



Lavalgenerationen

2010-TALETS
DOKTORSAVHANDLINGAR
I ARBETSRÄTT

Red. Niklas Selberg & Erik Sjödin

iUSTUS

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>

LAVALGENERATIONEN

Lavalgenerationen

2010-talets doktorsavhandlingar i arbetsrätt

Redaktörer
Niklas Selberg
Erik Sjödin

§
iUSTUS
FÖRLAG

Arbetsrättsliga Föreningen har en skriftserie. I denna har hittills följande skrifter givits ut.

- I. Föredrag 1954–1960. Rättsfallsnotiser. Norrköping 1960.
- II. Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt. Redaktörer: Tore Sigeman och Anders Victorin. Stockholm (Norstedts) 1977.
- III. Rättegången i arbetstvister. Lagkommentarer och uppsatser. Redaktör: Tore Sigeman. Uddevalla (LiberFörlag) 1979.
- IV. Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman. Redaktörer: Ronnie Eklund, Reinhold Fahlbeck, Kent Källström och Hans Stark. Uppsala (Iustus Förlag) 1993.
- V. Festskrift till Hans Stark. Redaktionskommitté: Ronnie Eklund, Michaël Koch, Edvard Nilsson och Tore Sigeman. Stockholm (Jure) 2001.
- VI. Rättegången i arbetstvister. Lagkommentarer och uppsatser. Redaktör: Ronnie Eklund. Stockholm (Norstedts Juridik) Andra upplagan 2005.
- VII. Arbetsrättsliga Föreningen 50 år. Fri rörlighet för tjänster och arbetsrätten – anföranden vid ett halvdagsseminarium 12 november 2004 i Stockholm. Redaktör: Ronnie Eklund. Stockholm 2006.
- VIII. Vänbok till Ronnie Eklund. Redaktionskommitté: Kerstin Ahlberg, Michaël Koch, Kent Källström och Jonas Malmberg. Uppsala (Iustus Förlag) 2010.
- IX. LAS 40 år – anföranden vid sammankomst 21 januari 2015 i Stockholm. Redaktör: Ronnie Eklund. Stockholm (Jure) 2018.
- X. Lavalgenerationen. 2010-talets doktorsavhandlingar i arbetsrätt. Redaktörer: Niklas Selberg och Erik Sjödin. Uppsala (Iustus Förlag) 2019.

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2019

Upplaga 1:1

ISSN 0348-0968; 10

ISBN 978-91-7737-087-1

Produktion: eddy.se ab, Visby 2019

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Tfn: 018-65 03 30

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Dimograf, Poland 2019

Förord

Den här antologin handlar om arbetsrättens och arbetsmarknadens utveckling under 2010-talet belyst genom arbetsrättslig forskning i form av doktorsavhandlingar.

Vi har gett antologin titeln *Lavalgenerationen*, trots att ingen av de medverkande forskarna ägnat sig åt utstationerade arbetstagare, som ju Lavalmålet handlar om. Titeln syftar istället på den erfarenhet som vi menar förenar de medverkande, nämligen att bedriva arbetsrättslig forskning i en tid då internationaliseringen av arbetsmarknaderna och arbetsrätten inneburit att den svenska/nordiska arbetsmarknadsmodellen som helhet ifrågasatts, och att varje enskilt rättsligt problem följaktligen måste analyseras och diskuteras i det ljuset. Att arbetsrättsmodellens utgångspunkter varit ifrågasatta har för Lavalgenerationens forskare lett till att systemets bakomliggande principer och de fundamentala, ibland oartikulerade, antagandena bakom modellen synliggjorts. Lavalgenerationens forskning har, uppfattar vi, således med nödvändighet bedrivits i dialog med arbetsrättssystemets fundament, och också förhållit sig till det faktum att systemet varit omstritt och ifrågasatt från skilda utgångspunkter.

Syftet med antologin är dels att nydisputerade forskare ska presentera sin forskning, dels att beskriva, analysera och kommentera aktuella övergripande utvecklingar i arbetsrätten. På den förstnämnda punkten ansvarar respektive författare för sitt bidrag, och på den sistnämnda punkten – och särskilt för begreppsliggörandet polycentrisk arbetsrätt – ansvarar endast vi redaktörer.

I denna antologi har vi alltså samlat bidrag från den generation arbetsrättsforskare som disputerat under 2010-talet. För oss redaktörer är det glädjande att 14 forskare valt att medverka – stort tack till alla, för ert arbete, givande kommentarer och, inte minst, generösa tålamod med redaktörerna!

Bidragen är kronologiskt ordnade efter disputationstillfälle.

Vi vill uttrycka vår tacksamhet till Folke Schmidts minnesfond som möjliggjorde att vi höll ett seminarium om bidragen och till Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning som lämnat bidrag till tryckning. Vi gläds åt att antologin ingår i Arbetsrättsliga Föreningens skriftserie som skrift nr 10.

Lund och Stockholm i juni 2019

Niklas Selberg & Erik Sjödin

Innehållsförteckning

Den polycentriska arbetsrätten: Arbetsmarknad och arbetsrätt på 2010-talet	13
<i>Niklas Selberg & Erik Sjödin</i>	
1 Inledning	13
2 2010-talets polycentriska arbetsrätt	15
3 Arbetsrättens utveckling i Sverige under 2010-talet	31
4 <i>Lavalgenerationen</i> : den polycentriska arbetsrättens rättsvetenskapare – idag och i framtiden	44
5 Antologins disposition	46
Slita tvister och skapa prejudikat – Om kollektivavtalsstolkning i Arbetsdomstolen	47
<i>Mikael Hansson</i>	
1 Inledning	47
2 Kort historieskrivning	49
3 Den processuella kontexten	52
4 Tolkningen av kollektivavtal i Arbetsdomstolen	53
5 ”Lagen är såsom den läses”	62
Frihet från underordning? Om förbuden mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda	65
<i>Hanna Pettersson</i>	
1 Inledning	65
2 Deltidsarbete och visstidsanställning som diskrimineringsgrunder	66
3 Deltidsarbete och visstidsanställning som grunder för begränsad autonomi	78

Stress som arbetsmiljörättsligt problem 81

Peter Andersson

- | | | |
|---|---|----|
| 1 | Inledning | 81 |
| 2 | Arbetsmiljöbegreppets utveckling | 82 |
| 3 | Den nya föreskriften om organisatorisk och social arbetsmiljö | 88 |
| 4 | Framåtblickande diskussion | 92 |

EU-arbetsrätten i medbestämmandelagen 95

Erik Sjödin

- | | | |
|---|---|-----|
| 1 | Inledning: En EU-rätt – tre genomförandesätt | 95 |
| 2 | Allmän förhandlingsrätt | 97 |
| 3 | Primär förhandlingsskyldighet vid arbetsbristuppsägning
i koncerner | 99 |
| 4 | Primär förhandlingsskyldighet inför ägarbyten | 102 |
| 5 | Informationsrätt | 105 |
| 6 | Avslutning: Olika genomförandesätt och den
nationella rättstillämparen | 106 |

Vårdvägran – några arbetsrättsliga implikationer 109

Kavot Zillén

- | | | |
|---|--|-----|
| 1 | Inledning | 109 |
| 2 | Vad ingår i hälso- och sjukvårdspersonalens arbetsskyldighet?
Särskilt om barnmorskor | 110 |
| 3 | Samvetsklausuler i anställningsavtal | 113 |
| 4 | Arbetsgivarens arbetsledningsrätt vid vårdvägran | 116 |
| 5 | Direkt diskriminering vid vårdvägran | 118 |
| 6 | Indirekt diskriminering vid vårdvägran | 121 |
| 7 | Sammanfattande slutsatser | 127 |

**Makten över löneskillnaderna på svensk arbetsmarknad:
Om magi och manipulation – förr och nu 131**

Lena Svenaeus

- | | | |
|---|--|-----|
| 1 | Inledning | 131 |
| 2 | När professorn övergav den rätta tron | 132 |
| 3 | Kampen mot likalöneprincipen – en ombudsman protesterar | 134 |
| 4 | JämO och den verbala akrobatiken för att skydda kollektivavtalen | 139 |

5	Getingsvärmar och hotbilder	145
6	Ritualen	146
7	Förhandlingssystemets trossatser	148

Arbetsgivarbegreppet: från välfärdsstat till plattformsekonomi 151

Niklas Selberg

1	Inledning	151
2	Arbetsgivarbegreppet i AD:s praxis	152
3	EU-arbetsrättens impulser om arbetsgivarbegreppet	155
4	Den folkrättsliga arbetsrätten och arbetsgivarbegreppet	160
5	Personaluthyrning, föreningsrätt och arbetsgivarbegreppet	162
6	Personaluthyrning, anställningsskydd och arbetsgivarbegreppet	165
7	Arbetsrätten och arbetsgivarbegreppet i plattformsekonomin	168
8	Avslutning	170

Empiri i arbetsrättslig analys: exemplet europeiska företagsråd 171

Rasmus Hästbacka

1	Inledning	171
2	Den svenska EWC-lagstiftningen	174
3	Rätten i ett användarperspektiv	179
4	Slutsatser	186

Den europeiska sociala dialogen som system – metodologiska reflektioner 189

Ankie Hartzén

1	Introduktion	189
2	Den europeiska sociala dialogen som system	191
3	Metodologiska aspekter av systemteori	195
4	Bidraget till arbetsrättslig forskning	201

The concept of collective autonomy as the methodological link between labour law and industrial relations 205

Andrea Iossa

- 1 Introduction 205
- 2 The concept of collective autonomy 207
- 3 Collective autonomy as a methodological tool 214
- 4 Concluding remarks 221

Gränsöverskridande stridsåtgärder – särskilt om möjligheten att yrka fastställelse av stridsåtgärds lovlighet i syfte att styra en tvist till ett visst land 223

Erik Sinander

- 1 Inledning 223
- 2 När är svensk domstol behörig att ta upp en tvist om en stridsåtgärd med internationella anknytningar? 224
- 3 Vilken betydelse har behörighetsfrågan för stridsrätten? 228
- 4 Vilket lands lag ska tillämpas i en tvist om en stridsåtgärd med internationella anknytningar i svensk domstol? 230
- 5 Vilken betydelse har det för stridsrätten att det är osäkert hur artikel 9 ska tillämpas? 233
- 6 Hur kan den internationellt privaträttsliga problematiken förebyggas? 234
- 7 Slutsats 236

Den svenska tjänstepensionen 237

Caroline Johansson

- 1 Några inledande ord 237
- 2 Den arbetsrättsliga regleringen av tjänstepensionen 239
- 3 Från en förmånsbaserad till en avgiftsbaserad pension 243
- 4 Kompletteringar på förbunds nivå 244
- 5 Annan reglering kopplad till tjänstepensionen 246
- 6 Avslutande kommentarer 252

International Financial Institutions and Labour Law: An Enigmatic Encounter?	253
<i>Mpoki Mwakagali</i>	
1 Prelude	253
2 International Financial Institutions: An Overview	258
3 Conclusion	267
Diskrimineringsersättning som påföljd i och utanför arbetsrätten	269
<i>Sabina Hellborg</i>	
1 Inledning	269
2 Den EU-rättsliga kontexten	271
3 Diskrimineringsersättningen i AD:s praxis – påverkande faktorer	273
4 Utblick	281
5 Iakttagelser	286

Den polycentriska arbetsrätten: Arbetsmarknad och arbetsrätt på 2010-talet

*Niklas Selberg & Erik Sjödin**

1 Inledning

Temat för antologin är arbetsrättens och arbetsmarknadens utveckling under 2010-talet belyst genom arbetsrättslig forskning i form av doktorsavhandlingar.¹ För den enskilde forskaren är avhandlingen (ofta) förstlingsverket och inträdesbiljetten till yrket forskare och universitetslärare.² Syftet med antologin är dels att nydisputerade forskare ska få presentera sin forskning, dels att beskriva, analysera och kommentera aktuella utvecklingar i arbetsrätten. Reflektionen över rättsvetenskaplig forskning fördjupar både förståelsen av rätten och rättsutvecklingen, och hur denna *begreppsliiggörs (konceptualiseras)*.³ Vi instämmer – i all blygsamhet, givetvis – i tankegången att rättsvetenskapen är

* Författarna vill framföra ett varmt tack till Torben Spaak för värdefulla kommentarer på kapitelutkast.

¹ Vi avser inte fördjupa oss i avhandlingen betraktad som genre. Se istället C. Sandgren, Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet, i Juridiska fakulteten 1907–2007 (2007) s. 441–485, C. Sandgren, Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap, TfR 2007 s. 388–407.

² Jfr 4 kap. 3–4 a §§ högskoleförordningen (1993:100).

³ Jfr C. Barnard, The calm after the storm: Time to reflect on EU (labour) law scholarship following the decisions in Viking and Laval, i Research Handbook on EU Labour Law (2016) s. 337–362.

både till allmän samhällsnytta⁴, men också till ”intern” nytta i dess egenskap av rättskälla.⁵

Av två skäl har vi valt att lyfta fram 2010-talet. För det första har ett historiskt oöverträffat antal personer – 15! – disputerat med inriktning mot arbetsrätt i Sverige under perioden 2010–2018.⁶ Som jämförelse kan nämnas att en brukar räkna att 48 personer har disputerat i arbetsrätt i Sverige mellan Winroths disputation på avhandlingen *Tjänstehjonsförhållandet* kl. 10.00 den 14 december 1878, och 2010.⁷ För det andra har starka förändringsprocesser på arbetsmarknaden och i rättssystemet (som vi beskriver och diskuterar i detta inledningskapitel) hanterats och inlemmats i både arbetsrätten och arbetsrättsforskningen.⁸

Syftet med antologin är inte att utvärdera⁹ vår egen eller andras forskning, utan att beskriva, benämna och diskutera trender i arbetsrätten och arbetsrättsforskningen genom att framhålla arbetsrättsliga avhandlingar. De medverkande i antologin representerar en generation av forskare, vi kallar den *lavalgenerationen* – samtidigt som anto-

⁴ C. Sandgren, Vad är rättsvetenskap? (2009) s. 279–299, jfr B. Lehrberg, Rättsvetenskap i praktikens tjänst? Tankar rörande civilrättsforskningens arbetsuppgifter, SvJT 1991 s. 753 ff.

⁵ Jfr A. Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation (1995) s. 260 ff., S. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära (1996) s. 326, s. 395 ff., s. 509 ff.

⁶ Jfr emellertid B. Nyström som i Lag & avtal, nr 12, 2017 framhåller ”Att rekrytera doktorander är svårt i juridik generellt och inte minst när det kommer till arbetsrättsämnet”, samt att ”Karriärmöjligheterna inom akademien är ju dessutom väldigt osäkra”.

⁷ En sammanställning finns tillgänglig på <https://www.jus.uio.no/ifp/personer/vit/steinev/05-7-nordiske-avhandlingar-landsvis.pdf>. Samtliga personer som disputerat i arbetsrätt i Sverige under 2010-talet har tillfrågats om medverkan i föreliggande antologi. Arbetsrättsforskningen i Norden och fr.f.a. i Sverige beskrivs i Labour Law Research in Twelve Countries (1986), N. Selberg, Empirisk arbetsrättsforskning, rättsrealism och rättssociologi – från välfärdsstat till gig-ekonomi, i Festskrift till Håkan Hydén (2018) s. 613–640, M. Hansson, Anteckningar från och om ett rättsområde – om arbetsrättens identitet, i Vänbok till Lena Olsen (2019) s. 127–142.

⁸ Se t.ex. bidragen i K. Stone & H. Arthurs (red), Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment (2013).

⁹ En sådan utförs i P. Hanau & M. Gotthardt, Utvärdering av svensk arbetsrättslig forskning 1995–2001 (2003).

logins bidrag också återspeglar de frågeställningar som uppkommit när vi förhållit oss till tidigare generationers forskningsinsatser.

2 2010-talets polycentriska arbetsrätt

2.1 Inledning: från gammal till ny till polycentrisk arbetsrätt

De regler som alltjämt brukar betecknas som den ”nya” arbetsrätten såg dagens ljus i och med 1970-talets lagstiftningsreformer. Dessa reformer, bl.a. införandet av anställningsskyddslagen och medbestämmandelagen, var ett uttryck för en ambition att omvälva arbetsmarknaden och arbetslivet – och ett uttryck för den vid denna tid rådande optimistiska syn på vilka förändringar som kunde åstadkommas med stöd av lagstiftningsreformer.¹⁰ 1970-talets reformer syftade till att skapa en sammanhållen och enhetlig arbetsrätt som skulle kompletteras genom kollektivavtal ingångna mellan arbetsmarknadens parter. Lagförarbetena med motiv och förklaringar till den nya arbetsrätten är omfattande, och har spelat en central roll som rättskälla och i Arbetsdomstolens praxis.¹¹ Diskrimineringsrätten har alltsedan 1980-talet varit ett expanderande rättsområde och representerar idag en omfattande materia med en central roll i regleringen av arbetsmarknaden.

