärktes den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsplaceringen i arbetsmiljörätten. Det ansågs att när lagstiftningen föreskriver att bemanningsföretaget är arbetsgivare, så krävs en regel för att göra inhyraren ansvarig för de inhyrdas arbetsmiljö. En tolkning av arbetsgivarbegreppet, som höll inhyraren ansvarig ”som” arbetsgivare, kunde inte göra den som fått arbetsledningsrätten delegerad till sig ansvarig såsom arbetsgivare. Bedömningen blev att särreglering krävdes till undvikande av att skyddet för uthyrda arbetstagares arbetsmiljö inte skulle bli i praktiken verkningsslöst – låt vara att skyddet ur strikt formell rättslig synvinkel alltid gällt fullt ut: bemanningsanställda har ju alltid haft en kontraktuell arbetsgivare (uthyraren) som varit ansvarig för arbetsmiljön (men denna var ju alltså inte på plats i arbetsorganisationen när arbetet utfördes).

Eftersom delvis olika regler blir tillämpliga beroende på om en arbetsrelation utgör personaluthyrning eller entreprenad blir gränsdragningen häremellan av betydelse.

I bemanningskontexten omfattas en och samma aspekt av arbetsmiljön av två ansvarsrelationer och två subjekts arbetsmiljöansvar. Tillsynsmyndighetens agerande avgör vilket subjekt som faktiskt kommer att hållas ansvarigt för någon viss brist. Arbetsmiljöverkets agerande inom ramen för det handlingsutrymme gällande lagstiftning ger, avgör hur den tidsliga indelningen av ut- och inhyrarens ansvar kommer att gestalta sig i praktiken. Det är en empirisk fråga om tillsynsmyndigheten agerar efter principen om att den huvudman som har enklast att åtgärda en viss arbetsmiljöbrist också ska bära ansvaret för den eller vilka andra principer som kan styra Arbetsmiljöverkets agerande.

Arbetsmiljön var den första aspekt som EU reglerade ifråga om bemanningsarbetet. Den principiella utgångspunkten i EU:s sekundärrätt – att de bemanningsanställda är en utsatt grupp på arbetsmarknaden som är i behov av särskilda insatser om arbetsmiljön, för att de ska nå upp till samma skyddsnivå som arbetstagare som arbetar i sin kontraktuella arbetsgivares arbetsorganisation – framstår idag som underbetonad. Denna utgångspunkt borde lyftas fram tydligare av lagstiftaren, men också av tillsynsmyndigheten och domstolar som ett tolkningsdatum till regleringen av systematiskt arbetsmiljöarbete. De EU-rättsliga reglerna om skyddet för bemanningsanställdas arbetsmiljö handlar delvis om relationerna mellan de båda huvudmännen: informationsflödet mellan de båda företagen är betydelsefullt, inte minst eftersom detta står i viss motsättning till de krav om korta ledtider och

möjligheter till flexibilitet som brukar anföras som motiv bakom bemanningsanställningen som sådan.

EU:s bemanningsdirektiv lägger i form av dess likabehandlingsprincip¹⁹⁸⁵ fast en ansvarsrelation mellan inhyrare och inhyrd och direktivets likabehandlingsprincip framstår delvis som en konkurrerande normkälla bredvid arbetsmiljörätten. Lika-behandlingsprincipen utgår i princip från en jämförelse mellan arbetstagarna hos inhyraren och de inhyrda (som har uthyraren som kontraktuell är arbetsgivare) och är civilrättsligt sanktionerad (skadestånd), medan kraven som ställs med stöd av arbetsmiljörätten är offentligrättsligt sanktionerade (vite). De grundläggande arbets- och anställningsvillkor som likabehandlingsprincipen är tillämpliga på har kontaktytor med arbetsmiljön, och därför uppstår ett ytterligare lager av reglering, som är skadeståndssanktionerad. Samspelet mellan arbetsmiljörättens regler kring inhyrar- och kontraktuellt arbetsgivaransvar för arbetsmiljön och bemanningsdirektivets likabehandlingsprincip avseende grundläggande arbets- och anställningsvillkor framstår som underanalyserat. Framtiden får utvisa vilken regleringsform som kan ge bäst utdelning i termer av arbetsmiljö för de bemanningsanställda när de är verksamma i inhyrarföretagets arbetsorganisation.

Ett sätt att bidra till den förstärkning av skyddslagstiftningen som 1991 års EU-direktiv om arbetsmiljö¹⁹⁸⁶ efterlyser vore att i nationell lagstiftning slå fast att arbetsmiljön är en aspekt som ingår i de grundläggande arbets- och anställningsvillkor som bemanningsdirektivets likabehandlingsprincip är tillämplig på.¹⁹⁸⁷ En sådan lagändring skulle förstärka arbetsmiljörättens offentligrättsliga sanktionssystem med en skadeståndssanktion för den in- eller uthyrare som ansvarade för att bemanningsanställda kommit att arbeta under sämre villkor än de med anställningsavtal hos inhyraren. Det civilrättsliga sanktionssystemet skulle sätta kraft bakom krav om både en god arbetsmiljö och likabehandling av olika grupper av arbetstagare. En sådan utvidgning av likabehandlingsprincipens räckvidd är tillåten så länge som inte något villkor som listas i bemanningsdirektivets likabehandlingsprincips tillämpningsområde utesluts.¹⁹⁸⁸

Den lokala skyddsverksamheten både bekräftar och motsäger den kontraktuella synen på arbetsgivarbegreppet. Skyddsombudens möjligheter att representera arbetstagare följer inte det kontraktuella mönstret: det är möjligt att agera till förmån för arbetstagare som skyddsombudet inte delar kontraktuell arbetsgivare med. Ifråga om vilken huvudman som skyddsombudet får agera mot, är den kontraktu-

¹⁹⁸⁵ Direktiv 2008/104/EG art. 5, 6-8 §§ lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

¹⁹⁸⁶ Se kapitel 4.5.2 om direktiv 91/383/EEG.

¹⁹⁸⁷ Direktiv 2008/104/EG, art. 3.1.f.

¹⁹⁸⁸ European Commission, *Report Expert Group Transposition of Directive 2008/104/EC on temporary agency work*, 2011, KOM(2014) 176, s. 6, SOU 2011:5, s. 160. Jfr dock prop. 2011/12:178, s. 32, s. 56 f, om gällande svensk lagstiftning.

ella synen upprätthållen: ett skyddsombud får agera endast i relation till den arbetsgivare som denna står i avtalsförhållande med. Även här uppstår den effekten att skapandet av utökade möjligheter för skyddsombud att agera, i förlängningen förstärker den kontraktuella utgångspunkten. Det krävdes särskilda regler för att möjliggöra att skyddsombud kan agera till förmån för vad som benämndes ”främmande” arbetskraft.

5. Avslutande och sammanfattande diskussion

5.1 Arbetstagare och arbetsgivare som relationella begrepp

1960 diskuterade Schmidt den grundläggande spänning som utgör arbetsrättens kärna och den utmaning detta ställer forskare inför:

Ju mer jag studerat rättsordningen, dess starkare har jag fått det intrycket av hur komplicerade även till synes enkla företeelser kan vara. Det är tänkbart, att man inom vissa delar av förmögenhetsrätten kan arbeta med utgångspunkt från antagandet, att varje åtgärd som befrämjar säkerhet i handel och vandel eller omsättningens intresse också principiellt bör förordas. Helt säkert är detta dock inte. På arbetsrättens område kan man i varje fall inte arbeta med enkla och klara ändamålsöverväganden. Rättsbildningen är beroende av alltför många skiftande faktorer. Lagstiftningens makt är snävt begränsad, bl.a. beroende på nödvändigheten för statsmakten att handla i samverkan med arbetsmarknadens organisationer. För människorna är det dagliga arbetet förenat med så många lust- och olustmoment, så mycket av vana och tradition att det är svårt att ange vilka nya impulser som är möjliga att ge. Det råder en spänning mellan kravet på underordning till en helhet och kravet på frihet. Allt detta och mera till gör en forskare ytterst tveksam inför möjligheten att anvisa bestämda lösningar hur människorna skall dirigeras genom rättsordningen.¹⁹⁸⁹

Citatet fångar arbetsrättens komplexitet, att i någon mån reglera fram en slags balans mellan underordning och frihet. Detta avslutande kapitel inleds med citatet från Schmidt för att synliggöra den arbetsrättsliga forskningens inneboende spänningsrelation till kontinuitet och förändring, aktör och struktur, underordning och frihet. Kapitlet syftar till att med utgångspunkt i denna insikt bereda läsaren en avslutande diskussion kring avhandlingens bidrag.

Arbetstagarens anspråk på skydd – trygghet i anställningen, icke-diskriminering och god arbetsmiljö – har relaterats till det faktiska arbetets utförande; arbetsorganisationen, och frågan har ställts om vem däri som ansvarar för att skyddet för-

¹⁹⁸⁹ Schmidt, Forskningsuppgifter i svensk arbetsrätt, 1960, s. 7-18, s. 14f.

verkligas. Detta fokuserar arbetsorganisationen och hur anställningsförhållandet och dess partsställning förhåller sig till arbetstagarens verklighet. Undersökningen har visat hur den exklusivt kontraktuellt orienterade ansvarsordningen avseende arbetstagare – arbetsgivaransvaret, således – förhåller sig till faktiska arbetsorganisationer, koncerner, entreprenader och bemanningsarbete, som inte fullt ut motsvarar den rättsliga konstruktionen av motparten i anställningsavtalet. Undersökningen har vidare visat hur lagstiftaren kompletterat det kontraktuella ansvaret för att skydda arbetstagare med att lägga skyddsansvar på andra huvudmän i arbetsorganisationerna; inlånare, inhyrare m.m.

De skyddsregler som undersökts har avsett arbetstagare. Vem som är arbetstagare avgörs av arbetstagarbegreppet¹⁹⁹⁰ och kärnan i detta begrepp är en arbetspresterandes behov av skydd. Arbetstagarbegreppet slår fast statusen som arbetstagare, och därmed samtidigt också vem som ska bära det ansvar som följer av skyddsbehovet. Den ena kan inte betecknas arbetstagare om inte den andre/någon betecknas arbetsgivare. Arbetstagarbegreppet är relationellt och etiketterar inte en person, eller ens två personer, utan en relation mellan två subjekt. I denna mening svarar arbetstagarbegreppet på frågan om vem som är (den kontraktuella) arbetsgivaren, och bärare av de skyldigheter som lagstiftaren lagt på ett sådant subjekt. Dessa utgångspunkter gäller även när det föreligger flera tänkbara subjekt som står i samband med den arbetspresterande.¹⁹⁹¹ Det betyder att när nya arbetsorganisationer uppstår, så kan arbetstagarbegreppet användas för att utse en arbetsgivare (om utfallet av bedömningen är sådan att den arbetspresterande är en arbetstagare, vill säga), och i framtiden kanske lagstiftaren agerar och föreskriver ett särskilt skyddsansvar för något visst subjekt som förekommer i arbetsorganisationen.

Avhandlingen avslutas således i tre steg. För det första diskuteras skyddsansvarets placering ur den materiella rättens synvinkel.¹⁹⁹² För det andra relateras skyddsansvarets placering till arbetsorganisationernas utformning.¹⁹⁹³ Dessa två delar utgör en sammanfattande diskussion av avhandlingens undersökning. För det tredje diskuteras övergripande principiellt hur arbetstagarbegreppets relationella natur¹⁹⁹⁴ kan användas för att identifiera arbetsgivare i det fragmenterade arbetslivet, eller kanske t.o.m. gig-ekonomin, utan avseende på någon särskild befintlig arbetsorganisation.¹⁹⁹⁵ I den sista delen av diskussionen relateras skyddsanspråk och skydds-

¹⁹⁹⁰ Se kapitel 1.1.1, 1.3.1, 2.2.1, 2.4.1, 2.5.1, 2.5.2, 2.6.1, 4.1.4.

¹⁹⁹¹ Se kapitel 2.4.3. Jfr Davidov, *Indirect Employment: Should Lead Companies be Liable?*, 2015-2016, s. 5-36.

¹⁹⁹² Se kapitel 5.2.

¹⁹⁹³ Se kapitel 5.3.

¹⁹⁹⁴ Se kapitel 5.4.1.

¹⁹⁹⁵ Se kapitel 5.4.4.

ansvar till anställningsförhållandet¹⁹⁹⁶ och sammanfattas lagstiftningsstrategier¹⁹⁹⁷ för att skapa skyddsregler i och bortom anställningsavtalets partsställning. Avhandlingen slutar därmed där den började: med en arbetspresterande i behov av skydd.

5.2 Skyddsansvarets placering ur den materiella rättens synvinkel

5.2.1 Anställningstryggheten

Ansvar för att om inte trygga, så åtminstone främja, arbetstagarnas fortsatta lönearbete följer den kontraktuella utgångspunkten: arbetstagarens motpart i anställningen bär detta ansvar. Anställningsförhållandets historiska rötter i den allmänna civilrätten, som en särskild avtalstyp, är framträdande här. Redan principen om avtals subjektiva begränsningar¹⁹⁹⁸ hindrar att andra än parterna blir indragna i anställningsförhållandet. Anställningsförhållandet har en vederlagssida och en arbetsprestationssida, och en fordrings- och skulldimension; de respektive parterna arbetsgivare och arbetstagare är därför samtidigt borgenär och gäldenär – och enligt allmänna rättsgrundsatser får en förpliktad part inte sätta någon annan i sitt ställe, utan motpartens samtycke.¹⁹⁹⁹ Historiskt sett har anställningsskyddets föremål uteslutande uppfattats vara ett visst befintligt anställningsavtals fortlevnad, och denna förståelse har lett till att ansvaret i anställningsskyddet inte enkelt låter sig fördelas på olika subjekt: trygghet i anställningen utgör därmed en allt-eller-inget-förpliktelse. Kontrasten är stor mot skyldigheterna att avstå från att diskriminera arbetstagaren och att sörja för en god arbetsmiljö – här finns inga hinder mot att lagstiftningen håller flera olika subjekt ansvariga samtidigt.

Den kontraktuella utgångspunkten avseende arbetsgivaransvaret ger i bilaterala arbetsorganisationer ett fullödigt skydd i den bemärkelsen att det subjekt som ansvarar för arbetsorganisationen också bär skyddsansvaret (dvs. vad som följer enligt de materiella reglerna) i relation till arbetstagarna.²⁰⁰⁰

¹⁹⁹⁶ Se kapitel 5.4.2. Jfr Corazza & Razzolini, *Who is an employer?*, 2015, s. 132-152.

¹⁹⁹⁷ Se kapitel 5.4.3.

¹⁹⁹⁸ Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen*, 2010, s. 54f.

¹⁹⁹⁹ Danhard, *Arbetskyldighetens gränser*, 2004, s. 7-57, Eklund, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, 1983, s. 170 f, Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste?*, 1992, s. 161. AD 2016 nr 21. Således; partsbyte på gäldenärssidan kräver borgenärens samtycke. Rodhe, *Obligationsrätt*, 1956, s. 608ff. Jfr verksamhetsövergång enligt direktiv 2001/23/EG.

²⁰⁰⁰ Se kapitel 2.2.

Den kontraktuella utgångspunkten avgör placeringen av ansvaret för anställningsskyddet även i de arbetsorganisationer där de ingående huvudmännen är sammanflätade ifråga om ägande och föremål för styrning från ett och samma håll (dvs. koncerner). Trots att koncernen i stor utsträckning kan styras som vore den en sammanhållen verksamhet, kan arbetstagarens anspråk om anställningsskydd inte riktas mot någon annan än den kontraktuella motparten i anställningsavtalet. Anställningsskyddets kontraktuella arbetsgivarbegrepp i tillämpning i koncerner innebär att arbetstagaren kan göra gällande sina rättigheter med stöd av den lagstiftningen endast mot en mindre del av den arbetsorganisation som är koncernen; trots att det i allt väsentligt kan vara befogat att uppfatta koncernen som en faktiskt – men inte rättsligt entydigt – sammanhållen verksamhet.²⁰⁰¹

Den kontraktuella utgångspunkten avgör placeringen av ansvaret för anställningsskyddet även i de arbetsorganisationer där flera huvudmän är verksamma och samarbetar inom ramen för avtal sinsemellan (entreprenader). Sammanflätning av olika företags verksamhet påverkar inte skyddsansvarets placering, med mindre än att det ägt rum en verksamhetsövergång; effekten kan bli ett skifte avseende vilket subjekt som är den kontraktuella motparten och därför ansvarig i anställningsskyddssammanhang. Den kontraktuella utgångspunktens avgörande betydelse i entreprenadsammanhang tjänar det rättsliga intresset om förutsebarhet i affärslivet.²⁰⁰²

Också i arbetsorganisationer där bemanningsarbete förekommer så avgör den kontraktuella utgångspunkten placeringen av skyddsansvaret; anställningsskyddslagstiftningen gäller i relation till bemanningsföretaget. Detta är en avsedd och uttrycklig aspekt av reglerna om bemanningsarbetet; att möjliggöra köp av arbetsprestation från arbetstagare utan att för den skull köparen blir bärare av alla gängse arbetsgivar skyldigheter. Bytesrelationen som är bemanningsarbete kan därför beskrivas i termer av att uthyraren säljer tjänsten att bära delar av det kontraktuella arbetsgivaransvaret åt inhyraren av arbetskraft. Föremålet för uthyrning i bemanningsarbetet är således i lika hög utsträckning arbetsgivaransvar, som det är arbetskraft.²⁰⁰³

Den kontraktuella utgångspunkten för ansvaret avseende anställningsskydd ger arbetstagarens motpart i anställningen funktionen eller rollen av filter mellan samhället och marknaden för arbete och arbetstagaren. När efterfrågan på arbetskraft minskar uppstår möjlighet att återropa arbetsbrist och då turordnas arbetstagare med samma kontraktuella arbetsgivare, antingen med stöd av en överenskommelse mellan arbetsgivaren och den lokala arbetstagarorganisationen, eller enligt den

²⁰⁰¹ Se kapitel 2.3.

²⁰⁰² Se kapitel 2.4.

²⁰⁰³ Se kapitel 2.5.

lagstadgade principen om att arbetstagare med tillräckliga kvalifikationer och längst anställningstid ska ha bäst rätt till omplacering inom driftsenheten. Anställningsskyddslagens begrepp för driftsenhet – som avgör vilka arbetstagare med samma kontraktuella arbetsgivare som ska konkurrera med varandra – är ett rumsligt präglat inslag i anställningsskyddet. Idag är detta begrepp underordnat den kontraktuella utgångspunkten: endast driftsenhetens arbetstagare med samma motpart i anställningen turordnas tillsammans. I driftsenhetsbegreppet ligger förborgat en lagteknisk möjlighet att avvika från den kontraktuella utgångspunkten och turordna arbetstagare med olika kontraktuella arbetsgivare tillsammans. En sådan reform hade emellertid inneburit svåröverblickbara följder för de huvudmän som är verksamma inom samma driftsenhet. Sannolikt löses saken i praktiken ofta utanför (anställningsskydds-)lagstiftningen: om det samtidigt som det uppstår arbetsbrist i ett företag i arbetsorganisationen förekommer efterfrågan på arbetskraft i ett annat, så är chanserna nog goda att de uppsagda arbetstagarna blir anställda i det andra företaget. Idag föreligger dock inte någon lagstadgad rätt att göra anspråk på ett sådant arbetstillfälle.

Den kontraktuella arbetsgivaren fyller funktionen att utgöra ett filter mellan samhälleliga processer och arbetstagarna. Att arbetsgivaren måste respektera regeln om att endast sakligt grundade uppsägningar är tillåtna får effekten att arbetstagaren blir fredad från vissa typer av impulser från det omgivande samhället. Uttryckt på annat sätt gäller att den kontraktuella arbetsgivaren är förhindrad att åberopa vissa orsaker för att säga upp anställningsavtalet, medan andra är godkända anledningar att avsluta anställningen. Här fungerar den kontraktuella arbetsgivaren som en teknisk aspekt av den samhälleliga regleringen av befolkningen och som ett formellt led bl.a. i moralbildning och socialpolitik.

Anställningsskyddsreglerna framstår vidare som flexibla i det att de trots den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsplacering i praktiken innebär en viss typ av uppluckring av gränserna mellan olika samverkande företag tillika kontraktuella arbetsgivare. När arbetstagare med en viss kontraktuell arbetsgivare inlemmas i någon annan huvudmans verksamhet, dvs. är verksam i en komplex arbetsorganisation, så kommer både förväntningarna på, och utvärderingen av, arbetstagarens prestation i praktiken att komma från ett subjekt som inte är part i anställningsavtalet. Anställningsskyddslagen bygger trots detta på att beslut om anställningens fortlevnad fattas av den kontraktuella arbetsgivaren, som på detta sätt får förmedla impulserna från hela den arbetsorganisation inom vilken arbetstagaren är verksam. Den kontraktuella arbetsgivaren blir den som fattar beslut om och finansierar åtgärder i relation till arbetstagarna, t.ex. kompetensutveckling eller tillrättavisningar, som efterfrågats av företrädare för någon annan huvudman. En form av glapp uppstår: den som i praktiken medverkar till att styra arbetskraften är inte det subjekt som i rättslig mening ansvarar för anställningsskyddet. En uppsägning kan

inte angripas i relation till någon annan än den som varit kontraktuell arbetsgivare, och i denna mening är anställningsskyddet alltså kontraktuellt orienterat.

På EU-nivå förekommer idag tendenser till att anställningstrygghet avlänkas från anställningsförhållandets partsställning. I en resolution år 2013 krävde EU-parlamentet (förgäves, skulle det visa sig) av kommissionen att denna skulle föreslå lagstiftning om s.k. omstrukturering.²⁰⁰⁴ I denna lagstiftningsresolution efterlystes lagstiftning om information och samråd med arbetstagare, kompetensutveckling och andra åtgärder i samband med omstrukturering (dvs. kollektiva uppsägningar och verksamhetsövergångar). Tonvikten ifråga om vad som efterlystes ligger således inte i mittfåran av vad som i svensk kontext uppfattas som anställningsskydd, eller ens som individuell arbetsrätt. Resolutionen präglas av en syn på huvudmannaparten i anställningsförhållandet som något annat och större än motparten i anställningsavtalet:

Restructuring processes impact beyond the perimeter of a single company, as companies increasingly work in networks, which intensifies the need to set up multipartite forums for debate on social issues. [...] Local economic actors, in particular SMEs being in a situation of dependence towards the restructuring company due to their quality of suppliers or of subcontractors should also be involved. [...] Any Union provision should cover companies or groups of companies...²⁰⁰⁵

Det är ifråga om definitionerna av de subjekt på vilka lagstiftningen ska vara tillämplig som Europaparlamentets resolution avviker från det gängse exklusivt kontraktuella mönstret för anställningstrygghet (resolutionen kräver inte att det utfärdas regler om uppsägningsgrunder avseende anställningsavtal):

”companies” mean companies or groups of companies [...] ”dependant companies” mean companies in a situation of substantial dependence of the ones above by reasons of subcontracting, supply contract and others [...] ”workers” mean the workers of the companies, irrespective of the type of employment contract...²⁰⁰⁶

Europaparlamentet är tydligtvis öppet för att diskutera att lägga ut ansvarsrelationer avseende anställningstrygghet mellan arbetstagare och andra än deras kontrak-

²⁰⁰⁴ Selberg, Stärkt initiativrätt för Europaparlamentet. Föreslår regler om omstrukturering, 2013, s. 5.

²⁰⁰⁵ P7_TA(2013)0005. Information and consultation of workers, anticipation and management of restructuring. European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on information and consultation of workers, anticipation and management of restructuring (2012/2061(INL)), Recommendation 1; punktsats 8, 12 och 16.

²⁰⁰⁶ P7_TA(2013)0005. Information and consultation of workers, anticipation and management of restructuring. European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on information and consultation of workers, anticipation and management of restructuring (2012/2061(INL)), Recommendation 3; 1.a, 1.b, 1.e.

tuella arbetsgivare; nämligen sådana företag som detta subjekt på olika sätt samverkar med. Detta utgör en lagstiftningsteknisk manöver ägnad att expandera ansvarssubjektet på reglernas huvudmannasida bortom anställningsavtalets partsställning. Resolutionen, som inte kommit att få gehör av kommissionen, utgör i alla händelser ett embryo till utveckling av anställningsskyddet bortom det kontraktuella arbetsgivarbegreppet och framstår som ett frö till att definiera och konsolidera stora och stabila företags ansvar för arbetstagare anställda i mindre firmor som man samverkar med. Det återstår att se i vilken grad anställningstrygghet i framtiden kommer att vara kopplat till befintliga anställningsavtal och dess partsställning.

5.2.2 Diskrimineringskyddet

Efter uttryckligt övervägande i lagförarbetena under 1970-talet kom den svenska diskrimineringslagstiftningen att kalkeras på den tidens gängse arbetsrättsliga begrepp, och på så vis kom den kontraktuella utgångspunkten avseende placeringen av arbetsgivaransvaret att inflyta också i diskrimineringsrätten. Detta var nog inte en nödvändighet; reglerna hade kunnat bygga på andra gränsdragningar, även för arbetsmarknadens del.

Diskrimineringsrättens behov av ett distinkt ansvarssubjekt framstår egentligen som litet. Ett diskrimineringsförbud skulle istället kunna vara påtagligt effektorienterat och således vara tillämpligt på varje subjekt som agerat på ett sådant sätt att en resurs har kommit att fördelas på ett diskriminerande sätt.

Att expandera ansvarsrelationerna i diskrimineringsrätten så att fler subjekt bär ansvar framstår som odramatiskt i ljuset av att olikabehandling i alla fall avseende de föreliggande diskrimineringsgrunderna i ökande grad uppfattas som oacceptabla praktiker.

Diskrimineringsrättens syfte är att förändra relationerna mellan grupper som ligger bortom anställningsavtalets mönster om arbetsgivare-arbetstagare. Lagstiftningens särprägel ligger i föremålet för reglering, dvs. det fenomen som ska motverkas. Diskriminering kan i princip utgöras av två typer av ageranden. För det första föreligger en grupp ageranden som inte är kopplade till någon kostnad för arbetsgivaren; det finns inga affärsvinster förknippade med att det förekommer trakasserier på arbetsplatsen, och det finns inga särskilda kostnader förknippade med att avhålla sig från att trakassera, exempelvis. Skyldigheten att avhålla sig från denna typ av ageranden kan därmed vara placerad på olika subjekt samtidigt. För det andra föreligger en typ av diskriminering som är relaterad till resursfördelning, kostnader och marknaden. På den här punkten verkar diskrimineringsrätten genom att omdefiniera vad som överhuvudtaget ska anses vara en kostnad eller börda som arbetsgivaren får beakta. Även om avskaffandet av en viss diskriminerande resurs-

fördelning rent omedelbart och faktiskt skulle innebära en fördyring för arbetsgivare, så framstår det inte som tilltalande att beskriva och tala om en icke-diskriminerande resursfördelning i termer av en kostnad eller en börda för arbetsgivaren att bära. Målet med diskrimineringsrätten är att omdefiniera själva resursfördelningen på ett sådant sätt att den inte diskriminerar (enligt lagens materiella definitioner av detta) och att internalisera denna omlagda förståelse av transaktionens själva bytesobjekt. Exempelvis framstår det idag inte som rimligt att beskriva ett förbud mot ”kvinnolöner” som en ökad kostnad för arbetsgivare – lönesättningens normer och standarder har istället förändrats i grunden.²⁰⁰⁷ På den här punkten uppvisar diskrimineringsrätten likheter med arbetsmiljörättens sätt att verka: kravet att verksamhetsutövare ska bedriva arbetsmiljöarbete syftar till att produktionen ska bära kostnaderna för en god arbetsmiljö och att dessa kostnader sedan ska beaktas i prissättningen av varor och tjänster i konsumentledet. För att denna typ av marknadspåverkan ska kunna uppstå måste diskrimineringsförbudet i den del det föreligger en tydlig koppling till resursfördelning vara riktat mot ett subjekt som är behörigt att fatta beslut i dessa frågor och som också utgör det subjekt i vilket intäkterna av något visst arbete uppstår.

Att den kontraktuella utgångspunkten gäller för placeringen av skyddsansvaret i diskrimineringsrätten innebär att diskrimineringskydd i komplexa arbetsorganisationer, där arbetstagarna står i kontakt med representanter för andra huvudmän än sin kontraktuella arbetsgivare kräver särskild reglering. Sådan reglering har också utfärdats.

För bilaterala arbetsorganisationer är den kontraktuella utgångspunkten för placering av arbetsgivaransvar lämplig: alla delar av den huvudman arbetstagaren står i förbindelse med är förhindrad att diskriminera arbetstagaren.²⁰⁰⁸

Avseende arbetsorganisationer som är koncerner föreligger ingen särreglering kring diskriminering. Det betyder att diskrimineringskyddet är direkt tillämpligt mellan arbetstagaren och företrädare för det subjekt som är dennas motpart i anställningsavtalet. Dessutom kan de olika koncernbolagen ofta vara att uppfatta som varandras representanter i relation till arbetstagarna, och med stöd av fullmaktsläran och den diskrimineringsrättsliga principalansvarsregeln ådra den kontraktuella arbetsgivaren ansvar för diskriminering. Den direkta ansvarsrelationen mellan inlånande huvudman och inlånade arbetstagare är tillämplig och i hög grad relevant också i koncerner.²⁰⁰⁹

I arbetsorganisationer som är entreprenader blir den reglering tillämplig som förbjuder den som lånar in arbetskraft (och den som står i begrepp att låna in arbets-

²⁰⁰⁷ Jfr kapitel 3.6.2.

²⁰⁰⁸ Se kapitel 3.2.

²⁰⁰⁹ Se kapitel 3.3.

kraft) att diskriminera den inlånade arbetskraften. Här blir begreppet inlåning av arbetskraft återigen betydelsefullt, i en delvis ny kontext. Inlåningsbegreppet kommer nu användas för att grundlägga ett direkt diskrimineringsrättsligt ansvar mellan en arbetstagare och den huvudman som ansvarar för den arbetsorganisation som tillgodogör sig arbetet utan att utgöra den kontraktuella arbetsgivaren. Om ett entreprenadföretag är att anse som representant för den kontraktuella arbetsgivaren i relation till arbetstagarna innebär den diskrimineringsrättsliga principalansvarsregeln att ansvar istället kan utkrävas av den kontraktuella arbetsgivaren.²⁰¹⁰

I arbetsorganisationer där bemanningsarbete förekommer blir den reglering tillämplig som grundlägger ett diskrimineringsförbud mellan inhyrare av arbetskraft och de inhyrda arbetstagarna. I den utsträckning som inhyraren är representant för uthyraren, tillika den kontraktuella arbetsgivaren, kan inhyraren med stöd av den diskrimineringsrättsliga principalansvarsregeln ådra den kontraktuella arbetsgivaren ansvar för diskriminering.²⁰¹¹

Två lagstiftningstekniska grepp kommer till användning för att expandera ansvaret för diskriminering bortom anställningsavtalets partsställning i komplexa arbetsorganisationer. För det första har nya ansvarssubjekt uttryckligen tillförts lagstiftningen; nu kan inte endast arbetsgivare, utan också inlånare och inhyrare av arbetskraft diskriminera arbetstagarna. För det andra har diskrimineringslagstiftningen tillförts en principalansvarsregel. Några större erfarenheter från tillämpningen av denna regel föreligger i dagsläget inte. Det är därför inte möjligt att föra några fördjupande diskussioner om vad denna nya regel faktiskt tillfört rättssystemet. Sedan länge gäller reglerna om fullmakt. Var dessa regler verkligen otillräckliga för att hålla en huvudman ansvarig för vad dess representant företog sig? Gick i så fall den diskrimineringsrättsliga principalansvarsregeln tillräckligt långt? När rättspraxis utvecklas blir det enklare att diskutera den typen av frågeställningar. I alla händelser gäller att regleringsstrategin som kretsar kring fullmakt och principalansvar i princip är ett sätt att fortsättningsvis hålla liv i den kontraktuella utgångspunkten avseende placeringen av arbetsgivaransvaret: dogmatiskt sett så ansvarar ett subjekt – den kontraktuella arbetsgivaren – för vad ett annat subjekt företar sig. Det handlar således inte om att lägga om utgångspunkterna för eller annars omtolka det kontraktuella arbetsgivaransvarets ställning i diskrimineringsrätten.

²⁰¹⁰ Se kapitel 3.4.

²⁰¹¹ Se kapitel 3.5.

5.2.3 Arbetsmiljörätten

Arbetsrättens äldsta del – arbetsmiljöregleringen – innehåller det mest nyanserade och utvecklade systemet för fördelning av ansvar, och är väl anpassat för att fungera också i komplexa arbetsorganisationer. Utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvaret är anställningsavtalets partsställning, men reglerna innehåller dessutom ett flertal andra ansvarsrelationer bortom den kontraktuella. Arbetsmiljörätten bygger – enligt uttryckliga diskussioner i förarbetena – på den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivarens skyddsansvar. De civilrättsliga begreppen för anställningen tillämpas emellertid inom ramen för tillämpningen av offentligrättsliga regler: frågan för rättstillämparen handlar om vilket subjekt som kan bli föremål för offentligrättsliga sanktioner till följd av något missförhållande i arbetsmiljön.

Arbetsmiljörätten utmärks av att föremålet för regleringen – arbetsmiljön – och syftet med reglerna; att förbättra arbetsmiljön, möjliggör att flera subjekt är ansvariga samtidigt. Ansvaret för att verka för en god arbetsmiljö kan ligga på flera subjekt samtidigt. Detta ansvar kan – i dess helhet eller i delar avseende något visst arbete/arbetsorganisation – dessutom mer eller mindre enkelt prissättas och fördelas på en marknad. Genomförandet av arbetsmiljörätten är förknippad med kostnader för den ansvarige. Målsättningen för arbetsmiljörätten bör därför uppfattas som att koppla kostnader för arbetsmiljöarbete med intäkterna från det arbete som utförts under detta ansvar. Lagstiftningens kontraktuella utgångspunkt för ansvarsplacering gör just detta, och möjligheterna att avtala om ansvaret blir en form av självreglering som enligt ekonomiska antaganden kommer att få som utfall att intäkter av arbetet och kostnader för detsamma kommer att balanseras hos de olika huvudmännen i en komplex arbetsorganisation.

I komplexa arbetsorganisationer förekommer således att flera subjekt är ansvariga för samma arbetsmiljöförhållanden. Detta innebär att tillsynsmyndighetens strategier avseende ansvarsutkrävande inom ramen för det utrymme som gällande lagstiftning ger kommer att avgöra arbetsmiljöansvarets faktiska placering. I denna mening är arbetsmiljöansvarets placering en empirisk fråga, snarare än en rättsvetenskaplig.