Den ”nya” (som alltså i skrivande stund har ca fyrtio år på nacken) arbetsrätten avlöste en gång i tiden den ”gamla” arbetsrätten, som i materiellt hänseende utgjordes av ett omfattande system av kollektivavtal och en tvistelösningssystem med stöd i lagstiftning.¹²

Idag, menar vi, är det befogat att tala om att den nya arbetsrätten blivit föremål för så djupgående förändringar att ytterligare ett skifte har skett, och att något nyare kommit att avlösa den nya arbetsrät-

¹⁰ Jfr prop. 1975/76:105 s. 1. Utredningarnas namn är talande; SOU 1973:7 Trygghet i anställningen och SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen.

¹¹ Se T. Sigeman, Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, i Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt (1977) s. 203–229.

¹² Jfr hur Bruun talar om skilda paradigmer i den nordiska arbetsrätten; N. Bruun, The Future of Nordic Labour law, i Stability and Change in Nordic Labour Law, vol. 43 Scandinavian Studies in law (2002) s. 375–385.

ten.¹³ Vi anser att denna förändring ännu inte fullt ut begreppslogiskt eller benämnts på ett adekvat sätt, och därför föreslår vi begreppet *polycentrisk arbetsrätt* som en träffande beteckning för den samtida arbetsrätten.¹⁴ Polycentrisk arbetsrätt får sitt innehåll från källor som härstammar från olika centrum (se avsnitt 2.2–2.4).

Stommen i arbetsrätten – däribland främst medbestämmandelagen, anställningsskyddslagen och arbetsmiljölagen – kvarstår i allt väsentligt oförändrad, men det är likväl befogat att tala om ett avgörande och beaktansvärt skifte, särskilt ifråga om rättskällebilden och rättsbildningens förutsättningar.¹⁵

Dessa förändringsprocesser anknyter till Nielsens och Sigemans tal om att arbetsrätten, med anledning av EU-rättens inträde i fältet, har varit föremål för ett *paradigmskifte*.¹⁶ Nu, efter mer än 20 år av EU-medlemskap, är effekterna av EU-rätten för svenskt vidkommande

¹³ Jfr beskrivningarna av arbetsrättens normkällor i K. Källström & J. Malmberg, *Anställningsförhållanden*. Inledning till den individuella arbetsrätten (4 uppl.) (2016) s. 62 ff. och T. Sigeman & E. Sjödin, *Arbetsrätten: En översikt* (7 uppl.) (2017) s. 40 ff.

¹⁴ Kilpatrick har nämnt den aktuella termen, men inte utfört någon teoretiskt informerad analys av arbetsrätten med stöd av teoribildningen om polycentrisk rätt. Våra teoretiska inspirationskällor är andra; se nedan. Jfr C. Kilpatrick, *Has Polycentric Strike Law Arrived in the UK? After Laval, After Viking, After Demir?*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 30, no. 3 (2014) s. 293–318.

¹⁵ Vi får väl härmed anses ansluta oss till arbetsrättens traditionsenliga upptagenhet kring förändring; se om denna M. Hansson, *Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse* (2010) s. 74 ff.

¹⁶ R. Nielsen, *Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning. Studier i EF-rettens integration i dansk arbejdsret* (1992) s. 413. Sigeman, som vägrat använda termen paradigmskifte för 1970-talets lagstiftningsvåg, har benämnt Sveriges anslutning till EU som just ett paradigmskifte för arbetsrättens del; se N. Bruun, *Introduktion till temat "Stridsåtgärder internationellt och konstitutionellt"*, *Juridisk tidskrift* utgiven av Juridiska föreningen i Finland (2008) s. 155. Jfr även N. Bruun, *The Future of Nordic Labour law, i Stability and Change in Nordic Labour Law*, vol. 43 *Scandinavian Studies in law* (2002) s. 375–385 om tre paradigm i nordisk arbetsrätt, och H. Collins, G. Lester & V. Mantouvalou, *Introduction: Does Labour Law Need Philosophical Foundations?*, i *Philosophical Foundations of Labour Law* (2018) s. 8 som talar om att arbetsrätten kan delas in i olika paradigm med avseende på dels hur reglernas målsättningar och fokus uppfattas, dels ifråga om individuella eller kollektiva förhållanden regleras, samt i vilken utsträckning som obetalt arbete beaktas.

inte längre spekulationer utan istället en konkret påverkan på reglerna, som alla som sysslar med arbetsrätt har att förhålla sig till.¹⁷

Lavalmålet är ett symptomatiskt exempel ur rättspraxis på utvecklingen mot polycentri i arbetsrätten.¹⁸ Vidare; nu gällande grundlag innehåller också uttryck för denna utveckling, inte minst i kapitlet om statsskickets grunder – där det framgår att Sverige är medlem i EU, och att erkännandet av andra centra för auktoritet än det egna nationella parlamentet utgör en del av det svenska statsskickets grunder (1 kap. 10 § och 2 kap. 19 § regeringsformen).¹⁹

Eftersom utvecklingen mot inslag av polycentri i arbetsrätten framförallt är märkbar i fältets förståelse av rättskällor och metod för tolkning, fortsätter vi här närmast med en diskussion av hur dessa källor framställts i litteraturen. Därefter följer vår förklaring av den polycentriska arbetsrätten med en redogörelse för teoribildningen kring polycentrisk rätt samt en utläggning av vad vi avser med det polycentriska i just arbetsrätten. Avslutningsvis redogör vi för några effekter i arbetsrätten av utvecklingen mot polycentri.

¹⁷ EU-inträdets påverkan på den svenska arbetsrätten har självfallet beskrivits tidigare; se t.ex. bidragen i K. Ahlberg (red.) *Tio år med EU – effekter på arbetsrätt, partsrelationer, arbetsmarknad och social trygghet* (2005), M. Rönnmar (red.) *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives* (2008), och *Europarättslig tidskrift* nr 2 (2015), samt läroboken B. Nyström, *EU och arbetsrätten* (5 uppl.) (2017). Även den juridiska metoden anses ha påverkats av EU-inträdet; se J. Reichel, *European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts*, i *European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation* (2011) s. 245–278.

¹⁸ C-341/05 *Laval un Partneri* EU:C:2007:809 som ingår i den s.k. Lavalkvartetten. Domen har fått efterspel i den svenska lagstiftningen, inom ramen för ILO-systemet, Europarådets sociala stadga och varit föremål för en omfattande och intensiv akademisk debatt se t.ex. J. Malmberg & T. Sigeman, *Industrial Actions and EU Economic Freedoms: The autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice*, Vol. 45 *Common Market Law Review*, Issue 4 (2008) s. 1115–1146 och M. Rönnmar, *Laval Returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms*, Vol. 39 *Industrial Law Journal*, Issue 3 (2010) s. 280–287.

¹⁹ Se SOU 2008:125 s. 751, H.-G. Axberger, *Rättigheter* (del II av II) Sverige och MR, SvJT 2018 s. 849 ff., s. 865 f.

2.2 Arbetsrättens normkällor

I arbetsrättsliga sammanhang används ofta en vid definition av rättskällor, och stundom används 'det konkreta rättsliga materialet' synonymt till rättskällor.²⁰

Beskrivningen av arbetsrättens källor tar sin utgångspunkt i hur anställningsavtalet får sitt innehåll.²¹ Utifrån denna synvinkel presenteras vad som får uppfattas som hierarkiskt ordnade uppräkningspunkter: tvingande EU-rätt respektive nationell lag, tvingande kollektivavtal, semidispositiv lag, enskilda anställningsavtal, dispositiv lag och dispositiva kollektivavtal. Således; i frågor som inte blivit föremål för uttrycklig avtalsreglering, får anställningsavtalet sitt innehåll från lagstiftning eller kollektivavtal; t.ex. antalet semesterdagar för en viss arbetstagare.

Att anställningsförhållandet har varit utgångspunkten för de historiska utvecklingsprocesser som skapat rättsområdets föreställningar om rättskällorna har bidragit till skapandet av ett distinkt rättsområde benämnt arbetsrätt. Utgångspunkten i frågeställningen om varifrån anställningsavtalet får sitt innehåll har bidragit till att arbetsrätten en gång i tiden fått konturer i relation till övrig civilrätt.

Detta sätt att framställa arbetsrätten som ett hierarkiskt ordnat system är mest framträdande för regleringen av förhållandet mellan arbetsgivaren och den enskilda arbetstagaren, alltså den individuella arbetsrätten. För den kollektiva arbetsrättens del ger litteraturen emellertid inte lika tydliga beskrivningar av rättskällorna och deras hierarkier.²² Vilket innehåll ett visst kollektivavtal ska anses ha är primärt en

²⁰ Jfr J. Malmberg, Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter (2010) s. 4.

²¹ Se T. Sigeman i F. Schmidt, Löntagarrätt (1994) s. 15 ff., M. Glavå & M. Hansson, Arbetsrätt (3 uppl.) (2016) s. 69 f., och T. Sigeman & E. Sjödin, Arbetsrätten. En översikt (7 uppl.) (2017) s. 40. Den ursprungliga framställningen är F. Schmidt, Kring tjänsteavtalets rättskällor, i Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957 (1957) s. 203–234. K. Källström & J. Malmberg, Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten (4 uppl.) (2016) har emellertid inte denna utgångspunkt för beskrivningen av anställningsavtalets innehåll.

²² Läroboksframställningar tar t.ex. inte avstamp i genomgångar av hur den kollektiva arbetsrättens källor skiljer sig från den individuella.

fråga om tolkning av avtalet.²³ Förhållandet mellan arbetsgivare och fackföreningar är inte föremål för en lika omfattande reglering som förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagarare.

Lagstiftningen uppställer bl.a. vissa regler för arbetsstriden och för vad som kan bli föremål för kollektivavtalsreglering. Vidare utfärdas gränser för fackföreningens behörighet att företräda arbetstagarna i relation till arbetsgivaren och Arbetsdomstolen. Den kollektiva arbetsrätten bestämmer möjligheterna att avvika från lagstiftning genom kollektivavtal, dvs. *semi-dispositiviteten*.²⁴ Avslutningsvis kan nämnas att lagstiftningen kompletterar kollektivavtalen genom att föreskriva en rättslig överbyggnad²⁵ till dem i form av rättsföljder av att kollektivavtal ingås; t.ex. fredsplikt och primär förhandlingsskyldighet.²⁶

2.3 Polycentrisk rätt

Polycentrisk rätt²⁷ är i Norden förknippat med den framlidne danske juristprofessorn Henrik Zahle och dennes uppsats *Polycentri i retskildelæren* från 1986, med huvudbudskapet att rättskällor kan ha varierande betydelse för olika aktörer och i skilda kontexter.²⁸

Zahle har därefter tillsammans med andra rättsvetenskapliga forskare utvecklat teorin om polycentrisk rätt.²⁹ Att rätten är polycentrisk

²³ R. Eklund i F. Schmidt, *Facklig arbetsrätt* (1997) s. 187 ff. och M. Hansson, *Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse* (2010) s. 218 ff.

²⁴ Här avses den s.k. EU-spärren och att kollektivavtalen inte får utgöra en otillbörlig urholkning av lagstiftning. Jfr AD 1995 nr 108 och AD 1996 nr 20, se vidare E. Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande. En rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige* (2015) s. 157 ff.

²⁵ Jfr T. Sigeman & E. Sjödin, *Arbetsrätten. En översikt* (7 uppl.) (2017) s. 95 för termen.

²⁶ H. Göransson i F. Schmidt, *Facklig arbetsrätt* (1997) s. 139, *passim*.

²⁷ Jfr bidragen i A. Hirvonen (red.) *Polycentricity: The Multiple Scenes of Law* (1998) och T. W. Bell, *The Center of the Law i Your Next Government? From the Nation State to Stateless Nations* (2017) s. 69–70.

²⁸ H. Zahle, *Polycentri i retskildelæren i Samfunn, Rett, Retferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (1986) s. 752–756.

²⁹ Jfr bidragen i H. Petersen & H. Zahle (red.) *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law* (1995). Jfr K.-Å. Modéer, *Det historiska argumentet i senmodern rättslig diskurs*, SvJT 2009 s. 340–352.

innebär huvudsakligen att den är skapad av flera centra, och följande tre egenskaper karaktäriserar polycentrisk rätt:³⁰

- 1) Olika i och för sig auktoritativa rättskällor är tillämpliga på, och styrande för en och samma situation.
- 2) Rättskällor kan ha olika betydelse för olika aktörer.
- 3) Det nationella rättssystemet utgör en del av en större helhet, som i sin tur består av olika typer av internationella samarbeten.

I Zahles teoretiska framställning presenteras ett antal kännetecken som indikerar när rättssystemet uppvisar inslag av polycentri.

- *Öppenhet* – för åberopande och användande av flera olika rättskällor.³¹
- *Rättens ontologi*: Snarare än att existera i bemärkelsen av ett enkelt avskiljbart fenomen, så skapas rätten i avgöranden.³²
- *Återkommande konflikter*: När olika delar av rättssystemet utgår från och formulerar olika utgångspunkter, så uppstår konflikter, t.ex. om nationell lagstiftning eller EU-rätt ska ha företräde i en viss situation.³³
- *Hermeneutiskt perspektiv*: Rättens innehåll skapas i tillämpning och det rättsliga materialet kan inte användas utan tolkning. Rättsliga avgöranden bygger i sin tur på ställningstaganden i det enskilda fallet.
- *Demokratisk användning*: Rätten används inte bara av skolade jurister utan även av lekmän.

³⁰ Se för det följande H. Zahle, *Praktisk retsfilosofi* (2005) s. 328 ff.

³¹ Jfr T. Wilhelmsson, *Free Movement of Legal Sources: The Use of Foreign Sources in Private Law in Europe*, i *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz* (2014) s. 185–204.

³² Jfr AD 2015 nr 70 *Sava star*, för ett exempel på att Arbetsdomstolen sammanväver nationell rätt och EU-rätt.

³³ Jfr C-441/14 *Dansk Industri EU:C:2016:278* och R. Nielsen & C.D. Tvarnø, *Danish Supreme Court Infringes the EU Treaties by Its Ruling in the Ajos Case*, *Europarättslig tidskrift* 2017 s. 303–326.

- *Inkoherens*: Förekomsten av olika rättskällor med anspråk på att reglera samma problematik ger, inom ramen för sammanvägningar, upphov till skilda uppfattningar och motsättningar.³⁴

Begreppsbildningen 'polycentrisk' förekommer även i andra vetenskaper, t.ex. nationalekonomi. Nobelpristagaren Elinor Ostrom och hennes make Vincent Ostrom beskriver *polycentrisk styrning* av marknader i följande termer:

Polycentrisk styrning kräver en komplex kombination av flera nivåer och olika typer av organisationer från offentlig och privat sektor respektive frivilligsektorn med överlappande ansvarsområden och funktionell kapacitet. [...] polycentrism avser mer än endast federalism [...] utan också överlappande jurisdiktioner för olika sakområden [...] Dessutom kan privata företag, frivilligorganisationer och lokala verksamheter spela kritiska understödande roller i ett polycentriskt styrsystem, även om de inte i officiell mening har tilldelats offentliga eller samhälleliga roller.³⁵

När vi benämner den samtida arbetsrätten som *polycentrisk* vill vi framhålla att detta regelverk utgörs av olika överlappande och sammansmältande uppsättningar av källor, som härstammar från skilda auktoritetscentra. Rättskällorna från olika nivåer och centrum interagerar och är även många gånger sammanvävda med varandra.

Dessutom vill vi på detta sätt särskilt framhålla att dagens läge skiljer sig från det som karakteriserade det svenska rättssystemet vid både den "gamla" och den "nya" arbetsrättens tillkomst. I äldre tider kunde normering av arbetsmarknaden och anställningsförhållandet ske inom ramen för en enhetlig lagreglering som kunde styras centralt av en (medlems-)stat utan vidare hänsynstaganden till andra intressen än de

³⁴ H. Zahle, Praktisk retsfilosofi (2005) s. 328 ff.

³⁵ M.D. McGinnis & E. Ostrom, Reflections on Vincent Ostrom, Public Administration, and Polycentricity, Vol. 72 Public Administration Review iss. 1 (2011) s. 15–25 (vår översättning). Jfr E. Ostrom, Allmänningen som samhällsinstitution (1990/2009) s. 191 ff., E. Ostrom, Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems, 100 American Economic Review (2010) s. 641–672.

som den nationella lagstiftaren själv ansåg beaktansvärda, medan det diametralt motsatta gäller idag.³⁶

Forskning i och om den polycentriska arbetsrätten handlar sammanfattningsvis lika mycket om att identifiera spänningsfält som att utverka möjligheter till, och fasta hållpunkter för, sammanjämkning av olika mångtydiga och delvis motstridiga rättskällor.

Polycentri relaterar till den mångskiftande teoribildningen rättspluralism.³⁷ Den ursprungliga begreppsbildningen kring rättspluralism var resultatet av det antropologiska, etnologiska och sociologiska studiet av samhällslivet på olika platser och i olika tider, och har i den meningen ett 'externt' och förutsättningslöst perspektiv på vad som kan vara 'rätten' i en viss tid och på en viss plats.³⁸

"Semi-autonoma sociala fält" är ett för rättspluralismen avgörande begrepp som lanserades 1973 i antropologisk forskning, i syfte att framhålla att människor tillhör olika sociala fält inom ramen för, och underordnade staten. Dessa semi-autonoma sociala fält, som kan avgränsa sig på olika sätt, producerar såväl interna sedvanor, regler, symboler och normer som metoder för att skapa regelefterlevnad (jfr sanktionssystem). Samtidigt som dessa fält innehåller dessa interna processer, så är de också i viss utsträckning beroende av övergripande

³⁶ Se t.ex. U. Mückenberger, *Hybrid Global Labour Law*, i *Labour Law Between Change and Tradition: Liber Amicorum Antoine Jacobs* (2011) s. 99–116, s. 100 och J. Reichel, *European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts*, i *European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation* (2011).

³⁷ En pluralistisk metoduppfattning (dvs. att det existerar flera olika metoder) är en annan sak; se J. Hellner, *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögensrätt* (2001) s. 193 ff. Vidare är det en annan sak att det kan föreligga olika tolkningsätt; se L. Heuman, *Metoder för rättstillämpning och lagtolkning: Generaliseringar, logik och argumentation* (2018) s. 38.

³⁸ E. Melissaris & M. Croce, *A Pluralism of Legal Pluralisms*, *Oxford Handbooks Online*, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.22 (2017). Jfr S. Engle Merry, *Legal Pluralism*, Vol. 22 *Law and Society Review*, No. 5, (1988) s. 869–896 och J. Dalberg-Larsen, *Retten enhed – en illusion? Om retlig pluralism i teorien og i praksis* (1994) samt bidragen i Vol. 38 *Retfærd – Nordisk juridisk tidsskrift* nr 4 (2015).

reglering och beslutsfattande som härstammar från staten och lagstiftaren i gängse mening.³⁹

Denna variant av rättspluralism handlar således om att, med stöd av forskning om människors faktiska leverne och samhällslivet, utmana och expandera begreppet 'rätten', så att det omfattar mer än endast formellt stiftade statliga normer (dvs. 'lagstiftning').⁴⁰ Skillnaden mellan pluralism och polycentri ligger i att medan rättspluralismen primärt utgår från ett utifrånperspektiv, så betraktar teorin om polycentri rätten inifrån.

Rättslig pluralism används vidare som benämning på uppfattningen att det föreligger en mångfald av rättskällor. Ifråga om denna förståelse av pluralism görs sällan någon koppling till den ursprungliga meningen av rättslig pluralism.⁴¹ Exempelvis uppfattas att en effekt av globaliseringen och en metodologisk implikation av EU-rätten är att det föreligger pluralism bland rättskällorna.⁴²

I Maduros diskussion om konstitutionell pluralism i relation till EU och EU-domstolen framhåller han att mångfalden av konstitutionella källor kan ge upphov till konflikt. Maduro lyfter fram fyra källor till intern pluralism: mångfald bland källor, frånvaro av villkorslös acceptans av – och motstånd mot – EU-rättens företrädare, framväxten av nya former av makt och politisk pluralism. Utöver det tillkommer extern pluralism som består i en ökad kommunikation mellan olika rättssystem. Maduro menar att i ett system där det finns en institutionaliserad dialog mellan nationella och supranationella domstolar ökar denna pluralism behovet av en teori för rättsligt beslutsfattande, i

³⁹ S. Falk Moore, *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, Vol. 7 *Law and Society Review* (1973) s. 719–746.

⁴⁰ P. Zumbansen, *Transnational Legal Pluralism*, Vol. 1 *Transnational Legal Theory*, Iss. 2 (2010) s. 141–189.

⁴¹ Se t.ex. J. Reichel, *European Legal Method from a Swedish Perspective – Rights, Compensation and the Role of the Courts*, i *European Legal Method: Paradoxes and Revitalisation* (2011) s. 262 f.

⁴² M. Davies, *Legal Pluralism*, i *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (2010) s. 805–526, s. 815.

vilken tolkningsmetoder, och särskilt den teleologiska tolkningen, har avgörande betydelse.⁴³

De olika framställningarna av pluralism har det gemensamt att de uppfattar att 'rättssystemet' ska uppfattas som att flera skilda rättssystem är relevanta i en jurisdiktion på en och samma gång.⁴⁴ Begreppsbildningen kring polycentrisk rätt anknyter till den variant av rättspluralism som framhåller en mångfald bland källor. I det närmast följande utvecklar vi vår förståelse av den samtida arbetsrättens polycentriska karaktär.

2.4 Vårt begreppsliggörande: polycentrisk arbetsrätt

Vår karakterisering av den samtida arbetsrätten som polycentrisk är driven av iakttagelser av de senaste årens rättstillämpning i Arbetsdomstolen⁴⁵ och innehållet i den forskning som bedrivs på de svenska universiteten, inte minst 2010-talets doktorsavhandlingar⁴⁶, som framhålls i resten av denna bok.

Vi utgår från en form av sammansmältning av Zahles och Ostroms framställningar i vårt begreppsliggörande och anser att denna förståelse av polycentrism har ett förklaringsvärde avseende den samtida arbetsrätten. Vi använder begreppet polycentri för att beteckna den samtida arbetsrätten, och på detta sätt framhåller vi att regelverket får

⁴³ M. P. Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, Vol. 1, *European Journal of Legal Studies*, No 2 (2007) s. 137–152.

⁴⁴ M. Davies, *Legal Pluralism*, i *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (2010) s. 805 där rättslig pluralism diskuteras i termer av "the deceptively simple idea that in any one geographical space defined by the conventional boundaries of a nation state, there is more than one 'law' or legal system." Denna uppfattning om förekomsten av skilda system har vunnit viss uppslutning i den svenska arbetsrättsliga forskningen.

⁴⁵ Jfr t.ex. AD 2012 nr 25 Farbror blå, AD 2012 nr 74 Elektrikernas granskningsarvoden, AD 2015 nr 70 Sava Star och AD 2018 nr 51 handskakningen.

⁴⁶ Den forskning som redovisas i denna antologi illustrerar den samtida arbetsrättens polycentriska karaktär. Tydligast polycentriska inslag finns i C. Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten. Om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden* (2018) s. 335 f. och E. Sinander, *Internationell kollektivavtalsreglering. En studie i internationell privaträtt av den svenska modellen för reglering av anställningsvillkor* (2017) s. 7 f.

sitt innehåll av rättskällor som härstammar från skilda auktoritetscentrum.

Rättskällebilden är därmed situationsberoende: i olika tvister är olika källor olika betydelsefulla, men i alla lägen måste källorna vävas samman på sätt som låter sig förenas med de skilda ändamål som de respektive källorna för med sig till arbetsrätten.

Graden av polycentri skiftar således mellan olika situationer och vad tvisten gäller.⁴⁷ I den rättsvetenskapliga forskningen uppmärksammas mer invecklade arbetsrättsliga problem och utvecklingen mot polycentri är därmed framträdande i arbetsrättsvetenskaplig doktrin.

Utmärkande för den polycentriska arbetsrätten av idag är att den inte härstammar från något enskilt centrum, och att det i systemet förekommer *auktoritetskäl* för att beakta en mångfald av källor vid lösande av arbetsrättsliga frågor. Kopplingen mellan regleringen och någon enskild nationalstat eller enskilt parlament är försvagad. Det är idag svårt att argumentera för att något enskilt auktoritetscentrum eller normerare kan bära ett helhetsansvar för arbetsmarknadsregleringen.⁴⁸ De olika rättskällorna bildar emellertid en sammanhållen helhet med bidrag från internationell rätt, nationell lag och praktiker från arbetsmarknaden.

I den enskilda tvisten är det inte i sig av avgörande betydelse att argument hämtas från källor som härstammar från skilda center, utan snarast att dessa måste vävas samman i tolkningen som ligger bakom avgörandet. Arbetsdomstolen, såväl som rättsvetenskaparen, har att sammanfoga dessa källor till en analys som ger övertygande stöd för slutsatsen/domslutet.

⁴⁷ Varje arbetsrättsligt mål utgör således inte exempel på polycentrisk rätt och fordrar inte sammanvägningar av rättskällor från olika centrum. Exempelvis är anställnings-skyddsmål med påståenden om våld på arbetsplatsen från arbetstagarens sida ofta präglade av bevisfrågor och möjliga att avgöra med tillämpning av de nationella rättskällorna. Se bl.a. AD 1975 nr 17, AD 1995 nr 122, AD 2004 nr 82, AD 2004 nr 85, prop. 1981/82:71 s. 72, s. 163 f.

⁴⁸ Jfr P. Asp, Denationaliserad straffrätt – vilka utmaningar står för dörren? Nordisk Tidsskrift för Kriminalvidenskab, 99(2), 2012, s. 144–155 som anger att för straffrättens del är en av utmaningarna förknippade med utvecklingen mot polycentri att vidmakthålla idén om koherens.

Den svenska arbetsrättens materiella innehåll bygger på att det föreligger skilda normkällor: lagstiftning – tvingande, semidispositiv (med EU-spärr) och dispositiv är alltså utgångspunkten. Men, fastställandet av lagens innehåll fordrar att en rad andra rättskällor också beaktas – och det är inte längre möjligt att uppställa en okomplicerad hierarki med lagen överst. Det är en missvisande förenkling att skildra rättskällehierarkin i termer av att källor med ”lägre” värde på ett självklart sätt trumfas av lagen i bemärkelsen att lagen gäller ”istället” för den lägre källan. Det handlar snarare om att lagen tillämpas med beaktande av också de andra källorna.⁴⁹

Även om arbetsrätten alltså sedan dess tillblivelse haft en internationell dimension i form av ILO:s reglering har det internationella rättsliga materialet fått en ökad betydelse i de enskilda tvisterna, och i vissa delar är det också direkt rättsligt bindande. Antalet situationer i vilka argument kan hämtas ur källor från andra auktoritetscentra än de nationella har ökat. Den inhemska betydelsen av internationell rätt är ständigt ökande.

Det distinkt polycentriska i den samtida arbetsrättstillämpningen handlar således framförallt inte om att ’olika’ källor ska tillämpas samtidigt, utan om att de i tillämpningen ska bli föremål för en särskild form av sammanvävning och interaktion. Rättstillämparens balanseringsoperation handlar om att relatera lagstiftningen till rättigheter, värden och intressen, som finns nedlagda i varierande källor.

Regleringen av arbetslivet kommer inte enbart uppifrån utan i lika hög grad underifrån; ur det som arbetsmarknadens parter utarbetar såväl som sedvänja och god sed på arbetsmarknaden. Kollektivavtal och andra normer som härstammar från arbetsmarknadens parter hämtar legitimitet och auktoritet från organisering på respektive sida.

⁴⁹ M. P. Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, Vol. 1, *European Journal of Legal Studies*, No 2 (2007) s. 137–152, B. Wennström, EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap, *JT* 2009/2010 s. 444–473, s. 448 som talar om att hierarki ersatts av heterarki. Källström & Malmberg framhåller att det vore missvisande att uppställa en normhierarki, ”beroende på att rättskällorna innehåller normer av olika karaktär och att de påverkar den juridiska argumentationen på olika sätt”, se K. Källström & J. Malmberg, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten* (4 uppl.) (2016) s. 62.

Samspelet mellan olika rättsliga centrum kan, som ifråga om EU-rätten och upplägget med begäran om förhandsavgöranden, ske inom ramen för ett formaliserat system⁵⁰, men detta äger rum också i den nationella rättstillämpningen i rent interna situationer.⁵¹ Det förekommer vissa inarbetade modeller för sammanjämkning, såsom fördragskonform tolkning.⁵² EU-(arbets)rätten har även under vissa förutsättningar ett anspråk på företräde framför nationell rätt.⁵³

Det rättsliga material – t.ex. lagstiftning, prejudikat, kollektivavtal m.m. – som vi återoppar som stöd för vår iakttagelse om polycentriska inslag är självfallet redan i sig känt.⁵⁴ Vårt bidrag blir att presentera en teoretiskt förankrad förståelse av arbetsrätten.

Snarare än att det, som i pluralismen, är fråga om att två eller flera skilda rättssystem som reglerar en och samma situation, framhåller po-

⁵⁰ Jfr bidragen i S. Sciarra, *Labour law in the courts: national judges and the European Court of Justice* (2001) och N. Bruun & J. Malmberg, *Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar*, i Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck (2005) s. 65–90 och X. Groussot, *Empowering National Courts in EU Law* (2009). Se vidare J. Köndgen, *The sources of European private law*, i *European legal methodology* (2017) s. 115 ff.

⁵¹ Jfr Prassl som argumenterar att en uppgift för arbetsrättsforskare är att betrakta varje domstol i EU:s medlemsländer som en EU-rättslig domstol, J. Prassl, *The Interaction of EU Law and National Law: Between Myth and Reality*, i *Research Handbook on EU Labour Law* (2016) s. 44.

⁵² R. Nielsen, *EU arbejdsret* (5.udgave) (2019) s. 156 ff. och M. P. Maduro & L. Azoulai, *The past and future of EU law* (2010) s. 37 ff.

⁵³ T.ex. B. de Witte, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, i *The Evolution of EU Law* (2 uppl.) (2011) s. 323–362 och R. Nielsen, *EU arbejdsret* (5.udgave) (2019) s. 156 ff., M. P. Maduro & L. Azoulai, *The past and future of EU law* (2010) s. 37 ff. och R. Rebhahn, *European Labour Law*, i *European Legal Methodology* (2017) s. 435 ff.

⁵⁴ Jfr N. Bruun, *The Future of Nordic Labour law*, i *Stability and Change in Nordic Labour Law*, vol. 43 *Scandinavian Studies in law* (2002) s. 375–385, s. 378. P. Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet* (2003), s. 41 ff. diskuterar hur utomnationella rättsliga system integreras i den nationella rätten på både förutsägbara och oförutsägbara sätt. L. Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten. En rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningsutrymmen* (2000), s. 30 f., nämner att rättskällebildens förändrats i pluralistisk riktning.

lycentrisk rätt att dessa olika system och rättskällor ska vävas samman och att de i den enskilda tvisten inte kan eller bör skiljas åt analytiskt.⁵⁵

2.5 Konsekvenser av arbetsrättens polycentriska karaktär

I den samtida polycentriska regleringen av arbetsmarknaden och anställningsförhållandet förekommer normer och rättskällor med ursprung i olika auktoritetscentra. Inte sällan har dessa enskilda normer och källor tillkommit med ursprung i andra syften och målsättningar än att reglera just arbetsmarknaden och anställningsförhållandet.⁵⁶ Det betyder att idag ska regler med skiftande och ibland motsatta bakomliggande syften och rättfärdigandegrunder (jfr *ratio legis*) balanseras och sammanvägas inom ramen för rättstillämpningen på arbetsmarknadens område.⁵⁷

Idén om förekomsten av en mångfald (poly-) av centrum – som ju uppenbarligen är en intresseväckande självmotsägelse i det att det ju inte kan finnas många mittpunkter – framhåller särskilt att arbetsrätts-systemet har många olika centrum, som kan stå i varierande relation till statliga organ och nationella parlament, och utgå från såväl mellanstatliga som överstatliga organ samt från olika platser i systemet i mer horisontell bemärkelse. Normativa impulser kan således flöda åt olika håll i detta regleringssystem, och ofta är det fråga om möten mellan normer och normkällor som är formellt fristående från varandra, men de måste alla beaktas; på olika sätt och av olika instanser.

Den klassiska uppgiften för arbetsrätten är att stärka arbetstagarens förhandlingsposition och att utjämna den i anställningsförhållandet inneboende ojämlikheten.⁵⁸ Arbetsrätt är civilrätt och bygger således

⁵⁵ Jfr K. Tuori, *Law beyond the Nation State*, i *Liber Amicorum Kjell Å Modéer* (2007) s. 691 ff. och K. Tuori, *The pluralism of European fundamental rights law*, i *Research handbook on EU law and Human Rights* (2017) s. 35 f.

⁵⁶ Jfr J. Malmberg, *Vad handlar arbetsrättslig reglering om?* En essä om arbetsrättens uppgifter (2010) som visar att idag anses inte endast fördelning av tillväxtens resultat vara en uppgift för arbetsrätten, utan även att möjliggöra ekonomisk tillväxt i framtiden.

⁵⁷ Se N. Bruun, *The Old and New Foundations of Labour Law*, i *The New Foundations of Labour Law* (2017) s. 26 ff. om s.k. "access justice" och att arbetsrätten numera även reglerar förutsättningar för tillträde till arbetsmarknaden.

⁵⁸ O. Kahn-Freund, *Labour and the law* (2 uppl.) (1977).

på avtalsfriheten: Jag får sluta avtal med vem jag vill, och jag får därmed också välja att inte sluta avtal med vem jag vill av vilka (rasistiska, sexistiska eller fackföreningsfientliga) skäl jag vill. Om vi sluter avtal står det mig fritt att kräva vilka villkor som helst. Arbetsrättens uppgift är att motverka denna innebörd av avtalsfriheten.⁵⁹

Den svenska arbetsrätten förverkligade och förverkligar helt klart delvis dessa egalitära målsättningar, samtidigt som regleringen av anställningsförhållandet också innebar att arbetsgivarens maktposition (arbets- och företagsledningsrätten) ges en tydligare förankring i rättssystemet. Alltsedan arbetsrättens tillblivelse har arbetsgivarens intresse kommit att bli än mer framträdande i reglerna.