Den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvaret för arbetsmiljön är lämplig i bilaterala arbetsorganisationer. Det subjekt som tillgodogör sig arbetet och styr det, ansvarar också för förhållandena under vilket det utförs.²⁰¹²

I arbetsorganisationer som är koncerner avgör den kontraktuella utgångspunkten placeringen av arbetsgivaransvaret för arbetsmiljön. När koncerners företag är

²⁰¹² Se kapitel 4.2.

verksamma på en och samma arbetsställe får den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsplaceringen utfallet att arbetsorganisationen kommer att regleras på samma sätt som arbetsorganisationer som är entreprenader. Just eftersom de företag som ingår i koncernen juridiskt sett ska uppfattas som fristående, uppstår i arbetsmiljörättslig mening ett gemensamt arbetsställe, och de ansvarsformer som gäller för detta blir tillämpliga. I koncernsammanhang är det möjligen något mindre viktigt än annars i vilket subjekt kostnader för en god arbetsmiljö sist och slutligen uppstår, eftersom de olika företagen åtminstone är delvis ägda. Det föreligger ingen arbetsmiljörättslig särreglering med sikte på koncernen, som istället i och med den kontraktuella utgångspunkten i praktiken ofta regleras enligt det mönster som gäller för entreprenader.²⁰¹³

I arbetsorganisationer som är entreprenader avgör den kontraktuella utgångspunkten placeringen av arbetsgivaransvaret för arbetsmiljön, men ytterligare regler skapar dessutom ett system av överlappande ansvarsrelationer.²⁰¹⁴ Dessa ansvarsrelationer kompletterar den kontraktuella motpartens ansvar för arbetstagarnas arbetsmiljö. Grunden för att de inom arbetsorganisationen verksamma huvudmännen ansvarar för varandras anställda, bortom anställningsavtalets partsställning, är rådighet över en plats. Den som råder över en plats, ansvarar för arbetsmiljöns beskaffenhet där. Mot bakgrund av arbetsmiljölagstiftningens relativa radikalism framstår lagförarbetena och andra rättskällor som överraskande tysta om rådighetsbegreppet. Rådighetsansvaret föreskriver ett arbetsmiljöansvar bortom anställningsavtalets partsställning och förser arbetsrätten med rumsligt präglad ansvarsordning. En huvudmans ansvar för arbetstagare följer inte endast av egenskapen att vara deras motpart i anställningsförhållandet, utan också av att ansvara för den plats på vilken arbetet utförs. Detta uppmuntrar att de olika företag som tillsammans utgör den komplexa arbetsorganisationen sinsemellan avtalar om kostnader för arbetsmiljöansvaret. Arbetsmiljörättens rumsliga ansvarsdimension har en lång historia, men inte desto mindre framstår det som viktigt att ansvarsformen förankras och utvecklas ytterligare. Syftet bör vara att skapa förutsättningar för förutsebarhet avseende ansvaret för arbetsmiljön, till undvikande av att kostnader hamnar på fel huvudman. Arbetsmiljöansvarets placering i komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader får inte innebära att en deltagande huvudman får bära kostnaderna för arbetskraft som denna inte haft några intäkter av. På den här punkten förefaller finnas ett behov av fördjupade analyser av rådighetsansvaret för arbetsmiljön, inte minst eftersom arbetsmiljöarbete kan vara kostsamt och att sanktionerna vid konstaterade brister kan vara kännbara.

Arbetsmiljöansvaret i arbetsorganisationer där bemanningsarbete förekommer är särskilt och uttryckligen reglerat med ansvarsrelationer bortom anställningsavtalets

²⁰¹³ Se kapitel 4.3.

²⁰¹⁴ Se kapitel 4.4.

partsställning. Förutom att skyddsansvar ligger på uthyrarföretaget i dess egenskap av kontraktuell arbetsgivare, ligger skyddsansvar också på kundföretaget i dess egenskap av inhyrare.²⁰¹⁵ Detta inhyrarsansvar är reglerat utöver rådighetsansvaret – och det framstår som oklart exakt hur dessa två ansvarsformer förhåller sig till varandra i termer av materiellt innehåll. Betraktad ur kundföretagets synvinkel handlar problematiken om att ansvara för en god arbetsmiljö för arbetstagare man inte är kontraktuell arbetsgivare för, och betraktad ur uthyrarföretagets synvinkel handlar problematiken om att förverkliga den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för arbetstagare som inte är verksamma i ens egen arbetsorganisation. Bemanningsföretagets arbetsmiljöarbete måste kretsa kring att förverkliga insatser som är relevanta för arbetstagarens sammanlagda uthyrningssituation, samt de långsiktiga insatser som kan krävas. Ansvaret låter sig här diskuteras i tidsmässiga termer. Den här typen av insatser är av betydelse för att motverka att bemanningsanställningen leder till segmentering av arbetsmarknaden, där de uthyrda arbetstagarna alltid är sysselsatta med de sämsta arbetsuppgifterna. Vissa mindre aspekter av det som med gängse betraktelsesätt anses handla om arbetsmiljö omfattas av EU:s bemanningsdirektiv – och därför är likabehandlingsprincipen tillämplig. I den utsträckning denna princip är tillämplig på ett arbetsvillkor får inte de inhyrdas situation avvika särskilt mycket från vad som gäller för de arbetstagare som har inhyrarföretaget som kontraktuell arbetsgivare. Sanktionen för brott mot likabehandlingsprincipen är civilrättslig, och på detta sätt förses denna del av arbetsmiljörätten delvis med skadeståndssanktion. De båda huvudmännen – in- och uthyraren – har vidare ett visst utrymme att avtala om arbetsmiljöansvar sinsemellan.

5.3 Skyddsansvarets placering ur arbetsorganisationens synvinkel

5.3.1 Bilateral arbetsorganisationer

I arbetsorganisationer med endast en huvudman – bilateral – motsvarar den rättsliga konstruktionen (placeringen) av skyddsansvaret all den maktutövning som arbetstagaren möter i arbetsorganisationen från den som direkt tillgodogör sig arbetet, och det finns således inte något vidare behov av kompletterande ansvarsordningar.²⁰¹⁶ Makt och ansvar hålls samman. Det kontraktuella arbetsgivarbegreppets främsta funktion blir i detta sammanhang i själva verket att hindra en rättslig relation mellan arbetstagaren och något som eventuellt står bakom den

²⁰¹⁵ Se kapitel 4.5.

²⁰¹⁶ Se kapitel 2.2, 3.2, 4.2, 5.2.

kontraktuella motparten och utövar inflytande på denna. Detta inflytande befattar sig inte arbetsrätten med; även om det subjekt som är arbetsgivare, är helt beroende av något annat så blir detta inte bärare av några skyldigheter i relation till arbetskraften.²⁰¹⁷

I arbetsrättens historiska rötter finns en förståelse av arbetslivets maktrelationer som uteslutande en funktion av – och grundade i – anställningsavtalet. Det ursprungliga stridsropet om att motverka att ojämlikhet ifråga om samhällsposition fick som utfall ojämlika anställningsavtal och exploatering, kom att leda till att den ena parten i utbytet skulle stärkas i relation till den andra²⁰¹⁸ – och häri ligger en förklaring till styrkan i den bilaterala föreställningsvärlden i arbetsrätten. Denna förståelse kom att leda till att arbetsrättens reformerande ambitioner kom att kretsa kring dels den kontraktuella motparten, dels den faktiska arbetsplatsen. Endast sådan maktutövning som kan härledas tillbaka till motparten är relevant för arbetsrätten, och endast sådan makt som har anställningsavtalet som grund omfattas av skyddsansvaret som bärs av den kontraktuella arbetsgivaren. I bilaterala arbetsorganisationer innebär den kontraktuella utgångspunkten för skyddsansvarets placering att utgiftssidan för arbetsprestationen – anställningsskyddet, icke-diskriminering, och arbetsmiljöarbete – hålls samman med intäktsidan av arbetet; den stundande rörelsevinsten. Affärsrisken förknippad med arbetet bärs av den som bär ansvaret för arbetskraften.²⁰¹⁹ Det är både följdriktigt ur huvudmannens synvinkel och tillfyllest ur arbetstagarens synvinkel att ansvaret för arbetstagar-skyddet ligger endast på motparten i anställningsavtalet; det kontraktuella arbetsgivaransvaret.

Den problematik som gör sig gällande i bilaterala arbetsorganisationer handlar om vem som ska anses representera huvudmannen i relation till arbetstagarna som är verksamma i arbetsorganisationen.

Skyddsreglerna i arbetsrätten blir inte tillämpliga i förhållande till den som utövar faktisk makt i relation till arbetstagaren, t.ex. i kraft av att vara en betydelsefull kund till arbetsgivaren eller i kraft av ägande av verksamheten. För att omfattas av arbetsrättens skyddsmekanism krävs att detta agerande kommit att omvandlas till beslut av huvudmannen, den kontraktuella motparten i anställningsförhållandet. Ägandets makt eller en maktfull position på en för arbetsgivaren relevant marknad innebär således aldrig ansvar i relation till de arbetande; reglerna bygger istället på antagandet att det är tillfyllest om motparten i anställningsavtalet bär skyldigheterna i relation till arbetstagarna. Arbetsgivarbegreppet fyller här vad som kan liknas

²⁰¹⁷ Jfr Collins, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, 1990, s. 731-744.

²⁰¹⁸ Se kapitel 1.1.1. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 1977, s. 6f.

²⁰¹⁹ Jfr Collins, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, 1990, s. 731-744.

vid en filterfunktion; skyddsreglerna blir inte tillämpliga på det subjekt som kanske ytterst fattat ett visst beslut, utan istället på den som gör det till sitt eller verkställer det i relation till arbetstagarna, och på detta sätt förverkligas reglernas ambition att skydda de arbetande.

Anställningsavtalet är det rättsliga uttrycket för bytet arbetsprestation mot pengar, som ju också speglar en grundläggande samhällelig egendoms- och funktionsfördelning. Arbetsrätten är de regler som omfattar (skyddar) de personer som lever av att sälja arbete, men inte de personer som lever på att sälja tjänster eller produkter – dvs. det som arbetet skapat. Arbetsrätten är omfördelande; den ena stöttas – mot den andre, och arbetsrätten är därför relationell till sin natur. Uppgiften eller funktionen att bära skyddsansvar förutsätter en definierbar organisation med viss stadga, och detta förklarar varför endast stora och betydelsefulla subjekt, och inte en stor grupp av små och mindre beaktansvärda subjekt, bakom den kontraktuella arbetsgivaren kan komma ifråga att ens diskuteras som tänkbar bärare av skyddsansvar i relation till arbetskraften. Endast en stor och stabil kund/leverantör, men inte de många små kunderna/konsumenterna kan överhuvudtaget tänkas komma ifråga för att bära ansvar; de sistnämnda är en oorganiserad grupp av mindre subjekt utan organisatoriska konturer. Och, viktigare; om skyddsansvaret för arbetskraften kunde placeras på de många små kunderna, så skulle det i princip innebära att ansvaret skickades tillbaka till arbetstagarna, men nu i deras egenskap av konsumenter/medborgare.

För det första står den kontraktuella arbetsgivaren mellan arbetstagaren och marknadskrafterna, dvs. både efterfrågan på varor och tjänster, men också t.ex. diskriminerande preferenser, och hindrar vissa av dessa marknads- och samhällsimpulser från att träffa arbetstagarna.²⁰²⁰ För det andra står den kontraktuella arbetsgivaren mellan marknadskrafterna och arbetstagarna och möjliggör att värden och resurser kan anhopas för att sedan kunna ligga till grund för axlandet av en ansvarsroll (omfördelning). Arbetsgivarbegreppet liknas således vid ett filter (den materiella arbetsrätten definierar vad som får överföras i en given tid och plats) mellan de som arbetar och de som ytterst tillgodogör sig arbetsresultatet, mellan stat och marknad och i sista hand en skiljelinje mellan rollen som arbetstagar/producent och konsument/medborgare. Arbetsgivarbegreppets funktion är att utgöra den plats där produktion och avsättning av det producerade möts närmast och att ackumulera resurser som används dels för att reproducera arbetskraften²⁰²¹, dels för att skapa en stabilare organisation/företag. På detta sätt blir arbetsgivarbegreppet en förutsättning för att överhuvudtaget möjliggöra omfördelning; och det

²⁰²⁰ Se kapitel 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, s. 104f, Polanyi, *Den stora omdaning*, 1944/2012, s. 102-111.

²⁰²¹ Se om arbetsrättens relationer till reproduktionen; Zbyszewska, *Gendering European Working Time Regimes*, 2016.

är rimligt att skyddsansvaret avseende arbetskraften ligger på det subjekt som håller de ansamlade resultaten av arbetet i sin hand.

I praktiken är ofta de bilaterala arbetsorganisationerna i ett visst avseende komplexa; anställningsavtalet har ett bolag som part medan arbetsgivarfunktionerna utövas av arbetstagarna, dvs. av fysiska personer verksamma i bolaget. Detta förhållande väcker frågor om bolagets ansvar för utövandet av dessa funktioner; för vems handlande ansvarar man, och vilket handlande omfattas? Idag regleras detta inte i arbetsrättens regelsystem, utan i fullmaktsläran. Eftersom denna reglering är så central för arbetsrättens, inbegripet diskrimineringsrättens och arbetsmiljörättens, förutsättningar att verka framstår det som befogat med en autonom arbetsrättslig rättsutveckling på denna punkt, som kan beakta de särskilda förhållanden som råder i arbetsorganisationerna och särskilt den maktställning som arbetsgivarprerogativet ger.

Den finska arbetsrätten innehåller en lagregel för den här punkten; om ställföreträdare för arbetsgivaren, som i förarbetena beskrivs som ”nödvändig med tanke på att arbetsgivaren ofta är ett bolag och för att en arbetsgivare inte heller annars i praktiken kan leda och övervaka alla arbetstagares arbete personligen”²⁰²²:

Arbetsgivaren kan sätta en annan person att som sin företrädare leda och övervaka arbetet. Om ställföreträdaren i sin uppgift orsakar arbetstagaren skada genom fel eller försummelse, ansvarar arbetsgivaren för ersättande av den skada som uppkommit.²⁰²³

Regeln anses alltså nödvändig, trots att den avser representanter för ”arbetsgivarens egen organisation” och att en annan regel hanterar överföringen av ledning och övervakning av arbetet till en tredje part.²⁰²⁴ Regleringen bekräftar och konsoliderar inledningsvis den kontraktuella synen på arbetsgivaren – som motpart – för att därefter möjliggöra transparenta avsteg från denna utgångspunkt. Den finska lösningen bidrar med tydlighet och stadga till regleringen av arbetslivet, som inte längre blir avhängig civilrättens allmänna regler, och kan komma att bli ett nav runt vilket en distinkt arbetsrättslig representationslära kan komma att utvecklas med stöd av uttalanden i förarbeten och praxis. På den här punkten har svensk arbetsrätt anledning att låta sig inspireras av sin finska motsvarighet.

²⁰²² RP 157/2000 rd, s. 69.

²⁰²³ 1 kap. 9 § arbetsavtalslagen 55/2001.

²⁰²⁴ RP 157/2000 rd, s. 69. Se kapitel 5.3.4 om denna regel i bemanningskontext.

5.3.2 Koncerner

I arbetsorganisationer som är koncerner innebär den kontraktuella utgångspunkten att ansvaret att respektera arbetsrättens skyddsregler är placerat på ett subjekt som inte nödvändigtvis är den verkliga beslutsfattaren i relation till arbetstagaren.²⁰²⁵ I koncerner kan förekomma att den ultimata arbetsgivarrollen/arbetsgivarfunktioner utövas av ett koncernföretag som inte är den kontraktuella motparten i anställningen. Anställningsavtalet som grund för skyddsansvar bör följaktligen kompletteras. Några arbetsrättsliga regler avseende just koncerner föreligger emellertid inte (utöver regeln om beräkning av anställningstid), och lagstiftarens numer ålderstigna beslut att avstå från särreglering kringsskär möjligheten att tolkningsvägen korrigera reglerna avseende koncernerna. Det finns argument för att ompröva denna hållning: bolagsformer med begränsat ansvar utgör i sig inte något problem ur arbetsrättslig synvinkel, men, ifråga om koncerner föreligger per definition en bakomliggande maktrelation som innebär att det subjekt som bär ansvaret i relation till arbetskraften kan vara osjälvständigt i relation till den oansvariga faktiska beslutsfattaren. Beträktad ur huvudmannens synvinkel innebär en koncernbildning att en arbetsorganisation kan styras som om den vore en sammanhållen, bilateral, arbetsorganisation, medan den betraktad ur arbetstagarens synvinkel framstår som en komplex arbetsorganisation i vilken endast den kontraktuella motparten bär skyddsansvaret i relation till arbetskraften. Här kan uppstå situationer då formaspekter får innehållsliga implikationer på ett omotiverat sätt. Denna effekt har lagstiftaren delvis hanterat inom ramen för den materiella skyddslagstiftningen som är tillämplig inom anställningsavtalets partsställning (det som diskuteras här i termer av arbetsgivarbegreppets filterfunktion). I transparensens intresse borde en självständig arbetsrättslig reglering av koncerner övervägas, och en sådan lagstiftning kunde inspireras av skyddsintressena som artikulerats i den bolagsrättsliga diskussionen om ansvarsgenombrott.

Idag må saken beskrivas som att bolagsrättens begreppsbildning är överordnad arbetsrätten.²⁰²⁶ Arbetstagarnas särpräglade borgenärsintresse i relation till koncernen som helhet bör emellertid istället definieras i dess egen rätt, utan avseende på den befintliga ansvarsgenombrottsdiskussionens fokus på penningborgenärs ställning och utomobligatoriskt skadestånd. Endast lagstiftaren kan åta sig denna uppgift. Ansvarsplaceringen i koncerner i vilka de olika koncernbolagens verksamhet är sammanblandad följer – just på grund av den kontraktuella arbetsgivarbegreppet – det mönster som föreligger för arbetsorganisationer som är entreprenader, medan ansvarsplaceringen i koncerner vars verksamhet bedrivs åtskild följer endast den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar, trots att arbets-

²⁰²⁵ Se kapitel 2.3, 3.3, 4.3.

²⁰²⁶ Jfr Rodhe, Medbestämmandelagen och aktiebolagslagen, SvJT 1977 s. 295-298.

organisationen alltså inte är bilateral. Denna åtskillnad framstår som svår att motivera ur arbetsrättslig synvinkel och utgör ett argument för arbetsrättslig särreglering av koncernerna; det avgörande är ju de bakomliggande makt- och styrningsrelationerna, inte hur verksamheten är utformad rent faktiskt.

På EU-nivån har skett vissa rättsliga steg i riktning mot att erkänna och hantera koncernens roll, t.ex. avseende redovisning av icke-finansiell information och mångfaldspolitik²⁰²⁷ som tangerar traditionella arbetsrättsliga ämnen, samt också avseende genomförandet av EU:s konkurrensrätt.²⁰²⁸ Tendenser till förskjutningar av förståelsen av arbetsgivarbegreppet i koncerner kan vidare skönjas i ett förslag till avgörande i EU-domstolen i vilket en internationell koncern förekom. Målet handlade om huruvida den grekiska arbetsrättens regler, i vilket myndighets tillstånd krävdes för vissa typer av kollektiva uppsägningar, var förenliga med EU-rättens krav, bl.a. avseende etableringsfriheten. I förslaget till avgörande framförde generaladvokaten en uppfattning, som inte uttryckligen återgavs av domstolen²⁰²⁹, om arbetsgivarbegreppet som står i viss motsättning till nedärvda synsätt:

Den som har ett majoritetsinnehav kan agera som slutlig arbetsgivare i förhållande till arbetstagarna inom ett dotterbolag.²⁰³⁰

Det återstår att se om denna syn på arbetsgivarbegreppet – lanserandet av termen ”slutlig arbetsgivare” – i koncerner får någon efterföljd i domstolens praxis och vilka förskjutningar av arbetsrätten som i sin tur kan komma att uppstå med anledning av det.

Högsta domstolen avgjorde 2014 ett mål om ansvarsgenombrott som kan ha bäring på arbetsrättsliga problem i koncerner och som kan innebära att utrymmet att bortse från bolagsgränser redan expanderat något.²⁰³¹ I domen (om ett s.k. processbolag) utgår Högsta domstolen från att utrymmet är större att bortse från det begränsade ansvaret då det är fråga om ansvaret för bolagsförpliktelse i relation till en ofrivillig borgenär. Ur arbetsrättslig synvinkel skulle det inte vara utmanande att uppfatta arbetstagarna som sådana ofrivilliga borgenärer (de är föremål för det strukturella tvånget att arbeta för sin försörjning, de besitter endast en produktionsfaktor; sin arbetskraft, och de har svårt att informera sig om förhållandena på huvudmannasidan i anställningsavtalet osv.²⁰³²). Vidare nämner domstolen ändamålet bakom regeln som fordringen vilar på som en faktor; här blir det centralt att beakta

²⁰²⁷ Direktiv 2013/34/EU, prop. 2015/16:193, Ds 2014:45, SOU 2014:22.

²⁰²⁸ Se kapitel 4.6.3.

²⁰²⁹ C-201/15.

²⁰³⁰ Förslag till avgörande C-201/15, p. 42.

²⁰³¹ NJA 2014 s. 877.

²⁰³² Se kapitel 1.1.1. Jfr Karlsson, *Begrepet arbete*, 1986/2013.

att arbetsrättens ändamål är arbetstagarskydd. Avslutningsvis nämner Högsta domstolen det faktum att ett arrangemang varit ägnat att kringgå tvingande lagstiftning som en omständighet som talar för ansvarsgenombrott (*in casu* processrättens regler om ansvar för rättegångskostnader).²⁰³³ Parallellen ligger här i huruvida koncernbildningen i ett visst fall utgjort ett led i undvikandet av någon förpliktelse i relation till arbetstagare. Högsta domstolens dom om ansvarsgenombrott vid processbolag bör kunna uppfattas som en impuls även till arbetsrättstillämpningen, och där tas till intäkt för ett alltjämt existerande och också expanderande utrymme att bortse från bolagsgränser då affärsupplägg omintetgör tvingande lagstiftning ägnad att skydda ofrivilliga borgenärer. Dessa utgångspunkter framstår som ägnade att motivera att i olika arbetsrättsliga sammanhang bortse från koncernförhållandet då denna omintetgör tillämpning av regler som syftar till att skydda arbetstagarna.

5.3.3 Entreprenader

I arbetsorganisationer som är entreprenader innebär den kontraktuella utgångspunkten att arbetsgivaransvaret är placerat på motparten i anställningsavtalet, och det faktum att flera kontraktuella arbetsgivare – och därmed också deras anställda – samverkar inom ramen för entreprenaden förändrar inte detta.²⁰³⁴ Även om arbetstagarens motpart i anställningsavtalet utsätts för stark yttre påverkan, t.ex. från en betydelsefull kund, som också överförs till arbetskraften, så ansvarar endast den kontraktuella motparten som arbetsgivare, och det är endast i relation till denna som arbetsrätten blir tillämplig. En bakomliggande förklaring till denna ordning är att arbetsrätten i princip inte befattar sig med ojämlikheter mellan företag; vid tillämpningen av arbetsrätten kan ett företag inte vara skyddsvärt i relation till ett annat.

I arbetsorganisationer som är entreprenader framträder därmed arbetsrättens begränsning till att avse endast sådan maktutövning som sker inom anställningsavtalets partsställning. Sådan maktutövning i relation till arbetstagare som inte har anställningsavtalet som omedelbar grund omfattas inte av skyddsreglerna i arbetsrätten, och kan inte ens begreppsliiggöras utan en åtgärd från lagstiftarens sida. Arbetsrättens utsträckning till att i vissa avseenden omfatta även s.k. jämställda uppdragstagare är ett numera ålderstiget exempel på detta.²⁰³⁵ Att på detta sätt låta

²⁰³³ NJA 2014 s. 877, p. 10 och 13. Regler om tappande parts ansvar för rättegångskostnader finns i 18 kap. rättegångsbalken (1942:740).

²⁰³⁴ Se kapitel 2.4, 3.4, 4.4.

²⁰³⁵ Jfr 1 § 2 st. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ("Som arbetstagare anses i lagen även den som utför arbete åt annan och därvid ej är anställd hos denne men har en ställning av väsentligen samma slag som en anställd. Den för vars räkning arbetet utföres skall i sådant fall

den avtalade partsställningen fälla avgörandet utgår från det värde som ligger i avtalsparternas autonomi och främjar i denna mening förutsebarhet avseende deras mellanhavanden. Endast den som ingått ett anställningsavtal blir skyddsansvarig enligt arbetsrätten eller som arbetsgivare. Arbetsgivarbegreppet fyller därför i sammanhanget en funktion som filter eftersom den kontraktuella arbetsgivaren endast får överföra vissa aspekter av påverkan från samhället till arbetstagarna.

Ifråga om anställningstrygghet avgör den kontraktuella utgångspunkten var arbetstagarna kan göra gällande sina anspråk på skydd, medan ifråga om arbetsmiljön och skyddet mot diskriminering är denna utgångspunkt kompletterad med ett rumsligt definierat skyddsansvar som är särskilt betydelsefullt i arbetsorganisationer som är entreprenader. Arbetstagarnas faktiska rumsliga närvaro hos en annan huvudman än den kontraktuella arbetsgivaren utgör grunden för denna huvudmans ansvar att respektera skyddsregler i relation till arbetskraften. De rättsliga uttrycksformerna för detta ansvar bortom anställningsavtalets partsställning är det arbetsmiljörättsliga rådighetsansvaret och diskrimineringsrättens ansvar för inlånade arbetstagare, samt också fullmaktsläran och den diskrimineringsrättsliga principalansvarsregeln (som ju i princip förstärker det kontraktuella arbetsgivaransvaret genom att utsträcka dess räckvidd). Säkerligen kan dessa regler skapa oklarheter ifråga om sambandet mellan utgiftssidan för arbetet, och intäktssidan – det kan nog i praktiken förekomma att en huvudman med stöd av dessa regler får bära kostnader för arbetsmiljöförbättringar i något arbetsförhållande, som denne sedan inte får intäkterna från.

Allmänna regler i tillämpning i arbetsorganisationer som är entreprenader är potentiella källor till oklarheter avseende det kontraktuella arbetsgivaransvarets placering. *Arbetstagar*begreppet kan särskilt i entreprenader komma att avgöra vilket subjekt som ska anses vara (den kontraktuella) arbetsgivaren. Graden av samarbete mellan huvudmän avgör i praktiken vem som ska anses som arbetsgivare i relation till en viss arbetstagare: om underentreprenörens relation med arbetstagaren är uttunnad och denna huvudman är osjälvständig i relation till beställaren så innebär tillämpningen ex post av *arbetstagar*begreppet att beställaren blir arbetsgivare. Denna ordning är inte särskilt transparent och det finns nog anledning för lagstiftaren att återkomma till frågan om *arbetstagar*begreppets utformning. Sådana överväganden kunde beakta också *arbetstagar*begreppets placering i rättssystemet vad gäller komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader och där flera huvudmän förekommer. Den principiella synpunkten i sammanhanget är att det begrepp som utvecklats för att definiera vem som är en skyddsvärd arbetspresterande kan framstå som olämpligt som avgörande faktor vid ställningstagande till vem av

anses som arbetsgivare.”). Jfr AD 1985 nr 57 och AD 1994 nr 130. SOU 1957:14, SOU 1961:57, SOU 1975:1, s. 725-728.

flera tänkbara huvudmän som ska anses vara skyldig att respektera detta skyddsbehov.

Om beställarföretaget i arbetsorganisationen är bundet av kollektivavtal ska den avtalsbärande arbetstagarorganisationen informeras om entreprenadupplägget, och har dessutom under vissa förutsättningar möjlighet att utöva veto och på detta sätt påverka den arbetsrättsliga ansvarsfördelningen i arbetsorganisationen. Med hänsyn till arbetsmarknadens fragmentering och de alltmer avancerade entreprenaderna kan det finnas anledning att uppdatera de materiella förutsättningarna för att lägga in veto. Det är länge sedan lagstiftaren eller forskningen ägnade dessa frågor någon större uppmärksamhet.

EU-reglerna kring verksamhetsövergång bidrar även de med en dynamisk faktor i arbetsorganisationer som är entreprenader. Vissa omfördelningar av arbetsuppgifter mellan olika huvudmän i arbetsorganisationen kan komma att utgöra verksamhetsövergång och därmed ge arbetstagarna en principiell valmöjlighet ifråga om vem – överlåtaren eller förvärvaren – de vill se som sin kontraktuella arbetsgivare. På detta sätt konstruerar EU-rätten ytterligare en relation, nämligen mellan arbetskraften och ”verksamheten”. Det arbetsrättsliga mönstret som historiskt varit förknippat med endast relationerna mellan anställningsavtalets parter arbetsgivare och arbetstagare har berikats av verksamhetsövergångsreglerna. På delvis likartat sätt innebär utvecklingen på det upphandlingsrättsliga området att beställare kan ställa sådana krav på utförarföretaget, att det framstår som befogat att tala om ett embryo till en form av relation (idag utanför arbetsrättens domäner) mellan beställaren och arbetskraften, trots att dessa inte står i något anställningsavtalsförhållande med varandra.

Avseende arbetsorganisationer som är entreprenader har dels en kollektivavtalad normutveckling, dels en EU-sekundärrättslig lagutveckling ägt rum. I den svenska byggbranschen förekommer numera ett sektoriellt och partsautonomt kedjeansvar avseende lön.²⁰³⁶ I EU-direktiv på arbetskraftsmigrationens område förekommer lagstadgade modeller för kedjeansvar avseende lön, i och för sig med delvis andra syften än arbetstagar skydd, nämligen att värna de nationella arbetsmarknaderna och reglera (arbetskrafts-)migration.²⁰³⁷

Också på den internationella rättens horisont kan skönjas förskjutningar som i framtiden kan komma att ha bäring på placeringen av skyddsansvar avseende arbetstagarna i komplexa arbetsorganisationer som är entreprenader. Diskurser om s.k. Corporate Social Responsibility (CSR) utgår från att företag har samhällsan-

²⁰³⁶ Se hemsidan huvudansvar.byggnads.se [senast besökt 25/11-16], jfr emellertid meningsskiljaktigheterna mellan parterna i Huvudrapport den 14 februari 2014 av programgruppen för ordning och reda i byggbranschen.

²⁰³⁷ Direktiv 2009/52/EG, direktiv 2014/36/EU, direktiv 2014/67/EU. Se kapitel 1.4.3 och kapitel 5.4.3.

svar som går bortom anställningsavtalets partsställning.²⁰³⁸ Också i samtalet på global nivå om regleringen av s.k. supply chains har formulerats en expanderad syn på skyddsansvar för arbetskraften.²⁰³⁹ Vid s.k. supply chain regulation är utgångspunkten arbetstagarnas perspektiv utan avseende på anställningsavtalets formella partsställning, och vid sökandet efter det subjekt som lämpligen bör ansvara för arbetstagar skyddet undersöks vilka maktfulla och resursstarka subjekt som förekommer i entreprenadkedjan. Diskussionen om supply chain regulation befinner sig nära diskurser om mänskliga rättigheters tillämplighet i relation mellan människor och privata/icke-statliga subjekt, särskilt företag,²⁰⁴⁰ och häri ligger förklaringen till att man inte ger anställningsavtalets partsställning någon särställning ifråga om att genomföra arbetstagar skydd. Det återstår att se om dessa reformdiskussioner kommer att förverkligas i lagstiftning, och sedan vilka förskjutningar av de arbetsrättsliga begreppen för ansvarsfördelning som kan komma att uppstå i framtiden.

5.3.4 Bemanning

Reglering av bemanningsanställningen väcker frågor om relationerna mellan arbetsprestationen och arbetsplatsen. Arbetsrätten har historiskt uppfattat anställningsförhållandet som en konstruktion som bygger på att parterna möts på en (arbets-)plats, och denna plats har varit en viktig fokuspunkt för reglering. I bemanningsanställningen är sambandet mellan prestation och plats uppluckrat. Historiskt har det subjekt som ansvarat för arbetsplatsen också varit källan till ersättningen för arbetet, men i bemanningsanställningen är det snarare bemanningsföretaget som är källan till lönen.²⁰⁴¹

I arbetsorganisationer där bemanningsarbete förekommer innebär den kontraktuella utgångspunkten för arbetsgivaransvar att detta ansvar är placerat på ett subjekt som inte är närvarande i den arbetsorganisation där arbetet faktiskt utförs.²⁰⁴² Speciell lagstiftning, som bygger på två pelare, har därför utfärdats för bemanningsarbetet: dels regeln om att uthyraren (bemanningsföretaget) är den kontraktuella arbetsgivaren, dels regeln som innebär att ett särskilt skyddsansvar åvilar inhyraren. Mot denna bakgrund låter det sig sägas att de rättsliga ansvarsrelationerna är större än den faktiska arbetsorganisationen: både ett närvarande (inhyraren) och ett

²⁰³⁸ COM(2001) 366, s. 48, COM(2011) 681.

²⁰³⁹ Locke, *The Promise and Limits of Private Power*, 2013.

²⁰⁴⁰ Jfr t.ex. Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, 2013.

²⁰⁴¹ Jfr Hatton, *The Temp Economy*, 2011, s. 145. Jfr Grimshaw m.fl., *Conclusion: Redrawing Boundaries, Reflecting on Practice and Policy*, 2005, s. 261-287, s. 284 ff.

²⁰⁴² Se kapitel 2.5, 3.5, 4.5.

icke-närvarande (den kontraktuella arbetsgivaren) subjekt bär ansvar i relation till arbetstagarna.²⁰⁴³

Bemanningsarbete var länge förbjudet (kriminaliserat), men är numera endast reglerat. Denna legalisering är betydelsefull ur arbetsrättslig synvinkel. Själva affärsiden förknippad med uthyrning av arbetskraft representerar ett paradigmskifte i relation till den traditionella förståelsen av anställningen. Idag råder inte någon automatisk och undantagslös koppling mellan att i sin arbetsorganisation ta emot en arbetsprestation av en arbetstagare och att den direkta mottagaren av arbetet bär ansvar som (kontraktuell) arbetsgivare: Istället kan det handla om att mottagaren av arbetet bär endast inhyrarsansvar, även om denna direkt tillgodogör sig det utförda arbetet. Bemanningsanställningen avlänkar olika aspekter som historiskt i arbetsrätten varit självklart sammanhållna; arbetstagare och arbetsprestation och kontraktuell arbetsgivare, samt arbetsprestation och den kontraktuella arbetsgivarens arbetsorganisation. Utöver anställningsavtalet mellan arbetstagaren och uthyraren är det i relationerna mellan de två huvudmännen in- och uthyrare som bemanningsarbetet uppstår. Dessa parter kan i olika avseenden avtala om skyddsansvaret i relation till de bemanningsanställda.