I den polycentriska arbetsrätten möts källor med skilda ursprung och ändamål. För den samtida såväl som den framtida rättsvetenskapliga forskningen blir det således en central uppgift att identifiera dessa möten och konflikter mellan olika normer och att lansera sammanjämkningar som har erforderligt stöd i de olika källorna, och samtidigt inte endast i de enskilda rättskällorna som i övrigt reglerar den aktuella frågan, utan också i systemet som helhet betraktat.

Forskningen om arbetsrätten innehåller i sig uttryck för att arbetsrättens innehåll bestäms med inslag av polycentri av varierande styrka. Ett sådant uttryck är de senaste årens expanderande intresse från arbetsrättsforskare för att diskutera och benämna arbetsrättens mest grundläggande karaktär: dess grundvalar, begränsningar, möjligheter, målsättningar, medel, idéer, begrepp, paradigm och utveckling,⁶⁰ och för att 'ränka om' och problematisera dessa.⁶¹ Det är talande att den här typen av forskning vinner mark idag, och inte under den lagstiftade arbetsrättens tillkomst och glansdagar på 1970-talet. Det poly-

⁵⁹ B. Langille, *The Capability Approach to Labour law* (2019) s. 3 f.

⁶⁰ Se bidragen i *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in the Regulation of Work* (2006), *The Idea of Labour Law* (2011), *The New Foundations of Labour Law* (2017), *The Future Regulation of Work. New Concepts, New Paradigms* (2016), *The Evolving Project of Labour Law. Foundations, Development and Future Research Directions* (2017), *Vulnerability and the Legal Organization of Work* (2018), *Philosophical Foundations of Labour Law* (2018).

⁶¹ Se bidragen i *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment* (2013), *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation* (2012), *Resocialising Europe in a time of Crisis* (2013).

centriska inslaget ligger i att arbetsrättsforskningen idag utgår från att de mest grundläggande aspekterna av arbetsrätten ska vara föremål för omförhandlingar, förnyade bedömningar och skiftande begreppslig-göranden.

Arbetsrättens polycentriska karaktär är dessutom synlig i en, i viss mening motstående, samtida rättsvetenskaplig trend. En central inter-vention i det arbetsrättsliga fältet har utgjorts av försök att förse både lagstiftare och rättstillämpare med en övergripande sammanhållen syf-tesorientering för arbetsrättens del ('a purposive approach'). Mot bak-grund av komparativa analyser har Davidov utvecklat ett normativt underlag för att konsolidera den mångskiftande och spretiga arbetsrät-ten under ett sammanhållet syfte att använda vid stiftande av nya lagar och tolkning av de befintliga reglerna.⁶²

Ytterligare ett tecken i tiden för en utveckling mot polycentriska inslag i arbetsrätten är att det inom fältet föreligger grundläggande åsiktsskillnader ifråga om hur arbetsrätten överhuvudtaget ska förstås, t.ex. i diskussionen mellan det dominerande forskningsparadigmet kring arbetsrätten som marknadsreglering⁶³ och en framväxande mer historiserande och sociologiskt orienterad skolbildning.⁶⁴

⁶² G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law* (2016). Jfr Maduros kom-mentar; "Reasoning through telos will be an increased necessity in the context of the pluralistic order". M. P. Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, Vol. 1, *European Journal of Legal Studies*, No 2 (2007) s. 137–152, s. 142. Om "Favor laboris" argument i EU-domstolen, se R. Rebahn, *European Labour Law, i European Legal Methodology* (2017) s. 441 f.

⁶³ S. Deakin & F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market. Industrialization, Em-ployment, and Legal Evolution* (2005), bidragen i *Labour Law and Labour Market Regulation. Essays on the Construction, Constitution and Regulation of Labour Mar-kets and Work Relationships* (2006).

⁶⁴ R. Dukes, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law* (2014).

3 Arbetsrättens utveckling i Sverige under 2010-talet

3.1 Inledning

Historien skrivs i efterhand – och det är svårt att göra sin samtid rättvisa. Någon fullödig genomgång av arbetsrättens samtidshistoria under 2010-talet kan inte ges här⁶⁵, utan det får istället bli fråga om ett urval av skeenden och tendenser som vi anser är betydelsefulla och signifikativa för de senaste årens utveckling.

Framställningen är tredelad och behandlar normgivning från lagstiftare, arbetsmarknadsparter och rättstillämpningen.

3.2 Lagstiftaren

På 2010-talet har vi vant oss vid att lagstiftning i bred bemärkelse utfärdas från olika centrum (aktörer) – av EU såväl som av Riksdagen. Det polycentriska inslaget ligger här bl.a. i att riksdagen svarar på initiativ som härstammar från andra centrum, främst EU.

Oavsett om vi betraktar arbetsmarknadsregleringen ur EU:s perspektiv eller ur nationell synvinkel blir bilden likartad: Stommen av arbetsrättslig lagstiftning består, med vissa mindre ändringar och justeringar. Den en gång etablerade lagstiftningen och de rättsliga begreppen är i princip oförändrade. Lagarna är inte desto mindre en del av den polycentriska arbetsrätten, eftersom de verkar i en delvis ny rättslig kontext och ska tolkas och tillämpas i ljuset av detta rättsliga sammanhang.

Ett antal nya lagar har emellertid stiftats, t.ex. en särskild lag om skydd för visselblåsare.⁶⁶ Utöver denna har de svenska arbetsrättsliga lagar som utfärdats under 2010-talet uteslutande varit resultat av genomförande av EU-direktiv. EU har utfärdat en fläckvis arbetsmark-

⁶⁵ Vi hänvisar till andra författare för fylligare historieskrivning, se t.ex. T. Sigeman, *Arbetsrättens utveckling i Sverige under 1990-talet*, i *Arbetsrätt* 1999. Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt (1999) s. 9–23 och T. Sigeman, *Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling*, SvJT 1984 s. 875–892, R. Fahlbeck, *Industrial Relations and Collective Labour law: Characteristics, Principles and Basic Features*, i *Scandinavian Studies in Law* (2001) s. 88–133.

⁶⁶ Lagen (2016:749) om särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

nadsreglering för vad som uppfattats som särskilt utsatta grupper, och under 2010-talet har således bemanningsanställda, papperslösa, säsongsarbetare, visstidsanställda och utstationerade arbetstagare särreglerats.

Bemanningsarbetet har varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet. Efter många och långa turer utfärdades 2008 EU:s bemanningsdirektiv⁶⁷ och detta har 2012 genomförts genom lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.⁶⁸ Lagen definierar bemanningsföretagets och kundföretagets respektive skyldigheter och är konstruerad för att harmoniera med den svenska arbetsmarknadsmodellen och kollektivavtalen.⁶⁹

Efter att den svenska fackföreningsrörelsen väckt frågan om reglering av förutsättningar för inhyrning av arbetstagare under den tid då andra arbetstagare har företrädesrätt till återanställning, tillsattes en utredning – som 2014 kunde konstatera att fenomenet inte var särskilt utbrett och att frågan dessutom redan hunnit regleras i kollektivavtal.⁷⁰ Lagstiftning kom därför aldrig till stånd.

En annan utsatt grupp på arbetsmarknaden som blivit föremål för särreglering är s.k. papperslösa arbetstagare. Som ett resultat av genomförandet av *sanktionsdirektivet*⁷¹ är numera lagstadgat att denna grupp inte bara har rätt till lön, utan också att nivåerna under vissa förutsättningar ska presumeras vara kollektivavtalsenliga.⁷²

⁶⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag. Se vidare K. Ahlberg m.fl., *Transnational Labour Regulation. A Case Study of Temporary Agency Work* (2008).

⁶⁸ Prop. 2011/12:178 och SOU 2011:5.

⁶⁹ Jfr Ö. Edström, *Bemanningsarbete – nya regler en inkörsport till arbetslivet för svaga grupper?*, i *Nedslag i den nya arbetsrätten* (2012) s. 119–135 med hänvisningar.

⁷⁰ SOU 2014:55 s. 285–291.

⁷¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.

⁷² Lagen (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige. Jfr N. Selberg, *Åtgärder mot dem som tillgodosgjort sig papperslösas arbete: nya principer i arbetsrättens sanktionssystem, eller ett principiellt nytt sanktionssystem?*, i *Nedslag i den nya arbetsrätten* (2012) s. 77–104.

Det lagstaddade utrymmet för att ingå avtal om visstidsanställning har succesivt expanderat alltsedan LAS tillkomst på 1970-talet. 2007 års regler⁷³ kritiserades av den svenska tjänstemannarörelsen i TCO, som också anmälde Sverige till EU-kommissionen. Kommissionen utredde om de svenska reglerna kunde anses stå i strid med EU:s direktiv om visstidsarbete, och inledde därefter ett fördragsbrottsärende mot Sverige. Kommissionen utfärdade ett motiverat yttrande, som Sverige svarade på. Den politiskt kontroversiella frågan om vilket utrymme för visstidsanställningar som bör finnas omvandlades på detta sätt till en rättslig fråga om tolkning av EU-rätten och kom att få en rättsteknisk karaktär.⁷⁴ Efter hotet om rättslig process på EU-nivå, utfärdades 2016 nya regler.⁷⁵

Att en facklig organisation som TCO hävdar en viss uppfattning om det önskvärda utrymmet för visstidsanställningar är naturligt, men valet av medel för att åstadkomma förändring framstår som främjande för den svenska arbetsmarknadsmodellen. Reglerna om utrymmet för visstidsanställningar är semi-dispositiva (med EU-spärr) och därmed har lagstiftaren i enlighet med den svenska arbetsrättsmodellen anvisat fackföreningarna en strategi för reglering – i kollektivavtalets form. Istället för att ta strid för kollektivavtalsreglering anmälades lagstiftningen till EU-kommissionen. En fråga som den 'svenska modellen' historiskt inkluderat i det kollektivt autonoma systemet, dvs. som lämpligt för kollektivavtalsreglering, omvandlades i och med den här strategin till en fråga om tolkning av EU-rätten.

Det förslag om en särskild modell för att inom EU balansera strejkrätten och marknadsintegrationen som gick under benämningen 'Monti-klausul', har aldrig genomförts.⁷⁶ Istället kom utstationerade

⁷³ SFS 2007:391, prop. 2006/07:111.

⁷⁴ Ds 2011:22, Ds 2012:25, Ds 2015:29 och prop. 2015/16:62.

⁷⁵ SFS 2016:248.

⁷⁶ COM (2012) 130. Förslag till rådets förordning om utövandet av rätten att vidta kollektiva åtgärder i samband med etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.

arbetstagare⁷⁷ att bli föremål för kompletterande reglering i form av ett s.k. genomförandedirektiv.⁷⁸

Den svenska lagstiftningen *lex laval* har varit omdiskuterad och föremål för ändringar.⁷⁹ År 2018, just efter att dammet lagt sig efter genomförandet av genomförandedirektivet, återupptogs diskussionen. EU utfärdade under våren 2018 en revidering av utstationeringsdirektivet som avser omintetgöra, eller i varje fall minska, lönegapet mellan utstationerade och anställda i värdlandet.⁸⁰

Diskrimineringsrätten har konsoliderats ytterligare genom dels justering av diskrimineringsgrunderna, dels utökande av de offentlighets- och likabehandlingsarbete.⁸¹ De sistnämnda förändringarna har medfört ett ökat fokus på förebyggande arbete snarare än på sanktionering *ex post* av överträdelser. En ny typ av diskriminering i form av bristande tillgänglighet har tillkommit.⁸²

På arbetsmiljöns område har det skett en grundläggande och principiellt viktig nyreglering: i och med AFS 2015:4 är organisatoriska och sociala aspekter av arbetsmiljön numera föremål för tvingande reglering och sanktion. Föreskrifterna syftar till att motverka stressrelaterad ohälsa på arbetsplatserna – ett problem som identifierats som en stor utmaning på arbetsmarknaden.

Att ett annat rättssubjekt än arbetstagarens motpart i anställningsavtalet skulle kunna bära ansvar för lönefordran var länge en icke-fråga i svensk arbetsrätt. Efter att entreprenörsansvar 2009 genomförts på

⁷⁷ Europaparlamentets och Rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁷⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/67/EU om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen).

⁷⁹ Se således lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare i dess lydelse efter SFS 2012:857, SFS 2013:351, SFS 2017:320. Se även lagen (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar.

⁸⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2018/957 av den 28 juni 2018 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁸¹ 3 kap. diskrimineringslagen (2008:567). Prop. 2015/16:135.

⁸² 1 kap. 4 § 3 p. diskrimineringslagen (2008:567).

EU-nivå för papperslösa arbetstagare⁸³ och 2014 för vissa utstationerade arbetstagare⁸⁴ har 2018 utfärdats sådan lagstiftning för anställda i bygg- och anläggningsbranschen.⁸⁵ Totalt sett omfattar tillämpningsområdet endast en bråkdel av alla arbetstagare, men den principiella gränsen har passerats.

EU har fortsatt genomföra ett lapptäcke av sektoriell reglering av arbetskraftsmigration, som i praktiken fyller en traditionellt arbetsrättslig funktion i att reglera olika aspekter av förhållandet mellan arbetsgivare och (migrant-)arbetstagare.⁸⁶

Vid EU-toppmötet i Göteborg i november 2017 utfärdade EU en programförklaring i form av en s.k. europeisk pelare för sociala rättigheter. En betydande del av denna avser arbetsmarknaden och innehåller 20 principer, däribland rättvisa arbetsvillkor. Det antagna direktivet om revidering av utstationeringsdirektivet kan uppfattas som en åtgärd i linje med den sociala pelarens principer.⁸⁷

Sedan den 1 juli 2018 är *människoexploatering* kriminaliserat med straff upp till fyra års fängelse.⁸⁸ Med människoexploatering avses – i annat fall än människorov och människohandel – att genom olaga tvång, vilseledande eller utnyttjande av någons beroendeställning, skyddslöshet eller svåra situation exploatera en person i tvångsarbete, arbete under uppenbart orimliga villkor eller tiggeri. Med uppenbart orimliga villkor avses att arbetet utförts under sådana villkor som vid

⁸³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/52/EG av den 18 juni 2009 om minimistandarder för sanktioner och åtgärder mot arbetsgivare för tredjelandsmedborgare som vistas olagligt.

⁸⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/67/EU om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen).

⁸⁵ Lagen (2018:1472) om entreprenörsansvar för lönefordringar, som trädde i kraft den 1 januari 2019. Prop. 2017/18:214, SOU 2015:38, Ds 2016:6, Ds 2017:30.

⁸⁶ Jfr bidragen i Bulletin for Comparative Labour Relations 91, National Effects of the Implementation of EU Directives on Labour Migration from Third Countries, 2016, N. Bruun, The Old and New Foundations of Labour Law, i The New Foundations of Labour Law (2017) s. 17–35.

⁸⁷ I kommissionens arbetsprogram för 2019, COM(2018) 800 anger kommissionen initiativ som den uppfattar som åtgärder som genomför den sociala pelaren.

⁸⁸ 4 kap. 1 b § brottsbalken; SFS 2018:601.

en helhetsbedömning avviker från vad som anses acceptabelt på arbetsmarknaden, t.ex. arbete för en synnerligt låg lön eller orimligt långa arbetsdagar.⁸⁹ Det är uppenbart att det här finns ett överlapp mellan straffrätt och arbetsrätt.

Trots upprepade utredningar om att på olika sätt reglera frågor rörande den personliga integriteten har inte någon särskild lag införts.⁹⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att arbetsrättens grundläggande struktur i allt väsentligt är oförändrad. Det framstår vidare som att lagändringar enklare låter sig göras i utkanterna av det arbetsrättsliga fältet.

All arbetsrättslig lagstiftning som utfärdats under perioden uppvisar tecken på att vara led i samspel mellan olika typer och nivåer av normgivare – t.ex. nationell och övernationell nivå samt avseende rättighetsreglering i civilrättslig (avtalsorienterad) kontext. I viss utsträckning föreligger samspel mellan lagstiftaren och arbetsmarknadens parter.

3.3 Arbetsmarknadsparterna

Numera är organisationsgraden på arbetstagsidan ca 70 % respektive 88 % på arbetsgivarsidan. Dagens kollektivavtalstäckningsgrad är 90 %.⁹¹ Mot denna bakgrund står det klart att idag uppbärs den svenska arbetsmarknadsmodellen de facto av arbetsgivarna och deras organisering. Organisationsgraden på arbetstagsidan har, efter tappet 2007, stabiliserats. Skattereduktion för fackföreningsavgiften har

⁸⁹ Prop. 2017/18:123 s. 60. Det är oklart hur denna helhetsbedömning ska utföras, exempelvis avseende vilken betydelse som ska fästas vid arbetstidslagen, kollektivavtal och andra arbetsrättsliga regler vid tillämpning av straffbudet. Bedömningen av vad som är acceptabla anställningsvillkor har historiskt varit förbehållet endast arbetsmarknadens parter. Eftersom det i och med kriminaliseringen blir en fråga för polis, åklagare och domstol att utreda och slå fast vad som ska anses vara en acceptabel nivå på anställningsvillkoren, så utgör straffstadgandet en systematisk och principiell nyordning.