Lagstiftningsärendet som legaliserade bemanningsanställningen är delvis motstridigt. Å ena sidan bör lagstiftarens agerande uppfattas som ett uttryck för att den kontraktuella utgångspunkten för placeringen av skyddsansvar som arbetsgivare är så kraftfull att endast lagreglering kan lägga om detta ansvar: tolkningsvägen var det inte möjligt att hålla inhyraren ansvarig som arbetsgivare. Å andra sidan var lagstiftaren tydlig med att syftet var att legalisera en godartad form av bemanningsarbete där de båda huvudmännen tar sitt respektive ansvar, och mot den bakgrunden gjordes i lagförarbetena uttalanden som utgör stöd för ökade möjligheter att avvika från den formella partsställningen och efter reformen placera ett arbetsgivaransvar på det subjekt som står angivet som inhyrare. Sammanfattningsvis bör reformen som legaliserade bemanningsarbetet anses föreskriva ett utrymme för rättstillämparen att i vissa fall omfördela arbetsgivaransvaret till inhyraren för den händelse den kontraktuella arbetsgivaren inte tar sitt ansvar.

Den svenska lagstiftningen om bemanningsarbete är kortfattad. En mer utvecklad lagreglering om bemanningsarbete – liknande den i t.ex. Finland – skulle utgöra en tydligare förankring av denna specifika form av avtal om arbete i arbetsrätten. Den generella grunden för inhyrarens maktställning i relation till de inhyrda arbetstagarna framstår idag som fortfarande åtminstone delvis oförklarad och i alla händelser outtalad i själva lagstiftningen.²⁰⁴⁴ Den finska lagstiftningen, som anger bemanningsarbete som ett undantag till huvudregeln om förbudet mot partsbyte i

²⁰⁴³ Jfr Ratti, *Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective*, 2008-2009, s. 835-874.

²⁰⁴⁴ Jfr kapitel 3.5.2.1.

arbetsrätten, förtydligar anställningsförhållandets särställning, och tillåter samtidigt avsteg från denna:

Parterna i ett arbetsavtal får inte överföra sina rättigheter eller skyldigheter som här-
rör från arbetsavtalet på en tredje part utan samtycke av den andra avtalsparten, om
inte något annat följer av vad som bestäms nedan.

En fordran som förfallit till betalning kan dock överföras utan samtycke av den
andra avtalsparten.

När arbetsgivaren med samtycke av arbetstagaren överför denne till en annan ar-
betsgivares förfogande (*användarföretag*), övertar användarföretaget rätten att leda
och övervaka arbetet samt de för arbetsgivaren föreskrivna skyldigheter som har di-
rekt samband med hur arbetet utförs och ordnas. Användarföretaget ska lämna ar-
betstagarens arbetsgivare de uppgifter som arbetsgivaren behöver för att kunna full-
göra sina skyldigheter.²⁰⁴⁵

Ur praktisk synvinkel i arbetsorganisationen innebär denna regel att den kontrak-
tuella arbetsgivaren i allt väsentligt överför arbetsgivarrollen avseende arbetsta-
garna till inhyraren. Med stöd av en sådan reglering skulle rättstillämpningen san-
nolikt kunna placera fler av den kontraktuella arbetsgivarens skyldigheter på inhy-
raren (användarföretaget i den finska terminologin). Dessutom skapas en generell
skyldighet att samarbeta för de båda företagen. Stiftandet av en uttrycklig lagregel
om relationerna mellan ut- och inhyrare avseende arbetsgivarrollen skulle för
svensk rätts del öka transparensen avseende makt- och ansvarsfördelningen i be-
manningsarbetet. Bemanningsarbetet skulle konsolideras som arbetsrättslig figur i
relation till huvudregeln om den kontraktuella utgångspunkten för ansvarsplace-
ring.

Legaliseringen av bemanningsarbete innebär att det idag är tillåtet att kapitalisera
på obalanser på arbetsmarknaden som uppstår i kölvattnet av uppdelningen av
skyddsansvaret i relation till arbetstagarna på två subjekt. Själva affärsidén med
bemanningsarbete handlar om att möjliggöra att obalanser och variationer i utbud
och efterfrågan på arbete utnyttjas till endera partens ekonomiska vinning, och i
denna mening utmanar bemanningsarbetet den fundamentala devisen *labour is not
a commodity*.²⁰⁴⁶ Med Bergström, Håkansson, Isidorsson och Walter:

Bemanningsföretag erbjuder sämre arbetsvillkor om det råder obalans på arbets-
marknaden. De erbjuder också bättre villkor om det råder obalans på arbetsmark-
naden. Istället för att se det som ett karaktärsdrag för bemanningsbranschen, är ar-
betsvillkoren ett uttryck för den arbetsmarknad i vilken de förmedlar arbetskraft.

²⁰⁴⁵ 1 kap. 7 § arbetsavtalslagen 55/2001; om överföring av rättigheter och skyldigheter.

²⁰⁴⁶ Devisen förekommer i International Labour Organizations konstitution. Se om denna maxim;
Evju, *Labour Is Not a Commodity: Reappraising the Origins of the Maxim*, 2013, s. 222-229.

Det finns ett marknadsvärde för att hantera obalanser. Samtidigt är det detta som gör bemanningsföretagens verksamhet så problematisk. De tjänar pengar på att hantera obalanser på arbetsmarknaden, vare sig det är till arbetsgivarens eller till arbetstagarens fördel.²⁰⁴⁷

Det är just bemanningsanställningens karaktär av trepartsrelation, med en ytterligare part utöver den som arbetar och den som direkt tillgodogör sig arbetet, som möjliggör att den på detta sätt kan användas för att förstärka redan befintliga mekanismer på marknaden för arbete.

Inom EU-arbetsrätten har utvecklats en princip om likabehandling mellan anställda med traditionella anställningsförhållanden (sådana där arbetsprestationen sker hos den kontraktuella arbetsgivaren) och arbetstagare som anställts för att hyras ut. Denna regel motverkar segmentering av arbetsmarknaden beroende på utseendet av huvudmannasidan i anställningen. Regleringstekniken utmanar delvis gängse arbetsrättsliga mönster, som ju befinner sig nära anställningsavtalets partsställning, och motsvarar i princip de EU-rättsliga reglerna om diskrimineringsförbud avseende deltids- och visstidsanställda. Vid tillämpning av likabehandlingsprincipen ska arbetstagare med olika kontraktuella arbetsgivare jämföras med varandra när de är verksamma i inhyraren, och jämförelsen ska avse dessa personer i olika egenskaper: som arbetstagare respektive som inhyrda. I denna mening avser likabehandlingsprincipen två rätt olikartade fenomen. Likabehandlingsprincipen reglerar indirekt relationerna mellan de två huvudmännen, in- och uthyraren: det är de respektive företagens anställningsvillkor som ska jämföras med varandra, och först vid en viss typ och grad av olikhet föreligger brott mot likabehandlingsprincipen. Principen om likabehandling mellan arbetstagare och inhyrda i inhyrarens arbetsorganisation står i viss konflikt med själva affärsidén bakom bemanningsarbete. Ju högre grad av likhet mellan arbetstagare och inhyrda, t.ex. avseende kostnader för arbetet, desto mindre anledning att välja inhyrning före anställning. Det materiella innehållet och räckvidden i likabehandlingsprincipen avgör i vilken utsträckning denna effekt inträder.

²⁰⁴⁷ Bergström mfl., *Den nya arbetsmarknaden*, 2007, s. 214f.

5.4 Avslutande diskussion: anställningsförhållandet och arbetsgivarbegreppet

5.4.1 Anställningsavtal och skyddsansvar i relation till arbetstagare

Det viktigaste skyddsansvaret avseende arbetstagare är placerat på det subjekt som ingått anställningsavtalet; den kontraktuella arbetsgivaren. Den som är part i anställningsavtal blir vid olika sanktionshot skyldig att följa reglerna i anställnings-skyddet, diskrimineringsförbudslagstiftningen och arbetsmiljörätten. En arbetstaga-re kan alltid förvänta sig att ens motpart i anställningsavtalet förser en med det skydd som den materiella arbetsrätten innehåller.

Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet utgår från rättssubjektsläran²⁰⁴⁸ i så motto att det inte placerar ansvaret i relation till arbetstagarna på varken bakomliggande eller framomliggande subjekt på huvudmannasidan: varken ägaren till företaget eller en kund hos företaget är den kontraktuella arbetsgivaren. Eftersom ställning som kontraktuell arbetsgivare definitionsmässigt är relaterad till anställningsavta-let är frivillighet den ytterst legitimerande faktorn bakom både huvudmannens skyddsansvar och den arbetspresterandes arbetsskyldighet. Den som köper arbete av en arbetstagare ikläder sig därmed av fri vilja skyddsansvaret (dvs. förpliktel-serna i arbetsrättens regler) för den personen. Den person som ingår ett anställ-ningsavtal med någon ger därmed detta subjekt arbetsledningsrätten. Så lyder det övergripande narrativet kring anställningsförhållandet. Denna huvudmannens fri-villiga positionering är samtidigt en dogmatisk förklaring och en normativ grund för den kontraktuella arbetsgivarens ansvarsställning. Frivilligheten är det centrala här; motparten i anställningsavtalet blir den kontraktuella arbetsgivaren även om denna i praktiken kanske inte utövar särskilt mycket makt i relation till arbetstaga-ren. Den kontraktuella arbetsgivarens ansvar ligger inte heller på huvudmannens avnämare; den som endast köper det som arbetstagarna producerat blir inte heller skyddsansvarig för dem.

På dagens arbetsmarknad är emellertid (anställnings-)avtalets ställning som ensam förklaring och motivering av arbetsrättens regler och anställningsförhållandet för-ändrad. De komplexa arbetsorganisationerna karaktäriseras av att andra subjekt än motparten utövar arbetsgivarfunktioner över arbetstagarna och i praktiken är ofta arbetstagare inlemmade i andra verksamheter än motpartens egen arbetsorganisat-ion. Samtidigt placerar särskild lagstiftning skyddsansvar i relation till arbetstagare på vissa andra subjekt än (kontraktuella) arbetsgivare (t.ex. inhyrare, inlånare osv).

²⁰⁴⁸ Se kapitel 1.3.2, se strax nedan samt Collins, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, 1990, s. 731-744.

På detta sätt blir de faktiska arbetsorganisationerna delvis bortkopplade från anställningsförhållandets partsställning och de rättsliga utgångspunkterna.²⁰⁴⁹ Vilka förändringar kan i förlängningen denna omläggning av skyddsansvaret leda till? Om en arbetstagare är faktiskt underordnad någon viss huvudman (man inte är avtalspart med), då bör ju denna bära skyddsansvar i någon form. Ett system som placerar skyddsansvar avseende arbetstagare på subjekt som inte är part i anställningsavtal med dessa personer, öppnar upp för frågor om detta subjekt inte också borde bli direkt bärare av några av de rättigheter som traditionellt varit förknippade med att bära skyddsansvaret i anställningsförhållandet, dvs. (den kontraktuella) arbetsgivaren.²⁰⁵⁰ De komplexa arbetsorganisationerna kan komma att förebåda förskjutningar i den arbetsrättsliga begreppsvärlden som förändrar de inbördes kopplingarna mellan lydnadsplikt, arbetsledningsrätt, anställningsavtalet (partsställningen) och arbetsorganisationen. Om nu lagstiftningen idag kan föreställa sig skyddsansvar för andra än kontraktuella arbetsgivare, då kan den i framtiden kanske föreställa sig ”arbetsgivar rättigheter” för andra än kontraktuella motparter?²⁰⁵¹ Framtiden får utvisa vilka förskjutningar som kommer att äga rum i relation till anställningsavtalets roll som centrum i regleringen av arbetslivet.

Det kontraktuella arbetsgivarbegreppets funktion i rättssystemet är således lika mycket att definiera vem som bär skyddsansvar, som att definiera vem som inte gör det, och det kan liknas vid regeln som grundlägger ägarens begränsade ansvar för ett bolags skulder.²⁰⁵² Adlercreutz formulering av (det kontraktuella) arbetsgivarbegreppet anknyter till just detta:

Arbetsgivaren är företagaren i en särskild funktion. Termen åsyftar endast hans relationer till de anställda, inte till andra intressentgrupper såsom leverantörer och kunder.²⁰⁵³

Glavå utvecklar resonemanget och framhåller att företag har flera roller (säljare, hyresgäst, gäldenär osv) och att arbetsgivarrollen är relaterad till en avtalstyp företag typiskt sett är part i, men också att

²⁰⁴⁹ Jfr diskussionen om anställningsförhållandet som ett statusförhållande där det särskilt framhålls att även om anställningen har sin grund i ett avtal så hämtar det i hög grad inte sitt innehåll från detta avtal. Se Svensäter, *Anställning och upphovsrätt*, 1991, s. 213 ff och Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*, 2013, s. 130.

²⁰⁵⁰ Jfr kapitel 5.2.1.

²⁰⁵¹ Jfr hur företagsledningsrätten brukar begreppsliggöras som ett ”anställningsavtalsnaturale”. Se Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 601 f med vidare hänvisningar, bl.a. till Numhauser-Henning och Fahlbeck.

²⁰⁵² Jfr 1 kap. 3 § 1 st. aktiebolagslagen (2005:551): ”I ett aktiebolag har aktieägarna inte något personligt betalningsansvar för bolagets förpliktelser.”

²⁰⁵³ Adlercreutz, *Svensk arbetsrätt*, 1968, s. 80. Delvis citerat av Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 593.

Arbetsgivarrollen är inte ens en del av företagets begrepp; företaget klarar sig utan arbetsgivarrollen.²⁰⁵⁴

Den analytiska poängen med att framhålla företagets olika roller är att det tydliggör att de arbetsrättsliga reglerna blir tillämpliga på nivån för verkställandet av företagets åtgärder i relation till arbetstagarna.²⁰⁵⁵ Vad som har motiverat detta agerande ligger bortom arbetsrättens reglering. Kopplingen mellan det kontraktuella arbetsgivarbegreppet och den här typen av ansvarsbegränsningar i relation till vissa roller har motiverat bl.a. Hepple att utveckla förslag om att en sorts företagsbegrepp bortom det begränsade ansvaret skulle kunna ersätta arbetsgivarbegreppet:

Another feature of the relationship would be that the "veil of corporate personality" would be pierced so far as the identity of the employer is concerned. The concept of an "undertaking" is already known to our labour law and it corresponds, broadly speaking, to what in Continental Europe is called the "enterprise." However, most of our existing legislation focuses legal rights and obligations on an individual proprietor or partnership or, usually, a corporate body. The nominal employer may be an empty legal shell stripped of its assets, while the real power of decision-making and the ability to pay wages rests in another company or person. The "employer" should therefore be defined (in clear and unequivocal language) as the company or other person or persons who has control of the undertaking in which the worker is employed. If there is doubt as to which person has such control the burden of proof should be on the person denying the power of control. An implication of this definition would be that the worker would retain rights on a change of control, e.g. a change in the share ownership of the controlling company.²⁰⁵⁶

Hepples förslag, som inte genomförts, om att göra subjektet som kontrollerar huvudmannaparten i anställningsavtalet till ansvarig för skyddet av arbetstagarna står i motsättning till grundläggande civilrättsliga principer, men är likväl belysande ifråga om utmaningar för konstruktionen av huvudmannabegreppet i reglerna om arbetstagar skydd.

En exklusivt kontraktuellt definierad placering av skyddsansvar – dvs. att den som inte är part i anställningsavtal inte är skyddsansvarig i relation till arbetstagare – diskuterar Collins i termer av "the capital boundary problem", nämligen att

²⁰⁵⁴ Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, s. 594.

²⁰⁵⁵ Jfr Glavås diskussion om företagsledningsrätten ur arbetsrättsligt perspektiv. Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, 1999, *passim*.

²⁰⁵⁶ Hepple, *Restructuring Employment Rights*, 1986, s. 69-83, s. 75. Referenser utelämnade här.

Firms enjoy considerable freedom both in law and in practice to determine the limits of their boundaries. A firm can decide to produce commodities or services within its own organisation or make contracts outside the firm with independent legal entities for the same work to be performed. Furthermore, a firm can operate through numerous corporate entities [...] No laws limit this freedom to organise production through external contractual relations with other firms or through subsidiaries. [...] the decision with respect to firm size also has a profound bearing on the potential liabilities of the company as a result of the limitation of legal responsibility to the firm's own actions and omissions. The capital boundary problem which arises consists of this: because the firm determines its own size, it also chooses the limits of its legal responsibilities, which in turn provides an open invitation for the evasion of mandatory legal duties.²⁰⁵⁷

Det kontraktuella arbetsgivarbegreppet i arbetsrätten kodifierar och förankrar det som Collins framhåller: företag har stora möjligheter att organisera sin försörjning av arbetsprestationer på sätt som innebär att de inte blir "arbetsgivare", och därmed inte bärare av det skyddsansvar som följer av denna ställning/roll.²⁰⁵⁸ Här ligger ett av motiven till skapandet av komplexa arbetsorganisationer.

För att personer som presterar arbete som arbetstagare inte ska bli utan skydd när de är verksamma i komplexa arbetsorganisationer måste arbetsrätten på något sätt förmå att hantera den situationen att en huvudman med stöd av företagsledningsrätten organiserat sin verksamhet så att denna inte är kontraktuell arbetsgivare i relation till arbetstagarna. Den mångfald av ansvarsrelationer utöver arbetsgivaransvaret som dagens arbetsrätt innehåller är svaret: för att hindra arbetsgivare från att välja att inte bära skyddsansvar för arbetstagare, så krävs kompletterande grunder för skyddsansvar. Dessa ansvarsgrunder bortom anställningsförhållandets partsställning kringskar företagsledningsrätten, i den meningen att (åtminstone ett visst) ansvar för arbetstagarskydd inte kan undkommas, även för den händelse det arbete man tillgodogör sig inte presteras inom ramen för anställningsavtal som man är part i. I och med att ansvarspositionen med anställningsavtalet som grund sedan lång tid tillbaka kompletteras av särskilt lagstadgade modeller för expansion av skyddsansvaret bortom anställningsförhållandets partsställning så är anställningsavtalet inte den enda faktor som utlöser skyddsansvar i relation till arbetstagare. En huvudman blir bärare av arbetsgivarliknande skyldigheter till följd av att denna tillgodogjort sig arbete på visst sätt.

Lagstiftarens hållning tycks ha varit att respektera anställningsavtalet som den viktigaste utlösande faktorn för skyddsansvar, och ingripa i situationer som, om endast den kontraktuella huvudregeln gällt, hade inneburit att arbetsrätten i prakti-

²⁰⁵⁷ Collins, *Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration*, 1990, s. 731-744, s. 736f.

²⁰⁵⁸ Det är vidare en annan sak att uppdragsavtal inte bara är tillåtna och legitima utan i vissa avseenden även framburna av statsmakterna som särskilt betydelsefulla. Se t.ex. prop. 2008/09:62.

ken hade lämnat arbetstagaren utan skydd. Utvidgning av skyddsansvaret avseende arbetstagare bortom anställningsförhållandets partsställning har krävt att lagstiftaren agerat och utfärdat uttrycklig lagreglering; domstolarna har inte tolkningsvägen kunnat utsträcka arbetsrättens tillämplighet till att avse andra subjekt än den kontraktuella arbetsgivaren. Den ansvarsexpanderande lagstiftningen bör därför uppfattas som att den konsoliderar den kontraktuella utgångspunktens ställning avseende ansvarsplaceringen. Dessutom gäller att om lagstiftaren inte agerat på någon viss punkt så ska det kontraktuella arbetsgivarbegreppet gälla.

Skyddsansvaret avseende arbetstagare fördelas således på antingen den kontraktuella motparten, eller på detta subjekt och samtidigt på ett subjekt som samarbetar med denna – och inte på något annat än dessa. Grunden för ansvaret är i det första fallet anställningsavtalet och i det andra samarbetsrelationen mellan den kontraktuella arbetsgivaren och en annan huvudman. Den här ansvarsrelationen bortom anställningsavtalet kommer till uttryck i de särskilt föreskrivna pliktsubjekten som expanderar det ansvar som traditionellt varit exklusivt förknippat med ställningen som kontraktuell arbetsgivare. Någon annan grund för skyddsansvar i relation till arbetstagare föreligger inte.

Systemet för ansvarsfördelning på subjekt bortom anställningsförhållandets partsställning är framtaget mot bakgrund av ett antagande om att det föreligger ett subjekt som bär hela den kontraktuella arbetsgivarens ansvar, och är tänkt att gälla parallellt med detta. De kompletterande ansvarsordningarna får inte utvecklas till en form av substitut för det kontraktuella arbetsgivaransvaret. Eftersom ansvarsrelationerna bortom anställningsavtalets partsställning idag kommit att utvecklas till ett så omfattande och nyanserat regelverk låter det sig sägas att det kontraktuellt grundade skyddsansvaret i arbetslivet gäller sida vid sida med ett ur praktisk synvinkel lika betydelsefullt ansvarssystem som gäller bortom anställningsförhållandet.

5.4.2 Regleringen av komplexa arbetsorganisationer: Skyddsansvar för arbetstagare bortom anställningsavtalet

Även i komplexa arbetsorganisationer, som alltså karaktäriseras av att arbetstagaren står i samband med flera huvudmän och t.ex. är verksam hos en annan huvudman än det subjekt som utgör dennas kontraktuella arbetsgivare, placerar den kontraktuella utgångspunkten arbetsgivarens skyddsansvar. Begränsningen förknippad med det kontraktuella arbetsgivaransvaret innebär i detta sammanhang att endast sådan makt och påverkan osv. i relation till arbetstagaren som utövas av motparten i anställningen omfattas av skyddsreglerna, samtidigt som det i arbetsorganisationen faktiskt utövas arbetsgivarliknande funktioner av subjekt som inte är den kontraktuella arbetsgivaren.

I det här läget finns två alternativ. Maktutövningen med ursprung hos någon annan än den kontraktuella arbetsgivaren kan bortdefinieras som irrelevant och icke-existerande ur arbetsrättslig synvinkel. En utrerat arbetsrättslig analys kunde ge vid handen att endast sådan makt och inflytande som utövas på arbetstagaren och arbetsorganisationen, som emanerar direkt från motparten i anställningsavtalet är relevant och att allt annat ligger utanför dessa skyddsreglers räckvidd. En mer dynamisk analys utgår istället från att bara för att en viss maktutövning som riktas mot arbetstagarna inte låter sig förklaras med den arbetsrättsliga begreppsapparaten – arbetsrätten befattar sig ju endast med anställningsförhållandet – så ska den inte stämplas som irrelevant och bortom regleringen. Alternativet till att bortdefiniera arbetstagarnas utsatthet som varandes utanför ”arbetsrätten”, är att stifta regler som expanderar skyddsansvaret till att avse andra än (underförstått den kontraktuella) ”arbetsgivaren”. Varje diskussion om skyddsansvarets utsträckning och placering är således samtidigt också en diskussion om arbetsrättens natur och gränser.

Ansvarsrelationerna bortom anställningsavtalet utgår från att makt som inte har anställningsavtalet som omedelbar grund faktiskt utövas i arbetsorganisationer, och att denna maktutövning måste regleras på något sätt. Arbetsrätten uppdateras till att utgöra en motvikt mot underordning och ojämlikhet i arbetsorganisationer, men utanför anställningsavtalets partsställning. Idag är inte arbetsrätten lika med endast de rättigheter och skyldigheter som uppstår i och med anställningsförhållandet: i komplexa arbetsorganisationer gäller regler bortom denna avtalsrelation, och det är rimligt att dessa regler uppfattas som delar av arbetsrätten. Det expanderade ansvaret utgör ju inget annat än en uppdatering av anställningsskyddet, diskrimineringsförbudet och arbetsmiljöreglerna så att dess syfte och målsättningar kan förverkligas också i den fragmenterade arbetsmarknadens komplexa arbetsorganisationer: personer som presterar arbete under ojämlikhet förtjänar att omfattas av skyddsregler i relation till huvudmannen i arbetsorganisationen, oavsett om detta är den kontraktuella arbetsgivaren eller någon annan.

Komplexa arbetsorganisationer karaktäriseras av en form av glapp mellan den faktiska arbetsorganisationen och den rättsliga placeringen av skyddsansvaret, dvs. det kontraktuella arbetsgivarbegreppet. Regler som gäller mellan (kontraktuell) arbetsgivare och arbetstagare blir mindre viktiga för skyddet när arbetstagarna inte är verksamma hos sin arbetsgivare. När lagstiftaren som svar på detta placerade skyddsansvar avseende arbetstagarna på andra än den kontraktuella arbetsgivaren, så innebar det att man reglerade det som Collins (med hänvisning till sociologins klassiker Weber) talar om i termer av byråkratisk makt i anställningsförhållandet. En arbetstagare inordnar sig i en existerande organisation och tilldelas en position och uppgifter som ges av organisationens struktur i sig, och detta framstår som

delvis frikopplat från någon tydlig överenskommelse mellan arbetstagaren och organisationen (dvs. anställningsavtalet).²⁰⁵⁹ Collins fortsätter;

Bureaucratic power is a product of how much power is assigned to particular role by the rules of the organisation and how adroitly the person occupying the role can manipulate others to achieve his goals within the framework of rules. Like other political systems, bureaucratic power depends ultimately for its existence upon an acceptance by members of the organisation of the legitimacy of the authority of those higher up in the system of ranks and of the system itself.²⁰⁶⁰

Arbetsmiljörättens regler om skyddsansvar för den som råder över en arbetsplats (gemensamt arbetsställe) eller hyr in arbetskraft och diskrimineringsrättens skyddsansvar för inlånare och inhyrare av arbetskraft är viktiga uttryck för arbetsrättslig hantering av byråkratisk makt, som inte är utövad med stöd direkt i anställningsavtal av den som är huvudmannapart i detta avtal. Den omständighet som utlöser skyddsansvaret är inte anställningsavtalet, utan det faktum att huvudmannen (inlånaren, den som råder osv) kan utöva påverkan på arbetstagarens ställning i arbetsorganisationen. Grunden för ansvaret är ofta arbetstagarens fysiska närvaro hos huvudmannen (inlånaren, inhyraren, t.ex.) eller att huvudmannen på annat sätt står i kontakt med arbetstagaren (t.ex. vid utväljande av vem som ska lånas/hyras in). Den här konstruktionen av gränsdragningen kring ansvaret ger effekten att huvudmannen får ansvar för arbetstagare hos verksamheter som denna har ett organiserat samarbete med. En kontraktuell arbetsgivare bär skyddsansvar för sina egna anställda, men också anställda hos företag denna samarbetar med – samtidigt som detta sistnämnda företag bär den kontraktuella arbetsgivarens ansvar för sina arbetstagare. Detta företagssamarbete utgör inlåning eller inhyrning av arbetstagare och arbetet presteras hos ett annat subjekt än den kontraktuella arbetsgivaren. Det är oomstritt att de arbetspresterande är arbetstagare, men anställningsavtalet är slutet med ett frånvarande subjekt.

Ansvaret för arbetsmiljö och icke-diskriminering bortom anställningsförhållandets partsställning bygger på a) ett anställningsavtal, b) arbete i den kontraktuella arbetsgivarens intresse, men c) presterat utanför den kontraktuella arbetsgivarens verksamhet, hos ett subjekt som denna samarbetar med. Anställningsskyddet följer dock ett annat mönster; dessa regler gäller endast i anställningsförhållandets partsställning, och endast den kontraktuella arbetsgivaren bär ansvaret för anställningstrygghet. För att tala med Collins kan den byråkratiska maktutövningen över en arbetstagare ännu inte omvandlas till ett ansvar för anställningstrygghet avseende denna.

²⁰⁵⁹ Collins, *Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment*, 1986, s. 1-14.

²⁰⁶⁰ Collins, *Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment*, 1986, s. 1-14, s. 2.

Koncernerna följer ett eget mönster; det utökade ansvaret bortom anställningsförhållandets partsställning utlöses av företagssamarbeten och inte av bakomliggande ägandeförhållanden eller intressegemenskaper som må följa därav. Arbetsorganisationer som är koncerner regleras med stöd av det kontraktuella arbetsgivarbegreppet – men om koncernbolagens (de olika kontraktuella arbetsgivarna, alltså) verksamhet utövas som en entreprenad, utöver bolagsgränserna, så kan det expanderade ansvaret utlösas på denna grund. Endast om en koncerns verksamhet är sammanblandad över bolagsgränserna och arbetskraften är verksam hos andra subjekt än sina respektive kontraktuella arbetsgivare blir det expanderade skyddsansvaret tillämpligt. Endast det bakomliggande ägandeförhållandet motiverar enligt gällande svensk arbetsrätt inte någon särskild hantering av placeringen av skyddsansvaret. Koncernarbetsrätt förekommer inte i svensk lagstiftning.

Ansvaret för anställningstrygghet är exklusivt kontraktuellt definierat. En huvudmans byråkratiskt grundade makt över en arbetstagare innebär inte att denna blir ansvarig för anställningstrygghet. Sannolikt är det anställningsskyddslagstiftningens nära och starka koppling till avtalet och reglernas karaktär av uppsägningsförbud som ligger bakom detta förhållande. Endast den som är part i allmän civilrättslig mening i avtalet kan omfattas av anställningsskyddsreglernas skyldigheter, och partsställningen är odelbar och binär; antingen är man part, eller inte.

Ansvaret att avhålla sig från och motarbeta diskriminering är både kontraktuellt och rumsligt – byråkratiskt – definierat. Utmärkande för diskrimineringsrättens målsättningar är att det är oproblematiskt att kräva att också en aktör som endast utövar byråkratisk makt över en arbetstagare uppfyller dem. I diskriminerings-sammanhang är det möjligt att flera subjekt parallellt bär samma skyldighet; att avhålla sig från att diskriminera (sådan det definieras i lagstiftningen). Flera subjekt kan samtidigt vara skyldiga att avhålla sig från diskriminering som inte har omedelbar koppling till resursfördelning. Däremot kan endast det subjekt som fattar beslut om resursfördelning göra sig skyldig till diskriminering ifråga om just denna fördelning. I sammanhanget är det viktigt att beakta att diskrimineringsrätten delvis verkar genom att omdefiniera vad som överhuvudtaget ska anses utgöra en kostnad.²⁰⁶¹

Karaktäristiskt för arbetsmiljörätten är att det är möjligt att begära att ett subjekt som utövar endast byråkratisk makt över en arbetstagare uppfyller reglernas krav. Kostnader för arbetsmiljöarbete är möjliga (låt vara att detta kan vara komplicerat i praktiken) att dela och ansvaret för en och samma arbetsmiljöfaktor kan därför vila på flera olika subjekt samtidigt. Det är förknippat med kostnader att uppfylla arbetsmiljöreglernas krav (att avhålla sig från att bryta mot reglerna), och dessa kostnader kan beräknas och fördelas mellan de huvudmän som är verksamma i

²⁰⁶¹ Jfr kapitel 5.2.2.

arbetsorganisationen, och på så sätt är det möjligt att flera subjekt kan ansvara samtidigt.

5.4.3 Lagstiftningstekniska strategier för placering av skyddsansvar i arbetslivet

Förutom den tysta huvudregeln om det kontraktuella arbetsgivarbegreppet har lagstiftaren använt ett flertal lagtekniska grepp för att definiera den arbetsrättsligt relevanta huvudmannen och placera skyddsansvar avseende arbetstagare.

För det första; ett sätt att överföra och förankra den gängse arbetsrättsliga partsställningen i en ny kontext är att direkt i en legaldefinition föreskriva vilket subjekt som ska vara arbetsgivare. I bemanningsarbetet, t.ex., så föreskrivs uttryckligen att bemanningsföretaget är arbetsgivare (och då blir den tysta huvudregeln om att arbetsrättens skyddsregler gäller för detta subjekt tillämplig) och att kundföretaget *inte* är arbetsgivare.²⁰⁶²

För det andra föreligger tekniken att utforma ett begrepp – t.ex. verksamhet, arbetsställe – att använda istället för 'arbetsgivare' och sedan knyta rättsverkningar till det. Ett sådant begrepp kan i princip förhålla sig på olika sätt (större, mindre) till de bakomliggande rättsliga utgångspunkterna (de yttre gränserna för motpartens i anställningsavtalet juridiska person). Arbetsmiljöansvar är delvis reglerat på detta sätt med ett rumsligt definierat ansvar: den som råder över en viss plats bär ett visst ansvar.²⁰⁶³ Driftsenhetsbegreppet i anställningsskyddet är underordnat den kontraktuella utgångspunkten: driftsenheten kan inte vara större än den kontraktuella arbetsgivarens juridiska person.²⁰⁶⁴

För det tredje kan lagstiftaren expandera skyddsansvarets utsträckning genom att föreskriva att arbetsrättsliga regler ska gälla mellan en arbetstagare och ett annat subjekt än arbetsgivaren, t.ex. inlånare och inhyrare.²⁰⁶⁵ Den här modellen kan placera olika mycket av de gängse arbetsrättsliga förpliktelserna på någon viss huvudman. Definitionen av huvudmannen blir i sammanhanget viktig.

För det fjärde kan den kontraktuella utgångspunkten både konsolideras och i viss mening expanderas genom utfärdandet av särskilda regler om vem som ska anses representera en viss huvudman och kunna ådra detta ansvar vid regelöverträdelser

²⁰⁶² Legaldefinitionen i 1 § och 5 § lagen (2012:654) om uthyrning av arbetstagare och 2 § lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, samt direktiv 2008/104/EG.

²⁰⁶³ Rådighetsansvaret i 3 kap. 7 d § arbetsmiljölagen (1977:1160). Jfr även 3 § lagen (1949:345) om rätten till arbetstagares uppfinningar och Bruun, *Uppfinnarrätt i anställningsförhållande*, 1982, s. 102-105.

²⁰⁶⁴ Se kapitel 2.2.4.1-2.