⁹⁰ Se t.ex. SOU 2019:19, SOU 2014:38 och SOU 2009:44.

⁹¹ A. Kjellberg, Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund, Sociologiska institutionen, Lunds universitet, Studies in Social Policy, Industrial Relations, Working Life and Mobility, Research Reports 2018:1, 1 mars 2018.

kommit och gått och det är i skrivande stund oklart vilken inverkan detta kan ha haft på arbetstagarnas organisationsgrad.⁹²

Arbetsmarknadens parter har anpassat sig till att utvecklingen av arbetsrätten delvis sker bortom det nationella parlamentet. Parternas påverkansarbete bedrivs därför också supranationellt – och på denna nivå kan förekomma samsyn mellan svenska arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer; t.ex. vad gäller värnandet av svenska modellen och partsautonomin.⁹³

Mot EU-kommissionens förslag om arbetsvillkorsdirektiv, har de svenska arbetsmarknadsparterna gemensamt opponerat sig.⁹⁴ Motståndet har särskilt avsett förslaget att utfärda en legaldefinition av arbetstagarbegreppet på EU-nivå och semi-dispositiva (med EU-spärr) EU-regler om materiella anställningsvillkor – med den därmed åtföljande rätten för EU-domstolen att pröva om svenska kollektivavtal motsvarar direktivets regler.⁹⁵

Om att parternas påverkansarbete i relation till lagstiftning i lika hög grad bedrivs i Bryssel som i Stockholm vittnar det råd som bildats av arbetsgivare och fackföreningar i syfte att verka för deras gemensamma intresse i att bevaka lagstiftning från EU.⁹⁶

⁹² A. Kjellberg Det fackliga medlemsraset i Sverige under 2007 och 2008, Arbetsmarknad och Arbetsliv, årg. 15, nr 2, 2009 s. 11–28. Jfr prop. 2017/18:127 och prop. 2018/19:45.

⁹³ K. Ahlberg, Parter och politiker i Sverige eniga i motstånd mot nytt arbetsvillkorsdirektiv, EU & arbetsrätt (2018) nr 1, s. 3.

⁹⁴ K. Ahlberg, Parterna i Sverige varnar mot EU-direktiv om anställningsvillkor, Arbetsliv i Norden, 1 mars 2018, tillgängligt på <http://www.arbejdslivinorden.org/nyheter/nyheter-2018/article.2018-03-05.2401666451>. COM(2017) 797. Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen.

⁹⁵ Ett brev med rubriken ”Den svenska kollektivavtalsmodellen måste respekteras i förhandlingarna om förslag till arbetsvillkorsdirektiv” översändes till svenska regeringen den 6 april 2018 av företrädare för LO, TCO, Saco, Företagarna, Svenskt näringsliv, SKL och Arbetsgivarverket. Vidare sände Svenskt näringsliv, LO, TCO, Saco den 5 juni 2018 ett brev med rubriken ”The Swedish collective agreement model is threatened by the Bulgarian Presidency’s draft compromise on a Working Conditions Directive” till den svenska regeringen.

⁹⁶ K. Ahlberg, Parterna går samman för att värna svenska kollektivavtal i EU, EU & arbetsrätt, nr 3 (2018) s. 1. Parterna har verkat länge på den europeiska nivån. Se om

Förhoppningarna om att arbetsmarknadens parter skulle ingå ett nytt Saltsjöbadsavtal⁹⁷ (ursprungligen av 1938) grusades 2009 efter att man inte kunde enas om konfliktreglerna och turordningsreglerna.⁹⁸ Om denna process rönt rätt stor samhällelig uppmärksamhet gick ingåendet 2011 av ett nytt industriavtal⁹⁹ (det första kom 1997) de flesta förbi.¹⁰⁰

Från partspraxis märks självfallet de återkommande gängse lönerörelserna¹⁰¹ som är svenska modellens centrum. Det s.k. märket, definierat inom det av Industriavtalet bestämda systemet, normerar alljämt löneökningarnas storlek. Upplägget med märket har emellertid utsatts för kritik, eftersom det försvårar för lågbetalda grupper, särskilt inom kvinnodominerade yrken, att övervinna lönegapet.¹⁰²

Att den svenska modellen ännu har korporativa inslag är synligt inte minst i överenskommelsen om etableringsjobb som bl.a. syftade till att underlätta nyanländas etablering på arbetsmarknaden. Ett system utvecklades i vilket arbetsgivarens kostnader begränsades och det allmänna bidrog med resurser som gick direkt till den som tog ett etableringsjobb.¹⁰³

Frågan om entreprenörsansvar för lön fick först sin lösning i 2014 års kollektivavtal i byggbranschen, och detta kom sedermera att utgöra

detta D. Holke m.fl., Parterna och EU (2007), S. Svensson & G. Jacobsson, Brännpunkt Bryssel – tjugo år av facklig bevakning i EU (2009).

⁹⁷ Se t.ex. bidragen i Nya perspektiv på Saltsjöbadsavtalet (2009), Saltsjöbadsavtalet 50 år. Forskare och parter begrundar en epok 1938–1988 (1989), R. Casparsson, Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning (1966), A. Sölvén & S. Gustafsson, Huvudavtalet mellan SAF och LO (5 uppl.) (1966).

⁹⁸ Se t.ex. <https://www.expressen.se/nyheter/det-blev-inget-nytt-saltsjobbavtal/> Besökt 2019-03-06.

⁹⁹ Jfr om detta B. Rolfer, Från röra till reda. Tio år med Industriavtalet (2008).

¹⁰⁰ Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2011: Medlingsinstitutets årsrapport (2011), s. 187–190.

¹⁰¹ Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2018: Medlingsinstitutets årsrapport (2018).

¹⁰² Jfr t.ex. M. Hansson, Fred säljer ... men vem betalar?, i de lege. Genuskritiska frågor inom juridiken (2018) s. 9–29.

¹⁰³ Se Avsiktsförklaring mellan regeringen, LO, Unionen och Svenskt Näringsliv av den 3 maj 2018. Tillgänglig på <https://www.regeringen.se/4933fc/contentassets/97130db755024a7c967af205f32af583/avsiktsforklaring-mellan-regeringen-lo-unionen-och-svenskt-naringsliv>.

en viktig inspirationskälla för lagstiftaren vid utfärdandet av den principiellt nya lagstiftningen om denna fråga.

De s.k. krisavtal som arbetsmarknadens parter ingick i kölvattnet av den ekonomiska krisen har plockats upp av lagstiftaren som överväger frågan om vilket statligt stöd som kan vara lämpligt vid s.k. korttidsarbete.¹⁰⁴

Frågan om inhyrning av arbetstagare under perioder då tidigare anställda har företrädesrätt till återanställning seglade under 2010-talet upp som en stridsfråga mellan arbetsmarknadens parter, men kom sedermera att bli föremål för omfattande reglering i kollektivavtal och sjönk därmed undan som konflikthärd på arbetsmarknaden.¹⁰⁵

År 2015 ingick Svenskt Näringsliv och Privattjänstemannakartellen ett nytt kollektivavtal (avtalet som ersattes var från 1969) om användningen av konkurrensklausuler i anställningsavtal.¹⁰⁶

Frågan om utrymmet att vidta stridsåtgärder i andra syften än att åstadkomma kollektivavtal i situationer där arbetsgivaren redan är bunden av kollektivavtal med en annan arbetstagarorganisation blev i och med händelser i Göteborgs hamn föremål för hätsk diskussion. Inom det statliga utredningsväsendet togs ett lagförslag¹⁰⁷ fram, men då hade arbetsmarknadsparterna redan hunnit enas om ett eget förslag.¹⁰⁸ Parternas förslag har välkomnats från politiskt håll och getts företräde framför den statliga utredningens förslag i det att det lags till grund för lagstiftning.¹⁰⁹

Det samspel mellan lagstiftaren och arbetsmarknadsparterna som präglat den svenska arbetsrätten alltsedan Saltsjöbadsavtalet av 1938 är i princip synligt i de avgörande episoderna på arbetsmarknaden, även

¹⁰⁴ SOU 2018:66.

¹⁰⁵ SOU 2014:55.

¹⁰⁶ Avtal om användning av konkurrensklausuler i anställningsavtal samt avtal om skiljedomsregler för skiljenämnden i uppfinnar- och konkurrensklausulstvister, tecknat den 2 juli 2015 och gällande tillsvidare. Se även om rätten till arbetstagares uppfinningar ett kollektivavtal mellan samma parter; Avtal angående rätten till arbetstagares uppfinningar samt avtal om skiljedomsregler för skiljenämnden i uppfinnar- och konkurrensklausulstvister, tecknat den 2 juli 2015 och gällande tillsvidare.

¹⁰⁷ SOU 2018:40.

¹⁰⁸ Ds 2018:40.

¹⁰⁹ Prop. 2018/19:105.

om de samtida konfliktnivåerna ligger långt ifrån dåtidens.¹¹⁰ Mekanismerna och samspelet är likväl dels att lagstiftningsshot leder till ingående av kollektivavtal, dels att kollektivavtalade lösningar stundom tas upp av lagstiftaren. Svenska fack och arbetsgivarorganisationer agerar också på EU-nivå och inom ILO, och detta agerande kan ha bäring på utrymmet för påverkan på nationell nivå.

3.4 Rättstillämparen

Lagstiftaren har inte, som framgår av avsnittet ovan, förändrat arbetsrättens stomme. Inte desto mindre måste nya frågor hanteras, och om dessa leder till tvister krävs att den nationella såväl som de supranationella domstolarna svarar på de frågor som domstolen ställs inför – och på detta sätt blir det domstolarnas uppgift att infoga nya fenomen i den nedärvda arbetsrätten.

Vi kan här inte ge någon fullständig redogörelse för praxis utan får nöja oss med att framhålla tre teman som vi identifierat i Arbetsdomstolens, EU-domstolens och Europadomstolens praxis.

Det första temat i arbetsrättstillämpningen avser den framträdande roll som *rättigheter* haft i domstolspraxis under 2010-talet. I Arbetsdomstolen har detta kommit till uttryck bl.a. i avgöranden om yttrandefrihet för både privat- och offentliganställda.¹¹¹ Tvister om religions- och samvetsfrihet, och utrymmet för utövande av denna i anställningsförhållandet, har gett upphov till uppmärksammade fall från Arbetsdomstolen; där i vissa fall arbetsgivarhänsyn getts företräde, medan i andra religionsutövandet satts i första rummet.¹¹² Den barnmorska som förlorade Arbetsdomstolens mål om samvetsfrihet i vården har klagat på denna dom till Europadomstolen.¹¹³

Från EU-domstolen märks ett antal domar som aktualiserar EU-stadgan. Osäkerheten kring betydelsen av stadgans rättigheter och

¹¹⁰ Jfr C. Thörnqvist, Den svenska strejkbilden under medlingsväsendets framväxt, i Hundra år av medling i Sverige. Jubileumsskrift. Historik, analys och framtidsvisioner, (2006) s. 32–49, SOU 1933:36, SOU 1934:16, prop. 1935:31, SOU 1984:19, s. 175–177.

¹¹¹ AD 2012 nr 25, AD 2011 nr 74.

¹¹² AD 2017 nr 23, AD 2018 nr 51.

¹¹³ K. Ahlberg, Barnmorskan hoppas på Europadomstolen, EU & arbetsrätt, nr 1–2, (2017) s. 4.

principer, särskilt i förhållande till privata subjekt (arbetsgivare) har delvis undanröjts.¹¹⁴ Att rättigheter – och även EU-stadgan och dess avsnitt om solidaritet – kan stärka både arbetsgivare och arbetstagare är tydligt.

Också i EU-domstolen har förekommit tvister om religion. I de s.k. *huvudduksfallen* har domstolen prövat påståenden om diskriminering av personer som i arbetet burit en viss typ av muslimsk klädnad.¹¹⁵

Även i Europadomstolen har förekommit ett antal domar rörande rättighetskränkningar med ursprung i arbetslivet. Dessa mål rör inte endast föreningsfrihet och anknytande fackliga frågor¹¹⁶, utan även rätten till liv i relation till arbetsmiljö¹¹⁷, yttrandefrihet¹¹⁸, skydd för

¹¹⁴ C-426/11 Mark Alemo-Herron mfl, mot Parkwood Leisure Ltd, EU:C:2013:521, C-176/12 Association de médiation sociale mot Union locale des syndicats CGT m.fl., EU:C:2014:2, C-201/15 Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis, EU:C:2016:972, C-414/16 Vera Egenberger mot Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V., EU:C:2018:257, C-684/16 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV mot Tetsuji Shimizu, EU:C:2018:874 och C-569/16 Stadt Wuppertal mot Maria Elisabeth Bauer och Volker Willmeroth mot Martina Broßonn, EU:C:2018:871.

¹¹⁵ C-157/15 Samira Achbita och Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot G4S Secure Solutions NV, EU:C:2017:203 och C-188/15 Asma Bougnaoui och Association de défense des droits de l'homme (ADDH) mot Micro-pole SA, EU:C:2017:204.

¹¹⁶ Case of Ognevenko v. Russia, application no. 44873/09, dom den 20 november 2018, Association of Academics against Iceland, Application no. 2451/16, beslut den 15 maj 2018, Case of Geotech Kancev GmbH v Germany, application 23646/09, dom den 2 juni 2016, Case of the National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom (Application no. 31045/10), dom den 8 april 2014, Affaire Matelly c. France (Requête no 10609/10) och Adefdromil c. France (Requête no 32191/09), dom 2 oktober 2014.

¹¹⁷ Case of Brincat and Others v. Malta Applications nos 60908/11, 62110/11, 62312/11 and 62338/11) dom 24 juli 2014), Case of Vilnes and others v. Norway, applications nos 528067/09 and 22703/10, dom 5 december 2013.

¹¹⁸ Case of Palomo Sánchez and Others v. Spain, dom den 12 september 2011 Affaire Vellutini et Michel c. France, dom den 6 oktober 2011, Kula c Turkquie, application no. 20233/06, Europadomstolens dom 19 juni 2018, Case of Matúz v. Hungary (Application no. 73571/10), dom den 21 oktober 2014.

den personliga integriteten mot bakgrund av de nya möjligheterna till övervakning som de tekniska landvinningarna gett upphov till.¹¹⁹

Det andra temat vi lyfter fram från den svenska Arbetsdomstolen är den praxis om anställningsskyddslagen som – i relation till vad som förutsattes gälla före respektive dom – inte kan karaktäriseras som något annat än en försvagning av anställningsskyddet. I och med denna praxis klargörs hur anställningsskyddslagen ska tolkas, och i denna mening har anställningsskyddet alltid haft denna innebörd. Inte desto mindre har Arbetsdomstolens förtydliganden föranlett kraftig kritik från arbetstagsidan.

Dessa domar har bäring på arbetsgivarens manöverutrymme i framförallt arbetsbristsituationen. Av en dom framgår att arbetsgivaren inte behöver rikta omplaceringserbjudande i den turordning som annars skulle gälla, och att om arbetstagaren tackar nej till ett skäligt omplaceringserbjudande så förlorar denne sin plats i turordningen.¹²⁰

Ett annat exempel är att Arbetsdomstolen godtagit den arbetsmarknadspraktik som kallats *hyvling*.¹²¹ Med *hyvling* avses att arbetsgivaren i en arbetsbristsituation, i uppgivet syfte att undvika uppsägningar, erbjuder de anställda minskad arbetstid. Denna problematik blev sedermera en avtalsfråga mellan arbetsmarknadens parter.¹²²

Det tredje temat vi lyfter fram ur Arbetsdomstolens praxis rör konkurrensklausuler. Arbetsdomstolen har i ett antal domar ogiltigförklarat konkurrensklausuler med stöd av 38 § avtalslagen eftersom dessa varit alltför långtgående.¹²³ Arbetsdomstolen har därefter fastslagit att s.k. värvningsklausuler ska bedömas enligt samma principer som kon-

¹¹⁹ Case of López Ribalda and others v. Spain (applications nos 1874/13 and 8567/13), dom den 9 januari 2018 (som ska prövas av stora kammaren; se K. Ahlberg, Stora kammaren överprövar målet López Ribalda, EU och arbetsrätt, 2018, nr 2, s. 6), Case of Antonović and Mirković v. Montenegro (appl. No. 70838/13). Dom den 28 november 2017, Case of Barbulescu v. Romania, (application no. 61496/08), dom den 5 september 2017.

¹²⁰ AD 2009 nr 50, AD 2011 nr 30, A. Numhauser-Henning & M. Rönmar, Det flexibla svenska anställningsskyddet, JT 2010/2011 s. 382–411.

¹²¹ AD 2016 nr 69; jfr AD 2012 nr 47, AD 2012 nr 16, AD 2016 nr 53.

¹²² Se Medlingsinstitutet, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2017: Medlingsinstitutets årsrapport (2017) s. 49 f.

¹²³ AD 2013 nr 24, AD 2018 nr 31; jfr AD 2015 nr 8, B. Domeij, Förhandlade konkurrensklausuler för anställda, JT 2013/14 s. 272–304.

kurrensklausuler.¹²⁴ År 2015 slöt parterna ett nytt avtal om bruket av konkurrensklausuler, och detta avtal utgör därefter den nya standard utifrån vilken skälighet kommer att bedömas.

3.5 Sammanfattande reflektion

Den nya arbetsrätten, som alltså stiftades på 1970-talet, var avsedd att vara sammanhållen och enhetlig och gälla för alla arbetstagare på hela arbetsmarknaden. Specialreglering för vissa grupper arbetstagare var länge otänkbara i arbetsrätten¹²⁵ och de viktigaste lagarna är försedda med få undantag ifråga om deras respektive tillämpningsområde.¹²⁶ Utvecklingen på 2010-talet får sägas stå i viss kontrast till denna historiska ambition. När det generella och enhetliga arbetsrättssystemet kompletteras med ett alltmer nyanserat regelverk, som ger olika typer av arbetstagare olika typer av rättigheter i relation till olika subjekt, så förstärks arbetsrättens polycentriska natur.

Samhällsförändringar återspeglas på arbetsmarknaden och avsätter spår också i Arbetsdomstolens, Europadomstolens och EU-domstolens praxis. Den tekniska utvecklingen och sociala mediernas utbredning har lett till det första målet från Arbetsdomstolen om yttrandefrihet i anställningen på privat sektor. Att samhället blivit mer mångkulturellt och diversifierat har medfört rättsliga konflikter om vilka praktiker som ska anses vara religionsutövande, och vilket utrymme som religion ska tillåtas ha på arbetsplatsen.

Under 2010-talet har stommen – anställningsskyddslagen, medbestämmandelagen och arbetsmiljölagen – i svensk arbetsrätt fyllt 40 år. Vad som utgör lagstiftningens beräknade livslängd är osäkert – men medbestämmandelagen är idag äldre än sin föregångare.

Några grundläggande förändringar är sannolikt inte att vänta så länge som det inte sker dramatiska förändringar av organisationsgraden, som ju är det som upprätthåller kollektivavtalssystemets legitimi-

¹²⁴ AD 2018 nr 62, AD 2018 nr 61, AD 2018 nr 49.

¹²⁵ Jfr diskussionen om den s.k. kategoriklyvningen med anledning av lagförslaget i SOU 1935:18 s. 25 ff.

¹²⁶ Jfr 1 § lagen (1982:80) om anställningsskydd, 2 § arbetstidslagen (1982:673), 1 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 1 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160) och diskussionen om i vilken utsträckning arbetstagarbegreppet är respektive bör vara enhetligt i Ds 2002:56 s. 82–87, s. 126 f.

tet både bland arbetstagare och arbetsgivare och företrädare för det politiska systemet. Så länge arbetsmarknadens organisationer uppfattas som legitima normskapare och kollektivavtalen som legitima normer, så kommer också den lagstiftade stommen att kunna kvarstå.

Anpassningar och tillägg av den svenska arbetsrätten som är motiverade av EU-lagstiftningen kommer även fortsättningsvis att ske, men den grundläggande strukturen verkar inte längre ifrågasättas med utgångspunkt i argumentationslinjer hämtade från europeisk rätt.

4 *Lavalgenerationen*: den polycentriska arbetsrättens rättsvetenskapare – idag och i framtiden

I denna antologi medverkar arbetsrättsforskare som disputerat under 2010-talet, dvs. den generation arbetsrättare som under hela sin forskargärning förhållit sig till den polycentriska arbetsrätten. Vi förespråkar termen *Lavalgenerationen* som samlande beteckning för denna generation arbetsrättsforskare.

Det definierande för Lavalgenerationens forskare är inte endast att de genom grundutbildningen blivit förtrodda med EU-rätten¹²⁷ utan snarast att de i sin forskning konstant bevittnat hur internationaliseringen gett upphov till en distinkt kategori problemställningar och rättsfrågor som karaktäriseras av att de i sig ifrågasätter en hel arbetsmarknadsmodell. Den här typen av genomgripande ifrågasättande av utgångspunkterna för arbetsrättsmodellen har synliggjort systemets bakomliggande principer och de mest grundläggande – ibland oartikulerade – tankarna bakom modellen. Lavalgenerationens forskning i arbetsrätt har således med nödvändighet alltid bedrivits i relation till och i dialog med arbetsrättssystemets fundament.

Lavalgenerationen har tagit sig an de rättsfrågor som internationaliseringen kommit att ge upphov till, och hanterat dem med stöd av de förändrade – internationaliserade – arbetsrättsliga reglerna, tolk-

¹²⁷ M. Rönmar, Det svenska arbetsrätts- och arbetsmarknadssystemet i EU – samspel och konflikt under 20 år, Europarättslig tidskrift 2015 s. 267–291, E. Edwards-son, Europarätten som ämne för juristutbildning och forskning i Sverige, Europarättslig tidskrift 2009 s. 445–453, B. Wennström, EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap, JT 2009/10 s. 444–473.

ningsoperationerna och de skiftande uppfattningarna om rättskällorna och metoden för arbetsrättslig problemlösning.

I den internationella arbetsrättsliga forskningen har frågor väckts om konstitutionaliseringen¹²⁸ av arbetslivet, mänskliga rättigheters¹²⁹ och globaliseringens¹³⁰ inverkan på arbetsmarknad och arbetsrätt. Talet om juridifiering¹³¹ av arbetslivet har idag många år på nacken, och under 2010-talet kan vi skönja en trend att i Sverige föra samtal om intressefrågor, som om de framförallt var frågor om rättens innehåll.

Gränsdragningen kring arbetsrättsfältet har idag skiftat och expanderat det, så att det numer utgör en komplex blandning av nedärvd allmän civilrätt, en mängd lagar om relationerna mellan anställningsavtalets och kollektivavtalets parter, diskrimineringsrätt, migrationsrätt, bolagsrätt, EU-rätt och mänskliga rättigheter. Detta gör fältet svårt att överblicka och arbetsrätten är idag ett omfattande material med förgreningar åt många håll.

En framtidsfråga mot denna bakgrund avser de problemområden som inte enkelt låter sig inordnas under rubrikerna mänskliga rättigheter och icke-diskriminering/likabehandling.¹³² Hur säkerställer vi att de arbetsmarknadsfrågor som anknyter till klassiska allmänna

¹²⁸ F. Rödl, *The Labour Constitution*, i *Principles of European Constitutional Law*, (2 uppl.) (2011) s. 623–658 och R. Dukes, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law* (2014). Termen konstitutionalisering används i olika bemärkelser. Författarna som anges i denna not avser skapandet av ett autonomt system för kollektiva förhandlingar. Andra perspektiv tar istället fasta på det förhållandet att arbetsrättsliga regler kan förekomma i normer av överordnad karaktär och att underordnade normer ska prövas mot dessa.

¹²⁹ Se bidragen i *Human Rights at Work. Perspectives on Law and Regulation* (2010), *Labour Rights as Human Rights* (2008), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* 2013, *The European Social Charter and the Employment Relation* (2017).

¹³⁰ Bidragen i *Globalization and the future of Labour law* (2006), *Regulating Labour in the Wake of Globalisation. New Challenges, New Institutions* (2008), *Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices and Possibilities* (2002).

¹³¹ N. Bruun, *Arbetslivets juridifiering – Perspektiv på den finska utvecklingen*, *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 1987 s. 136–152, S. Simitis, *Juridification of Labor Relations, i Juridification of Social Spheres. A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (1987) s. 113–161.

¹³² J. Atkins, *Human Rights as Foundations for Labour Law, i Philosophical Foundations of Labour Law* (2018) s. 137.

civilrättsliga regler inte försvinner ur fokus? Frågor kring lönebildning och människovärde, psykosocial arbetsmiljö, hållbara pensioner och fri rörlighet, exempelvis, har kontaktytor med mänskliga fri- och rättigheter, likabehandling – och med uråldrig civilrätt.

En styrka i den samtida arbetsrättsforskningen återfinns i en gemensam internationell diskurs som går långt bortom producerandet och sammanställandet av Länderberichte. Den här typen av global konversation om arbetsrätt utgår från undersökningar av reglernas innebörd, men går vidare och ställer frågor om reglernas kontext, funktion och motivering. Den här verksamheten är inte sällan teoretiskt präglad.¹³³ Svensk arbetsrätt har inte teoretiserats på detta grundliga sätt tidigare och framtida arbetsrättsforskare har här en värdig uppgift.

5 Antologins disposition

Den forskning som redovisas i de respektive avhandlingarna och de motsvarande antologibidragen visar enligt vår mening var för sig på polycentriska drag i den svenska arbetsrätten.

Inte desto mindre är begreppsliggörandet *polycentrisk arbetsrätt* uteslutande vårt, och inte de medverkande forskarnas, bidrag till diskussionen om hur den samtida arbetsrätten ska karaktäriseras, benämnas och förklaras.

Vidare är det vi som självsvåldigt benämnt gruppen av forskare som medverkar i den föreliggande antologin som *lavalgenerationen* och vi bär ensamt ansvaret också för detta begrepp.

Bidragen i antologin är kronologiskt ordnade efter disputationdatum.

¹³³ Jfr t.ex. bidragen i B. Langille, *The Capability Approach to Labour Law* (2019).

Slita tvister och skapa prejudikat – Om kollektivavtalstolkning i Arbetsdomstolen

Mikael Hansson

1 Inledning

Det är komplicerat, brukar man säga om sådant man inte riktigt förstår. Det kan vara relationer, samtiden, rättsliga områden och problemkomplex eller vad som helst. Ett sådant rättsligt område som brukar sägas vara komplicerat, eller med vad som i detta sammanhang är en synonym, svårt, är avtalstolkning. ”Tolkning är svårt. Det är vad man brukar säga.”¹ Bilden bekräftas i den allra senaste läroboken i avtalsrätt – redan i förordets inledningsmening: ”Avtalsrätten har på senare år blivit allt mer omfattande och komplicerad”.² Svårigheten verkar inte ha blivit mindre med tiden, snarare tvärtom. Det kan tyckas nedslående för den rättsvetenskapliga forskningen, i vart fall när den tar sig uppgiften att analysera, systematisera och bringa ordning i det rättsliga materialet. Därmed borde, kan man tycka, åtminstone några regler eller principer för tolkningen ha kunnat ställas upp.³ Antingen är dock

¹ Så inleds J. Samuelsson, *Tolkningslärans gåta* (2011) s. 15. Vidare s. 21 f. med hänvisningar (samt s. 20 och s. 164 – avtalstolkningens (upplevda) svårighet är temat för *Tolkningslärans gåta*).

² R. Dotevall, *Avtal* (2017) s. 11.

³ Se till exempel T. Sigeman, *Rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen, i Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt* utgivna av Arbetsrättsliga föreningen (1977) s. 203–229 s. 224. Se från den allmänna avtalsrätten till exempel J. Samuelsson, *Tolkningslärans gåta* (2011) s. 23 ff. med talrika hänvisningar. ”Och ändå

rättsvetenskapen tydligen inte särskilt bra på sin uppgift, eller så är de förändrande, i viss mening destruktiva, krafterna mer effektiva än de konstruktivt ordnande. En sådan förändrande kraft brukar nog ”internationaliseringen” och Sveriges medlemskap i EU betraktas som, mindre så dock såvitt avser kollektivavtalet. Såvitt avser tolkningen av kollektivavtal verkar allt snarare vara sig likt sedan tidernas, eller i vart fall Arbetsdomstolens, begynnelse.

Jag kanske borde känna mig särskilt hedrad att just jag till just denna antologi, bestående av bidrag från unga (näja, och själv är jag i relevant mening äldst...) doktorer i arbetsrätt och närliggande ämnen, har ombetts (ämnet är mig förelagt) att skriva om just kollektivavtals-tolkning. Ämnet är välvalt i det att kollektivavtalstolkning är utan tvekan praktiskt viktig, eftersom det handlar om tolkningen av den källa som, med fog, brukar sägas utgöra det viktigaste sättet att reglera löner och andra anställningsvillkor på den svenska arbetsmarknaden. Jag förväntas tydligen ha något att säga om det, något budskap att delge, trots att kollektivavtalstolkning inte var något bärande tema i min avhandling (Kollektivavtalsrätten – en rättsvetenskaplig berättelse, 2010). Den handlade snarare om hur ”kollektivavtalsrätten” skapar sig själv som rättsområde. Förvisso är en del av den processen just kollektivavtalstolkning, så ett visst avstamp kan nog ändå tas där. Ett bärande tema i avhandlingen var *berättelsen*, och juridiken som en sådan. Avtalstolkningen lånar sig väl till en sådan syn på rätten. Att göra juridik är att berätta, och att berätta övertygande.⁴

Arbetsdomstolens tolkning av kollektivavtal är en praktisk verksamhet, en metod eller en konst.⁵ Som sådan kan den beskrivas i ett antal mer eller mindre väldefinierade åtskillnader eller distinktioner (redan i påståendet att avtalstolkningen är en praktik ryms en sådan distinktion i det att praktik kan ställas mot teori). En sådan dikotomi är den mellan Arbetsdomstolens dubbla roll som första instans i kollek-

är det som faktiskt sker i avtalstolkningen en gåta. I den mån det finns en privatautonomi – åtminstone i någon grad – blir det sista steget, dvs. själva insikten om det äkta avtalsinnehållet, något som flyr undan formella analyser och teoretisk logik.” J. Karhu, Den nordiska avtalsrättens byggstenar, i M. Bryde Andersen m.fl. Aftaleloven 100 år, Baggrund, status, udfordringer, fremtid (2015) s. 89–104 s. 101.

⁴ Se M. Hansson Kollektivavtalsrätten (2010), särskilt s. 22 ff.

⁵ Se till exempel J. Samuelsson, Avtalstolkningens gåta (2011) s. 151 ff.

tivavtalstolkningsmål och som prejudikatinstans.⁶ I den förstnämnda egenskapen måste domstolen slita tvisten mellan parterna, i den andra egenskapen måste den formulera generella regler. Den distinktionen kan sorteras in i den (än) mer omfattande distinktionen mellan vara och böra, mellan fakta och norm. Hur man navigerar bland dessa begrepp och distinktioner beror på och kan något avslöja synen på vad ett avtal är däri inbegripet om och i så fall hur det kan definieras. En kanske lite mindre omfattande, men mer omedelbart hanterbar, kan göras mellan avtalstolkningen som en verksamhet grundad i traditioner och en verksamhet inriktad på det enskilda fallet, nuet. Jag börjar med denna sistnämnda distinktion, dels för att den är just hanterbar och dels för att den rymmer förutsättningarna för kollektivavtalstolkningen i Arbetsdomstolen. Syftet är att, som en diskursiv övning, belysa hur den tolkningsverksamhet som går ut på att slita tvisten i ett enskilt fall kan användas för att ge Arbetsdomstolens domar i enskilda tolkningsmål en prejudicerande funktion.

2 Kort historieskrivning

2.1 Om kollektivavtalstolkningens bakgrund och särdrag

Ett avstamp som kan tas i avhandlingen är i historien, och dess betydelse för *nu*. Var historien börjar kan nog inte slås fast en gång för alla, men en historieskrivning i ett akademiskt arbete kan lämpligen börja med Alfred Ossian Winroth och dennes *Om Tjänstehjonsförhållandet enligt svensk rätt* från 1878. Winroth placerade arbetsförhållandet i obligationsrätten, i stället för i den snarare familjerättsliga kontext i vilket det befunnit sig tidigare.⁷ Den liberala kontraktstanken hade också slagit igenom, i lagstiftningen, under de föregående decennierna.⁸ Förutsättningarna för synen på kollektivavtalets plats i den arbets-

⁶ Eninstansförfarandet bör ses mot bakgrund av att rättegången i Arbetsdomstolen ska föregås av förhandlingar lokalt och centralt (eller enligt kollektivavtal), 4 kap. 7 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister (LRA).

⁷ Se om Winroth och dennes betydelse för arbetsrätten M. Kumlien, *Continuity and Contract* (2004) s. 108 ff.

⁸ Se T. Sigeman, *Från legostadgan till medbestämmandelagen*, SvJT 1984 s. 875–892 s. 876 ff.

rättsliga ordningen grundläggs alltså innan den akademiska arbetsrättens tillblivelse, som för svensk del får tillskrivas (framför andra) Folke Schmidts verksamhet på 1950-talet.⁹ Folke Schmidt utkämpade en lärostrid om avtalstolkning som i korta drag gick ut på att han ansåg att den traditionella rättsvetenskapliga doktrinen inte beskrev domstolarnas tolkning särskilt väl, utan att den bäst beskrevs i termer av en *culparegel*.¹⁰ Det vill säga, domstolarna tillmäter frågan om vem som bär *skulden* för missförståndet mellan parterna betydelse också när denne varit vårdslös men inte faktiskt insett motpartens inställning (*dolus*). Skillnaden mellan de båda positionerna kan i avtalslagen hänföras till frågan mellan avtals ingående vid icke överensstämmande viljeförklaringar, för vilket krävs att den ena parten insett eller måste ha insett den andra partens inställning i en viss fråga för att avtal ska komma till stånd (6 § 2 st. lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, (AvtL)), och förklaringsmisstaget (då en parts uttryck blivit fel på grund av felskrivning eller annat misstag) vid vilket en part är bunden till sitt uttryckta (men icke avsedda) innehåll om motparten inte insåg eller *borde ha insett* misstaget (och annars till det avsedda innehållet) (32 § 1 st. AvtL).¹¹ För den allmänna avtalsrätten är inte dissens ett systematiskt problem eftersom avtalsrelationen, om den trots dissensen ska bestå i andra delar, kan fyllas ut med regler som inte härrör från avtalet. Kollektivavtalet kan dock typiskt sett inte tillåtas stranda på dissens, eftersom kollektivavtalets gräns är lika med dess fredspliktsverkan. Arbetsdomstolens verksamhet i kollektivavtalstolkningsmål behöver därför vara normativ.