²⁰⁶⁵ Se kapitel 2.5.1, kapitel 3.5.1, kapitel 4.5.1.

i relation till arbetstagarna. Resultatet blir att ett subjekts agerande utlöser ansvaret, och att detta leder till att den kontraktuella arbetsgivaren blir betalningsansvarig. Diskrimineringslagen är uppbyggd på detta sätt.²⁰⁶⁶

För det femte förekommer 'som om'-lösningen; dvs. att det föreskrivs att en viss arbetstagare ska räknas eller anses som anställd på något visst ställe, oavsett vem som är motpart i anställningsavtalet. Denna modell syns i arbetsmiljöansvar för bemanningsanställda och i arbetsrättsliga tröskelbegrepp.²⁰⁶⁷

För det sjätte kan införande av en form av indirekt ansvar mellan två subjekt utgöra ett pragmatiskt sätt att omfördela incitament att agera på visst sätt, utan att det måste till förändringar av den grundläggande begreppsbyggnaden för arbetsgivar-
ren. Moderbolags indirekta ansvar för dotterbolags skyldigheter mot facket vad gäller information och förhandling och samråd är ett exempel. Dotterbolaget kan inte värja sig mot krav om information med hänvisning till koncernförhållandet, och skadeståndet för underlåtenhet att informera drabbar ju indirekt koncernen som helhet och de övriga koncernbolagen.²⁰⁶⁸

För det sjunde kan föreskrivas att två eller fler subjekt ska vara bärare av ett solidariskt ansvar för någon viss förpliktelse, t.ex. som i verksamhetsövergångsreglerna.²⁰⁶⁹ Solidariskt ansvar är en princip som kan användas i underentreprenadansvar om lön; ett subjekts ansvar för en annans arbetsrättsliga förpliktelse kan vara solidariskt med eller subsidiärt till ett annat subjekts ansvar.²⁰⁷⁰

För det åttonde kan lagstiftaren laborera med en likabehandlingsprincip avseende arbetstagare med olika kontraktuella arbetsgivare. Regleringen av bemanningsarbete är ett exempel.²⁰⁷¹ Om denna princip förverkligas, spelar det ofta mindre roll vilket subjekt som faktiskt är part i anställningsavtalet. Inte heller har det avgörande betydelse vem som ansvarar för att förverkliga likabehandlingsprincipen (insolvens skulle kunna vara av betydelse). Modellen står i viss kontrast till tanken att det är viktigt att det finns flera rättsliga former för köp av arbete.

²⁰⁶⁶ Se kapitel 3.2.2.1-2.

²⁰⁶⁷ 3 § lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda samt direktiv 2008/104/EG art. 7.2 (som inte utnyttjats i svensk rätt, se SOU 2011:5, s. 182).

²⁰⁶⁸ Direktiv 1998/59/EG, art. 2.4, samt 10-22 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 353, AD 1978 nr 29, AD 1978 nr 156, AD 1978 nr 157, AD 1979 nr 1, AD 2003 nr 40.

²⁰⁶⁹ Direktiv 2001/23/EG och 6 b § lagen (1982:90) om anställningsskydd.

²⁰⁷⁰ Jfr direktiv 2009/52/EG och direktiv 2014/67/EU, COM(2012) 131.

²⁰⁷¹ Direktiv 2008/104/EG art. 5. Se även direktiv 1991/383/EEG art. 1.2, art. 2.

5.4.4 Nytt vin i gamla läglar? Arbetstagarbegreppet och arbetsgivarbegreppet i gig-ekonomin

Arbetsmarknaden förändras, och arbetsrätten med den – och som Klare påpekar gäller det även de grundläggande begreppen i lagstiftningen:

In performing their joint activity, employer and employee not only make widgets but also construct or enact the employment relationship itself and its principals, the identities of ‘employer’ and ‘employee’. These identities are not entirely exogenous to productive activity or labour markets. They are partially constituted by the legal rules and discourses.²⁰⁷²

Det fragmenterade arbetslivets fortsatta utvecklingsprocesser kommer med stor sannolikhet att presentera nya varianter av frågeställningen om var skyddsansvaret i relation till personer som presterar arbete som arbetstagare ska vara placerat.²⁰⁷³ Den samtida arbetsmarknaden innehåller exempel på affärsupplägg som går ut på att arbetstagaren står i samband med ett flertal subjekt som utövar delar av arbetsgivarrollen och som därför kan komma ifråga för att vara arbetsgivare. Om den s.k. delningsekonomin eller ’gig economy’²⁰⁷⁴ blir verklighet uppstår nya frågor om både förmedlingsföretagens och konsumentens roll och ansvar i relation till den arbetande.²⁰⁷⁵ Dessutom uppvisar redan idag arbetsmarknaden exempel – ’Hyr din arbetsgivare’²⁰⁷⁶, ’payrolling’²⁰⁷⁷, bemanningsföretag eller entreprenadföretag med kontoret ’på fickan’²⁰⁷⁸ – på arbetsförhållanden i vilka den kontraktuella arbetsgivaren rent faktiskt utgörs av ett flyktigt och osjälvständigt rättssubjekt som dessutom ofta ändå inte utövar många av de traditionella arbetsgivarfunktionerna. I vissa fall förekommer på huvudmannasidan andra, ofta mer stabila och solida, subjekt som faktiskt utövar någon eller några arbetsgivarfunktioner, t.ex. tillgodo- gör sig arbetet, medan i andra fall så förekommer i praktiken en betydelsefull

²⁰⁷² Klare, *The Horizons of Transformative Labour and Employment Law*, 2002, s. 3-29, s. 12.

²⁰⁷³ Jfr kapitel 1.2.6.

²⁰⁷⁴ COM(2016) 356, Eurofound, *New Forms of Employment*, 2015, De Stefano, *The Rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, Crowdwork and Labour Protection in the “gig-economy”*, 2016.

²⁰⁷⁵ Den svenska regeringen nämner endast i förbifarten arbetsrätten i direktiven till de relevanta utredningarna, och förefaller därmed underskatta de arbetspresterandes behov av skydd i delningsekonomin och vilka implikationer detta behov bör få för utformningen av framtida lagstiftningsinitiativ. Se dir. 2015:81, dir. 2015:136, dir. 2016:70.

²⁰⁷⁶ Se exempelvis Svenskt Näringsliv, Hyr din arbetsgivare – slipp f-skattsedel, 19 mars 2008. Bland företag som år 2017 erbjuder tjänsten “hyr din arbetsgivare” återfinns FrilansFinans och Bolags-Kraft.

²⁰⁷⁷ Kullmann, *Extending Working Life. The Dutch Government’s Response*, 2016, s. 31-51, s. 38, fn 36.

²⁰⁷⁸ Jfr om detta fenomen t.ex. Nordiska utredningar, A 1978:5 *Uthyrnings- och entreprenadföretag i Norden. ”Grå arbetskraft”*, 1978, Nordiska utredningar, 1983:7 *Grå verksamhet*, 1984.

grupp avnämare på huvudmannasidan. Det kan vidare förekomma koncernbildningar där de olika bolagen i allt väsentligt är osjälvständiga – finansiellt och styrningsmässigt – i relation till något eller några av koncernens bolag. Det föreligger således en uppsättning situationer i vilka frågor om arbetsgivaridentiteten blir viktig: kanske arbetsförhållandet saknar utpekad arbetsgivarpart eller den exklusivt kontraktuella utgångspunkten för placeringen av arbetsgivaransvar framstår som otillräcklig.

Således; kan en diskussion med utgångspunkt i arbetsgivarbegreppet belysa dessa fenomen? Hur kan det klassiska arbetsrättsliga arbetsgivarbegreppet analyseras i detta utvecklingsperspektiv? Finns det utrymme att utveckla systemimmanenta²⁰⁷⁹ lösningar avseende arbetsgivaransvaret inom ramen för den befintliga arbetsrätten, som skulle kunna användas för att hantera uppkommande problem kring placeringen av ansvaret att respektera arbetsrättens regler? Vilka principer och riktlinjer bör prägla diskussionen kring eventuella framtida glapp mellan rättsliga utgångspunkter och faktiska förhållanden i arbetslivet?²⁰⁸⁰

Begreppsloggörandet av ansvarsplaceringen i regleringen av arbetslivet aktualiserar frågeställningar av delvis rättsfilosofisk karaktär. Diskussionen om arbetsgivarbegreppet löper risk att falla i en av två fällor. För det första kan det rättsliga perspektivet dras för långt och därmed utvecklas till ytlig legalism som innebär att arbetstagarens motpart i anställningsavtalet är den enda som kan uppfattas som arbetsgivare och att ”arbetsgivarfunktioner” som utövas av något annat subjekt blir obegripliga eller osynliga ur (arbets-)rättslig synvinkel. För det andra kan det empiriska perspektivet dras för långt ifråga om det subjekt som utövar arbetsgivarfunktioner utan att vara arbetstagarens motpart i anställningen: responsen kan här komma att bli att helt enkelt kräva att den som faktiskt agerar ”såsom arbetsgivare” (utövar någon eller några arbetsgivarfunktioner) också ska ”vara” arbetsgivare i rättslig mening. Problemet med den här (i och för sig förståeliga) reaktionen och den efterföljande rättsliga analysen är att den lätt kommer i strid med principen i den s.k. Humes giljotin som hindrar att normativa/etiska slutsatser härleds från påstående uteslutande om faktaförhållanden.²⁰⁸¹ Två aktuella exempel illustrerar utmaningarna för det rättsliga begreppsloggörandet av arbetsgivaren. Jenum Hotvedt uppfattar arbetsgivarbegreppet som en form av mellanbegrepp och uttalar således att

²⁰⁷⁹ Se kapitel 1.5.3.

²⁰⁸⁰ Se kapitel 1.2.6.

²⁰⁸¹ Jfr Fudge, *The Concept of the Employer* by Jeremias Prassl [Oxford: Oxford University press, 2015, xxvii + 231 pp, hardback, £66, ISBN 9780198735533], 2016, s. 270-276, Collins, A Review of The Concept of The Employer by Dr Jeremias Prassl, 2015, Black, The Gap Between “Is” and “Should”, 1964, s. 165-181.

Med utgangspunkt i de pliktene ordet ”arbeidsgiver” er knyttet til, diskuterer jeg fellestrekk og forskjeller ved rettsfakta som utløser slike plikter. Jeg sorterer nyanse i arbeidsgiverbegrepet ved å fremheve typiske sammenhenger mellom rettsfakta (grunnlag for arbeidsgiverplikt) og rettsvirkninger (selve arbeidsgiverpliktene).²⁰⁸²

Prassls forslag på ett ”flexible, functional concept” avseende arbeidsgivaren lyder istället

the entity, or combination of entities, playing a decisive role in the exercise of relational employing functions, as regulated or controlled in each particular domain of employment law.²⁰⁸³

Frågor om placeringen av ansvar som arbeidsgivere kan således inte på något självklart och omedelbart sätt hanteras med stöd av ”arbeidsgiverbegrepet”. Inte desto mindre har lagstiftaren anledning att studera de arbeidsgivardefinitioner som föreslagits av forskningen.

Arbetsrätten kan emellertid inte passivt bevittna hur ”arbeidsgivarfunksjoner” utövas över arbeidstagarna (av en ”ikke-arbeidsgiver”, alltså utan att reagera; det skulle ju innebära att reglerna kapitulerade och accepterade en uppfattning om att makt är rätt²⁰⁸⁴ – och detta skulle stå i konflikt med det arbeidsrättsliga omdaningsprosjektet avseende arbeidslivets inneboende maktbalanser.²⁰⁸⁵ Om nu arbeidsgiverbegrepet inte kan användas direkt för att lösa problem kring ansvarsfördelning då flera subjekt förekommer på hovedmannasidan i relation till arbeidstageren,²⁰⁸⁶ vilken roll skulle arbeidsgivarbegrepet då kunna spela i rättstillämpningen i situationer där det handlar om att identifiera ett eller annat subjekt som bärare av skyddsansvar i relation till arbeidskraften? Hur skulle rättstillämparen i en svensk kontext kunna resonera inom ramen för gällande rätt, för att placera skyddsansvar för arbeidstager i en situation då det förekom flera tänkbara subjekt på hovedmannasidan?²⁰⁸⁷

En inledande synpunkt hämtas från den internationella arbetsrätten. ILO:s rekommendation om anställningsförhållandet kräver av staterna att den nationella lagstiftningen som ett minimum ska innehålla mekanismer som är kapabla att

²⁰⁸² Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, 2016, s. 39.

²⁰⁸³ Prassl, *The Concept of the Employer*, 2015, s. 155.

²⁰⁸⁴ Jfr Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, s. 103.

²⁰⁸⁵ Jfr Kahn-Freund, *Labour and the law*, 1977, Malmberg, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om?*, 2010.

²⁰⁸⁶ Jfr Prassl & Risak, Uber, Taskrabbit, and Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, 2016, s. 619–652.

²⁰⁸⁷ Jfr Jenum Hotvedt, *Utfordringene i formidlingsøkonomien: Arbeidsgiverplikter for Uber?*, 2016, s. 327–338, Davidov, *The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach*, 2017.

ensure standards applicable to all forms of contractual arrangements, including those involving multiple parties, so that employed workers have the protection they are due.²⁰⁸⁸

Departementschefen har uttalat att svensk arbetsrätt uppfyller denna rekommendation och att den därför inte förutsätter några åtgärder, med hänvisning till att

Sverige har ett väl etablerat arbetsrättsligt system samt en väl förankrad metod för att fastställa förekomsten av ett anställningsförhållande.²⁰⁸⁹

Det betyder att den gängse metoden för att fastställa förekomsten av ett anställningsförhållande också ska användas för att garantera att det i komplexa arbetsorganisationer ska gå att finna ett subjekt att i egenskap av arbetsgivare hålla ansvarigt för arbetstagar skyddet.²⁰⁹⁰ Fokus riktas således här mot arbetstagarbegreppet, som utgör gränsdragningen kring arbetsrättens skyddsregler.²⁰⁹¹ Lagstiftaren utgår själv från att tillämpningen av arbetstagarbegreppet (i situationer där flera subjekt förekommer på huvudmannasidan i anställningsförhållandet; i s.k. mellanmansfall²⁰⁹²) har bäring på vad som är ”den mest ändamålsenliga placeringen av arbetsgivaransvar”.²⁰⁹³ Frågan om vem av flera tänkbara huvudmän som ska anses vara arbetsgivare, har i den svenska kontexten således alltid uppfattats som en del av den problematik som arbetstagarbegreppet är satt att förvalta. Adlercreutz har ifråga om placeringen av ansvaret som arbetsgivare diskuterat att

... man [kunde] tänka sig att knyta rättsföljder direkt till ett arbetsförhållande, till förekomsten av det faktum att en person – på visst sätt – användes till arbete för annans räkning. Såvitt angår tillämpningen av *tvingande* regler, kan frågan om rätt eller lämplig ansvarsplacering anses vara den viktigaste.²⁰⁹⁴

²⁰⁸⁸ ILO Employment Relationship Recommendation, 2006, No. 198, art. 4.c. Se om nationella exempel på lagstiftning; International Labour Office/European Labour Law Network, *Regulating the Employment Relationship in Europe: A Guide to Recommendation No. 198*, 2013, s. 16-19.

²⁰⁸⁹ Prop. 2007/08:69, s. 16.

²⁰⁹⁰ Jfr kapitel 1.1.1.

²⁰⁹¹ Jfr hur i Storbritannien en Employment Tribunal tillämpat arbetstagarbegreppet på Ubers chaufförer. Se Employment Tribunals between Aslam, Farrar & Others and Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, Case Nos: 2202550/2015 & Others, Reasons for the reserved judgment on preliminary hearing sent to the parties on 28 October 2016. Även Fenwick aktualiserar ILO:s rekommendation om anställningsförhållandet i relation till frågor om arbetsgivarbegreppet. Se Fenwick, *The Concept of the Employer*. By Jeremias PRASSL, 2016, s. 163-166.

²⁰⁹² Jfr kapitel 2.4.3.

²⁰⁹³ Prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 309.

²⁰⁹⁴ Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 209. Referenser utelämnade här. Kursiverat i original.

Redan den klassiska framställningen av arbetstagarbegreppet utgår från antagandet att tillämpningen av detta begrepp utgör den rättsliga form inom vilken frågor om arbetsgivaransvarets placering kan hanteras. Adlercreutz framställning framhåller att arbetsgivaransvarets placering är en problematik i egen rätt som ska hanteras utifrån vad som ur arbetsrättslig synvinkel är mest rimligt, och att saken inte handlar om endast en tillämpning av avtalsrätten och fullmaktsläran.

Mot denna bakgrund fyller föreställningar om arbetsgivarbegreppet en funktion i tillämpningen av arbetstagarbegreppet, genom att utgöra en uppsättning antaganden om den arbetsrättsliga huvudmannen. De rättsliga bedömningar som görs med stöd av arbetstagarbegreppet blir således den rättsliga formen för att hantera det som Fudge efterfrågat för arbetsrättens del:

... there is a need to go beyond contract and the corporate form, and adopt a relational and functional approach to ascribing employment-related responsibilities in situations involving multilateral work arrangements in employing enterprises.²⁰⁹⁵

I rättslig argumentation som syftar till att placera arbetsgivaransvar fungerar arbetsgivarbegreppet som ett antagande om rätten; särskilt utgångspunkten att arbetsgivaransvar är en samlande beteckning på olika beståndsdelar av det skydd en arbetstagare har rätt att förvänta sig att arbeta under. Betraktad ur annan synvinkel låter sig, återigen med Adlercreutz, arbetsgivarbegreppet beskrivas som en uppsättning funktioner:

”Arbetsgivaren” kan sägas egentligen vara en sammanfattande beteckning på en rad funktioner, som icke behöver vara samlade på en hand. [...] En arbetsgivare är – i motsats till en arbetstagare – icke alltid en person utan ett samlande uttryck för olika funktioner, som kan vara uppdelade på olika subjekt, både fysiska och juridiska personer. I den mån avtalsfrihet är för handen, kan funktionerna och ansvaret för deras fullgörande utplaceras enligt vanliga avtalsrättsliga regler. I den mån arbetsgivarförpliktelser följer av tvingande rättsregler, är det fullt möjligt – och kanske stundom även ändamålsenligt – att differentiera så att arbetsgivarförpliktelserna icke i samtliga fall behöver placeras på samma subjekt, men givetvis föreligger i denna situation i allmänhet starka skäl för en fast ansvarsplacering.²⁰⁹⁶

Kärnan i den rättsliga dimensionen av antagandet om arbetsgivaren är att arbetsgivarbegreppet är beteckningen på olika aspekter av huvudmannens roll i arbetsförhållandet och att denna kan delas upp och fördelas på olika subjekt. En annan sida i antagandet om huvudmannen vid tillämpningen av arbetstagarbegreppet handlar således om faktiska förhållanden: arbetsgivarbegreppet utgår från att ar-

²⁰⁹⁵ Fudge, *Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation*, 2006, s. 609-648, s. 636.

²⁰⁹⁶ Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 22, med referenser utelämnade här, samt s. 204.

betsgivarfunktioner i praktiken kan utövas av ett subjekt som inte är angivet som part i anställningsavtalet. Antagandet om de faktiska förhållandena blir med andra ord att verkligheten inte alltid motsvarar en förståelse av arbetsgivaren som enhetligt, sammanhållet och uteslutande kontraktuellt och att arbetsgivarfunktioner i detta avseende kan utövas bortom anställningsförhållandets partsställning.

Reglerna om Arbetsdomstolens behörighet utgår inte från något arbetsgivarbegrepp²⁰⁹⁷ som skulle hindra domstolen från att ta upp en tvist om arbetsgivaransvar ska placeras på något visst subjekt, eller på ett annat. Tvister om huruvida ett anställningsförhållande föreligger eller ej handläggs som en arbetstvist.²⁰⁹⁸ Vidare; en tvist i vilken det är tvistigt vem som är rätt arbetsgivare är en arbetstvist, och frågan om vilket subjekt som är rätt arbetsgivare hör till själva sakprövningen (dvs. inte en fråga om rättegångshinder; målet avgörs och avvisas inte). En tvist med grund i ett anställningsförhållande utgör en arbetstvist så snart arbetstagaren framför påstående om att hon är anställd hos motparten.²⁰⁹⁹ En arbetstagare kan på detta sätt rikta sin talan mot ett subjekt i en komplex arbetsorganisation och göra gällande att detta ska anses vara arbetsgivaren.

Även den yttersta principen för hanteringen av placeringen av arbetsgivaransvaret i vissa komplexa arbetsorganisationer kan hämtas från Adlercreutz framställning om arbetstagarbegreppet:

Den ledande synpunkten skulle vara, att huvudmannen ej skall kunna undgå arbetsgivarförpliktelserna genom att överantvarda arbetsuppgiften på en mellanman, såvida denna icke i realiteten har en fullt självständig ställning och därmed genomsnittligt sett torde vara ett lämpligt subjekt för förpliktelserna.²¹⁰⁰

Tillämpningen av arbetstagarbegreppet framstår som resultatorienterad: någon rättsförlust ur arbetstagarens synvinkel ska inte äga rum av det skälet att det föreligger flera subjekt på huvudmannasidan i anställningsförhållandet. Även ILO-rekommendationen om anställningsförhållandet bygger på detta synsätt, och dessutom får detta också anses följa redan av arbetsrättens tvingande karaktär. Arbetstagarbegreppet ska ju vara den enda gränsdragningsmekanismen avseende arbetsrätten: tillämpningsområdet för skyddsregler ska avgöras med beaktande av omständigheter på den arbetspresterandes sida i arbetsförhållandet. Den här principiella synpunkten avseende arbetsgivaransvaret anknyter till en grundläggande

²⁰⁹⁷ Malmberg, 1 kap. 1 §, 2005, s. 47-60, s. 50.

²⁰⁹⁸ Prop. 1974:77, s. 138.

²⁰⁹⁹ Malmberg, 1 kap. 1 §, 2005, s. 47-60, s. 55f. AD 1975 nr 30, AD 1976 nr 15, AD 1976 nr 37, AD 1976 nr 41, AD 1976 nr 128, AD 1977 nr 5, AD 1977 nr 8, AD 2009 nr 14.

²¹⁰⁰ Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 209, likartat på s. 304f: "En företagare skall icke genom att överlämna arbetsuppgifter och arbetsgivarfunktioner till en osjälvständig mellanman kunna undgå arbetsgivaransvar."

tanke bakom civilrättens regler om representation och fullmakt: en huvudman bör inte få fördelar i affärslivet genom att låta sig företrädas av en mellanman, istället för att sköta någon viss angelägenhet själv.²¹⁰¹ Således ska komplexiteten i arbetsorganisationen inte tillåtas resultera i rättsförluster för arbetstagaren och arbetstagaren har att leta på arbetsorganisationens huvudmannasida efter ett lämpligt subjekt och framföra påståendet att detta ska vara arbetsgivaren. Adlercreutz förespråkar mot denna bakgrund en form av primärt och subsidiärt ansvar som arbetsgivare med stöd redan av arbetstagarbegreppet:

Att arbetsgivarfunktioner och arbetsgivarförpliktelser enligt avtalet överlämnas till en mellanman bör således, åtminstone såvitt angår tillämpningen av tvingande lagregler, icke befria huvudmannen från ansvar för förpliktelserna mot medhjälparna, även om dessa bör ha rätt att i första hand vända sig mot mellanmannen som engagerat dem.²¹⁰²

Denna utgångspunkt innebär att om en huvudman ansvarar för någon arbetsgivarfunktion, så får denna ett subsidiärt ansvar för att även de andra arbetsgivarfunktionerna iaktas i relation till arbetstagaren. Diskussionen om placeringen av arbetsgivaransvaret utgör här en parallell till skadeståndsrättens lära om s.k. non-delegable duties, som innebär att vissa förpliktelser kan en huvudman inte komma ifrån genom att viddala en självständig medhjälpare om att fullgöra uppgiften.²¹⁰³ Även detta kan uppfattas som ett uttryck för arbetsrättens tvingande karaktär och för att reglernas tillämplighet ska avgöras av omständigheter på den arbetspresterandes sida: det skydd som inte får avtalas bort av båda parterna tillsammans, får inte organiseras bort av den ena av dem. Den yttersta placeringen av ansvaret som arbetsgivare kan komma att avgöras inom ramen för regresstvister mellan olika subjekt i en komplex arbetsorganisation om vilket subjekt som ska vara ansvarig som arbetsgivare. Ett subjekt får stämma ett annat och begära ersättning för kostnader det haft i egenskap av arbetsgivare, och domstolen har att avgöra var arbetsgivaransvaret rätteligen ska ligga.

Sannolikt innehåller redan gällande svensk arbetsrätt, tolkad i ljuset av den internationella arbetsrättens imperativ och mot bakgrund av analyserna i såväl äldre som samtida doktrin, möjligheter att placera arbetsgivarens skyddsansvar avseende arbetstagaren i komplexa arbetsorganisationer och i arbetsorganisationer där flera subjekt på något sätt förekommer på huvudmannasidan.²¹⁰⁴ Den rättsliga formen

²¹⁰¹ Jfr Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, 1998, s. 161 och s. 17 med vidare referenser.

²¹⁰² Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 307f.

²¹⁰³ Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen*, 2008, s. 81.

²¹⁰⁴ Lagstiftaren utgår från att tillämpningen av arbetstagarbegreppet ska vara dynamisk och föränderlig över tid. Se prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 309.

för denna ansvarsplaceringsoperation är det med ILO uppdaterade arbetstagarbegreppet, som Countouris menar

... does not exclude, and actually advocates, a fuller and better regulation of triangular or multilateral employment relationships at a national level according to the criteria contained in the Recommendation itself.²¹⁰⁵

Placeringen av arbetsgivarens skyddsansvar i komplexa arbetsorganisationer följer således av tillämpningen av arbetstagarbegreppet. Det materiella innehållet i detta begrepp blir därför avgörande för var ansvaret kommer att hamna.²¹⁰⁶ Denna dogmatiska lösning av uppkommande frågor om arbetsgivaransvarets placering är arbetsrättsligt systemimmanent – arbetsrättens tillämplighet har ju aldrig hängt endast på hur parter formulerat sig i avtal, utan istället på hur arbetsförhållandet faktiskt gestaltat sig ur den arbetspresterandes synvinkel – och vidare håller detta synsätt ihop arbetsrättens grundläggande byggstenar²¹⁰⁷, som två sidor av samma mynt (anställningsförhållandet).²¹⁰⁸ Återigen med Adlercreutz:

Att en person är arbetstagar (arbetare) i rättslig mening betyder icke att han tillhör en viss socialklass utan att han står i ett på visst sätt kvalificerat förhållande till en annan person, fysisk eller juridisk, som kallas arbetsgivaren. *Begreppen arbetstagar och arbetsgivare förutsätter varandra.*²¹⁰⁹

För den händelse en person som presterar arbete som arbetstagar verkar i en arbetsorganisation i vilken det är oklart vilket subjekt som ska vara arbetsgivare utser en domstol ett subjekt att bära detta ansvar. Den yttersta principen för domstolen är att arbetstagaren inte ska lida någon rättsförlust av komplexiteten på huvudmannasidan i anställningsförhållandet. Valet av huvudman som ska bära arbetsgivaransvaret bör emellertid uppfylla den grundläggande poängen med anställningsförhållandet, nämligen att utgöra

²¹⁰⁵ Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship*, 2007, s. 169.

²¹⁰⁶ En annan tänkbar hantering av placeringen av ansvar som arbetsgivare skulle kunna vara att en arbetstagar väcker talan mot ett subjekt denna anser bära skyddsansvaret som arbetsgivare och argumenterar att dennas agerande i något visst avseende i den komplexa arbetsorganisationen utgör ett otillbörligt kringgående av arbetsrätten. Rättsförlusten som agerandet inneburit måste vara omfattande; t.ex. som i AD 1991 nr 40 där det krävdes att agerandet ”objektivt sett” varit ”uppenbart omotiverad” och därför ett missbruk av en laglig möjlighet som stod till buds för arbetsgivaren (jfr också t.ex. AD 2005 nr 32). Det framstår som oklart och möjligen osannolikt att den här typen av argumentationer kan hantera placeringen av arbetsgivaransvar i komplexa arbetsorganisationer, men det kan inte uteslutas.

²¹⁰⁷ Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, 2016, s. 115.

²¹⁰⁸ Kapitel 1.1.1.

²¹⁰⁹ Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, 1964, s. 16. Kursiverat här.

... a governance mechanism which links together work organization with labour supply in such a way as to make it possible to manage long-term economic risks.²¹¹⁰

Arbetsgivaransvaret placeras således på ett subjekt med stadga (det kan med andra ord inte komma ifråga att uppfatta en kontingent grupp mindre kunder/konsumenter/leverantörer som huvudman, eftersom det hade utgjort en övervältring av ansvaret på någon underordnad, i princip jämförbar med arbetstagaren själv). För att komma ifråga som arbetsgivare bör subjektet utgöra någon form av kapitalansamling. Vidare kan Deakins tre kriterier för arbetsgivaransvar – koordinering/maktutövning, riskabsorbering och skälig jämlikhet – användas för att fylla tillämpningen av arbetstagarbegreppet med innehåll avseende arbetsgivaridentiteten.²¹¹¹ En kompletterande riktpunkt kan avse ekonomisk effektivitet; för vilket subjekt är det enklast och billigast att axla skyddsansvaret i egenskap av arbetsgivare för någon viss arbetstagare?²¹¹² Tillämpningen av dessa principer bör kunna tillgodose uppkommande behov av placering av arbetsgivarens skyddsansvar och utfallet bör kunna uppfattas som en i hög grad systemimmanent²¹¹³ lösning på frågan om arbetsgivaridentiteten.

²¹¹⁰ Deakin, *The Many Futures of the Contract of Employment*, 2002, s. 177-196, s. 179.

²¹¹¹ Se kapitel 1.3.1. Deakin, *The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law*, 2001, s. 72-84.

²¹¹² Collins, *A Review of The Concept of The Employer* by Dr Jeremias Prassl, 2015.

²¹¹³ Se kapitel 1.5.3.

Summary: The Concept of Employer and Labour Law in Complex Work Organisations

Conceptualising the employer in Swedish labour law

Swedish labour law originated from a foundation of a bilateral organisation, involving one person carrying out a task for another person. In today's labour market, however, work organisations are increasingly complex and the employee must often deal with multiple legal entities on the 'employer side' of the employment relationship. At the same time, labour law stipulates that the 'employer' bears a responsibility of protection in relation to the employee; over the years, legislators have augmented this legislation, creating a web of responsibilities which places the obligation of protection not only on the employer, but other entities as well.

Today, employer responsibility is but one form of obligation in the regulation of the labour market. The applicability of labour law, according to the classical definition, follows exclusively the employment relationship; now this has been expanded to include other obligations with other subjects of duty. Against this background, two questions arise. First, who is the employer? Second, which entity in the work organisation bears the responsibility of protection in relation to the employee? This doctoral dissertation explores the placement of responsibility for protection by combining an actual background factor regarding the principal, the work organisation, with statutory employee rights – substantive labour law – and thus poses the question of where employees can exercise their employment-related rights and who is responsible for fulfilling the obligations. To illustrate the placement of responsibility of protection, two factors are set in relation to one another: the employee's legal claim to protection and the actual work organisation. The study focuses three obligations: employment security, protection against discrimination and occupational health and safety. The study describes the most significant and commonly occurring work organisations, i.e. the bilateral work organisation, groups of companies, supply chains and temporary agency work. A central demarcation here is the material content of the statutory rights of employees. Investigations of the content of labour law legislation thus lie beyond the scope of this analysis – that is, the study does not cover what constitutes acceptable grounds for

dismissal, establishment of discrimination or definition of a satisfactory work environment.

Drawing on recent developments not least in Anglo-Saxon labour law research regarding the concept of the employer, the thesis builds on legal knowledge accumulated over an extensive period of time. The thesis further enters into a dialogue with two significant interventions by Prassl and Jenum Hotvedt on the assignment of responsibility of protection and the concept of employer. Flexible working life has long been a popular topic for research in social sciences and jurisprudence as well as political discourse about the labour market. Research and debate within legal research has primarily centred on employee-related circumstances and flexibility in employment. Studies of what one could call the complex nature of the employer in an employment relationship, however, are few and far between. Thus, one can assert that legal and social science research in recent years on the 'fragmenting' of working life has not focused on the work organisation as a whole, since the concept of the employer has received little attention. When labour law and the concept of the employer were established, the surrounding circumstances were such that integrated production was the most salient form of production. This was adapted to mass production of standard products according to the assembly-line principle, where the automobile industry often serves as the clearest example. With time, however, vertical, non-integrated production forms developed. Emerging market contexts rewarded smaller, more specialized operations, whose less bureaucratic organisations could function in more flexible and supposedly innovative ways. As a result, the hierarchies and division of activities in integrated operations came into question, in particular with respect to the separation of production and development. The increasing salience of temporary agency work is an aspect of labour market changes that relate to the concept of the employer. It is the assignment of responsibility and the determination of its value which have come into focus for the development of the temporary-work industry: What is the price for buying labour in the framework of employment, while not taking on the role of employer? Temporary agency work is now firmly ensconced as a feature of the Swedish labour market.

The concept of the employer should be analysed against the background of the defining characteristics and functions of the employment relationship and labour law. Employment is the legal expression of the exchange of labour for economic compensation – under such unequal conditions that the legislator has determined that it is fair and reasonable for the subordinated party to receive protection. At the core of labour law is the regulation and balancing of inequality, the employer's role – in broad terms – can be viewed as a position of power in the employment relationship. Perceptions of the principal in labour law stem from the notion of the employer as the other party in the relationship and the opposite of the employee. Analysing the employer concept, therefore, entails entering into a dialogue with

the contractual set-up to find out which situations would be appropriate for using this starting point to determine placement of responsibility, and which situations would require deviation from the contractual point of departure. In addition, the contractual perspective is an overall point of departure in the sense that it should assign the responsibility for protection as long as no special rule stipulates otherwise. A work organisation is bilateral when the principal consists of one entity that directly benefits from the labour performed and who functions in a direct, one-to-one relationship with the employee. The entity that enters into the employment agreement with the employee bears sole responsibility for the work organisation. The private sector has long been characterized by groups of companies, in which various companies – which are also employers – own each other and are subject to unified direction from a mother company. Supply chains comprises the relationship between a contracting entity and a contractor, and both entities can also be employers. The contract for services as such lies outside the domain of labour law, and the implications for labour law arise when the employees of cooperating contractors are active in one and the same location or project. Traditionally, contracts for services have not been the subject of specific legislation in Sweden. Temporary agency work is not a form in which the principal is involved in the employment relationship, but rather a special type of employment contract. For this reason, temporary agency work can be perceived as a particular set of contractual parties with respect to labour law. A distinct legal doctrine is used to distinguish temporary agency work from contracts for services.

The primary objective of this thesis is to describe the law. This raises questions of the role of legal science and its methods for identifying the law. In doctrinal legal studies, the examination of applicable law is often considered to require a packaged solution comprising references to relevant material and the grounds for dealing with this material. As a result of Swedish EU membership and the increased importance of discourses on human rights, the prevailing notions within labour law regarding sources of law and legal interpretation – which are based on the Swedish legislation from the 1970s – have undergone a number of changes.

Employment protection in complex work organisations

Automatically and by necessity, legislation designed to regulate a contractual agreement is addressed to the party who wants to be released from the agreement in question. Because employment protection is so closely connected to the contractual agreement, in this context the concept of employer arises primarily in the form of one of the parties to the agreement. However, the problem is more complex: in practice, employment protection is intended not only for the parties to the agreement in the sense of contract law. The concept of employer in employment protection encompasses the problem of where the employee can demand fulfilment of rights to employment protection. In terms of employment protection, the

concept is more about defining which threats to the viability of the employment agreement that is regulated. In addition, the concept of employer in employee protection, regards establishing the general framework for the principles of justice inherent in these laws: what entity should be used as a measure of whether the employee has violated a contract (dismissal for personal reasons), and which employees must compete for the remaining tasks when the employer cites operational cause for the termination (shortage of work)? Historically, the political move of redistributing costs to companies has carried the legislative label of employment protection, in the sense of regulating the conditions for terminating the employment agreement which the employee is party to. In recent times, the orientation of employment protection towards the preservation of an existing employment agreement – and the accompanying focus on the employee's counterparty in the agreement – has been challenged. These tendencies, perhaps a harbinger of new forms of employment protection, are different from one another but they share a common orientation away from the agreement. In the future, contractually oriented employment protection could be replaced by other models with a weaker perception of the contractual employer as preserver of stable positions in the labour market. The rule stipulating reasonable grounds for dismissal are only simple on the surface, and have given rise to extensive and complicated regulations whose components are mutually conditional. Employment protection comprises a set of different rules intertwined with and built upon each other. Elimination of the possibility of free dismissal requires a generally applicable rule on reasonable grounds for dismissal, which can serve as a general clause for instances when the employer cites personal reasons related to the employee as grounds for dismissal. At the same time, a prerequisite is a second rule on order of dismissal in the case of operationally related redundancies – and the second rule requires a third regulating the right of priority in re-employment. From a juridical and conceptual standpoint, rules on order of dismissal strengthen the rule protecting the employee from dismissal for personal reasons. In the realm of employment protection, this contractual starting point is decisive with respect to assignment of responsibility for this protection; only the entity who is a party to the employment agreement bears the responsibility. Employment protection has a significant 'all-or-nothing' quality; it is difficult to imagine that the responsibility for employment protection could be divided among multiple principals, as is common for example in occupational health and safety matters and protection against discrimination.

In the bilateral work organisation, the contractual concept of employer represents a natural assignment of the responsibility for employment security. The employment protection legislation makes the employee's counterparty in the agreement responsible for protection. The actual work organisation as such corresponds to the legal starting points. Discounting the special and underlying ownership and power structures which characterize groups of companies, the responsibility for employment

protection in this kind of context is assigned based on the contractual point of departure. Even if the various companies included in the group (in a legal sense) can be controlled as if they were one legal entity, employment protection legislation is applicable only in relation to the employee's contractual counterparty. In group of companies, tensions exist between the actual design of the work organisation and the legal starting points for the concept of employer. The work organisation consists of multiple, individual legal entities, which by definition are managed as a group and when viewed as a whole, constitute a larger entity than the contractual employer; as a result, the agreement between the parties is insufficient. The responsibility for employment protection also adheres to the contractual pattern in work organisations consisting of suppliers or contractors: when making claims to their rights, the employees in cooperating companies can direct their demands only to their contractual employer. Even if this type of business partnership has been both intensive and close, the contractual starting point determines the assignment of responsibility for employment security. In contract work organisations, the work organisation itself is larger than the legal starting points for the employer concept – that is, the contractual starting point for employer responsibility; thus, tensions arise in the relationship between the actual circumstances and the rules of labour law. Assigning significance in this way to the parties of the employment agreement with respect to assignment of responsibility means that the interest of predictability in legal relations is given priority. Work organisations using temporary agency workers are characterized by a legislated distribution of responsibility for the employment security of workers. The law states that the agency is the employer, and thus bears the responsibility which would normally lie with the contractual employer. In addition, the law stipulates that the entity contracting the labour bears some responsibility in this capacity. The agency also has specific obligations as a contractual employer with respect to temporary agency workers (as a contractor of staff). In this way, the contractual starting point has been completely fulfilled with respect to the concept of employer; the agency is the counterparty in the employment agreement, and therefore the employer – but at the same time, the law stipulates a certain degree of responsibility for the entity which contracts the labour. Employment protection legislation is applicable between the agency – the contractual employer – and the employee. Specific rules are required to establish the most rudimentary relationship with respect to employment protection – for example regarding information about available positions in the contracting company – between the subcontractor and the contracting company. The fact that regulation is required to distribute responsibility for employee protection demonstrates the strength of the contractual starting point in Swedish labour law.

Anti-discrimination in complex work organisations

The division of responsibility to ensure equal treatment and prevent discrimination in working life originates in the rule establishing that the ‘employer’ shall not discriminate (that is, direct or indirect discrimination, insufficient accessibility, acts of harassment, sexual harassment or instruction to discriminate) against employees, job applicants, interns, or hired and borrowed workers. Swedish anti-discrimination law is a dynamic area of law, with a complex and interesting set of concepts connected to perceptions of fairness and power, and categories such as sex, gender identity, ethnic origins, religion, functional disabilities, sexual orientation and age. The design of the concept of employer affects the way that anti-discrimination law works, especially in the case of work organisations consisting of more than two entities, and where the employee is subjected to more than one entity. Today, anti-discrimination law must deal with grounds for a position of power in work organisation that do not necessarily follow from being a party to an employment agreement; in addition, power in a work organisation is divided among multiple subjects, simultaneously. Against this background, several questions can be posed. Who, in legal terms, can harass and discriminate against an employee? Which employees can be discriminated against? In the work organisation, whose actions and knowledge can be attributed to the employer? Who is responsible for investigating and addressing acts of harassment? Which person’s conditions are to be compared to establish that unfair treatment has taken place? On both an abstract systemic level and the level of individual regulations, Swedish anti-discrimination law expresses a certain ambivalence vis-à-vis labour law and its concept of employer. The first Swedish anti-discrimination legislation (the 1979 Act on Equality) designated the employer as the responsible entity. In 1979, the problem was more a matter of establishing the overarching boundaries for the subject of responsibility, ensuring that horizontal relationships were excluded – that is, internally between employees and between employees and trade union. The bilateral scenario assumed by the legislators of 1979 is apparent in how ‘working life’ was equated with the employer-employee relationship. The legislation was then associated with the system of labour law. The subject of responsibility in anti-discrimination law was copied from labour law’s understanding of the power structures in working life: the employer holds the force of management prerogative. In this regard, what do the preparatory works tell us about the meaning of ‘employer’ and who this would be? When Swedish equality legislation was originally developed, some years had passed since the first employment protection and co-determination laws had entered into force. The explicit utterances in the preparatory works for the 1979 equality legislation – which would be repeated in the law’s 1991 reform – are references to the preparatory works for Swedish labour law, but otherwise they appear to be circular arguments to some degree. The employer was considered to be the entity charged with the legal obligations of an

employer. The intention of these expressions is somewhat unclear, but they must be understood at least as the legislators' attempt to transfer their existing perceptions of the employer concept and placement of responsibility into the new law. In this way, the assignment of responsibility in this new area of law – anti-discrimination – would be characterized by perceptions based on bilateral work organisations. The case *Accept* from the EU-court means that a person other than the authorized representative in the legal sense – that is, an 'employer' according to the contractual perspective – can act in a manner that gives cause to assume that discrimination has taken place in a work organisation (or, rather, on behalf of the organisation), and that this work organisation must bear the legal consequences of this action. Employer responsibility is in this court case extended beyond the relationship created by the employment contract, in the sense that such a contract is not a prerequisite for considering a person to be an 'employer' in the application of anti-discrimination law. The perception of employer responsibility as exclusively following from being a party to an employment contract is challenged. The responsibility for realizing anti-discrimination is distributed according to the contractual starting point in the relationship between the employee and his or her counterparty. In addition, the rules determining who shall be specified as the contractual employer apply. This general regulation becomes significant in the creation of full protection from discrimination in complex work organisations. Nevertheless, it is unclear what these rules really contribute to rules of representation. In any case, by creating this special regulation of the concept of employer, the legislator has taken a step towards enacting rules that can meet the needs of complex work organisations. In such organisations and in practice, it is often justifiable to consider employees as borrowed among different contractual employers. In current anti-discrimination law, this 'borrowing concept' is important for the expansion of direct responsibility beyond the contractual starting point.

In bilateral work organisations, the factual work organisation corresponds to the legal starting points in the contractual employer concept. Anti-discrimination law follows labour law-related starting points; therefore, the main rule prohibiting the contractual employer from discriminating against employees constitutes full protection against discrimination. The question of whose (that is, physical persons) actions will activate contractual employer responsibility to prevent discrimination affects the rules' practical applicability. This question is dealt with primarily with the support of the special regulation in anti-discrimination law regarding when an employee shall be considered equal with the employer, which places responsibility on the employer. The fundamental problem in work organisations that are groups of companies is that the contractual employer concept appears to have a too narrow definition of responsibility to prevent discrimination, as the factual work organisation is larger than the contractual employer. From a legal standpoint, only one company (mother or daughter company) is the contractual employer, but the

actual exercise of power over the employee can take place through subjects outside the boundaries of the contractual employer. In practice, the various entities in a group of companies can be managed as if they were a single legal person. The fundamental problem in complex work organisations that consist of contracts for services (supply chains) is that the contractual employer concept appears to have a too narrow definition of responsibility to prevent discrimination, as the factual work organisation is larger than the contractual employer. From a legal standpoint, only one company of the contractor is the contractual employer, but the actual exercise of power over the employee can take place through subjects outside the boundaries of the contractual employer. Work organisations based on temporary agency work are characterized by the contractual employers' absence from the work organisation, and that the hiring company serves instead as principal with respect to the workers. In this sense, the contractual employer is greater than the actual work organisation; multiple employer functions are carried out by the temporary agency, which lies outside the boundaries of the factual work organisation. The temporary work agency, in its capacity as contractual employer, bears the responsibility for discrimination in the areas of the employer prerogative of which this subject is the sole bearer and which take place on the premises of this: these areas mainly concern work assignments and salary-setting. In addition, the hiring company, in its capacity as hirer and not employer, is responsible for any discrimination exercised by this subject in relation to the temporary workers. In this case it is a matter of the responsibility of a hiring entity that – with the support of an explicit legal rule – goes beyond the employer-employee relationship. The rule stipulating that the contractual employer is responsible for discrimination exercised by someone who is to be equated with this contractual employer is also applicable in temporary agency work contexts. From the perspective of anti-discrimination law, temporary work employment is designed as a form of overlapping representation, where both principals represent each other in relation to the workers.

Occupational safety and health responsibility in complex work organisations

Long before the legislator regulated the employment relationship – that is, by defining the employer's and employee's rights and obligations – the design of the worksite had become the subject of legislation. Occupational safety and health law is one of the oldest features of the regulation of working life. The employer concept determines the applicability of health and safety legislation, but employer responsibility for the work environment is far from the only form of protective responsibility today. Those who ask where the responsibility for the work environment lies in a complex work organisation will find that Swedish occupational health and safety legislation contains no less than 19 subjects of responsibility, and the employer is but one of these. Each of these responsibility subjects can have responsibilities relating to the work environment with respect to a specific em-

ployee. The protective responsibility can arise in different ways and can be the obligation of multiple subjects, simultaneously. Work-environment regulations have always been enforced through sanctions, such as fines paid to the state; thus, occupational safety and health law has a clear public-law character. The problem in occupational safety and health law is not about defining the subject from which employees can demand action in relation to a certain right, but about defining the subject in a complex work organisation that would be the target of sanctions in the case of violations. The principal is not a subject with obligations in relation to the employee party in the employment relationship, but rather a public-law subject of responsibility. The most fundamental starting point for occupational safety and health law is that the costs for measures which prevent employees from losing their ability to work cannot be borne by the employees themselves. Assignment of the responsibility for the work environment to a principal is motivated by this principal's position of power and the fact that the principal will take the results of the work to the market. Responsibility for the work environment is therefore related to the power structures of the employment relationship and employer prerogative. When the current occupational safety and health legislation entered into force, the preparatory works' dialogue among investigators and politicians concerned the division of responsibility and the employer concept, and also contained an analysis of these aspects. The assumption that the concept of employer was could be subject to various assessments and solutions is surprising, and appears to be a result of the fact that the connection of occupational health and safety law to an environment of contractual perceptions is not particularly significant. In principle, the analysis of the concept of employer in this investigation are disconnected from the parties to the employment contract, and the contractual starting point for responsibility. The analysis departs from the perspective of the employee and asks who can be considered a suitable bearer of responsibility for the work environment. These contemplations on the compromise of expanding responsibility for the work environment without adapting the employer concept resulted in a rule providing overlapping responsibility: the contractual employer responsibility and resource responsibility beyond the contractual starting point are to apply in parallel. The reform led to a contractual and spatial obligation to create and maintain a satisfactory work environment. The responsibility came to be related to the worksite and not only to the parties of the employment contract. An unchallenged assumption is that explicit legislation is possible, and necessary to expand employer responsibility beyond the contractual starting point. The legislative process for the current occupational health and safety law both confirms and contradicts the contractual starting point for the concept of employer and the established conceptual landscape. The public-law character of occupational health and safety law has enabled an orientation of responsibility towards the worksite, rather than exclusively depending on a contractual analysis, which defines the subject who is to bear a specific responsibility.

Occupational health and safety law is characterized by its extension beyond the contractual starting point which originally set the tone in the early years of this legislation, to regulate other forms of responsibility when it has been deemed necessary for regulating the workplace. In contexts of occupational health and safety law, the contractual employer responsibility appears no more or less influential or characteristic than the spatially based responsibility. The responsibility for protection in the work environment seems to have an equally strong relation to both orders, and often in practice responsibility is defined by both of them. In complex work organisations, responsibility for the work environment is characterized by its division among multiple principals; as a result and in practice, inspection authorities have a choice of recipients when it comes to issuing warnings and sanctions. In bilateral work organisations, the contractual starting point for assignment of responsibility for occupational safety and health is unproblematic: because the contractual employer and the work organisation are seen as one and the same, it is appropriate that the employee's counterparty bears the responsibility for the work environment. The costs for improving the work environment and the benefits of the operation/work are borne by one and the same actor. Because occupational health and safety law is based on spatial responsibility, the contractual employer's responsibility in bilateral work organisations becomes somewhat unclear. In large, work organisations that are groups of companies, the contractual starting point determines the assignment of employer responsibility. In addition, the starting point regarding groups of companies imply that daughter companies shall be considered as independent subjects and that the group as a whole is not the bearer of any rights or obligations. All in all, this means that in practice, groups of companies will be regulated differently depending on how their operations are organised. If a groups companies are not active in a single work location, the responsibility for occupational safety and health will be assigned based solely on the contractual starting point for employer responsibility. If a groups daughter companies conduct their operations in such a way that a shared worksite is created, the responsibility for the work environment will be handled in the same way as it is handled in work organisations consisting of contracts for services (supply chains). Therefore, in groups of companies the responsibility of protection with respect to the work environment lies either with the employee's counterparty in the employment relationship – the contractual employer responsibility – or simultaneously with both the contractual employer and the subject in charge of the worksite. Thus the responsibility arising from the employment agreement is complemented by the responsibility originating in the actual, spatial presence of workers at the worksite of a specific principal. As a result, the pattern that groups of companies follow – the one for supply chains/contracts for services or for bilateral work organisations – will depend on whether the work is carried out at shared worksites.

There is no special regulation of groups of companies in this regard. In work organisations consisting of contracts for services/supply chains, the responsibility for protection is divided according to multiple relationships, resulting in overlapping orders of responsibility in which one and the same work-environment problem can be addressed in various ways. This is a matter of (1) the contractual employer responsibility, which is placed on the employee's counterparty in the employment contract, but under the complicating circumstance that the work is carried out either without contact with this principal, and outside this principal's sphere of control, or that this principal is present in the work organisation where the work is carried out, but that one or more principals are also active there. In addition, the most important relationship of responsibility is (2) the resource responsibility which arises in shared worksites. The substantive content of this responsibility is similar to that of the contractual employer's responsibility, but is not activated by the employment contract; instead, it comes into play as a result of the workers' physical presence in the work organisation. The basis for this responsibility is explicit regulation, because it was not possible to use interpretation to stretch the employer concept to include a principal who controls the work organisation, without being a party to the employment agreement for those persons working there. The responsibility of coordination works in two dimensions. A relationship of responsibility exists (3) between the entity responsible for coordination and those working at the worksite, irrespective of their contractual employer. In addition, the responsibility for coordination establishes (4) a horizontal responsibility between the respective principals – the principals active in the work organisation shall follow the instructions of the entity responsible for coordination and participate in the coordination arranged by that entity. In this way, the entity responsible becomes a bearer of power for the workers and for their respective contractual employers. In addition, there is (5) another horizontal relationship of responsibility: the principals who are active at a shared worksite are obligated to consult with each other and they have a direct responsibility to refrain from creating work environment-related problems for each other. Lastly, all the principals and all the workers at a worksite (irrespective of who workers have as their contractual employer) bear (6) a certain responsibility for the work environment. In situations of contracts for services or supply chains, the responsibility for the same aspect of the work organisation's work environment is borne by multiple subjects, simultaneously. In work organisations characterized by temporary agency work, the contractual employer responsibility applies in parallel with the specifically regulated hirer's responsibility, beyond the employment relationship. The regulation of work-environment responsibility in the context of temporary work is thus based on an assumption that occupational safety and health issues can be divided spatially and in terms of time. In practice, once temporary workers are in place at the worksite, a rule of thumb is applied: the temporary workers shall be treated as employees, and the hirer responsibility is similar to the contractual employer responsibility.

with respect to the conditions for the hirer company's operations. When the temporary workers return to the agency and the contractual employer responsibility is the priority, this can be more difficult: here, the agency must guarantee that the collective situation for all its various hiring assignments corresponds to a good work environment. Thus the contractual employer is responsible for long-term occupational safety and health measures which will reflect the situation in the agency's various hiring assignments. Assigned temporary agency workers can direct their demands for a satisfactory work environment to two entities. The contractual employer's responsibility for occupational safety and health applies for the duration of the assignment, as is complicated by the fact that the work is being performed outside its own work organisation and that the right to manage the work is held by the hirer. The coordination between the contractual employer's responsibility and that of the hirer appears to be a time-orientated division of the applicable occupational safety and health responsibility, which would otherwise be placed wholly on the contractual employer. The time-orientated division of the total occupational safety and health responsibility means that prior to the start of the assignment, the responsibility lies with the agency; during the assignment it lies with the contractual employer, and after the assignment it lies only with the agency. First the employee is fully covered only by the contractual employer responsibility; then the employee is covered by the special resource responsibility and in principle simultaneously by the contractual employer responsibility, and lastly, once again fully and only by contractual employer responsibility. An interesting question is how and to what extent the two companies (agency and hirer) can agree on their respective occupational safety and health responsibilities. When temporary agency work was legalized, the contractual starting point for assignment of responsibility in occupational safety and health law was strengthened. It was assumed that when the legislation stipulates that the agency is the employer, a rule is required to make the hirer responsible for the assigned workers' work environment. An interpretation of the concept of employer, which held the hirer responsible 'as' the employer, could not make a person who had been delegated the authority to manage the work responsible as the employer.

Referenser

Litteratur

- Adkins, The New Economy, Property and Personhood, *Theory, Culture & Society*, Vol. 22, No. 1, 2005, s. 111-130.
- Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet. Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1964.
- Adlercreutz, AG:ns ställning i företaget från rättslig synvinkel, stencil utan årtal, kopia i författarens arkiv, 19 s.
- Adlercreutz, *Svensk arbetsrätt*, Almqvist & Wiksell/Gebbers Förlag AB, Stockholm 1968.
- Adlercreutz, Temporary Employment, I: Malmström & Strömholm (red.) *Swedish National Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law*, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1970, s. 32-36.
- Adlercreutz, Avtalsrätten i Arbetsdomstolens praxis, I: Gorton & Nyström (red.) *Variationer på ett obligationsrättsligt tema*, Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, 1998, s. 24-44.
- Adlercreutz, Minnen från min verksamhet som lärare i civilrätt och handelsrätt, I: Adlercreutz (red.) *Med civilrätt som verksamhetsfält. Minnen och uppsatser*, Juristförlaget i Lund, Lund 2009, s. 59-68.
- Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt I*, 13 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund 2011.
- Ahlberg, Kunde bättre upphandling ha förhindrat tågstrejken?, I: Persson & Ryberg-Welander (red.) *Festskrift till Catharina Calleman – I rättens utkanter*, Iustus förlag, Uppsala 2014, s. 13-29.
- Ahlberg & Bruun, *Upphandling och arbete i EU*, Rapport nr 3, SIEPS, Stockholm 2010.
- Allvin, m.fl., *Gränslöst arbete – socialpsykologiska perspektiv på det nya arbetslivet*, Liber, Malmö 2006.
- Amin, Post-Fordism: Models, Fantasies and Phantoms of Transition, I: Amin (red.) *Post-Fordism. A Reader*, Blackwell, Oxford 2000, s. 1-39.
- Andersen & Svarer, Flexicurity – den danska arbetsmarknadsmodellen, *Ekonomisk debatt*, nr 1, 2006, s. 17-29.
- Andersson, *Globaliseringens politiska ekonomi – en introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2001.

- Andersson, *Vidta alla åtgärder som behövs. En rättsvetenskaplig studie av arbetsgivarens ansvar att förebygga stressrelaterad ohälsa och uppnå en god psykosocial arbetsmiljö*, Jure Förlag, Stockholm 2013.
- Arbetsarkydds-fonden, *Arbetsrättslig forskning. ARFO. Nuläge och framtida utveckling*, Arbetsarkydds-fonden Rapport 1985:2, 1985.
- Arbetsmiljöverket, *SAM i rege-ringsbeslut*, Rapport 2006:9.
- Arbetsmiljöverket. Tillsynsserien 4/2009, Regler för inspektion. Beslutad den: 10 mars 2009. Handläggare: Rolf Perlman.
- Arbetsmiljöverket [Frick & Johanson], *Systematiskt arbetsmiljöarbete – syfte och inriktning, hinder och möjligheter i verksamhetsstyrningen. En analys av svenska fallstudier*, Kunskapssammanställning Rapport 2013:11.
- Arbetsmiljöverket [Frick], *Systematiskt arbetsmiljöarbete – syfte och inriktning, hinder och möjligheter i verksamhetsstyrningen. Del II: Hur SAM genomförs i branscherna*, Kunskapssammanställning Rapport 2013:12.
- Arbetsmiljöverket, *Arbetsmiljöbrottens omfattning, struktur och utveckling*, Kunskapssammanställning, Rapport 2013:4.
- Arbetsmiljöverket, In- och uthyrning av arbetskraft, Projektrapport 2013-10-29, IMS/.
- Arbetsmiljöverket, Förteckning 1 januari 2014 över samtliga gällande författningar och allmänna råd som har beslutats av Arbetsarkyddsstyrelsen och Arbetsmiljöverket. Upprättad den 1 januari 2014.
- Arbetsmiljöverket, Personaluthyrning, Korta arbetsskadefakta nr 1/2016.
- Arbetsarkyddsstyrelsen, Hur bör inhyrd arbetskraft behandlas i Arbetsarkyddsstyrelsens författningsarbete, Promemoria 1999-06-04, dnr 15 R 2013/99.
- Ardelius & Alarik, Medbestämmande i koncerner, I: Arbetslivscentrum (red.) Tre år med MBL. Erfarenheter från företag, stat och kommun, LiberFörlag, Stockholm 1980, s. 89-101.
- Aronsson, Contingent Workers and Health and Safety, Work, Employment & Society, Vol. 13, No. 3, 1999, s. 439-459.
- Aronsson & Gustafsson, Kritik eller tystnad – en studie av arbetsmarknads- och anställningsförhållandens betydelse för arbetsmiljökritik, *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, årg. 5, nr 3, 1999, s. 189-206.
- Asp, Ulväng & Jareborg, *Kriminalrättens grunder*, Iustus förlag, Uppsala 2010.
- Arvidsson, Jeppsson, Jonasson, *Arbetsgivarens arbetsmiljöansvar – omfattning och placering*, Arbetsarkydds-nämnden, Stockholm 1984.
- Axelsson, *Företag köper tjänster*, SNS Förlag, Stockholm 1998.
- Barnard, EU ‘Social’ Policy: From Employment Law to Labour Market Reform, I: Craig & De Búrca (red.) *The Evolution of EU Law*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford 2011, s. 641-686.
- Barnard, The Charter in time of crisis: a case study of dismissal, I: Countouris & Freedland (red.) *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 250-277.

- Barrett, 'Shall I Compare Thee To...?' On Article 141 EC and Lawrence, *Industrial Law Journal*, Vol. 35, No. 1, 2006, s. 93-101.
- Becker, Labour Law Outside the Employment Relation, *Texas Law Review*, Vol. 74, 1996, s. 1527-1562.
- Bemanningsföretagen, *Tio myter och elva sanningar om bemanning*, utan årtal.
- Bemanningsföretagen/Almega, *Antal anställda och penetrationsgrad i bemanningsbranschen 2012 – bemanningsföretagens utveckling*, 2012.
- Bengtsson, *Kampen mot §23. Facklig makt vid anställning och avsked i Sverige före 1940*, Uppsala universitet, Uppsala, 2006.
- Bengtsson, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1967.
- Bengtsson & Strömbäck, *Skadeståndslagen. En kommentar*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2008.
- Bercusson, The European Community's Charter of Fundamental Social Rights of Workers, *The Modern Law Review*, Vol. 53, No. 5, 1990, s. 624-642.
- Bercusson, *European Labour Law*, 2 uppl., Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling. En studie av svensk rätt och kollektivavtalsreglering med komparativa inslag*, Juristförlaget i Lund, Lund 2008.
- Bergström m.fl., *Den nya arbetsmarknaden. Bemanningsbranschens etablering i Sverige*, Academia Adacta AB, Lund, 2007.
- Bergström, *Kollektivavtalslagen. Studier över dess huvudprinciper*, 2 uppl., Hugo Gebers förlag, Stockholm 1948.
- Bergström & Hettne, *Introduktion till EU-rätten*, 2014, Studentlitteratur, Lund 2014.
- Bergström & Samuelsson, *Aktiebolagets grundproblem*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2001.
- Bergqvist, Lunning & Toijer, *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 1997.
- Berglund & Schedin, (red.), *Arbetslivet*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund 2009.
- Bernhardt, (red.) *Skitliv. Ungas villkor på en förändrad arbetsmarknad*, Bokförlaget Atlas, Stockholm 2012.
- Björst, *Ligeløn for job av samme værdi*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Copenhagen 2005.
- Black, The Gap Between "Is" and "Should", *Philosophical Review*, Vol. 73, No. 2, 1964, s. 165-181.
- Bogg & Novitz, Links between Individual Employment Law and Collective Labour Law. Their Implications for Migrant Workers, I: Costello & Freedland (red.), *Migrants at Work. Immigration and Vulnerability in Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 361-380.
- Borgström, *Koncernrättsliga problem. En komparativ studie*, Norstedts, Stockholm 1970.
- Bosch, Towards a New Standard Employment Relationship in Western Europe, *British Journal of Industrial Relations*, Vol. 42, No. 4, 2004, s. 617-636.

- Bruun, *Uppfinnarrätt i anställningsförhållande. En rättsdogmatisk studie av lagen om rätt till arbetstagares uppfinningar*, Finlands juristförbunds förlags AB, 1982.
- Bruun, Några synpunkter på EG-rättens utmaningar för arbetsrättslig forskning, I: Källström & Malmberg (red.) *Arbetsrätt 1999. Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt*, Iustus förlag, Uppsala 1999, s. 191-199.
- Bruun, Some Aspects of Labour Law Research in Finland and Sweden, I: Edlund (red.) *Labour Law Research in Twelve Countries*, Arbetarskyddsfonden/Arbetslivscentrum, Stockholm 1986, s. 31-45.
- Bruun, Uthyrning av arbetskraft – Behövs arbetsrättslig särreglering?, JFT 2001, s. 24-39.
- Bruun m.fl., *Koncernarbetsrätt i Norden*, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1992.
- Bruun & Töllborg, Koncernarbetsrättens problemställning, I: Bruun m.fl. *Koncernarbetsrätt i Norden*, Nerenius & Santérus Förlag, Stockholm 1992, s. 13-21.
- Bruun, Nielsen & Töllborg, Europeiska företagsråd i ett nordiskt perspektiv, *Juridisk Tidskrift* 1994/95 s. 917-935.
- Bruun & Malmberg, Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar, I: Nyström m.fl. (red.) *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, Juristförlaget i Lund, Lund 2005, s. 65-90.
- Bruun & von Koskull, *Allmän arbetsrätt*, 3 uppl., Schildts förlags Ab, Helsingfors 2006.
- Burnley, Group Liability for Antitrust Infringements: Responsibility and Accountability, *World Competition*, Vol. 33, No 4, 2010, s. 595-614.
- Busby, Equal Pay and Contracting Out: *Lawrence v Regent Office Care Ltd*, *The Edinburgh Law Review*, Vol. 7, 2003, s. 233-241.
- Bylund, *Bevisbörda och bevisstema. En studie av en bevisbörderegeln i mål om föreningsrättskränkningar*, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1970.
- Bylund, Bevisbörderegeln som överlevde sig själv, I: Sigeman & Victorin (red.) *Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt*, Studentlitteratur, Lund 1977, s. 41-64.
- Bylund, Har arbetstagaren fått hela bevisbördan för en föreningsrättskränkning?, SvJT 1980 s. 630-638.
- Bylund, m.fl., *Anställningsskyddslagen med kommentar*, 11 uppl., Norstedts, Stockholm 2011.
- Calleman, Arbetsdomstolen och sexismen, *Svensk juristtidning* 2000 s. 685-694.
- Calleman, *Turordning vid uppsägning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2000.
- Calleman, Befolkningskriserna och arbetsrätten, I: Burman & Gunnarsson (red.) *Familjeföreställningar. Om familjens betydelse inom juridik, ekonomi och forskning*, Iustus förlag, Stockholm 2001, s. 251-275.
- Calleman, Om familjebandet i arbetsrätten. ”Ett förträffligt korrektiv mot missbruk”, *Tidskrift for Rettsvitenskap*, nr 3, 2004, s. 318-364.
- Calleman, *Ett riktigt arbete? Om regleringen av hushållstjänster*, Pang, Säter 2007.
- Calleman, En flexibel arbetsrätt inom personlig assistans?, *Svensk juristtidning* 2008 s. 484-499.

- Calleman, Demografi, arbetskraftsutbud och arbetsrätt, *Arbetsmarknad och arbetsliv*, Årg. 20, nr 1, 2014, s. 39-53.
- Calleman, Domestic Services in a "Land of Equality": The Case of Sweden, *Canadian Journal of Women and the Law*, Vol. 23, 2011, s. 121-139.
- Calmfors, *Flexicurity – An Answer or a Question?*, SIEPS European Policy Analysis, nr 6, 2007.
- Carlson, *Searching for Equality. Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*, Iustus förlag, Uppsala 2007.
- Carlsson, *Arbetskada. Samspelet mellan skadestånd och andra ersättningsordningar*, Jure förlag, Stockholm 2008.
- Casale & Perulli, *Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon/International Labour Office, Geneva 2014.
- Castells, *Informationsåldern. Ekonomi, samhälle och kultur, Band 1. Nätverkssamhällets framväxt*, Göteborg, Daidalos 1999.
- CIETT, *The Agency Work Industry around the World. Economic Report 2013 Edition*, CIETT, Brussels 2013.
- Christensen, *Studier i köprätt*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1970.
- Christensen, Sanktioner för avvisande av lämpligt arbete i anställningsskyddslagen och i arbetslöshetsförsäkringen, I: Sigeman & Victorin (red.) *Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt*, Studentlitteratur, Lund 1977, s. 81-95.
- Christensen, Anställningsskyddet och besittningsskyddet. En komparativ undersökning, I: Håstad m.fl. (red.) *Festskrift till Anders Agell*, Iustus förlag, Uppsala 1994, s. 75-89.
- Christensen, Skydd för etablerad position – Ett normativt grundmönster, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1996, s. 519-574
- Christensen, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, I: Numhauser-Henning (red.) *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2000, s. 35-65.
- Clark & Wedderburn, Modern Labour Law: Problems, Functions, and Policies, I: Wedderburn, Lewis & Clark (red.) *Labour Law and Industrial Relations: Building on Kahn-Freund*, Clarendon Press, Oxford 1983, s. 127-242.
- Coase, *Företaget, marknaden och lagarna*, City University Press/Ratioklassiker, Stockholm 2000.
- Collins, Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment, *Industrial law Journal*, Vol. 15, No 1, 1986, s. 1-14.
- Collins, Labour Law as a Vocation, *The Law Quarterly Review*, Vol. 105, 1989, s. 468-484.
- Collins, Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 3, 1990, s. 353-380.
- Collins, Ascription of Legal Responsibility to Groups in Complex Patterns of Economic Integration, *The Modern Law Review*, Vol. 53, No. 6, 1990, s. 731-744.

- Collins, *Justice in Dismissal. The Law of Termination of Employment*, Clarendon Press, Oxford 1992.
- Collins, Multi-segmented Workforces, Comparative Fairness, and the Capital Boundary Obstacle, I: Davidov & Langille (red.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 317-336.
- Collins, A Review of The Concept of The Employer by Dr Jeremias Prassl, <https://www.law.ox.ac.uk/content/labour-law-0/blog/2015/11/review-concept-employer-dr-jeremias-prassl>, 10 Nov 2015, senast besökt den 17 augusti 2016.
- Corazza & Razzolini, Who is an employer?, I: Finkin & Mundlak (red.) *Comparative Labor Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, s. 132.152.
- Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate, Hampshire 2007.
- Craig & de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 5 uppl., Oxford University Press, Oxford 2011.
- Danhard, Turordningsreglernas kärna, *Ny Juridik*, Nr 2, 2003, s. 7-58.
- Danhard, Arbetsskyldighetens gränser, *Ny Juridik*, Nr 2, 2004, s. 7-57.
- Danhard, Skiljande från tjänsten – de personliga skälen, *Ny Juridik*, Nr 3, 2007, s. 7-68.
- Danhard, Tid för arbete – en betraktelse över en kontraktuell fråga, I: Ahlberg (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 111-133.
- Davidov, The Reports of My Death are Greatly Exaggerated: ‘Employee’ as a Viable (Though Over-used) Legal Concept, I: Davidov & Langille (red.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 133-152.
- Davidov, In Defence of (Efficiently Administered) ‘Just Cause’ Dismissal Laws, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, No. 1, 2007, s. 117-138.
- Davidov, Re-Matching Labour Laws with Their Purpose, I: Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 179-189.
- Davidov, Articulating Labour Law’s Goals: Why and How, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, No. 2, 2012, s. 130-150.
- Davidov, Indirect Employment: Should Lead Companies be Liable?, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, 2015-2016, s. 5-36.
- Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Davidov, The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, 2017, kommande.
- Davidov & Eshet, Intermediate Approaches to Unfair Dismissal Protection, *Industrial Law Journal*, Vol. 44, No. 2, 2015, s. 167-193.
- Davidov & Langille (red.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006.
- Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.