2.2 Om Arbetsdomstolen

Ett annat särdrag i den kollektivavtalsrättsliga kontexten är att den bedrivs av en egen domstol, skild från de allmänna domstolarna. Arbetsdomstolen var från början en domstol satt att tolka kollektivavtal.

⁹ Se till exempel M. Hansson, All arbetsrättslig makt i Sverige utgår från Folke, i De Lege (2013).

¹⁰ Om debatten se M. Hansson, Kollektivavtalsrätten s. 219 ff.

¹¹ Enligt Kurt Grönfors och Rolf Dotevalls kommentar till avtalslagen är regeln om förklaringsmisstag i 32 § det närmaste man kommer avtalstolkning i själva avtalslagen, K. Grönfors och R. Dotevall, Avtalslagen. En kommentar 5 uppl. (2016) s. 41. Jfr J. Samuelsson, Tolkningslärans gåta s. 30 f.

Efter några misslyckade försök att lagstifta om kollektivavtalet kom i slutet av 1920-talet så kollektivavtalslagen (den 22 juni 1928). Samtidigt trädde lagen om Arbetsdomstol (den 22 juni 1928) ikraft, genom vilken Arbetsdomstolen inrättades. Arbetsdomstolen ersatte då en central skiljenämnd för vissa arbetstvister, vilken, om parterna hänsköt tvisten dit, ägde avgöra tvister om ”kollektivavtals rätta innebörd och tillämpning” (2 § lag 28 maj 1920 om central skiljenämnd för vissa arbetstvister). De starkaste intressena bakom Arbetsdomstolen var knappast, även om sakkunskapen ansågs saknas i de allmänna domstolarna, materiellt riktiga beslut i och för sig, utan *snabbhet* och *legitimitet* i meningen förtroende hos de omedelbart berörda parterna. Den erforderliga snabbheten, som alltså ansågs saknas i allmänna domstolar, motiverades av intresset av kollektivavtalslagstiftningens främsta syfte; att garantera arbetsfred.¹² Också intresset av förtroende för lagstiftningen anknyter till intresset av arbetsfred.¹³ Om inte kollektivavtalsparterna kunde känna full tilltro till rättskipningen skulle risken vara stor att de skulle ta till stridsåtgärder i stället för rättsliga medel, var farhågan.¹⁴

Man kan notera att den diskussionen alltjämt är på lagstiftarens radar, senast i och med en lagändring som innebär begränsningar jämfört med tidigare i rätten att vidta stridsåtgärder mot kollektivavtalsbundna arbetsgivare och att stridsåtgärder i rättstvister är olovliga (41 d och 41 e §§ lag 1976:580 om medbestämmande i arbetslivet, MBL, införda genom 2019:503).¹⁵ Lagstiftarens reaktioner är inte föranledda av att kollektivavtal brukas eller missbrukas på något särskilt sätt, utan intresset är alltjämt att hindra stridsåtgärder som stör den allmänna samfärdseln alltför mycket. Kollektivavtalet tillkommer som

¹² Prop. 1928 nr 39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol s. 134 ff.

¹³ Se M. Hansson, Kollektivavtalsrätten s. 157 f. med hänvisningar.

¹⁴ Prop. 1928 nr 39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol s. 134 f.

¹⁵ Se prop. 2018/19:105 Utökad fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister. Se också Ds 2018:40 Fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister och SOU 2018:40 Vissa fredspliktsfrågor. Ds 2018:40 bygger på ett förslag (A2018/01281/ARM) som arbetsmarknadens parter (LO, TCO, Saco och Svenskt Näringsliv) överlämnade till Arbetsmarknadsdepartementet den 10 juli 2018, ungefär en månad efter att utredningen lämnat sitt förslag till regeringen.

en del av ett annat intresse än att reglera anställningsvillkor i och för sig, och tolkningen av kollektivavtal har helt lämnats över till parterna och Arbetsdomstolen. Just det ger för all det inte kollektivavtalet någon särställning i svensk rätt, inte heller tolkning av vanliga avtal har (som sagt) reglerats.

3 Den processuella kontexten

För annat än sådant som regleras särskilt i lagen om rättegången i arbetstvister gäller rättegångsbalkens (1942:740) (RB) regler om dispositiva tvistemål (se hänvisningen i 5 kap. 3 § LRA). Den centrala bestämmelsen i rättegångsbalken därvid är 17 kap. 3 § RB enligt vilken dom inte må givas över annat eller mer än vad part i behörig ordning yrkat, och att dom inte heller (i dispositiva tvistemål) får grundas på omständighet som inte åberopats under huvudförhandlingen (17 kap. 2 § RB). Ett undantag finns i 43 kap. 14 § RB, enligt vilken rätten om den finner det nödvändigt att komplettera utredningen efter att huvudförhandlingen avslutats i enklare fall kan inhämta utredningen på annat sätt än att hålla fortsatt huvudförhandling. Den möjligheten är avsedd att användas när oklarheter om vad som förevarit eller åberopas uppdagas under överläggningen eller när domen skrivs, dock inte för att parter i efterhand ska kunna åberopa nya omständigheter som förbisetts.¹⁶

I 1928 års lag om arbetsdomstol var Arbetsdomstolens möjlighet att inhämta egen utredning mer omfattande. Arbetsdomstolen ägde då själv enligt 21 §, om den fann det erforderligt, kalla vittne och sörja för fullständig utredning. Den utredningsmöjligheten motiverades av att en dom i en tvist om kollektivavtal kunde komma att bli

¹⁶ Arbetsdomstolen har i AD 2007 nr 88 och AD 1991 nr 93, i båda fall på parts begäran, inte funnit nödvändigt att komplettera processmaterialet efter huvudförhandling (i AD 1991 nr 93 var frågan om tingsrätten rätteligen skulle ha låtit komplettera utredningen). Se också prop. 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande s. 225 f.

prejudicerande för andra än parterna.¹⁷ Det gäller ju dock alltjämt,¹⁸ men alltså utan någon särskild möjlighet för Arbetsdomstolen att föranstalta om utredning. Möjligheten avskaffades i och med införandet av lagen om rättegången i arbetstvister, eftersom det ansågs betänkligt att Arbetsdomstolen skulle ha större möjligheter att självant inhämta bevisning än vad som medgavs av rättegångsbalkens regler i dispositiva tvistemål. De möjligheter till materiell processledning som ändå finns ansågs räcka, och utredningen tänkte sig att det också var så Arbetsdomstolen förfarit.¹⁹ En skillnad från de processrättsliga reglerna i rättegångsbalken som ansågs böra behållas var möjligheten att bereda parter i ett kollektivavtal möjlighet att yttra sig när målet gäller innebörden av ett avtal som hämtat sin innebörd från parternas avtal, en regel som återfinns i 5 kap. 1 § LRA. Kollektivavtalstolkningens prejudicerande funktion är alltså inbyggd i de processuella reglerna.

4 Tolkningen av kollektivavtal i Arbetsdomstolen

4.1 Tolkningen och bevisningen

Utgångspunkten i dispositiva tvistemål är att den som hävdar att ett visst förhållande föreligger ska bevisa det, det vill säga *styrka* (om inte beviskravet av någon anledning är sänkt) de omständigheter som parten menar ska ligga till grund för domstolens bedömning av den rättsliga frågan. Regelns innehåll behöver däremot inte, och kan inte heller, bevisas. Domstolen ordnar också de sålunda bevisade omständigheterna under den regel som den finner (til)lämplig (*jura novit curia*). Det kan vara så att distinktionen mellan regel och omständighet, eller mellan rättsfrågor och sakfrågor, är tydligare och mer okomplicerad när omständigheter ska subsumeras under en lagregel än när regeln härleds ur avtal. Om tvisten gäller avtalets innehåll gäller den samtidigt just frågan om vilken regeln *är*, härledd ur vad parterna sagt

¹⁷ Prop. 1928 nr 39 med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol s. 201 f.

¹⁸ Se till exempel C. Gunnarsson i Rättegången i arbetstvister. Lagkommentarer och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen 2 uppl. (2005) s. 273 f. Se också prop. 1974:77 med förslag till lag om rättegången i arbetstvister, m.m. s. 180.

¹⁹ Prop. 1974:77 med förslag till lag om rättegången i arbetstvister, m.m. s. 83.

och gjort – det vill säga omständigheter som ska bevisas. Vad som har sagts, gjorts och annars förevarit ska bevisas, vad det betyder rättsligt kan inte i och för sig bevisas. Däremot lär den regel parten hävdar följer av avtalet behöva påstås för att domstolen ska kunna lägga den till grund för den rättsföljd som parten har yrkat. Domstolen har att välja mellan två sinsemellan oförenliga utfall av tolkningen, den kan inte under åberopande av den strax ovan nämnda maximen hävda att en tredje tolkning är den riktiga – domstolen känner rätten, parterna känner avtalet.

Arbetsdomstolens schema för tolkning av kollektivavtal är, får man nog säga, tämligen etablerat.²⁰ I det följande diskuterar jag några tolkningsstrategier som kan identifieras i Arbetsdomstolens tolkningsverksamhet. Genomgången utgår från om tolkningsstrategierna är deskriptiva eller normativa till sin karaktär, det vill säga om legitimiteten hänför sig till normativa eller deskriptiva argument. Det måste dock markeras att distinktionerna som sådana knappast håller streck. Avtalet är både normativt och faktiskt, eller ingetdera.²¹ En indelning av tolkningsstrategier i normativa och deskriptiva kan inte göra anspråk på att vara annat än en övning – om än en belysande sådan.

4.2 Processen och tolkningens utgångspunkt

Det sätt på vilket processen läggs upp ger Arbetsdomstolen verktyg att avgöra tolkningstvisten i en viss riktning. Utgångspunkten för bevisbördan är att var part ska (be)visa omständigheter till stöd för det som hävdas. Käranden måste alltså, för att nå framgång, styrka sin talan. Vilken part som är kärande kan på så vis få avgörande betydelse för tvistens utgång. Kanske särskilt illustrativa är mål om stridsåtgärders lovlighet, där svarandeparten gjort en fredspliktsinvändning grundad på att den varslade stridsåtgärden strider mot en bestämmelse om

²⁰ Arbetsdomstolens schema för tolkning av kollektivavtal är nog tydligare etablerat än vad som kan utläsas i Högsta domstolens praxis i avtalstolkningssmål, en hierarkisk ordning kan dock märkas också där. Se J. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* (2008) s. 219 med hänvisningar. Bilden att Högsta domstolen, dock jämfört med Arbetsdomstolen mer underförstått, markerar en hierarki eller ett tolkningsschema håller alltjämt; se från 2018 NJA 2018 s. 834 ("försäkringsvillkor av standardkaraktär"), NJA 2018 s. 653 (entreprenadavtal) och NJA 2018 s. 200 (servitut).

²¹ Se J. Samuelsson, *Tolkningslärans gåta* s. 171 f.

fredsplikt i kollektivavtalet. Eftersom fredsplikten i sådana fall ges av kollektivavtalet (fredsplikt följer av kollektivavtalet, dess gränser kommer alltså att sammanfalla med fredsplikten) blir tolkningen av avtalet avgörande. När den angripande parten möts av en (i god tro framställd) fredspliktsinvändning blir stridsåtgärden olovlig såsom stridande mot 41 § 1 st. 1 p. MBL. Den angripande parten kan då i sin tur väcka talan i Arbetsdomstolen med begäran att Arbetsdomstolen ska fastslå att den varslade åtgärden inte strider mot kollektivavtalet. Det ovan berörda intresset av snabbhet gör sig särskilt gällande i dessa fall, och en sådan talan avgörs ofta interimistiskt (enligt 15 kap. 3 § RB).²² Den skyndsamma handläggningen innebär att underlaget inte kan bli så omfattande som i en vanlig handläggning av målet. Den angripande parten har dock, redan utan tidsnöden, uppförts backe på tre sätt; För det första sker tolkningen inte bara i ett sammanhang då parternas vilja ska förverkligas, utan också och kanske framförallt mot bakgrund av kollektivavtalsrättens nedärvda intresse av fredsplikt. För det andra ska parten som kârlande visa att kollektivavtalet inte har den av motparten hävdade innebörden, vilket för det tredje är särskilt svårt när utgångspunkten för tolkningen är att träffade kollektivavtal utgör heltäckande regleringar inom sitt område.²³

²² Se till exempel M. Koch, Interimistiska beslut i arbetsvister, i Rättegången i arbetsvister. Lagkommentarer och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen 2 uppl. (2005) s. 325. I dessa fall behöver inte heller tolkningsfrågan ha varit föremål för förhandlingar mellan parterna innan den kommer till Arbetsdomstolens prövning, 4 kap. 7 § 2 st. LRA.

²³ Se till exempel AD 2016 nr 31, i vilket arbetstagsarsidan varslat om stridsåtgärder till stöd för krav på "flexpension" i samband med förhandlingar om ett nytt kollektivavtal om anställningsvillkor. Parterna var dock bundna av ett kollektivavtal om ålderspension ("ITP-avtalet"), och Arbetsdomstolen fann, innan visst stöd i ordalydelsen för den slutsatsen presenterades, att "ITP-avtalets ordalydelse antyder inte annat än att avtalet är en fullständig reglering av vilka avgifter arbetsgivarna ska betala för berörda arbetstages ålderspension." Utgångspunkten för tolkningen av kollektivavtalet belyses av de interimistiska besluten i AD 2017 nr 37 (där fredspliktsinvändningen grundade sig på britanniapincipen) och AD 2016 nr 70 (där fredspliktsinvändningen grundade sig på art. 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och friheten att tillhandahålla tjänster). Det förtjänar att påpekas att den angripande parten har nedförsbacke i det att rätten till stridsåtgärder är grundlagsskyddad, och i båda dessa mål fann Arbetsdomstolen att det inte förelåg hinder för de varslade stridsåtgärderna.

Den berörda utgångspunkten visar sig även utan den ganska sär-
egna fredspliktsfrågan. Kollektivavtalet som fullständig reglering till-
sammans med arbetsledningsrätten som antas gälla i avtalets ”tysta”
delar ger en presumtion som måste brytas av kändeparten.²⁴ Arbets-
domstolen behöver alltså inte vara uttryckligt normativ, utan den kan
beskriva de rättsliga utgångspunkterna såsom de föreligger och for-
mulera tolkningsberättelsen utifrån dem. Det normativa ges av den
rättsliga kontext i vilken tolkningen sker.

4.3 Parterna och tolkningens utgångspunkt

4.3.1 *Gemensam partsavsikt*

Utgångspunkten för (kollektiv)avtalstolkningen i Arbetsdomstolen är
att avtalet och dess innehåll ges av vad parterna gemensamt åsyftat, det
vill säga *den gemensamma partsavsikten*. Det som avses är då hur denna
kommer till uttryck i vad företrädare för parterna sagt och gjort, vilket
parterna kan föra bevisning om, bevisning som alltså ligger till grund
för den rättsliga bedömningen av vad parterna avsett – det vill säga
avtalets innebörd.²⁵

I stället för ”partsavsikt” kan uttrycket ”partsuppfattning” användas,
som för att markera att det handlar om en uppfattning om ett avtalsin-
nehåll utanför parternas egna idévärldar.²⁶ Det skulle i så fall innebära
en något annorlunda syn på avtalet än den som bygger på att avta-
let består av den gemensamma partsavsikten. ”Partsavsikt” tycks vara
det vanligaste uttrycket, men någon gång (AD 2018 nr 63) används

²⁴ Se till exempel AD 2010 nr 2, som gällde frågan om så kallade delade turer var
förbjudna enligt ett visst kollektivavtal. Mot utgångspunkten att arbetsgivaren såsom
allmän utgångspunkt har rätt att leda och fördela arbetet och som ett utflöde av det
bestämma arbetstidens förläggning fann Arbetsdomstolen att kändeparten inte lyck-
ats visa att avtalet ifråga innehöll något förbud mot delade turer.

²⁵ Att det som eftersöks är viljan i meningen vad som faktiskt rört sig i parternas inre
har nog få påstått, en annan sak är att den moderna avtalsrättens förkämpar ofta vänt
sig mot en sådan position. Se J. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* (2008) s. 538 ff.
och J. Samuelsson, *Tolkningslärans gåta* (2011) s. 188, jfr till exempel K. Grönfors,
Avtalsgrundande rättsfakta (1993) s. 18 ff. och s. 43 ff. som förpassar ”den klassiska
viljeteorins tid” till historien.