- Davies, *EU Labour Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2012.
- Davies, Identifying 'Exploitative Compromises': The Role of Labour Law in Resolving Disputes Between Workers, *Current Legal Problems*, Vol. 65, 2012, s. 269-294.
- Davies & Freedland, Changing Perspectives Upon the Employment Relationship in British Law, I: Barnard, m.fl. (red.) *The Future of Labour Law. Liber Amicorum Bob Hepple QC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004, s. 129-158.
- Davies & Freedland, The Complexities of the Employing Enterprise, I: Davidov & Langille (red.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 273-293.
- de los Reyes, I skärningspunkten mellan genus och etnicitet. Ett ekonomiskt historiskt perspektiv på invandrarkvinnor i svenskt arbetsliv, *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, Årg. 4, Nr 1, 1998, s. 13-31.
- De Groof, The Scope of the Transfer of Undertaking Directive Further Enlarged Through the *Heineken-Case*, *European Labour Law Journal*, Vol. 1, No. 4, 2010, s. 508-512.
- De Schutter, Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power, I: Dorssemont, Lörcher & Bruun (red.) *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2013, s. 105-139.
- De Stefano, *The Rise of the "just-in-time workforce": On-demand Work, Crowdswork and Labour Protection in the "gig-economy"*, Conditions of Work and Employment Series No. 71, International Labour Office, Geneva 2016.
- Deakin, The Changing Concept of the 'Employer' in Labour Law, *Industrial Law Journal*, Vol. 30, No. 1, 2001, s. 71-84.
- Deakin, The Many Futures of the Contract of Employment, I: Conaghan m.fl. (red.) *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 177-196.
- Deakin & Wilkinson, Labour law and economic theory: A reappraisal, I: Collins m.fl. (red.) *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International, Dordrecht 2000, s. 29-62.
- Deakin & Wilkinson, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Dillén, *Arbets-skadeansvar. Om friskrivning från skadeståndsansvar för arbetsskada*, LiberFörlag, Stockholm 1982.
- Dorman, If Safety Pays, Why Don't Employers Invest in it?, I: Frick, m.fl., (red.) *Systematic Occupational Health and Safety Management. Perspectives on an International Development*, Elsevier Science, Oxford 2000, s. 351-365.
- Dorssemont, Lörcher & Bruun (red.) *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2013.
- Dorssemont & Lörcher, The European Convention on Human Rights and the Employment Relation, I: Dorssemont, Lörcher & Bruun (red.) *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2013, s. 417-429.

- Dotevall, *Mellanmannens kunskap och huvudmannens bundenhet*, Norstedts Juridik, Stockholm 1998.
- Dotevall, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, Norstedts Juridik, Stockholm 1999.
- Earnshaw, Rubery & Cooke, *Who is the Employer?*, The Institute for Employment Rights, London 2002.
- Edling, Efter bolagiseringen: Flera företag men samma turlista, Lag och avtal nr 3, 1992, s. 24-26.
- Edström, *Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället. En undersökning av rättens funktion för kärnarbetskraftens etablering, särskilt tillämpningen av regeln om tillräckliga kvalifikationer i LAS 22 § vid uppsägningar pga. arbetsbrist*, Iustus förlag, Uppsala 2001.
- Edström, Bemanningsarbete – både flexibelt och tryggt?, I: Madell m.fl. (red.) *Utblick och inblick. Vänbok till Claes Sandgren*, Iustus förlag, Uppsala 2012, s. 153-166.
- Eklund, *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1983.
- Eklund, *Tjänsteentreprenad – ett sätt att organisera arbetet?*, Arbetslivscentrum, Stockholm, 1986.
- Eklund, Entreprenader – arbetsrättsliga aspekter på en organisationsfråga, *Juridisk Tidskrift* 1989-1990, s. 271-285.
- Eklund, *Bolagisering – ett mode eller ett måste? Arbetsrättsliga lösningsmodeller i 21 koncerner*, Juristförlaget, Stockholm 1992.
- Eklund, under medverkan av Blekemo, Luthander och Wästfelt, *In- och uthyrning av arbetskraft i de nordiska länderna*, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, 1993.
- Eklund, Turordning i koncerner – en fråga om begreppsbildning och avtalsfrihet, I: Eklund, m.fl. (red.) *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, Iustus förlag, Uppsala 1993, s. 47-60.
- Eklund, Att ingå avtal om anställning. Ett blad ur Arbetsdomstolens praxis, I: Bernitz, m.fl. (red.) *Festskrift till Jan Ramberg*, Juristförlaget, Stockholm 1996, s. 119-140.
- Eklund, A Look at Contract Labour in the Nordic Countries, *Juridisk Tidskrift* 1995-1996, s. 625-654.
- Eklund, Public Employment Exchange and the Use of Temporary Employment Agencies in the Nordic Countries, I: Yessiou-Faltsi m.fl. (red.) *Recht In Europa. Festschrift für Hilmar Fenge zum 65. Geburtstag*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 1996, s. 183-205.
- Eklund, Deregulation of Labour Law – the Swedish Case, *Juridisk Tidskrift* 1998-1999, s. 531-551.
- Eklund, anmälan av Catharina Calleman, Turordning vid uppsägning. Ak. Avh. Umeå universitet. Rättsvetenskapliga institutionens skriftserie nr 2. Umeå 1999. 356 s., *Juridisk Tidskrift* 1999/00 s. 692-698.
- Eklund, The equal pay principle – promises and pitfalls, *Juridisk Tidskrift* 2001-2002, s. 542-555.
- Eklund, Sigeman & Carlson, *Swedish Labour and Employment Law: Cases and Materials*, Iustus förlag, Uppsala 2008.

- Ellis & Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford 2012.
- Engblom, Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 17, No. 2, 2001, s. 211-231.
- Engblom, *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law. Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*, European University Institute, Department of Law, Florence 2003.
- Engblom, Fixed-Term-at-Will: The New Regulation of Fixed-term Work in Sweden, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 24, No. 1, 2008, s. 133-149.
- Eurofound, *New Forms of Employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.
- European Commission, *Report Expert Group Transposition of Directive 2008/104/EC on temporary agency work*, European Commission, Directorate-General Employment, Social Affairs and Inclusion, Unit B2 – Labour Law, August 2011.
- Evju, Labour Is Not A Commodity: Reappraising the Origins of the Maxim, *European Labour Law Journal*, 2013, Vol. 4, No. 3, s. 222-229.
- Evju, Om ansiennitet, *Arbetsrätt*, Vol. 11, Nr. 1, 2014, s. 112-121.
- Fahlbeck, *Om arbetsprocessrätt. Studier i det fackliga tvisteförhandlandets juridik*, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1974.
- Fahlbeck, Kollektivavtalets verkningar för utomstående. Kollektivavtalets roll i en ny miljö, I: Sigeman & Victorin (red.) *Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt*, Studentlitteratur, Lund 1977, s. 129-146.
- Fahlbeck, *Praktisk arbetsrätt*, 3 uppl., Liber-Hermods, Malmö 1989.
- Fahlbeck, Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra, I: Nyström (red.) *Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund*, Carlsson Bokförlag, Stockholm 1993, s. 95-115.
- Fahlbeck, Employment exchange and hiring out of employees in Sweden, TfR 1995, s. 589-622.
- Fahlbeck, *Flexibilisation of Working Life: Potentials and Challenges for Labour Law. An International Analysis*, Juristförlaget i Lund, Lund 1998.
- Fahlbeck, "Firing the boss". Om anställningsskydd för företagsledare, I: Eklund, m.fl. (red.) *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001, s. 109-130.
- Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2013.
- Felländer, Ingram & Teigland, *The Sharing Economy: Embracing Change with Caution*, Näringspolitiskt Forum rapport No. 11, 2015.
- Fenwick, The Concept of the Employer. By Jeremias PRASSL. Oxford, Oxford University Press, 2015. Xxvii + 259 pp. ISBN 978-0-19-873553-3, *International Labour Review*, Vol. 155, No 1, 2016, s. 163-166.
- Fjæstad & Wolvén, (red.) *Arbetsliv och samhällsförändringar*, Studentlitteratur, Lund 2005.

- Flodgren, *Det lokala facket och medbestämmandet*, Liber Förlag, Malmö 1985.
- Flodgren, Något om arbetsgivarbegreppet, I: Hydén & Svensson (red.) *Revisor och näringsrätt. Uppsatser i handelsrätt. Vänbok tillägnad Axel Adlercreutz*, Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet, 1982, s. 81-104.
- Frade & Darmon, New Modes of Business Organization and Precarious Employment: Towards the Recommodification of Labour?, *Journal of European Social Policy* Vol. 15, No. 2, 2005, s. 107-121.
- Fransson, *Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Lustus förlag, Uppsala 2000.
- Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing. Om gränserna för anställdas kritikerätt*, Premiss förlag, Stockholm 2013.
- Fransson & Norberg, *Att lagstifta om diskriminering*, SNS Förlag, Stockholm 2007.
- Fransson & Stüber, Freedom of Expression from a Trade Union Perspective, I: Fejø m.fl. (red.) *Festschrift Liber Amicarum et Amicorum in Honour of Ruth Nielsen*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Copenhagen 2013, s. 127-145.
- Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen. En kommentar*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2015.
- Fredman, Marginalising Equal Pay Laws, *Industrial Law Journal*, Vol. 33, No. 3, 2004, s. 281-285.
- Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford 2003.
- Freedland, Application of labour and employment law beyond the contract of employment, *International Labour Review*, Vol. 146, No. 1-2, s. 3-20.
- Freedland & Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Frick, Sweden: Occupational Health and Safety Management Strategies from 1970-2001, I: Walters (red.) *Regulating Health and Safety Management in the European Union. A Study of the Dynamics of Change*, P.I.E. Lang, Brussels 2002, s. 211-234.
- Fudge, The Legal Boundaries of the Employer, Precarious Workers, and Labour Protection, I Davidov & Langille (red.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2006, s. 295-315.
- Fudge, Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 44, No. 4, 2006, s. 609-648.
- Fraser, *Fortunes of Feminism. From State-managed Capitalism to Neoliberal Crisis*, Verso, London 2013.
- Fudge, Constitutionalizing Labour Rights in Europe, I: Campbell, Ewing & Tomkins (red.) *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 244-267.
- Fudge, Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law, I Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 120-136.

- Fudge, Flexicurity and Labour Law: Labour Market Segmentation, Precarious Work and Just Distribution, I: Numhauser-Henning & Rönnmär (red.) *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011, s. 211-235.
- Fudge, *The Concept of the Employer* by Jeremias Prassl [Oxford: Oxford University press, 2015, xxvii + 231 pp, hardback, £66, ISBN 9780198735533], *Industrial Law Journal*, Vol. 45, 2016, s. 270-276.
- Furåker, Flexibilitet på arbetsmarknaden, I: Fjæstad & Wolvén (red.) *Arbetsliv och samhällsförändringar*, Studentlitteratur, Lund 2005, s. 141-154.
- Geijer, Den äldre arbetsrättens utveckling, I: Broström (red.) *Arbetsrättens utveckling. Dokumentation från doktorandkursen hösten 1982*, Arbetslivscentrum, Stockholm 1982, s. 1-15.
- Geijer, Arbetsrättens språk, I: Fahlbeck & Roos (red.) *Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget i Lund, Lund 1983, s. 139-167.
- Geijer & Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte. En studie i rättsbildningen på arbetsmarknaden*, Carl Bloms Boktryckeri AB, Lund 1958.
- Gellner & Sydolf, *Twistelösning i arbetsrätten. Förhandling och process*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005.
- Glavå, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.
- Glavå, 30 år med anställningsskydd – och med myter. En kritisk reflektion över anställningsskyddets utveckling, I: Nyström m.fl. (red.) *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, Juristförlaget i Lund, Lund 2005, s. 209-229.
- Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, 3 uppl., Studentlitteratur, Lund 2016.
- Gonäs, *Industriomvandling i välfärdsstaten*, Arbetslivscentrum, Stockholm 1991.
- Gorton, Through the Corporate Veil – Något om ansvarsgenombrott i amerikansk rätt, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1985, s. 198-217.
- Gotthardt, Tidsbegränsade anställningar och uppsägning på grund av arbetsbrist i Tyskland och Sverige, *Juridisk Tidskrift* 2000/01 s. 281-303.
- Gotthardt, Arbetstagarens rätt att motsätta sig företagsövergång enligt tysk och svensk rätt, I: Ahlberg (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 255-265.
- Grimshaw m.fl., Introduction: Fragmenting Work Across Organizational Boundaries, I: Marchington, m.fl. (red.) *Fragmenting Work. Blurring Organizational Boundaries and Disordering Hierarchies*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 1-38.
- Grimshaw m.fl., Conclusion: Redrawing Boundaries, Reflecting on Practice and Policy, I: Marchington, m.fl. (red.) *Fragmenting Work. Blurring Organizational Boundaries and Disordering Hierarchies*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 261-287.
- Grimshaw, Marchington & Rubery, The Blurring of Organizational Boundaries and the Fragmentation of Work, I: Wood & James (red.) *Institutions, Production, and Working Life*, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 147-166.
- Grönfors, *Ställningsfullmakt och bulvanskap*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1961.
- Grönfors, *Avtalsgrundande rättsfakta*, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1993.

- Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen. En kommentar*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010.
- Grönlund, *Flexibilitetens gränser. Förändring och friktion i arbetsliv och familj*, Boréa Bokförlag, Umeå 2004.
- The Guardian, *The Guardian View on Corporate-Speak: Offboarding the Jargon*. Editorial, [osignerad] 6 april 2017.
- Gullberg m.fl. *Arbetsbrottslagen i lydelse den 1 januari 2012. Kommentarer och författningar*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2012.
- Gullberg & Rundqvist, *Arbetsmiljölagen i dess lydelse den 1 januari 2013. Kommentarer och författningar*, 16 uppl., Norstedts Juridik/Arbetsmiljöforum, Stockholm 2013.
- Hanau & Gotthardt, *Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995-2001*, Forskningsrådet för arbetsliv och socialvetenskap, Stockholm 2003.
- Hansen, *EU:s migrationspolitik under 50 år. Ett integrerat perspektiv på en motsägelsefull utveckling*, Studentlitteratur, Lund 2008.
- Hanson, *Det flexibla arbetets villkor – om självförvaltandets kompetens*, Arbetsliv i omvandling 2004:8, Arbetslivsinstitutet, Stockholm 2004.
- Hansson, *Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse*, Iustus förlag, Uppsala 2010.
- Hatton, *The Temp Economy. From Kelly Girls to Permatemps in Postwar America*, Temple University Press, Philadelphia, 2011.
- Hellner, Juridiska personers skadeståndsansvar, I: Beckman (red.) *Teori och praxis. Studier i svensk civilrätt*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1964, s. 122-168.
- Hellner, m.fl., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal*, 4 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.
- Hellner, m.fl., *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*, 4 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.
- Hellner & Radetzki, *Skadeståndsrätt*, 7 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.
- Hemström, *Fackföreningarna och de anställda. Om arbetstagarorganisationernas uppgifter för och skyldigheter mot medlemmar och icke-medlemmar*, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1981.
- Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, Juridiska föreningen i Lund, Lund 1984.
- Hepple, Restructuring Employment Rights, *Industrial Law Journal*, Vol. 15, No 1, 1986, s. 69-83.
- Hepple, Community Measures for the Protection of Workers against Dismissal, *Common Market Law Review*, 1977, s. 489-500.
- Hepple, *Equality. The New Legal Framework*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011.
- Hepple, Dismissal Law in Context, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, No. 3, 2012, s. 207-214.
- Hepple, Workers' Rights in Mergers and Takeovers: The EEC Proposals, *Industrial Law Journal*, Vol. 5, No. 1, 1976, s. 197-210.

- Hepple, The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, *Industrial Law Journal*, Vol. 11, No. 1, 1982, s. 29-40.
- Herre, DCFR och svensk rätt, *Svensk juristtidning* 2012 s. 933-940.
- Herrigel & Zeitlin, Inter-firm Relations in Global Manufacturing: Disintegrated Production and Its Globalization, I: Morgan, m.fl., (red.) *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 527-555.
- Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus förlag, Uppsala 2003.
- Herzfeld Olsson, Folkkrätten i arbetsrätten, I: Stern & Österdahl (red.) *Folkkrätten i svensk rätt*, Liber AB, Malmö 2011, s. 204-229.
- Herzfeld Olsson & Sjödin, The Fissured Workplace: Some Responses to Contemporary Challenges in Sweden, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, 2015, s. 143-162.
- Hohfeld, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, *Yale Law Journal*, Vol. 23, 1913-1914, s. 16-59.
- Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, *Yale Law Journal*, Vol. 26, 1916-1917, s. 710-770.
- Holke & Olauson, *Medbestämmandelagen. Med kommentar*, 5 uppl., Norstedts, Stockholm 2012.
- Hughes, Competition Law Enforcement and Corporate Group Liability-Adjusting the Veil, *European Competition Law Review*, Vol. 35, Nr 2, 2014, s. 68-87.
- Hydén, Ramlagstiftning inom arbetsrätten, I: Fahlbeck & Roos (red.) *Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget i Lund, Lund 1983, s. 199-228.
- Hydén, Att hugga i sten utan att gå bet, I: Nyström (red.) *Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund*, Carlsson Bokförlag, Stockholm 1993, s. 203-217.
- Höök, *Entreprenadjuridik, Förvaltning, garantitid, byggperiod, upphandling, projektering*, 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2008.
- Isaksson, *Att utmana förändringens gränser. En studie om förändringsarbete, partnerskap och kön med Equal-programmet som exempel*, Media-Tryck, Lund University, Lund 2010.
- International Labour Office/European Labour Law Network, *Regulating the Employment Relationship in Europe: A Guide to Recommendation No. 198*, International Labour Office, Geneva 2013.
- Jameson, *Postmodernism, or, The Cultural Logic of Late Capitalism*, Duke University Press, Durham 1991.
- Jareborg, Rättsdogmatik som vetenskap, *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1-11.
- Jenum Hotvedt, Arbeidsgiverbegrepet. En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter, *Arbeidsrett*, Vol. 12, Nr 2, 2015, s. 159-192.
- Jenum Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet. En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, Gyldendal Juridisk, Oslo 2016.

- Jenum Hotvedt, Utfordringene i formidlingsøkonomien: Arbeidsgiverplikter for Uber?, I: Mulder m.fl. (red.) *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*, Universitetsforlaget, Oslo 2016, s. 327-338.
- Jessop, Fordism and Post-Fordism: a critical reformulation, I: Scott & Storper (red.), *Pathways to Regionalism and Industrial Development*, Routledge, London 1992, s. 43-65.
- Johnson, *Hyrt går hem. Historien om den svenska bemanningsbranschen*, Informationsförlaget, Stockholm 2010.
- Johnstone & Jones, Constitutive Regulation of the Firm: Occupational Health and Safety, Dismissal, Discrimination and Sexual Harassment, I: Arup m.fl. (red.) *Labour Law and Labour Market Regulation. Essays on the Construction, Constitution and Regulation of Labour Markets and Work Relationships*, The Federation Press, Sydney 2006, s. 483-502.
- Johnstone m.fl., *Beyond Employment. The Legal Regulation of Work Relationships*, The Federation Press, Sydney 2012.
- Julén Votinius, *Föräldrar i arbete. En könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning*, Makadam förlag, Göteborg och Stockholm 2007.
- Jönsson, *Straffansvar och modern brottslighet. En idékritisk studie av straffansvar för juridiska personer*, Iustus förlag, Uppsala 2004.
- Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 2 uppl., Stevens & Sons, London 1977.
- Karlsson, *Diskrimineringslagen – en kommentar*, Jure Förlag AB, Stockholm 2009.
- Karlsson, *Begreppet arbete. Definitioner, ideologier och sociala former*, Arkiv förlag, Lund 1986/2013.
- Karlsson & Eriksson, *Flexibla arbetsplatser och arbetsvillkor. En empirisk prövning av en retorisk figur*, Arkiv förlag, Lund 2000.
- Kenner, Protection in the Event of Unjustified Dismissal, I: Peers m.fl. (red.) *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, London 2014, s. 805-832.
- Kilpatrick, On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 35, No. 2, 2015, s. 325-353.
- Klare, The Horizons of Transformative Labour and Employment Law, I: Conaghan m.fl. (red.) *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities*, Oxford University Press, Oxford 2002, s. 3-29.
- Kleineman, Rättsdogmatisk metod, I: Korling & Zamboni (red.) *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 21-45.
- Krause, Case C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, [2008] ECR I-5187, *Common Market Law Review*, Vol. 47, 2010, s. 917-931.
- Kullmann, Extending Working Life. The Dutch Government's Response, *European Labour Law Journal*, Vol. 7, No 1, 2016, s. 31-51.
- Källström, anmälan av Ronnie Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser. Lund 1983. Norstedts. 367 s., *Svensk Juristtidning* 1984 s. 979-896.

- Källström, *Alkoholpolitik och arbetsrätt. En komparativ studie av missbrukares anställningsskydd*, Iustus förlag, Uppsala 1992.
- Källström, Familj och anställning. Om förmögensrättsliga avtal mellan familjemedlemmar, I: Håstad m.fl. (red.) *Festskrift till Anders Agell*, Iustus förlag, Uppsala 1994, s. 303-324.
- Källström, Kvalitetskriterier inom rättsvetenskapen, I: Källström & Malmberg (red.) *Arbetsrätt 1999. Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt*, Iustus förlag, Uppsala 1999, s. 75-82.
- Källström, Proportionalitetsprincipen i svensk arbetsrätt, I: Nyström m.fl. (red.) *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2005, s. 391-402.
- Källström, Är arbetstagarbegreppet en distributiv reglering?, I: Persson & Ryberg-Welander (red.) *Festskrift till Catharina Calleman – I rättens utkanter*, Iustus förlag, Uppsala 2014, s. 207-211.
- Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2013.
- Källström & Malmberg, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 4 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2016.
- Källström, Malmberg & Öman, *Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok*, Iustus förlag, Uppsala 2016.
- Langille, Labour Law's Theory of Justice, I: Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 101-119.
- Lagergren, *ILO-normer och deras inflytande på svensk lagstiftning och praxis*, Norstedts tryckeri, Stockholm 1987.
- Larsson, The Diffusion of Employer Responsibility, I: Frick m.fl. (red.) *Systematic Occupational Health and Safety Management. Perspectives on an International Development*, Elsevier Science Ltd, Oxford 2000, s. 199-226.
- Larsson & Svensson, *Twilight Time. Studer i svenskt dansmusikliv*, Forskningsrapport från SAMU, Uppsala 1992.
- Larsson, *Skyddet för visselblåsare i arbetslivet. En konstitutionell och arbetsrättslig studie*, Jure förlag, Stockholm 2015.
- Lilja Hansson, Skydd mot diskriminering i arbetslivet – trakasserier och bevisbörda, *Arbetsrätt og arbeidsliv*, Bind 1, Hefte 2, 2005, s. 107-114.
- Lind, Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla, *Juridisk Tidskrift* 1996-97, s. 352-370.
- Lindskog, *Lagen om handelsbolag och enkla bolag. En kommentar*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010.
- Landsorganisationen i Sverige, *LOs 27:e ordinarie kongress 2012, Kongressprotokoll del 2*, LO, Stockholm 2013.
- Locke, *The Promise of and Limits of Private Power. Promoting Labor Standards in a Global Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Lohse, *Arbetsgivarnas inställning till föreningsrätt, arbetarskydd och arbetstid i statsvetenskaplig belysning*, Publikationer från Svenska Arbetsgivareföreningen, Bröderna Lagerström AB, Stockholm 1963.

- Lombardo & Meier, Gender Mainstreaming in the EU. Incorporating a Feminist Reading?, *European Journal of Women's Studies*, Vol. 13, No. 2, 2006, s. 151-166.
- Lundberg, *Från lag till arbetsmiljö*, LiberFörlag, Malmö 1982.
- Lundh, *Spelets regler. Institutioner och lönebildning på den svenska arbetsmarknaden 1850-2010*, 2 uppl., SNS Förlag, 2010.
- Lundh, *Arbetsmarknadens karteller. Nya perspektiv på det svenska kollektivavtalssystemets historia*, Norstedts Akademiska Förlag, Stockholm, 2008.
- Lundh & Gunnarsson, *Arbetsmiljö, arbetarskydd och utvärderingsforskning. Ett historiskt perspektiv*, Skrifter utgivna av ekonomisk-historiska föreningen Vol. LIII, Studentlitteratur, Lund 1987.
- Lunning, Fortsatt lagstiftningsarbete, I: Broström (red.) *Arbetsrättens utveckling. Dokumentation från doktorandkursen hösten 1982*, Arbetslivscentrum, Stockholm 1982, s. 127-142.
- Lunning, anmälan av Folke Schmidt, Facklig arbetsrätt. Reviderad uppl. ombesörjd av Ronnie Eklund under medverkan av Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman, Juristförlaget. Stockholm 1997. 314 s., *Juridisk Tidskrift* 1998/99, s. 1013-1018.
- Lunning, Arbetsdomstolen och dispositiviteten, *Juridisk Tidskrift* 1995/96, s. 430-433.
- Lunning & Toijer, *Anställningsskydd. En lagkommentar*, 10 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010.
- Lunning & Toijer, *Anställningsskydd. En lagkommentar*, 11 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2016.
- Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten. En rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningssystem*, Jure förlag, Stockholm 2000.
- Mair, Direct Discrimination: Limited by Definition?, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 10, 2009, s. 3-17.
- Malmberg, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus förlag, Uppsala 1997.
- Malmberg, Arbetssökandes upplysningsplikt, JT 2000/01 s. 638-647.
- Malmberg, Collective Agreements and Competition Law in Sweden, I: Bruun & Hellsten (red.) *Collective Agreement and Competition in the EU. The Report of the COL-COM-project*, DJØF Publishing, Copenhagen 2001, s. 187-208.
- Malmberg, Inkomst- eller anställningstrygghet? Vad prioritera vid tillfälliga variationer i arbetskraftens storlek?, *Arbetsmarknad och arbetsliv*, Årg. 9, nr 3-4, 2003, s. 177-188.
- Malmberg, Introduction, I: Malmberg (red.) *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Iustus förlag, Uppsala 2003, s. 27-75.
- Malmberg, anmälan av Bernard Johan Mulder, Anställningen vid verksamhetsövergång, Juristförlaget i Lund, 2004, 392 s., *Juridisk Tidskrift* 2005-06, s. 204-213.
- Malmberg, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter*, Uppsala Faculty of Law Working Paper 2010:9, 2010.

- Malmberg, 1 kap. 1 §, I: Eklund (red.) *Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2005, s. 47-60.
- Malmberg, Diskriminering och principalansvar, 2010, I: Ahlberg (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 397-417.
- Malmberg, Arbetsrätten efter EU-inträdet, *Svensk Juristtidning* 2011 s. 430.
- Manfredi & Wickers (red.) *Challenges of Active Ageing. Equality Law and the Workplace*, Palgrave Macmillan, London, 2016.
- Marchington, m.fl. (red.) *Fragmenting Work. Blurring Organizational Boundaries and Disordering Hierarchies*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Marsden, *A Theory of Employment Systems: micro-foundations of societal diversity*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- McCrudden, The New Architecture of EU Equality Law after CHEZ: Did the Court of Justice reconceptualise direct and indirect discrimination?, *European Equality Law Review*, No. 1, 2016, s. 1-10.
- Mikkola, *Social Human Rights of Europe*, Karelactio, 2010.
- Moberg, *Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder. Ansvarsgenombrott*, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1998.
- Mosoetsa, Stillerman & Tilly, *Precarious Labour, South and North: An Introduction, International Labor and Working-Class History*, No. 89, 2016, s. 5-19.
- Muehlberger & Bertolini, The Organisational Governance of Work Relationships between Employment and Self-employment, *Socio-Economic Review*, Vol. 6, 2008, s. 449-472.
- Mulinari & Selberg, "What a way to make a living!", I: Mulinari & Selberg (red.) *Arbete – Intersektionella perspektiv*, Gleerups Utbildning AB, Malmö 2011, s. 7-34.
- Mundlak, The Third Function of Labour Law: Distributing Labour Market Opportunities among Workers, I: Davidov & Langille (red.) *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 315-328.
- Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure förlag, Stockholm 2007.
- Nakakubo & Araki, (red.) *The Notion of Employer in the Era of the Fissured Workplace. Should Labour Law Responsibilities Exceed the Boundary of the Legal Entity?*, Bulletin of Comparative Labour Relations No 95, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017.
- Næss, *Virksomhetsoverdragelse*, Universitetsforlaget, Oslo 2013.
- Nerep & Samuelsson, *Aktiebolagslagen – en lagkommentar del 1. Kapitel 1-10*, Thomson Fakta AB, Stockholm 2007.
- Nielsen, *Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning. Studier i EF-rettens integration i dansk arbejdsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1992.
- Nielsen, EF og nordisk koncernarbejdsret, I: Bruun, m.fl., (red.) *Koncernarbetsrätt i Norden*, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1992, s. 173-189.
- Nielsen, *Employers' Prerogatives – in a European and Nordic Perspective*, Handelshøjskolens Forlag, Copenhagen 1996.

- Nielsen, *Koncernarbejdsret*, 2 uppl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2006.
- Nielsen, *EU Labour Law*, 2 uppl., DJØF Publishing, Copenhagen 2013.
- Nielsen & Szyszczak, *The Social Dimension of the European Union*, 3 uppl., Handels-
højskolens Forlag, Copenhagen 1997.
- Norberg, *Inkomstskyddet vid övergång från sjukskrivning till arbete eller arbetslöshet. Om
hu och varför den sjuke alltid haft ett bättre skydd än den arbetslöse och det problem
som det medför*, Iustus förlag, Uppsala 2014.
- Nordiska utredningar, A 1978:5 *Uthyrnings- och entreprenadföretag i Norden. "Grå ar-
betskraft"*, Nordiska ministerrådet 1978.
- Nordiska utredningar, 1983:7 *Grå verksamhet*, Nordiska ministerrådet 1984.
- Nordiska ministerrådet [Schiller m.fl.], *The Future of the Nordic Model of Labour Rela-
tions – three reports on Internationalization and Industrial Relations*, Nord 1993:36,
1993.
- Nordlöf, Vill AD etablera en ny princip?, *Lag och Avtal*, nr 4, 2004, s. 6.
- Norrgård, Ansvarsgenombrott i aktiebolagsförhållanden. En komparativ studie av svensk
och norsk rätt, *Ny Juridik*, nr 4, 2006, s. 54-77.
- Numhauser-Henning, Arbetets flexibilisering, I: Eklund m.fl. (red.) *Studier i arbetsrätt
tillägnade Tore Sigeman*, utgivna av Arbetsrättsliga föreningen, Iustus förlag, Upp-
sala 1993, s. 255-296.
- Numhauser-Henning, Den framtida arbetsrättens förutsättningar, *Arbetsmarknad och ar-
betsliv*, Årg. 3, Nr 2, 1997, s. 97-108
- Numhauser-Henning, Flexible Qualification – A Key to Labour Law?, *The International
Journal of Comparative Labour law and Industrial Relations*, Vol. 17, No. 1, 2001,
s. 101-115.
- Numhauser-Henning, Introduktion, I: Numhauser-Henning (red.) *Perspektiv på likabe-
handling och icke-diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 13-34.
- Numhauser-Henning, Från begränsad till allmän visstidsanställning, I: Flodgren, m.fl.
(red.) 2007, *Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007, s. 367-
383.
- Numhauser-Henning, EU Equality Law – Comprehensive and Truly Transformative?, I:
Rönmar (red.) *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*. Swedish Stud-
ies in European Law, Vol. 4, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2011, s.
113-136.
- Numhauser-Henning, The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials
and Pifalls, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Rela-
tions*, Vol. 29, No. 4, 2013, s. 391-414.
- Numhauser-Henning, Var står diskrimineringsrätten idag?, I: Lindell-Frantz, m.fl. (red.),
Festskrift till Boel Flodgren, Juristförlaget i Lund, Lund 2011, s. 289-307.
- Numhauser-Henning, Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor,
I: Ahlberg (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 439-473.

- Numhauser-Henning, Executive Summary, I: Numhauser-Henning & Laulom [European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality] (red.) *Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries. Discrimination versus Dignity*, European Commission, Directorate-General for Justice 2012, s. 1-34.
- Numhauser-Henning, Labour Law in a Greying Labour Market – In need of a reconceptualisation of work and pension norms. The Position of Older Workers in Labour Law, *European Labour Law Journal*, Vol. 4, No. 2, 2013, s. 84-100.
- Numhauser-Henning & Rönnmär, Det flexibla svenska anställningsskyddet, JT 2010/11 s. 382-411.
- Numhauser-Henning & Rönnmär, Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 28, No 4, 2012, s. 443-468.
- Numhauser-Henning & Rönnmär, Compulsory Retirement and Age Discrimination – The Swedish *Hörnfeldt* Case Put in Perspective, I: Lindskog m.fl. (red.) *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Juristförlaget i Lund, Lund 2013, s. 401-415.
- Nycander, *Makten över arbetsmarknaden. Ett perspektiv på Sveriges 1900-tal*, 2 uppl., SNS Förlag, Stockholm 2008.
- Nycander, *Sist in först ut. LAS och den svenska modellen*, SNS Förlag, Stockholm 2010.
- Nyström, Arbetsgivarbegreppet intressant och aktuellt ämne, *EU och arbetsrätt*, nr 2, 2016, s. 8.
- Olsson, *Anställningsskydd och föräldrarelaterad frånvaro*, IFAU-Rapport 2013:1, IFAU, Stockholm 2013.
- Olofsdotter, *Flexibilitetens främlingar. Om anställda i bemanningsföretag*, Department of Social Sciences, Mid Sweden University 2008.
- Peck, *Work-Place. The Social Regulation of Labor Markets*, The Guilford Press, New York/London 1996.
- Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995.
- Perulli, *Economically dependent / quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, European Commission, Brussels 2003.
- Pettersson, *Frihet från underordning. En kritisk rättsvetenskaplig studie av diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda*, Bokbox förlag, Malmö 2012.
- Pettersson, Arbetsdomstolen och behovsanställningarna, I: Persson & Ryberg-Welander (red.) *Festskrift till Catharina Calleman – I rättens utkanter*, Iustus förlag, Uppsala 2014, s. 317-331.
- Pettersson & Selberg, Abnormal Justice and Globalised Labour Markets: Thinking Labour Law with Judy Fudge, I: Carlson, Edström & Nyström (red.) *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective*, Iustus förlag, Uppsala 2016, s. 263-284.
- Polanyi, *Den stora omdaning. Marknadsekonomins uppgång och fall*, Arkiv förlag, Lund 1944/2012.

- Prajogo & Oke, Human Capital, Service Innovation Advantage, and Business Performance. The Moderating Roles of Dynamic and Competitive Environments, *International Journal of Operations & Production Management*, Vol. 36, Nr. 9, s. 974-994.
- Prassl, The Notion of the Employer, *Law Quarterly Review*, Vol. 129, 2013, s. 380-398.
- Prassl, *The Concept of the Employer*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Prassl, Autonomous Concepts in Labour Law? The Complexities of the Employing Enterprise Revisited, I: Bogg m.fl. (red.) *The Autonomy of Labour Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2015, s. 151-167.
- Prassl & Risak, Uber, Taskrabbit, and Co.: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, *The Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 37, 2016, s. 619-652.
- Ramberg, Uppsägningstid vid långvariga samarbetsavtal, *Svensk Juristtidning* 2010 s. 94.
- Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007.
- Ramm, Introduction, I: Schmidt (red.) *Discrimination in Employment. A Study of Six Countries by the Comparative Labour Law Group*, Almqvist & Wiksell International, Stockholm 1978, s. 15-49.
- Ramos Martin & Visser, A More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 24, No. 4, 2008, s. 511-548.
- Ratti, Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 30, 2008-2009, s. 835-874.
- Reichel, European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts, I: Neergaard m.fl. (red.) *European Legal Method – Paradoxes and Revitalisation*, DJØF Publishing, Copenhagen 2011, s. 245-278.
- Rimsten, *Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande*, Iustus förlag, Uppsala 1998.
- Rodhe, *Obligationsrätt*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1956.
- Rodhe, Medbestämmandelagen och aktiebolagslagen, *Svensk Juristtidning* 1977 s. 295-298.
- Rodhe & Skog, *Rodhes aktiebolagsrätt*, 23 uppl., Norstedts juridik, Stockholm 2011.
- Rubery, m.fl., Blurring the Boundaries to the Employment Relationship: From Single to Multi-Employer Relationships, I: Marchington, m.fl. (red.) *Fragmenting Work. Blurring Organizational Boundaries and Disordering Hierarchies*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 63-87.
- Rubery, Institutionalizing the Employment Relationship, I: Morgan, m.fl., (red.) *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 497-525.
- Ruggie, *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*, W.W. Norton & Company, New York/London 2013.
- Rutberg & Skoog, Det nya koncernbegreppet, *Svensk skattetidning* 1997 s. 577.
- Ryberg-Welander, *Socialförsäkringsrätt. Om ersättning vid sjukdom*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2014.

- Rönmar, Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund, I: Numhauser-Henning (red.) *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2000, s. 283-311.
- Rönmar, Redundant Because of Lack of Competence? Swedish Employees in the Knowledge Society, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 17, No. 1, 2001, s. 117-138.
- Rönmar, *Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget i Lund, Lund 2004.
- Rönmar, Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar, *Juridisk Tidskrift* 2006/07, s. 630-645.
- Rönmar, The Regulation of Temporary Agency Work in Sweden and the Impact of the (2008/104/EC) Directive, *European Labour Law Journal*, Vol. 1, No. 3, 2010, s. 422-429.
- Rönmar & Numhauser-Henning, EU, sysselsättningsstrategin och *flexicurity*, I: Moëll m.fl. (red.) *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*, Juristförlaget i Lund, Lund 2008, s. 409-426.
- Samuelsson, *Entreprenadavtal. Särskilt om ändrade förhållanden*, Karnov Group, Stockholm 2011.
- Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap. Del I, *Juridisk Tidskrift* 1995-96, s. 726-748.
- Sandgren, Att söka anslag för rättsvetenskaplig forskning, *Juridisk Tidskrift* 2005-06, s. 349-365.
- Sandgren, Är rättsdogmatiken dogmatisk?, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* Vol. 118, Nr. 4-5, 2005, s. 648-656.
- Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 120, nr 3, 2007, s. 388-407.
- Sandström, *Svensk aktiebolagsrätt*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007.
- Schmidt, *Arbete och arbetarklass*, Studentföreningen Verdandis småskrifter N:r 380, Albert Bonniers förlag, Stockholm 1936.
- Schmidt, Domaren som lagtolkare, I: *Festskrift till Nils Herlitz*, P.A. Norstedt & Söner, Stockholm 1955, s. 263-298.
- Schmidt, *Tjänsteavtalet*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1959.
- Schmidt, Forskningsuppgifter i svensk arbetsrätt. Föredrag hållet av professor Folke Schmidt september 1954, I: *Arbetsrättsliga föreningens skrifter I. Föredrag 1954-1960. Rättsfallsnotiser*, Aktiebolaget Trycksaker, Norrköping 1960, s. 7-18.
- Schmidt, Rättsläget vid vilda strejker, *Svensk Juristtidning* 1970 s. 705.
- Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, P. A. Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1976.
- Schmidt, Förhandlingsrätt och tolkningsföreträdare. Två vägar till medinflytande, I: Arbetslivscentrum (red.) *Tre år med MBL. Erfarenheter från företag, stat och kommun*, LiberFörlag, Stockholm 1980, s. 47-72.
- Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, Reviderad upplaga 1997 ombesörjd av Ronnie Eklund under medverkan av Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1997.

- Schmidt, *Löntagarrätt*, Reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström, Juristförlaget, Stockholm 1994.
- Sciarra, *The Evolution of Labour Law (1992-2003) Volume I: General Report*, European Commission, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2005.
- Schiek, From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe, I: Schiek & Chege (red.) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge/Cavendish, London & New York 2009, s. 3-27.
- Schiek & Lawson (red.) *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality: Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Ashgate, Farnham 2011.
- Sebardt, *Redundancy and the Swedish Model. Swedish Collective Agreements on Employment Security in a National and International Context*, Iustus förlag, Uppsala 2005.
- Selberg, Bokanmälan: Mikael Hansson, Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse, Iustus förlag, Uppsala, 2010, 463 s (diss.), *Retfærd – Nordic Journal of Law and Justice*, Vol. 33, nr 4, 2010, s. 122-128.
- Selberg, Flexibla regler, fragmenterade anställda: Den diskursiva och formella konstruktionen av det flexibla arbetslivet, I: Mulinari & Selberg (red.) *Arbete – Intersektionella perspektiv*, Gleerups Utbildning AB, Malmö 2011, s. 245-261.
- Selberg, Åtgärder mot dem som tillgodogjort sig papperslösas arbete: nya principer i arbetsrättens sanktionssystem, eller ett principiellt nytt sanktionssystem?, I: Nyström m.fl. (red.) *Nedslag i den nya arbetsrätten*, Liber, Malmö 2012, s. 77-104.
- Selberg, Unikt beslut av Europadomstolen: Den klagande ska få tillbaka sin tjänst, *EU & arbetsrätt*, nr 1, 2013, s. 10.
- Selberg, Stärkt initiativrätt för Europaparlamentet. Föreslår regler om omstrukturering, *EU & arbetsrätt*, nr 2, 2013, s. 5.
- Selberg, Arbetsrätt i centrum och periferi. Migrationsrätt, arbetsrätt och (ir)reguljär arbetskraftsmigration, I: Persson & Ryberg-Welander (red.) *Festskrift till Catharina Callleman – I rättens utkanter*, Iustus förlag, Uppsala 2014, s. 371-391.
- Selberg, The Laws of "Illegal" Work and Dilemmas in Interest Representation on Segmented Labour Markets: À Propos Irregular Migrants in Sweden, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 35, No. 2, 2014, s. 247-288.
- Selberg, Om kriminaliseringen av papperslösas arbete och argumenten för att avskaffa den, I: Calleman & Herzfeld Olsson (red.) *Arbetskraft från hela världen. Hur blev det med 2008 års reform?*, Rapport 2015:9, Delegationen för migrationsstudier (Ju 2013:17), Stockholm 2015, s. 362-412.
- Selberg, Exkluderade ur nationen, inkluderade i arbetsrätten? Irreguljära migrantarbetare ur rättslig synvinkel, I: Sager, Holgersson & Öberg (red.) *Irreguljär migration i Sverige. Rättigheter, vardagserfarenheter, motstånd och statliga kategoriseringar*, Daidalos förlag, Göteborg 2016, s. 241-274.
- Sellberg, *Staten och arbetarskyddet 1850-1919. En studie i svensk socialpolitik*, Almqvist & Wiksell boktryckeri AB, Uppsala 1950.

- Selberg & Sjödin, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning, *Juridisk Tidskrift* 2012-13, s. 846-877.
- Selberg & Sjödin, Långtgående lojalitetsplikt kan urgröpa saklig grund, *Lag & avtal*, nr 5, 2013, s. 40.
- Selberg & Sjödin, EU-rätten skulle gagnas av en arbetsrättslig avdelning i EU-domstolen, *Europarättslig tidskrift*, nr 2, 2015, s. 415-424.
- Selberg & Sjödin, Stridsåtgärder i Högsta domstolen, *Juridisk Tidskrift* 2016/17, s. *kommande*.
- Silva & Hylander, *Bemanningsanställda på svensk arbetsmarknad*, Svenskt näringsliv, Stockholm 2012.
- Sigeman, *Lönefordran. Studier över löneskydd och kvittningsregler*, P. A. Norstedt & Söner s förlag, Stockholm 1967.
- Sigeman, Contract Labour in Sweden, I: *Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 14*, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1970, s. 30-64.
- Sigeman, *Kvittningslagen. Kommentarer till lagen den 27 maj 1970 om arbetsgivares kvittningsrätt*, Tidens förlag, Stockholm 1972.
- Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, I: Sigeman & Victorin (red.) *Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt*, Studentlitteratur, Lund 1977, s. 203-229.
- Sigeman, Bot, plikt och skadestånd. Om påföljder för kollektivavtalsbrott i nordisk rätt, I: Fahlbeck & Roos (red.) *Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz*, Juristförlaget i Lund, Lund 1983, s. 301-327.
- Sigeman, 36 § avtalslagen och arbetsrätten, I: Bernitz, m.fl. (red.) *Festskrift till Jan Hellner*, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm 1984, s. 587-628.
- Sigeman, Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling, *Svensk Juristtidning* 1984 s. 875-892.
- Sigeman, Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? Anförande vid arbetsdomstolens 60-årsjubileum, *Juridisk Tidskrift* 1989-90, s. 193-206.
- Sigeman, Informationsplikt rörande anställningsvillkor. Aspekter på en EU-reglering, I: Håstad, m.fl. (red.) *Festskrift till Anders Agell*, Iustus förlag, Uppsala 1994, s. 581-604.
- Sigeman, Den bastubadande sulfitoperatören. AD 1978 nr 89, I: *Rättsfall att minnas, Till Jan Hellner den 28 oktober 1997*, Juristförlaget, Stockholm 1997, s. 251-267.
- Sigeman, Information om anställningsvillkor, I: Eklund, m.fl. (red.) *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001, s. 289-315.
- Sigeman, Arbetsdomstolen i internationellt perspektiv, *Svensk Juristtidning* 2004 s. 561-572.
- Sigeman, Från reception till ideologikritik. Om arbetsrättens doktrinhistoria, I: Nyström m.fl. (red.) *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, Juristförlaget i Lund, Lund 2005, s. 515-532.

- Sigeman, Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten, I: Peterson (red.) *Juridiska fakulteten 1907-2007*, Stockholms universitet, Juridiska fakulteten, Stockholm 2007, s. 512-531.
- Sigeman, Domarrollen i arbetsdomstolen. Tal till en jubilerande domstol, I: Ahlberg (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 551-564.
- Sigeman & Sjödin, *Arbetsrätten. En översikt*, 6 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2013.
- Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige*, Iustus förlag, Uppsala 2015.
- Sohlberg, *Franchisejuridik*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2001.
- Stattin, *Företagsstyrning. Styrinstrument och ansvarsföljder i ett aktiebolagsrättsligt perspektiv*, Uppsala universitet, Uppsala 2005.
- Stattin, Tillräknande av vetskap i aktiebolags- och aktiemarknadsrätten, *Svensk Juristtidning* 2012 s. 1-35.
- Steinberg, *Skyddsombud i allas intresse. En rättsvetenskaplig studie*, Norstedts Juridik, Stockholm 2004.
- Steinberg, Arbetsmiljörätt – kan det va' nå't?, I: Ahlberg (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 565-585.
- Steinberg, Är arbetsmiljölagen sexistisk? I: Sandmark (red.) *Perspektiv på kvinnors hälsa i arbetslivet*, Studentlitteratur, Lund 2011, s. 221-254.
- Steinberg, Brott mot arbetsmiljölagen – sanktioner främst för industriarbetarnas behov?, I: Anderberg (red.) *Festskrift till Josef Zila*, Iustus förlag, Uppsala 2013, s. 161-180.
- Steinberg, Occupational Health and Safety in a Diverse, Post-Industrial Society: A Swedish Dilemma, I: Ales (red.) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013, s. 281-328.
- Steinberg, *Skyddsombuds- och arbetsmiljöombuds rätt*, 4 rev. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2013.
- Stone, The Decline in the Standard Employment Contract: A Review of the Evidence, I: Stone & Arthurs (red.) *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, Russel Sage Foundation, New York 2013, s. 366-404.
- Stratigaki, Gender Mainstreaming vs Positive Action. An Ongoing Conflict in EU Gender Equality Policy, *European Journal of Women's Studies*, Vol. 12, No. 2, 2005, s. 165-186.
- Strömberg, *Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform*, 3 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund, 1999.
- Strömholm, En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter, *Svensk Juristtidning* 1984 s. 923.
- Stüber, Lönekartläggning och marknadsbegreppet, I: Fransson (red.) *Marknaden – saklig grund för lönesättning? En fråga – tio svar*, Norstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 79-106.
- Sundbärg, *Tankar i utvandringsfrågan*, P.A. Norstedt och söners förlag, Stockholm 1913.
- Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2001.

- Supiot, *Homo Juridicus. On the Anthropological Functions of the Law*, Verso, London, New York, 2007.
- Supiot, Possible Europes. Interview by Marc-Olivier Padis, *New Left Review*, 2009, s. 57-65.
- Svensäter, *Anställning och upphovsrätt. Om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen*, Norstedts, Stockholm 1991.
- Svenaesus, *Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män. En rättssociologisk studie av regler i lag och avtal om lika lön*, Media-Tryck, Lund 2017.
- Svenskt Näringsliv & PTK [Rudeberg & Hedlund], *Faktiska konsekvenser av turordningsreglerna i LAS och avtal. En rapport av Svenskt Näringsliv och PTK*, Juni 2011.
- Svensson, Betalningsansvar vid drivande av rörelse – Ansvarsgenombrott?, *Juridisk Publikation*, Nr 2, 2010, s. 235-269.
- Sveriges officiella statistik, Statistiska meddelanden, AM 110 SM 1501, Utvecklingen av tidsbegränsat anställda, 24 februari 2015.
- Sydolf, Begreppet tillräckliga kvalifikationer i Arbetsdomstolens rättstillämpning, I: Eklund, m.fl. (red.) *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001, s. 349-365.
- Teklé, Labour law and worker protection in the South. An evolving tension between models and reality, I: Teklé (red.) *Labour Law and Worker Protection in Developing Countries*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon/International Labour Office, Geneva 2010, s. 3-47.
- Thornstedt, *Om företagaransvar. Studier i specialstraffrätt*, Lindbergs tryckeriaktiebolag Stockholm 1948.
- Thornstedt, *Företagarens straffansvar*, 2 uppl., Esselte stadium, Göteborg 1976.
- Thörnquist, From Centralized Self-regulation to Organized Decentralization: Occupational Health and Safety (OHS) in Sweden 1940-2002, I: Fleming & Thörnquist (red.) *Nordic Management-Labour Relations and Internationalization. Converging and Diverging Tendencies*, Nord 2003:015, Nordic Council of Ministers, Copenhagen 2003, s. 167-191.
- Thörnquist, False Self-Employment, I: Thörnquist & Engstrand (red.) *Precarious Employment in Perspective. Old and New Challenges to Working Conditions in Sweden*, P.I.E. Peter Lang, Brussels 2011, s. 101-129.
- Thörnquist, *False (Bogus) Self-Employment in East-West Labour Migration. Recent trends in the Swedish construction and road haulage industries*, Themes on Migration and Ethnic Studies. Occasional Papers and Reprints, REMESO, Institute for Research on Migration, Ethnicity and Society, Linköping 2013.
- Tiberg & Dotevall, *Mellanmansrätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1997.
- Toijer, Några reflexioner kring det statliga arbetsgivarbegreppet, I: Eklund m.fl. (red.) *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001 s. 367-380.
- Trebilcock, A Comment on "Legitimizing the Triangular Employment Relationship", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19, 1997-98, s. 79-84.
- Töllborg, Sverige, I: Bruun, m.fl., (red.) *Koncernarbetsrätt i Norden*, Nerenius & Santérus förlag, Stockholm 1992, s. 22-81.

- Töllborg, Medinflytande och ansvarsgenombrott. En översiktlig granskning av sambandet mellan makt, ansvar och inflytande ur ett internationellt perspektiv, *Tidsskrift för Rettsvitenskap* 1994 s. 723-785.
- Ulander-Wänman, *Företrädesrätt till återanställning*, Iustus förlag, Uppsala 2008.
- Ulander-Wänman & Blom, The Evolution of Fixed-term Employment in Swedish Legislation: What Can We Learn from History?, I: Carlson m.fl. (red.) *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective*, Iustus förlag, Uppsala 2016 s. 207-223.
- Unger, Får jag tala med koncernchefen!, *Advokaten*, 1987, s. 18-26.
- Unionen, Bemanningsbranschen – personal som handelsvara, 2008.
- Valdés de la Vega, Occupational Health and Safety: An EU Law Perspective, I: Ales (red.) *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2013 s. 1-27.
- Valletta, Bengali & van der List, Cyclical and Market Determinants of Involuntary Part-Time Employment, IZA Discussion Paper No. 9738, February 2016.
- Valenzuela, m.fl., On the Corner. Day Labor in the United States, 2006.
<http://www.sscnet.ucla.edu/issr/csup/index.php> [senast besökt 22/4-17]
- Van Peijpe, EU Limits for the Personal Scope of Employment Law, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, No. 1, 2012, s. 35-53.
- Veneziani, The Evolution of the Contract of Employment, I: Hepple (red.) *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Mansell Publishing Limited, London and New York 1986, s. 31-72.
- Vickers, *Freedom of Speech and Employment*, Oxford University Press, Oxford 2002.
- Viklund, Avskedande eller uppsägning p g a engångs- eller impulsbrottslighet – Är ADs praxis rimlig?, I: Eklund, m.fl. (red.) *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001, s. 381-395.
- Vogel-Polsky, The Problem of Unemployment, I: Hepple (red.) *The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945*, Mansell Publishing Limited, London and New York 1986, s. 154-192.
- Vosko, Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19, 1997-98, s. 43-78.
- Vosko, *Managing the Margins. Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Waas, The Legal Definition of the Employment Relationship, *European Labour Law Journal* Vol. 1, No. 1, 2010, s. 45-57.
- Walters, The Framework Directive, I: Walters (red.) *Regulating Health and Safety Management in the European Union. A Study of the Dynamics of Change*, P.I.E. Peter Lang, Brussels, 2002, s. 39-57.
- Wedderburn, *The Worker and the Law*, 1 uppl., Penguin Books, Middlesex 1965.
- Wegerstad, *Skyddsvärda intressen och straffvärda kränkningar. Om sexualbrotten i det straffrättsliga systemet med utgångspunkt i brottet sexuellt ofredande*, Juridiska fakulteten, Lunds universitet, Lund, 2015.

- Weil, *The Fissured Workplace. Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 2014.
- Westberg, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet, I: Heuman (red.) *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm 1992, s. 421-446.
- Westregård, *Integritetsfrågor i arbetslivet*, Juristförlaget i Lund, Lund 2002.
- Westregård, En analys av samspelet mellan arbetsrätt och rehabiliteringsregler vid uppsägning och omplacering, *Juridisk Tidskrift* 2006/07 s. 876-888.
- Westregård, De nya sjukpenningsreglerna i ett arbetsrättsligt perspektiv, *Arbetsmarknad & arbetsliv*, Årg. 15, Nr. 4, 2009, s. 57-76.
- Westregård, Sjukpenningregler i ett arbetsrättsligt perspektiv, I: Ahlberg m.fl. (red.) *Vänbok till Ronnie Eklund*, Iustus förlag, Uppsala 2010, s. 627-640.
- Westregård, Partiell ”sjuknärvaro”. Ett nytt fenomen i arbetslivet, I: Lindell-Frantz m.fl. (red.) *Festskrift till Boel Flodgren*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2011, s. 443-458.
- Westregård, Changes in the Swedish Sickness Insurance System and Labour Law due to Influence of Flexicurity, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2014, s. 30-50.
- Westregård, The Notion of ‘employee’ in Swedish and European Union Law. An Exercise in Harmony or Disharmony?, I: Carlson, Edström & Nyström (red.) *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective*, Iustus förlag, Uppsala 2016, s. 185-206.
- Whitley, The Institutional Construction of Firms, I: Morgan, m.fl., (red.) *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 453-489.
- Wikman, *Internationalisering, flexibilitet och förändrade företagsformer. En statistisk analys av arbetsställdas utveckling under 90-talet*, Arbetsliv i omvandling 2001:8, Arbetslivsinstitutet, Stockholm 2001.
- Wilhelmsson, *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*, Juristförbundets förlag, Helsinki 1987.
- Wright & Kaine, Supply Chains, Production Networks and the Employment Relationship, *Journal of Industrial Relations*, Vol. 57 No. 4, 2015, s. 483-501.
- Zanderin, Internkontroll och systemtillsyn av arbetsmiljön i fyra svenska kommuner. En rättssociologisk studie, Sociologiska institutionen, Lunds universitet, 2004.
- Zappalà, Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law – An Historical Overview, I: Ahlberg, m.fl. (red.) *Transnational Labour Regulation. A Case Study of Temporary Agency Work*, P.I.E. Peter Lang, Brussels 2008, s. 155-167.
- Zbyszewska, Gendering European Working Time Regimes. The Working Time Directive and the Case of Poland, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- Öman, Anställda i särskilt arbetsgivarbolag följer med när koncernbolag utan anställda överläts, *EU & arbetsrätt*, nr 4, 2010, s. 8.
- Öman, *AD om uppsägning av personliga skäl och avskedande*, Lars Åhnberg AB, Stockholm 2013.
- Öman, *Anställningsskyddspraxis*, 7 uppl., Jure Förlag AB, Stockholm 2014.

Lagförarbeten från Sverige

Riksdagens utskotts betänkanden

Inrikesutskottets betänkande 1973:36 Trygghet i anställningen.

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1983/84:3 om anställningsskydd.

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1990/91:AU20 Privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, m.m.,

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1992/93:AU16 Avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1998/99:AU3 Akt om ändring i ILO:s stadga samt ILO:s konvention och rekommendation om hemarbete.

Lagutskottets betänkande 2003/04:LU7 Franchising, m.m.

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2005/06:AU7 Anställningsvillkor i bemanningsföretag.

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2012/13:5 Lag om uthyrning av arbetstagare m.m.

Regeringsförslag

Prop. 1912:104 Kungl Maj:ts nådiga proposition till Riksdagen med förslag till lag om arbetarskydd.

Prop. 1948:298 med förslag till arbetarskyddslag m.m.

Prop. 1964:14 Kungl Maj:ts proposition till riksdagen med anhållan om riksdagens yttrande angående vissa av Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens år 1963 vid dess fyrtiosjunde sammanträde fattade beslut

Prop. 1970:166 med förslag till lag om ändring i lagen (1935:113) med vissa bestämmelser om arbetsförmedling.

Prop. 1971:107 med förslag till lag om anställningsskydd för vissa arbetstagare, m.m.

Prop. 1972:5 med förslag till skadeståndslag m.m.

Prop. 1973:39 med förslag till lag om anställning av arbetskraft för byggnadsarbete.

Prop. 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.

Prop. 1973:130 angående förbättringar i arbetarskyddslagstiftningen och andra åtgärder för bättre arbetsmiljö.

Prop. 1974:77 med förslag till lag om rättegången i arbetstvister, m.m.

Prop. 1974:148 med förslag till lag om arbetstgares rätt till ledighet för utbildning.

Prop. 1975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m., Bilaga 1 Arbetsmarknadsdepartementet. Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet.

Prop. 1976/77:149 om arbetsmiljölager m.m.

Prop. 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.

Prop. 1979/80:143 med förslag till ny lagstiftning om handelsbolag m.m.

Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

Prop. 1981/82:166 med anledning av beslut fattade av internationella arbetskonferensen vid dess sextiosjätte och sextiosjunde möten, m.m.

Prop. 1982/83:124 med anledning av beslut som har fattats av internationella arbetskonferensen vid dess sextioåttonde möte.

Prop. 1984/85:96 med förslag till lag om viten m.m.

Prop. 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag, m.m.

Prop. 1990/91:124 om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, m.m.

Prop. 1990/91:140 Arbetsmiljö och rehabilitering.

Prop. 1992/93:218 om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.

Prop. 1993/94:65 En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl.

Prop. 1993/94:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet.

Prop. 1993/94:77 En ombildning av arbetsgivarorganisationen för det statliga området.

Prop. 1993/94:101 Åtgärder mot rasistisk brottslighet och etnisk diskriminering i arbetslivet.

Prop. 1993/94:186 Ändringar i arbetsmiljölagen.

Prop. 1994/95:76 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler.

Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamhet och kollektiva uppsägningar.

Prop. 1995/96:10, Års- och koncernredovisning del 2.

Prop. 1995/96:163 Europeiska företagsråd.

Prop. 1997/98:45 Miljöbalk.

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid.

Prop. 1997/98:82 Europarådets sociala stadga.

Prop. 1997/98:150 1998 års ekonomiska vårproposition.

Prop. 1997/98:177 Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

Prop. 1997/98:179 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

Prop. 1997/98:180 Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

Prop. 1997/98:185 Akt om ändring i ILO:s stadga samt ILO:s konvention och rekommendation om hemarbete.

Prop. 1999/00:86 Ett informationssamhälle för alla.

Prop. 1999/2000:141 Lag om ändring i arbetsmiljölagen m.m.

Prop. 1999/2000:143 Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

Prop. 2001/02:97 Lag om förbud mot diskriminering av deltid arbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, m.m.

Prop. 2002/03:65 Ett utvidgat skydd mot diskriminering.

Prop. 2004/05:85 Ny aktiebolagslag.

Prop. 2004/05:147 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.

Prop. 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning, m.m.

Prop. 2007/08:62 Ny instansordning för arbetsmiljöärenden.

Prop. 2007/08:69 ILO:s konvention om ett ramverk för främjande av arbetsmiljö, m.m.

Prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering.

Prop. 2008/09:5 Bättre genomförande av EG:s byggsplatsdirektiv.

Prop. 2008/09:29 Lag om valfrihetssystem.

Prop. 2008/09:62 F-skatt åt fler.

Prop. 2008/09:138 Elevers och studerandes medverkan i arbetsmiljöarbetet, m.m.

Prop. 2010/11:60 Ny lag om europeiska företagsråd.

Prop. 2011/12:178 Lag om uthyrning av arbetstagare.

Prop. 2012/13:125 Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare.

Prop. 2012/13:143 Effektivare sanktioner för arbetsmiljö- och arbetstidsreglerna.

Prop. 2013/14:80 Gymnasial lärlingsanställning.

Prop. 2015/16:62 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar.

Prop. 2015/16:135 Ett övergripande ramverk för aktiva åtgärder i syfte att främja lika rättigheter och möjligheter.

Prop. 2015/16:193 Företagens rapportering om hållbarhet och mångfaldspolicy.

Skrivelser från regeringen

Skr. 2005/06:91 Anställningsvillkor i bemanningsföretag.

Skr. 2009/10:248 En förnyad arbetsmiljöpolitik med en nationell handlingsplan 2010-2015.

Skr. 2015/16:80 En arbetsmiljöstrategi för det moderna arbetslivet 2016-2020.

Utredningsbetänkanden

SOU 1946:60 Betänkande med förslag till lag om skydd mot ohälsa och olycksfall i arbete m.m. I. Avgivet av 1938 års arbetarskyddskommitté.

SOU 1957:14 Beroende uppdragstagare. Arbetstidsutredningens betänkande. Del VII.

SOU 1961:57 Sociallagstiftningen och de s.k. beroende uppdragstagarna. Betänkande avgivet av särskilt tillkallad utredningsman.

- SOU 1964:31 Skadestånd II Arbetsgivares och arbetstagares skadeståndsansvar m.m. Förslag av skadeståndskommittén.
- SOU 1972:86 Bättre arbetsmiljö. Delbetänkande avgivet av arbetsmiljöutredningen.
- SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Betänkande avgivet av Utredningen rörande anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen.
- SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande avgivet av arbetsrättskommittén.
- SOU 1976:1 Arbetsmiljölagen. Slutbetänkande avgivet av arbetsmiljöutredningen.
- SOU 1976:4 Internationella konventioner inom arbetarskyddet. Bilaga 3 till arbetsmiljöutredningens betänkande.
- SOU 1978:38 Jämställdhet i arbetslivet. Lag om jämställdhet. Betänkande av Jämställdhetskommittén.
- SOU 1982:60 MBL i utveckling. Betänkande av Nya arbetsrättskommittén.
- SOU 1987:17 Franchising. Betänkande av franchiseutredningen.
- SOU 1987:59 Ansvarsgenombrott m.m. Betänkande av betalningsansvarskommittén med förslag till ändringar i aktiebolagslagen.
- SOU 1988:3 Arbetsolycka – ”olycka” eller arbetsmiljöbrott? Betänkande av arbetsolycksutredningen.
- SOU 1988:49 Arbetsmarknadsstriden III. Gränstvister. Stridsåtgärder mot småföretag. En kartläggning av arbetsmarknadskonflikter i det moderna samhället.
- SOU 1988:63 Kommission och dylikt. Sakrättsliga frågor vid kommission, återtagandeförbehåll, konsignation, legotillverkning och kommissionärsbolag. Slutbetänkande av kommissionslagskommittén.
- SOU 1990:41 Tio år med jämställdhetslagen – utvärdering och förslag. Betänkande av jämställdhetsutredningen.
- SOU 1990:49 Arbete och hälsa. Betänkande av Arbetsmiljökommissionen.
- SOU 1992:96 Förbud mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Slutbetänkande av utredningen för åtgärder mot etnisk diskriminering.
- SOU 1992:116 Privat förmedling och uthyrning av arbetskraft. Betänkande av utredningen om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.
- SOU 1993:7 Löneskillnader och lönediskriminering. Om kvinnor och män på arbetsmarknaden. Betänkande av Löneskillnadsutredningen.
- SOU 1993:32 Ny anställningsskyddslag. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté.
- SOU 1993:81 Översyn av arbetsmiljölagen. Betänkande av Utredningen om översyn av arbetsmiljölagen.
- SOU 1994:83 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar. EU och den svenska arbetsrätten. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté.
- SOU 1994:141 Arbetsrättsliga utredningar. Bakgrundsmaterial utarbetat av sekretariatet vid 1992 års arbetsrättskommitté.
- SOU 1995:115 Ny lag om europeiska företagsråd. Delbetänkande av 1995 års Arbetsrättskommision.

- SOU 1997:58 Personaluthyrning. Slutbetänkande av Kommittén för utvärdering av avregleringen av arbetsförmedlingsmonopolet.
- SOU 1997:174 Räkna med mångfald. Förslag till lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet m.m. Betänkande av utredningen om översyn av lagen mot etnisk diskriminering.
- SOU 1997:175 Förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Betänkande av Utredningen mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning (SEDA).
- SOU 1997:176 Förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. Delbetänkande av Utredningen mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (FUDA).
- SOU 1998:47 Bulvaner och annat. Betänkande av Bulvanutredningen.
- SOU 1998:104 Arbetsgivarens rehabiliteringsansvar. Betänkande av AGRA-utredningen.
- SOU 1998:115 Distansarbete. Betänkande av Distansarbetsutredningen.
- SOU 1999:91 En översyn av jämställdhetslagen. Betänkande av Utredningen om översyn av jämställdhetslagen.
- SOU 2001:1 Ny aktiebolagslag. Slutbetänkande av Aktiebolagskommittén.
- SOU 2002:32 Den arbetsgivarpolitiska delegeringen i staten – en samlad utvärdering.
- SOU 2002:43 Ett utvidgat skydd mot diskriminering. Betänkande av Diskrimineringsutredningen 2001.
- SOU 2002:59 Omställningsavtal. Ett aktivare stöd till uppsagda. Betänkande av Utredningen om omställningsavtal.
- SOU 2004:55 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering. Delbetänkande av Diskrimineringskommittén.
- SOU 2004:85 Genomförandet av direktivet om information och samråd. Betänkande av Utredningen om information till och samråd med arbetstagare.
- SOU 2005:105 Stärkt rätt till heltidsanställning. Betänkande av Heltidsutredningen.
- SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning. Del 1 och Del 2. Slutbetänkande av Diskrimineringskommittén.
- SOU 2007:43 Bättre arbetsmiljöregler II. Skyddsombud, beställaransvar, byggarbetsplatser m.m. Slutbetänkande av Utredningen om arbetsmiljölagen.
- SOU 2008:49 Aktiekapital i privata aktiebolag. Delbetänkande av Utredningen om ett enklare aktiebolag.
- SOU 2009:40 En ny modell för arbetsmiljötillsyn. Delbetänkande av Styrmedelsutredningen.
- SOU 2009:47 God arbetsmiljö – en framgångsfaktor? En skrift från Arbetsmiljöpolutiska kunskapsrådet.
- SOU 2009:93 Inkluderande arbetsliv. En skrift från Arbetsmiljöpolutiska kunskapsrådet.
- SOU 2009:97 Marknadsorienterade styrmedel på arbetsmiljöområdet. Slutbetänkande av Styrmedelsutredningen.
- SOU 2010:7 Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och skyldigheter – ett systematiskt målinriktat arbete på tre samhällsområden. Betänkande av Utredningen om aktiva åtgärder inom diskrimineringsområdet.

- SOU 2010:63 EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare. Betänkande av Sanktionsutredningen.
- SOU 2010:93 Att skapa arbeten. Löner, anställningsskydd och konkurrens. Bilaga 5–7 till Långtidsutredningen 2011.
- SOU 2011:5 Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige. Betänkande av Bemanningsutredningen.
- SOU 2011:11 Långtidsutredningen 2011. Huvudbetänkande. Utarbetad inom Finansdepartementet.
- SOU 2011:57 En bättre arbetsmiljö genom effektivare sanktioner. Betänkande av Utredningen om Effektivare sanktioner på arbetsmiljö- och arbetstidsområdet.
- SOU 2011:60 Ett nationellt kunskapscentrum för arbetsmiljö – behov och förutsättningar. En skrift från Arbetsmiljöpolutiska kunskapsrådet.
- SOU 2011:63 Framgångsrik företagshälsovård – möjligheter och metoder. Studiehandbok från FHV-delegationen.
- SOU 2011:79 Kunskapsområdet företagshälsovård. En rapport om utbildning, utveckling och forskning. Slutrapport från FHV-delegationen.
- SOU 2012:62 Uppsägningstvister. En översyn av regelverket kring tvister i samband med uppsägning av arbetstagare. Betänkande av Uppsägningstvistutredningen.
- SOU 2012:80 Utbildningsanställning. Betänkande av Utredningen om lärlingsanställning.
- SOU 2014:22 Genomförande av EU:s nya redovisningsdirektiv. Delbetänkande av Redovisningsutredningen.
- SOU 2014:31 Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden. Betänkande av Utredningen om stärkt skydd för arbetstagare som slår larm.
- SOU 2014:41 Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering. Betänkande av Utredningen om aktiva åtgärder mot diskriminering.
- SOU 2014:55 Inhyrning och företrädesrätt till återanställning. Betänkande av Utredningen om inhyrning och företrädesrätt till återanställning.
- SOU 2015:38 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II. Slutbetänkande av Utredningen om nya utstationeringsregler.
- SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Delbetänkande av utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal.
- SOU 2016:15 Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse. Slutbetänkande av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

Utredningsdirektiv

- Dir. 1991:75 Översyn av arbetsmiljölagen.
- Dir. 1991:118 Översyn av den arbetsrättsliga lagstiftningen.
- Dir. 1992:109 Tilläggsdirektiv till 1992 års arbetsrättskommitté.

Dir 2005:114 Tilläggsdirektiv till Utredningen om arbetsmiljölagen (N 2004:11).
Dir. 2015:81 Anpassning till nya förutsättningar för taxi och samåkning.
Dir. 2015:136 Användarna i delningsekonomin.
Dir. 2016:1 Arbetsmiljöreger för ett modernt arbetsliv.
Dir. 2016:70 Gräsrotsfinansiering.

Departementsstenciler

DsIn 1970:5 Olaga arbetsförmedling. P.M. avgiven av utredningen angående arbetsförmedling inom vissa yrkesområden m.m.
DsIn 1971:1 Den äldre arbetskraftens anställningstrygghet. Promemoria upprättad inom inrikesdepartementet.
DsA 1981:6 Anställningsskydd. Promemoria sammanställd inom arbetsmarknadsdepartementet på grundval av anställningsskyddskommitténs (A 1977:01) arbete.
DsC 1984:12 Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Stat-kommunberedningen [Hydén]
Ds 1989:30 Arbetsförmedlingslagen – en översyn.
Ds 1991:72 EES-anpassning av arbetsmiljölagen. Rapport avgiven av arbetsgruppen med uppgift att föreslå de ändringar i arbetsmiljölagen (1977:1160) m.m. som föranleds av ett EES-avtal.
Ds 1993:82 Nya EG-regler på arbetsmiljöområdet.
Ds 2000:8 Remissammanställning. En översyn av jämställdhetslagen (1999:91).
Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.
Ds 2003:27 Företags- och anställningsformer i förändring.
Ds 2007:32 Ny instansordning för arbetsmiljöärenden.
Ds 2010:10 Ny lag om europeiska företagsråd.
Ds 2011:22 Anmälningsskyldighet vid utstationering samt förtydligande avseende missbruk av visstidsanställningar enligt anställningsskyddslagen.
Ds 2012:25 Förstärkt skydd för arbetstagare med allmän visstidsanställning och vikariat.
Ds 2014:45 Företagens rapportering om hållbarhet och mångfaldspolicy.
Ds 2015:29 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar.
Ds 2016:6 Entreprenörsansvar och svenska kollektivavtalsvillkor vid utstationering.

Diverse lagförarbeten

Motion 1973:2028.

Arbetsmarknadsdepartementet, Enheten för arbetsrätt och arbetsmiljö, Promemoria 2007-11-19, A2007/4930/ARM, Remissammanställning avseende betänkandet ”Bättre arbetsmiljöregler II, Skyddsombud, beställaransvar, byggarbetsplatser m.m.”,

Regeringskansliet, Näringsdepartementet, Promemoria 2004-09-14, N2001/8934/ARM, Arbetsgruppen om anställning i bemanningsföretag – problemsammanställning och parternas synpunkter.

Lagförarbeten från EU

COM(74) 351 Final/2. Proposal for a directive of the Council on harmonisation of the legislation of member states on the retention of the rights and advantages of employees in the case of mergers, takeovers and amalgamations [This document cancels and replaces doc. COM (74) 351 Final of 29 May 1974].

COM(75) 429 final. Amended Proposal for a Council directive on harmonization of the legislation of Member States on the safeguarding of employees' right and advantages in the case of mergers, take-overs and amalgamations.

COM(91) 345 Final. Amended proposal for a Council Directive on the establishment of a European Works Council in Community-scale undertakings or groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees.

COM(94) 300 final. Proposal for a Council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses.

COM(96) 67 final. Communication from the Commission. Incorporating equal opportunities for women and men into all community policies and activities.

COM(2000) 259 final. Proposal for a Council directive on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses (codified version).

COM(2001) 366 final. Green Paper. Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility.

COM(2002) 341 final. Communication from the Commission. The European social dialogue, a force for innovation and change. Proposal for a Council Decision establishing a Tripartite Social Summit for Growth and Employment.

KOM(2004) 62 slutlig. Meddelande från Kommissionen Europeiska ekonomiska kommittén till Europaparlamentet, Rådet, och Regionkommittén om den praktiska tillämpningen av bestämmelserna i direktiven om hälsa och säkerhet i arbetet 89/391/EEG (ramdirektivet), 89/654/EEG (arbetsplatser), 89/655/EEG (arbetsutrustning), 89/656/EEG (personlig skyddsutrustning), 90/269/EEG (manuell hantering av laster) och 90/270/EEG (bildskärmsutrustning).

- KOM(2006) 92 slutlig. Meddelande från Kommissionen till Rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. En färdplan för jämställdhet 2006-2010.
- COM(2006) 708 final. Green Paper. Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century.
- COM(2007) 62 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Improving quality and productivity at work: Community strategy 2007-2012 on health and safety at work.
- COM(2007) 334 final. Commission Report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses.
- KOM(2007) 359 slutlig. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Gemensamma principer för "flexicurity": Fler och bättre arbetstillfällen med en kombination av flexibilitet och trygghet.
- KOM(2007) 627 slutlig. Meddelande från Kommissionen till Rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Resultaten av det offentliga samrådet om kommissionens grönbok "En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar".
- KOM(2007) 686 slutlig. Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet om överlämnande av det europeiska ramavtalet om trakasserier och våld i arbetet.
- COM(2008) 419 final. Proposal for a European Parliament and Council Directive on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees (Recast).
- COM(2010) 348 final. Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses.
- COM(2010) 378 final. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on conditions of entry and residence of third-country nationals in the framework of an intra-corporate transfer.
- KOM(2010) 491 slutlig. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Strategi för jämställdhet 2010-2015.
- KOM(2010) 682 slutlig. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén. En agenda för ny kompetens och arbetstillfällen. EU:s bidrag till full sysselsättning.
- KOM(2010) 2020 slutlig. Meddelande från Kommissionen. Europa 2020. En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.
- COM(2011) 681 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. A renewed EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility.

- COM(2012) 131 final. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.
- COM(2014) 2 final. Report from the Commission to the European Parliament and the Council. Joint Report on the application of Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin ('Racial Equality Directive') and of Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation ('Employment Equality Directive').
- COM(2014) 176 final. Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application of Directive 2008/104/EC on temporary agency work.
- COM(2014) 332 final. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on an EU Strategic Framework on Health and Safety at Work 2014-2020.
- COM(2016) 356 final. Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Europeisk agenda för delningsekonomin.
- SEC(2004) 635. Commission staff working paper on the implementation of Directive 91/383/EEC supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship.
- SEC(2011) 982. Commission staff working paper. Implementation by Member States of Council Directive 91/383/EC of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship.
- SWD(2013) 202 final. Commission staff working document. Evaluation of the European Strategy 2007-2012 on health and safety at work.
- P7_TA(2013)0005. Information and consultation of workers, anticipation and management of restructuring. European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on information and consultation of workers, anticipation and management of restructuring (2012/2061(INL)).

EU-rättsligt material; diverse

- Commission Européenne, Secrétariat Général, Bruxelles, le 26 août 1998, No. SG(98)D/6883, Infraction / Suede (98/2182).
- Regeringskansliet, Arbetsmarknadsdepartementet, 1998-11-20, A98/3278/AL, Ang. formell underrättelse om genomförande av rådets direktiv 89/391/EEG om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet.
- Europeiska kommissionen, Ansökan om att väcka talan, Bryssel den 22 oktober 2004, JURM(2004) 10036.

Harassment at the Workplace. A5-0283/2001, European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/2339(INI)), EGT nr C 77E, 28.3.2002, s. 138-141.

Council Recommendation of 18 February 2003 concerning the improvement of the protection of the health and safety at work of self-employed workers, EUT nr L 53 s. 45-46, 28/2/2003

Report by the European Expert Group on Flexicurity. Flexicurity Pathways. Turning Hurdles into Stepping Stones, June 2007.

Rådets resolution av den 25 juni 2007 om en ny arbetsmiljöstrategi för gemenskapen (2007-2012), EUT nr C 145 s. 1-4, 30/6/2007.

DG Employment, social affairs and inclusion, Evaluation of the European Strategy on Safety and Health at Work 2007-2012, 2013

European Parliament, Committee on Employment and Social Affairs, Report on effective labour inspections as a strategy to improve working conditions in Europe (2013/2112(INI)), A7-0458/2013, 12/12-13,

Labourasociados consultores, Study to analyse and assess the practical implementation of national legislation of safety and health at work. Council Directive 91/383/EEC of June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, Final report, odaterad

European Commission, Directorate-General V, Report on the implementation of Directive 91/383/EEC supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship, odaterad

Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna. EUT nr C 303, 14.12.2007, s. 17-35.

Rådets beslut av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, EUT nr L 23, 27.1.2010, s. 35-61.

Rådets rekommendation av den 8 juli 2014 om Sveriges nationella reformprogram 2014, med avgivande av rådets yttrande om Sveriges konvergensprogram 2014, EUT nr C 247, 29.7.2014, s. 132-135.

Europeiska Unionens Råd, Bryssel den 6 december 2007, dok. 16201/07; Gemensamma principer för ”flexicurity” – Rådets slutsatser.

Proposal for a Regulation (EEC) of the Council on the control of concentrations between undertakings (Submitted to the Council by the Commission on 20 July 1973), OJ No C 92, 31.10.1973, p. 1-7.

Europeiska Unionens Stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT Nr C 83, 30.3.2010, s. 389-403.

Utkast till Europeiska Unionens Stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT Nr C 364, 18.12.2000, s. 1-22.

Rättspraxis

Svenska Arbetsdomstolen

AD 1929 nr 29

AD 1931 nr 4, AD 1932 nr 100, AD 1938 nr 46, AD 1939 nr 140

AD 1941 nr 49, AD 1946 nr 29, AD 1946 nr 30, AD 1947 nr 17

AD 1953 nr 13, AD 1958 nr 17, AD 1958 nr 31

AD 1961 nr 27, AD 1967 nr 17, AD 1967 nr 26

AD 1970 nr 16

AD 1975 nr 17, AD 1975 nr 30, AD 1975 nr 33, AD 1975 nr 43

AD 1976 nr 15, AD 1976 nr 37, AD 1976 nr 41, AD 1976 nr 51, AD 1976 nr 128

AD 1977 nr 5, AD 1977 nr 8, AD 1977 nr 40, AD 1977 nr 80, AD 1977 nr 118, AD 1977 nr 215, AD 1977 nr 223,

AD 1978 nr 29, AD 1978 nr 36, AD 1978 nr 45, AD 1978 nr 51, AD 1978 nr 89, AD 1978 nr 91, AD 1978 nr 92, AD 1978 nr 109, AD 1978 nr 114, AD 1978 nr 148, AD 1978 nr 153, AD 1978 nr 156, AD 1978 nr 157, AD 1978 nr 161,

AD 1979 nr 1, AD 1979 nr 25, AD 1979 nr 31, AD 1979 nr 33, AD 1979 nr 60, AD 1979 nr 71, AD 1979 nr 90, AD 1979 nr 113, AD 1979 nr 118, AD 1979 nr 129, AD 1979 nr 137, AD 1979 nr 143, AD 1979 nr 149,

AD 1980 nr 24, AD 1980 nr 51, AD 1980 nr 54, AD 1980 nr 89

AD 1981 nr 1, AD 1981 nr 51, AD 1981 nr 144, AD 1981 nr 161, AD 1981 nr 163

AD 1982 nr 9, AD 1982 nr 32, AD 1982 nr 67, AD 1982 nr 82, AD 1982 nr 104, AD 1982 nr 134, AD 1982 nr 157, AD 1982 nr 165

AD 1983 nr 2, AD 1983 nr 42, AD 1983 nr 46, AD 1983 nr 54, AD 1983 nr 93, AD 1983 nr 127, AD 1983 nr 156, AD 1983 nr 182

AD 1984 nr 4, AD 1984 nr 14, AD 1984 nr 26, AD 1984 nr 59, AD 1984 nr 88, AD, 1984 nr 110, AD 1984 nr 141

AD 1985 nr 27, AD 1985 nr 57, AD 1985 nr 129, AD 1986 nr 144

AD 1986 nr 50, AD 1986 nr 144

AD 1987 nr 2, AD 1987 nr 9, AD 1987 nr 34, AD 1987 nr 61, AD 1987 nr 91, AD 1987 nr 108, AD 1987 nr 130, AD 1987 nr 154

AD 1988 nr 2, AD 1988 nr 8, AD 1988 nr 32, AD 1988 nr 45, AD 1988 nr 100, AD 1988 nr 102, AD 1988 nr 123

AD 1989 nr 3, AD 1989 nr 25, AD 1989 nr 26, AD 1989 nr 90, AD 1989 nr 102, AD 1989 nr 133

AD 1990 nr 18, AD 1990 nr 24, AD 1990 nr 51, AD 1990 nr 58, AD 1990 nr 67, AD 1990 nr 87, AD 1990 nr 91, AD 1990 nr 116

AD 1991 nr 13, AD 1991 nr 40, AD 1991 nr 65, AD 1991 nr 71, AD 1991 nr 91

AD 1992 nr 65, AD 1992 nr 86, AD 1992 nr 130
AD 1993 nr 56, AD 1993 nr 65, AD 1993 nr 99, AD 1993 nr 101, AD 1993 nr 127, AD 1993 nr 131, AD 1993 nr 144, AD 1993 nr 179, AD 1993 nr 203
AD 1994 nr 1, AD 1994 nr 10, AD 1994 nr 11, AD 1994 nr 85, AD 1994 nr 92, AD 1994 nr 102, AD 1994 nr 108, AD 1994 nr 130, AD 1994 nr 132
AD 1995 nr 2, AD 1995 nr 3, AD 1995 nr 11, AD 1995 nr 26, AD 1995 nr 44, AD 1995 nr 60, AD 1995 nr 97, AD 1995 nr 101, AD 1995 nr 107, AD 1995 nr 108, AD 1995 nr 121, AD 1995 nr 148, AD 1995 nr 152, AD 1995 nr 156
AD 1996 nr 20, AD 1996 nr 37, AD 1996 nr 56, AD 1996 nr 66, AD 1996 nr 67, AD 1996 nr 82, AD 1996 nr 126, AD 1996 nr 144, AD 1996 nr 149
AD 1997 nr 36, AD 1997 nr 57, AD 1997 nr 69, AD 1997 nr 123
AD 1998 nr 2, AD 1998 nr 17, AD 1998 nr 22, AD 1998 nr 28, AD 1998 nr 30, AD 1998 nr 112, AD 1998 nr 145
AD 1999 nr 7, AD 1999 nr 13, AD 1999 nr 21, AD 1999 nr 29, AD 1999 nr 61, AD 1999 nr 64, AD 1999 nr 103, AD 1999 nr 148
AD 2000 nr 5, AD 2000 nr 18, AD 2000 nr 28, AD 2000 nr 31, AD 2000 nr 75
AD 2001 nr 12, AD 2001 nr 20, AD 2001 nr 25, AD 2001 nr 42, AD 2001 nr 51, AD 2001 nr 92
AD 2002 nr 83, AD 2002 nr 85, AD 2002 nr 102, AD 2002 nr 128
AD 2003 nr 4, AD 2003 nr 10, AD 2003 nr 29, AD 2003 nr 40, AD 2003 nr 105
AD 2004 nr 40, AD 2004 nr 56, AD 2004 nr 57
AD 2005 nr 16, AD 2005 nr 22, AD 2005 nr 32, AD 2005 nr 35, AD 2005 nr 46, AD 2005 nr 50, AD 2005 nr 57, AD 2005 nr 63, AD 2005 nr 87
AD 2006 nr 15, AD 2006 nr 24, AD 2006 nr 34, AD 2006 nr 77
AD 2007 nr 16, AD 2007 nr 33, AD 2007 nr 41, AD 2007 nr 44, AD 2007 nr 45, AD 2007 nr 80, AD 2007 nr 72
AD 2008 nr 10, AD 2008 nr 46, AD 2008 nr 51, AD 2008 nr 75, AD 2008 nr 91, AD 2008 nr 109
AD 2009 nr 4, AD 2009 nr 10, AD 2009 nr 14, AD 2009 nr 16, AD 2009 nr 27, AD 2009 nr 50, AD 2009 nr 51, AD 2009 nr 54, AD 2009 nr 55, AD 2009 nr 94
AD 2010 nr 6, AD 2010 nr 10, AD 2010 nr 18, AD 2010 nr 42, AD 2010 nr 72, AD 2010 nr 74, AD 2010 nr 82
AD 2011 nr 5, AD 2011 nr 26, AD 2011 nr 30, AD 2011 nr 90, AD 2011 nr 94
AD 2012 nr 2, AD 2012 nr 16, AD 2012 nr 25, AD 2012 nr 26, AD 2012 nr 85, AD 2012 nr 90
AD 2013 nr 2, AD 2013 nr 5, AD 2013 nr 12, AD 2013 nr 29, AD 2013 nr 32, AD 2013 nr 45, AD 2013 nr 53, AD 2013 nr 60, AD 2013 nr 64, AD 2013 nr 89, AD 2013 nr 92, AD 2013 nr 94
AD 2014 nr 1, AD 2014 nr 14, AD 2014 nr 23, AD 2014 nr 28, AD 2014 nr 69, AD 2014 nr 90
AD 2015 nr 29
AD 2016 nr 21, AD 2016 nr 56, AD 2016 nr 76

Svenska Högsta domstolen

NJA 1911 s. 375
NJA 1939 s. 682
NJA 1942 s. 473
NJA 1944 s. 6
NJA 1947 s. 647
NJA 1949 s. 768
NJA 1962 s. 820
NJA 1965 C 365
NJA 1965 C 574
NJA 1965 C 1020
NJA 1973 s. 562
NJA 1975 s. 45
NJA 1982 s. 244
NJA 1989 s. 629
NJA 1989 B 7
NJA 1991 s. 247
NJA 1992 s. 375
NJA 1992 B 1
NJA 1993 s. 245
NJA 1996 s. 311
NJA 2004 s. 34
NJA 2004 s. 80
NJA 2004 s. 126
NJA 2006 s. 683
NJA 2007 s. 369
NJA 2009 s. 672
NJA 2014 s. 877

EU-domstolen

C-35/70 SARL Manpower mot Caisse primaire d'assurance maladie i Strasbourg. REG
1970 01251, ECLI:EU:C:1970:120
C-43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena.
Svenska specialutgåvan Vol. III, s. 59, ECLI:EU:C:1976:56
C-129/79 Macarthy Ltd mot Wendy Smith. Svenska specialutgåvan Vol. V, s. 173,
ECLI:EU:C:1980:103

- C-96/80 J.P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Svenska specialutgåvan Vol. VI, s. 53, ECLI:EU:C:1981:80
- C-143/83 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark. Svenska specialutgåvan Vol. VIII, s. 31, ECLI:EU:C:1985:34
- C-186/83 Arie Botzen m.fl. mot Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV., REG 1985 00519, ECLI:EU:C:1985:58
- C-287/86 Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mot Ny Mølle Kro. Svenska specialutgåvan Vol. IX, s. 279, ECLI:EU:C:1987:573
- C-324/86 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Daddy's Dance Hall A/S. Svenska specialutgåvan Vol. IX, s. 357, ECLI:EU:C:1988:72
- C-101/87 P. Bork International A/S, konkurs med ackord, m.fl. mot Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, i egenskap av ombud för Birger E. Petersen, och Jens E. Olsen m.fl. mot Junckers Industrier A/S. REG 1988 03057, ECLI:EU:C:1988:308
- Förenade målen C-144/87 och C-145/87 Harry Berg och Johannes Theodorus Maria Busschers mot Ivo Martin Besselsen. REG 1988 02559, ECLI:EU:C:1988:236
- C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group. Svenska specialutgåvan Vol. X, s. 407, ECLI:EU:C:1990:209
- C-188/89 A. Foster m.fl. mot British Gas plc. Svenska specialutgåvan Vol. X, s. 479, ECLI:EU:C:1990:313
- C-292/89 The Queen mot Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen. Svenska specialutgåvan Vol. XI, s. 55, ECLI:EU:C:1991:80
- C-29/91 Dr. Sophie Redmond Stichting mot Hendrikus Bartol m.fl. Svenska specialutgåvan Vol. XII s. 87, ECLI:EU:C:1992:220
- Förenade målen C-132/91, C-138/91, C-139/91 Grigorios Katsikas mot Angelos Konstantinidis och Uwe Skreb och Günter Schroll mot PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH. Svenska specialutgåvan Vol. XIII, s. 213, ECLI:EU:C:1992:517
- C-209/91 Anne Watson Rask och Kirsten Christensen mot Iss Kantineservice A/S. REG 1992, I-5755, ECLI:EU:C:1992:436
- C-392/92 Christel Schmidt mot Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen. Svenska specialutgåvan Vol. XV, s. 81, ECLI:EU:C:1994:134
- C-449/93 Rockfon A/S mot Specialarbejderforbundet i Danmark. REG 1994, I-04291, ECLI:EU:C:1995:420
- C-84/94 Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europeiska unionens råd. REG 1996 I-05755, ECLI:EU:C:1996:431
- Förenade målen C-171/94 och C-172/94 Albert Merckx och Patrick Neuhuys mot Ford Motors Company Belgium SA. REG 1996 I-01253, ECLI:EU:C:1996:87
- C-305/94 Claude Rotsart de Hertaing mot J. Benoidt SA i likvidation och IGC Housing Service SA. REG 1996 I-05927, ECLI:EU:C:1996:435
- C-13/95 Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice. REG 1997 I-01259, ECLI:EU:C:1997:141

Förenade målen C-127/96, C-229/96, C-74/97 Francisco Hernández Vidal SA mot Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez och Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner mot Hoechst AG (C-229/96), och Mercedes Gómez Montaña mot Claro Sol SA och Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97). REG 1998 I-08179, ECLI:EU:C:1998:594

Förenade målen C-173/96 och C-247/96 Francisca Sánchez Hidalgo m.fl. mot Asociación de Servicios Aser och Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), och Horst Ziemann mot Ziemann Sicherheit GmbH och Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96). REG 1998 I-08237, ECLI:EU:C:1998:595

C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse. REG 1999 I-02865, ECLI:EU:C:1999:241

C-234/98 G. C. Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd. REG 1999 I-08643, ECLI:EU:C:1999:594

C-51/00 Temco Service Industries SA mot Samir Imzilyen m.fl. REG 2002 I-00969, ECLI:EU:C:2002:48

C-320/00 A. G. Lawrence m.fl. mot Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd. REG 2002 I-07325, ECLI:EU:C:2002:498

C-440/00 Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG mot Kühne & Nagel AG & Co. KG. REG 2004 I-00787, ECLI:EU:C:2004:16

C-256/01 Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional och Secretary of State for Education and Employment. REG 2004 I-00873, ECLI:EU:C:2004:18

C-32/02 Europeiska kommissionen mot Italienska republiken. REG 2003 I-12063, ECLI:EU:C:2003:555

C-456/02 Michel Trojani mot Centre public d'aide sociale ed Bruxelles. REG 2004 I-7573, ECLI:EU:C:2004:488

C-188/03 Irmtraud Junk mot Wolfgang Kühnel. REG 2005 I-00885, ECLI:EU:C:2005:59

C-478/03 Celtec Ltd mot John Astley m.fl. REG 2005 I-04389, ECLI:EU:C:2005:321

C-459/04 Europeiska kommissionen mot Konungariket Sverige. REG 2006 I-00079, ECLI:EU:C:2006:404

C-127/05 Europeiska kommissionen mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland. REG 2007 I-04619, ECLI:EU:C:2007:338

C-458/05 Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH (PPS). REG 2007 I-07301, ECLI:EU:C:2007:512

C-303/06 S. Coleman mot Attridge Law och Steve Law. REG 2008 I-05603, ECLI:EU:C:2008:415

C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV. REG 2008 I-05187, ECLI:EU:C:2008:397

C-94/07 Andrea Raccanelli mot Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV. REG 2008 I-05939, ECLI:EU:C:2008:425

C-44/08 Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry m.fl. mot Fujitsu Siemens Computers Oy. REG 2009, I- 08163, ECLI:EU:C:2009:533

C-97/08 P Akzo Nobel NV m.fl. mot Europeiska kommissionen. REG 2009 I-08237, ECLI:EU:C:2009:536

C-323/08 Ovido Rodríguez Mayor m.fl. mot mot Herencia yacente de Rafael de las Heras Dávila m.fl., REG 2009 I-11621. ECLI:EU:C:2009:770

C-90/09 P General Química SA m.fl. mot Europeiska kommissionen. REG 2011 I-00001, ECLI:EU:C:2011:21

C-242/09 Albron Catering BV mot FNV Bondgenoten och John Roest. REG 2010 I-10309, ECLI:EU:C:2010:625

C-521/09 P Elf Aquitaine SA mot Europeiska kommissionen. REG 2011 I-08947, ECLI:EU:C:2011:620

C-393/10 Dermot Patrick O'Brien mot Ministry of Justice, tidigare Department for Constitutional Affairs. ECLI:EU:C:2012:110

C-440/11 P Europeiska kommissionen mot Stichting Administratiekantoort Portielje och Gosselin Group NV. ECLI:EU:C:2013:514

C-668/11 P Alliance One International Inc, tidigare Agroexpansión SA mot Europeiska kommissionen. ECLI:EU:C:2013:614

C-81/12 Asociația ACCEPT mot Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării. ECLI:EU:C:2013:275

C-290/12 Oreste Della Rocca mot Poste Italiane SpA. ECLI:EU:C:2013:235

C-533/13 Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry mot Öljytuote ry och Shell Aviation Finland Oy. ECLI:EU:C:2015:173

C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mot Komisia za zashtita ot diskriminatsia. ECLI:EU:C:2015:480

C-117/14 Grima Janet Nisttahuz Poclava mot Jose María Ariza Toledano. ECLI:EU:C:2015:60

C-201/15 Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis. ECLI:EU:C: 2016:972

Förstainstansrätten/Tribunalen

T-213/10 P P mot Europaparlamentet. ECLI:EU:T:2011:617

T-404/06 P Europeiska yrkesutbildningsstiftelsen (ETF) mot Pia Landgren. REG 2009 II-02841 ; FP-I-B-1-00057 ; FP-II-B-1-00337, ECLI:EU:T:2009:313

T-112/05 Akzo Nobel NV m.fl. mot Europeiska kommissionen. REG 2007 II-05049, ECLI:EU:T:2007:381

Generaladvokatens domsförslag; EU-domstolen

- Förslag till avgörande C-143/83, Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark. ECLI:EU:C:1985:325
- Förslag till avgörande C-186/83, Arie Botzen m.fl. mot Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV. REG 1985 00519. ECLI:EU:C:1984:340
- Förslag till avgörande C-188/89, A. Foster m.fl. mot British Gas plc. Svenska specialutgåvan vol. X, s. 479. ECLI:EU:C:1990:188
- Förslag till avgörande C-84/94, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europeiska unionens råd. REG 1996 I-05755. ECLI:EU:C:1996:93
- Förslag till avgörande C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse. REG 1999 I-02865. ECLI:EU:C:1999:8
- Förslag till avgörande C-234/98, G. C. Allen m.fl. mot Amalgamated Construction Co. Ltd. REG 1999 I-08643. ECLI:EU:C:1999:383
- Förslag till avgörande C-320/00, A. G. Lawrence m.fl. mot Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd. REG 2002 I-07325. ECLI:EU:C:2002:173
- Förslag till avgörande C-256/01, Debra Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional och Secretary of State for Education and Employment. REG 2004 I-00873. ECLI:EU:C:2003:190
- Förslag till avgörande C-127/05, Europeiska gemenskapernas kommission mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland. REG 2007 I-04619, ECLI:EU:C:2007:30
- Förslag till avgörande C-385/05, Confédération générale du travail (CGT) m.fl. mot Premier ministre och Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement. REG 2007 I-00611. ECLI:EU:C:2006:554
- Förslag till avgörande C-303/06, S. Coleman mot Attridge Law och Steve Law. REG 2008 I-05603. ECLI:EU:C:2008:61
- Förslag till avgörande C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV. REG 2008 I-05187. ECLI:EU:C:2008:155
- Förslag till avgörande C-242/09, Albron Catering BV mot FNV Bondgenoten och John Roest. REG 2010 I-10309. ECLI:EU:C:2010:317
- Förslag till avgörande C-201/15 Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis. ECLI:EU:C: 2016:429

Europadomstolen

- Eweida and others v. The United Kingdom, dom den 15/1-13, ansökan nr 48420/10, 59842/10, 36516/10
- Fuentes Bobo v. Spain, dom den 29/2-00, ansökan nr 39293/98
- Heinisch v. Germany, dom den 21/7-08, ansökan nr 28274/08

K.M.C. v. Hungary, dom den 10/7-12, ansökan nr 19554/11
Oleksandr Volkov v. Ukraine, dom den 9/1-13, ansökan nr 21722/11
Palomo Sánchez and others v. Spain, dom den 12/9-11, ansökan nr 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28964/06
Redfearn v. The United Kingdom, dom den 6/11-12, ansökan nr 47335/06
Young, James and Webster v. The United Kingdom, dom den 13/8-81, ansökan nr 7601/76, 7806/77

Rättspraxis; övrigt

Arbetsmiljöverket, Arbetsställebegreppet, ärende 2003/44635, 12 november 2003.
RH 1981:132
RH 2009:90
RH 2011:24
MD 1989:13
MD 2001:30
RÅ 1991 ref. 18
Jämställdhetsnämndens beslut 2006-12-05 i ärende Ä 1-05 JämO mot Staten genom Försvarsmakten.
Diskrimineringsombudsmannen ANM 2009/1640. Förlikning 2010-05-31.
Diskrimineringsombudsmannen ANM 2010/1600. Förlikning 2011-03-09.
Diskrimineringsombudsmannen ANM 2012/860. Förlikning 2013-02-04.
EFTA-domstolen mål E-02/04, Reidar Rasmussen, Jan Rossavik och Johan Källdman v Total E&P Norge AS, v/styrets formann, EFTA Court Report 57, dom den 10/12/2004.
Employment Tribunals between Aslam, Farrar & Others and Uber B.V., Uber London Ltd, Uber Britannia Ltd, Case Nos: 2202550/2015 & Others, Reasons for the reserved judgment on preliminary hearing sent to the parties on 28 October 2016.

Avtalspraxis

Bemanningsföretagen inom Almega, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU - 10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010.
Bemanningsavtalet 2012-05-01 – 2015-04-30, mellan medlemsförbunden i Landsorganisationen i Sverige och Bemanningsföretagen.
Byggavtalet 2010. Riksavtal 2010 mellan Sveriges Byggindustrier (BI) och Svenska byggnadsarbetareförbundet (Byggnads) 2010-11-01-2012-02-29/2013-02-28, Bilaga A 3 Särskilda regler vid in- och utlåning av arbetstagare mellan företag.

Framework Agreement on Telework, 16/7-02, mellan ETUC, UNICE, UEAPME, CEEP.

Gemensamma Riktlinjer Svenskt Näringsliv – Svenska Kommunförbundet – Landstingsförbundet – Arbetsgivarverket – LO – TCO – SACO för genomförande av den europeiska överenskommelsen om distansarbete, 28/5-03 ingått av Föreningen Svenskt Näringsliv, Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Arbetsgivarverket å ena sidan, och Landsorganisationen i Sverige, Tjänstemännens Centralorganisation och Sveriges Akademikers Centralorganisation, å den andra.

Huvudavtal mellan Svenska Arbetsgivarföreningen och Sveriges Arbetsledareförbund av den 3 juli 1959 med däri, den 8 maj 1964, vidtagna ändringar.

Huvudrapport den 14 februari 2014 av programgruppen för ordning och reda i byggbranschen.

Kalmar Länstrafik, Huvuddokument inklusive administrativa föreskrifter för kvalificerade anbudsgivare till Trafikupphandling 2017, 2015-09-16, dnr, 140811.

Kollektivavtal 2010-2012 mellan IF Metall och Industri- och kemigruppen. En del av Industriarbetsgivarna. Allokemisk industri.

SAF-LO-PTK, Förhandlingsprotokoll 1976-04-22, Avtal om allmänna regler för arbetsmiljöverksamheten i företagen samt om rekommendationer för partssamarbete i företagshälsovårdscentraler.

Tjänstemannaavtalen 2013-05-01-2016-04-30 mellan Bemanningsföretagen och Unionen.

Utvecklingsavtal SAF-LO-PTK, Förhandlingsprotokoll från 1982-04-15.

VVS-avtalet [Anställningsskyddsöverenskommelse (ÖLAS)] 2010-04-01 – 2012-03-31 mellan VVS Företagen och Svenska Byggnadsarbetareförbundet.

Övrigt

1992 års arbetsrättskommitté, *Överväganden och förslag utarbetade av sekretariatet vid 1992 års arbetsrättskommitté*, Stockholm 1994 [opublicerad stencil].

RP 157/2000 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till arbetsavtalslag och till vissa lagar som har samband med den [Finland].

huvudansvar.byggnads.se [senast besökt 25/11-16]

Svenskt Näringsliv, Hyr din arbetsgivare – slipp f-skattsedel, 19 mars 2008.
https://www.svensktnaringsliv.se/fragor/regelkrangel/hyr-din-arbetsgivare-slipp-f-skattsedel_543889.html [senast besökt 22/4-17]

SÖ 1998:35 Europeisk social stadga (reviderad) Strasbourg den 3 maj 1996.

SÖ 2008:26 Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. New York den 13 december 2006.

Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer



I denna doktorsavhandling undersöks vem som i komplexa arbetsorganisationer - koncerner, entreprenader och bemanningsarbete - är ansvarig för arbetstagares anspråk på anställningsskydd, icke-diskriminering och en god arbetsmiljö. Fokus ligger på arbetsgivarens ansvar enligt svensk rätt.