²⁶ Se K. Källström, J. Malmberg och S. Öman, *Den kollektiva arbetsrätten. En läro-
bok* (2016) s. 86.

begreppen omväxlande och som det får förstås synonymt, så några mer långtgående slutsatser om Arbetsdomstolens avsikter och uppfattningar om partsavsikt- respektive uppfattning kan man knappast dra. Uttrycken är dock inte obetydliga, och de kan knytas till synen på avtalet. En *uppfattning*, rimligen också en *partsuppfattning*, kan ju vara fel, det kan dock inte en *avsikt*. Genom att tala om partsuppfattning istället för om partsavsikt har Arbetsdomstolen överbryggat fakta-normdistinktionen genom att omformulera en *norm* (en avsikt som ger avtalets innehåll) till ett *faktum* (en uppfattning om avtalets innehåll). En *partsuppfattning* ger Arbetsdomstolen relativt sett större inflytande än om avtalet bestått av de samstämmiga partsavsikterna. Parterna kommer med den synen bara att äga tolkningen genom den ram som processen sätter, det vill säga att inte föra in mer till Arbetsdomstolens bedömning än vad som gynnar deras sak. Inom dessa ramar står det dock Arbetsdomstolen fritt att värdera bevisningen och dra rättsliga slutsatser.

4.3.2 Partsbruk och avtalstillämpning

Om inte någon gemensam partsavsikt kan fastställas på grundval av vad som förevarit vid själva avtalstillfället kan parternas tillämpning av avtalet användas för att belysa avtalets innebörd. Tillämpningen måste då vara gemensam på så sätt att den ena partens tillämpning (antagligen typiskt sett arbetsgivarens) måste vara känd för den andra parten (antagligen typiskt sett en central arbetstagarorganisation). Den sistnämnda parten måste också ha godkänt eller tolererat tillämpningen utan att invända mot den. Bevisbördan för vad som känts till och vad som i faktisk mening godtagits lär åvila den som framställer påståendet. Här gör sig skillnaden mellan ett krav på *dolus* (insikt) och ett krav på *culpa* (vad motparten borde ha känt till) gällande. Om kravet läggs på *dolus* är fokus tydligare på de konkreta parterna och deras beteenden och funktionen att slita tvisten, medan om kravet formuleras i *culpatermer* kan fokus läggas mer på prejudikatfunktionen. De centrala parterna kan då till exempel inte hålla sig i okunskap om tillämpningen på lokal nivå för att sedan hävda sin tolkning. Det är förstås inte så att en av en prejudikatinstans eller någon annan given regel av innebörd att en part kan hålla sig i okunskap är mindre normativ eller mindre hanterbar än en regel av innebörd att samma part inte

kan hålla sig i okunskap, men den flyttar utgångspunkten från krav på insikt för avtalsverkan (*dolus*) till avtalsverkan som sanktion för ett oönskat beteende (*culpa*). Det ligger väl i linje med tanken att Arbetsdomstolens kollektivavtalsstolkning går ut på att ge regler för parterna vid deras förhandlingar om kollektivavtal, en prejudikatfunktion som går utöver intresset av att slita tvisten i det enkilda fallet.²⁷

Tidsligheten är lite speciell när det gäller partsbruk, i det att beteenden *efter* avtalsslutet används för att belysa vad som överenskommits vid det tillfället. Det är förstås en idealbild som därmed upprätthålls, och med en pragmatisk syn på avtalsstolkningen så spelar det nog ingen avgörande roll. I den idealbildens mening är fokus på avtalstillfället, eftersom parternas beteenden måste kunna härledas dit och till den gemensamma partsviljan. En avtalstillämpning i strid med avtalets innebörd får därför inte avtalsverkan, det vill säga endera parten kan inte hävda rätt till en tillämpning som inte motparten uttryckligen eller på annat sätt godkänt som avtalsinnehåll.

Användningen av partsbruk begränsas också av andra ändamål, såsom upprätthållandet av kravet på skriftform i 23 § MBL.²⁸ I tillämpningen av formkravet har Arbetsdomstolen ett normativt verktyg, väl ägnat att begränsa parternas autonomi. En tillämpning av regler i strid med avtalet får alltså ingen verkan, med mindre den tillämpningen kan hänföras till avtalet.²⁹ Domstolen avgränsar det normativa utrymme

²⁷ Se till exempel R. Eklund i Facklig arbetsrätt 4 uppl. (1997); A. Adlercreutz och B. J. Mulder, Svensk arbetsrätt 14 uppl. (2013) s. 175; M. Glavå och M. Hansson, Arbetsrätt 3 uppl. (2016) s. 175; T. Sigeman och E. Sjödin, Arbetsrätten. En översikt 7 uppl. (2017) s. 92.

²⁸ I AD 1989 nr 112, i vilket Arbetsdomstolen slog fast prejudikatet att enskilda uppgörelser i strid med ett kollektivavtal som parterna är bundna av är ogiltiga med omedelbar verkan, antyddes att enskilda överenskommelser måste godkännas uttryckligen av de kollektivavtalslutande parterna för att gälla.

²⁹ Det kan dock noteras att prejudikatet i AD 1989 nr 112 likaväl som i andra fall sätts med just det aktuella fallet för ögonen. Arbetsdomstolen gavs genom parternas yrkanden i princip tre alternativ – att den kollektivavtalsstridiga bestämmelsen blev ogiltig efter en viss uppsägningstid, att den blev ogiltig från det datum då arbetsgivaren gör kollektivavtalet gällande istället för den avvikande bestämmelsen eller att arbetstagaren aldrig varit berättigad enligt den kollektivavtalsstridiga bestämmelsen. Arbetsdomstolen valde det sistnämnda alternativet, vilket i sin tur torde innebära att arbetstagaren är skyldig att återbära vad denne fått ut utöver vad vederbörande varit

den därvid tar sig mot att parterna inte gjort gällande vissa rättsföljder av motpartens påstådda kännedom om tillämpningen.

4.4 Avtalstexten och tolkningens utgångspunkt

4.4.1 Ordalydelsen

Det visar sig ofta att en gemensam partsavsikt inte kan fastställas, vare sig med ledning av förhållandena vid avtalstillfället eller efterkommande handlanden. Istället får bevisningen inriktas på sådana bevisfakta som belyser partsavsikten – till exempel ordalydelsen. Frågan om avtalstextens förhållande till avtalet har ytterst med definitionen på ett avtal att göra, en definition som är underförstådd. Legaldefinitionen i 23 § MBL ger inte annat än att ett kollektivavtal (bland annat) måste vara upptaget i skriftlig form (se strax ovan), men den säger inte något om den bakomliggande definitionen av avtalet.³⁰

Med en avtalsdefinition som går ut på att avtalet utgörs av den gemensamma partsavsikten ska också tolkningen av ordalydelsen belysa den. Avtalets ordalydelse blir ett sakförhållande, som tack vare formkravet i allmänhet ganska lätt låter sig bevisas. Ordalydelsens innebörd är däremot en fråga parterna kan argumentera om och föra bevisning om tolkningsdata till stöd för deras tolkning (till exempel ett visst språkbruk i branschen), men fastställandet av textens innebörd är en rättsfråga som domstolen avgör på grundval av parternas argumentation. För den operationen kan ett antal mer eller mindre preciserade principer, till exempel ifråga om termers användning i en viss bransch eller allmänt språkbruk ställas upp. Om något är ett faktum (en sakfråga) eller en norm (en rättsfråga) beror dock också på hur det används, var i tolkningsberättelsen det befinner sig. Ordalydelsen (vars innebörd då redan fastslagits i en normativ, om än ofta underförstådd, tolkningsoperation) kan till exempel också användas som ut-

berättigad till. Om den effekten var avsedd framgår inte, men man bör, det tydliga och generella prejudikatet till trots, vara försiktig med att dra slutsatser utöver vad parternas talan gav domstolen anledning att ta ställning till.

³⁰ Inte heller avtalslagen definierar avtal, av dess rubrik framgår inte annat än att avtal är en rättshandling (som i sin tur är ett vidare begrepp). Se till exempel K. Grönfors, och R. Dotevall, Avtalslagen. En kommentar 5 uppl. (2016) s. 43 och A. Adlercreutz, L. Gorton och E. Lindell-Frantz, Avtalsrätt I 14 uppl. (2016) s. 25.

gångspunkt för en bevisregel. Den som hävdar att avtalet har en annan innebörd än vad som framgår av ordalydelsen har bevisbördan för det påståendet. Avtalsinnehållet, det verkliga som alltså inte nödvändigtvis är lika med ordalydelsen, blir därmed ett faktum.³¹

4.4.2 "Schablontolkningar", "in-dubiotolkningar" och dolda klausuler

Ibland, eller kanske rättare i en viss tradition, talas om "schablontolkningar" eller "in-dubiotolkningar". Tanken är att en schablontolkning växer fram i praxis genom att två eller flera liknande kollektivavtalsbestämmelser tolkas likadant. Den tolkningen blir sedan prejudicerande för senare tolkningar på så sätt att det på något sätt krävs starkt stöd i omständigheterna i det enskilda fallet för att frångå dem.³²

Ett särskilt verktyg i den kollektivavtalsrättsliga lådan är de "dolda klausulerna", eller "tysta utfyllnadsreglerna".³³ Terminologin kan, liksom för schablontolkningarna, variera. Kanske belyser just den varierande terminologin den inneboende svårigheten som såväl de dolda klausulerna som schablontolkningarna har att finna sin plats i det teoretiska strukturerna som en beskrivning av tolkningsverksamheten oundvikligen består av. Det kan i sin tur belysa dess prejudicerande karaktär. Det handlar inte om att legitimera parternas vilja eller något annat som bindande kraft, utan att ge domstolen normativa verktyg – och arbetsrätten har länge berömt sig om att vara just praktisk, befriad från teoretiska konstruktioner.³⁴

De dolda klausulerna har sedan länge använts för att låta fredsplikten omfatta arbetsgivarens rätt enligt kollektivavtal att leda och fördela arbetet, och de har använts för att ge praxisskapade regler (till exempel *bastubadarprincipen*) starkare sanktioner än vad som annars skulle stå till buds.³⁵ Fokus är på att skapa eller legitimera regler, alltså en preju-

³¹ Se också ovan not 23. Vidare J. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* (2008) s. 540.

³² T. Sigeman, Anders Victorin. *Lönenormering genom kollektivavtal SvJT 1974* s. 790–794 s. 792. Se också till exempel T. Sigeman, *Rättsbildning och prejudikatlära i AD, i Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt* utgivna av Arbetsrättsliga föreningen (1977) s. 205 ff. och s. 224 ff.; T. Sigeman och E. Sjödin, *Arbetsrätten* (2017) s. 92.

³³ Se M. Hansson, *Kollektivavtalsrätten* (2010) s. 318 f. med hänvisningar.

³⁴ Se M. Hansson, *Kollektivavtalsrätten* (2010) s. 188 ff. med hänvisningar.

³⁵ AD 1978 nr 89, jfr AD 1989 nr 67.

dicerande verksamhet. Det hävdas då och då från tvistande parter att en eller annan regel ska anses vara en dold klausul i kollektivavtal, i det att arbetsledning som utövats i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden kan sanktioneras som kollektivavtalsbrott.³⁶

Såväl schablontolkningarna som de dolda klausulerna är normativa konstruktioner, och en dold klausuls existens i det enskilda fallet kan knappast bevisas, kan man tänka. Den varierande terminologin markerar dock en viss ambivalens, i vart fall för det fall man menar sig tala om samma sak när man talar om dolda klausuler, tysta utfyllnadsregler, avtalsförutsättningar och så vidare. ”Utfyllnadsregler” signalerar att det rör sig om en rättsfråga, om den distinktionen mellan tolkning och utfyllning som terminologin anknyter till förstås som en skillnad mellan fakta (tolkning) och norm (utfyllning). Dolda klausuler (eller ”avtalsförutsättningar”) signalerar däremot att det rör sig om avtalsinnehåll stammande från parternas gemensamma vilja, det vill säga ett faktum, en sakfråga. Arbetsdomstolen har, utan att egentligen sätta ner foten, i AD 2013 nr 29 (som bland flera frågor upptog huruvida ett brott mot diskrimineringslagen samtidigt utgjorde brott mot det gällande kollektivavtalet) antytt att frågan uppfattas som en bevisfråga i det att man inte finner ”utrett att bolagets agerande även inneburit ett brott mot detaljhandelsavtalet”. Motiveringen är dock snarare normativ, då det, mot vad arbetstagarparten gjort gällande, ”inte räcker” med att den omtvistade arbetsledningsåtgärden inneburit diskriminering för att den också ska anses vara i strid med kollektivavtalet.³⁷

4.5 Rätten och tolkningens utgångspunkt

Genomgången började med en hänvisning till Folke Schmidts pläderande för införandet (grundat på existensen av) en culparegel för tolkningen. Där kan genomgången också lämpligen avslutas. Arbetsdomstolen talar ganska obehindrat i termer av vad parter borde insett i fråga om den andres insikter – det vill säga ord som antyder en culparegel.³⁸ Det kan förstås invändas att det inte spelar någon större roll om man säger att någon ”borde ha insett” det ena eller det andra, eller

³⁶ Se till exempel AD 2013 nr 19 och AD 2013 nr 29.

³⁷ AD 2103 nr 29.

³⁸ Se M. Hansson, Kollektivavtalsrätten (2010) s. 263 ff.

om någon "måste ha insett" detta. För utgången i det enskilda fallet kan det säkert också vara så, men för vilka möjligheter tolkningen ger är det inte obetydligt. Skillnaden är mellan sakfråga och rättsfråga, mellan att på grundval av den bevisning parterna förebringat slita tvisten eller att (också, den enskilda tvisten avgörs naturligtvis också) ge tolkningen prejudicerande verkan, mellan fakta och norm. Också detta ligger i linje med den ovan nämnda uppfattningen att Arbetsdomstolens tolkningsverksamhet mer än att slita tvisten i det enskilda fallet går ut på att ge normer för parternas avtalsförhandlingar. Ett sådant synsätt, som helt och hållet erkänner kollektivavtalstolkningen som en normativ verksamhet, närmast bygger på eller förutsätter existensen av en culparegel för kollektivavtalstolkning.

I linje med en syn på kollektivavtalstolkning som en normativ verksamhet ligger användningen av "hjälpregler", det vill säga i princip oklarhetsregeln och (mera sällan) minimumregeln. Oklarhetsregeln, som går ut på att den som är upphov till en oklar bestämmelse får vidkännas en tolkning i motpartens favör, ligger nära en allmän culparegel. Den kan också, både vad gäller kollektivavtalstolkning och allmän avtalsrätt, ligga nära eller uppfattas som en klargöranderegeln som i sin tur ligger ännu närmare en culparegel.³⁹ Arbetsdomstolen kan vara uttryckligt normativ också i användningen av dylika hjälpregler, men de innehåller en begränsning i det att de måste användas som en sista utväg för att slita den enskilda tvisten när parternas egna uttryck inte ger tillräcklig ledning. Prejudikatet kan därför inte vara vidare än att det markerar regelns existens, omständigheterna i kommande fall måste inordnas under den regeln – vilket ju gäller all tolkning och all rättstillämpning.

5 "Lagen är såsom den läses"⁴⁰

Min avhandling hade som sagt inget särskilt budskap om kollektivavtalstolkning. En ungefär samtida akademisk avhandling som faktiskt handlar om avtalstolkning (om än inte specifikt om tolkning av

³⁹ Se till exempel A. Adlercreutz och L. Gorton, *Avtalsrätt II* 6 uppl. (2010) s. 110 ff. och s. 136; M. Hansson, *Kollektivavtalsrätten* (2010) s. 269 ff.

⁴⁰ J. Karhu, *Den nordiska avtalsrättens byggsstenar* (2015), s. 95.

kollektivavtal) har däremot vad som nog är ett budskap: ”*Se texten!*”⁴¹ Det låter enkelt nog, problemet är möjligen att den inte för så mycket närmare hur avtalsolkning, hantverksmässigt, faktiskt går till. Den kunskapen överförs inte i en normativ beskrivning, utan i faktiskt görande. Tolkningen av avtal (också av kollektivavtal) är en praktisk verksamhet, inte en teoretisk och akademisk. Parterna har sina tolkningsberättelser, som de har att övertyga domstolen om. Utmaningen ligger förstås i att anpassa tolkningsberättelserna till vad domstolen kan förväntas acceptera, presentera en berättelse som ligger så nära domstolens förståelse som möjligt (en på sitt sätt omöjlig uppgift om den tas bokstavligt, inte minst som ”Arbetsdomstolen” i varje avgörande är en abstraktion av sju domare). Också Arbetsdomstolen använder dock tolkningen av kollektivavtal, för att slita tvisten i det enskilda fallet och för att skapa prejudikat för kommande fall. Av legitimitetskäl måste domstolen uttrycka resultatet av tolkningen i deskriptiva termer, men tolkningen av kollektivavtal är en normativ verksamhet. Det normativa ryms i det deskriptiva, och vice versa. Mer komplicerat än så är det inte, men inte heller mindre.

⁴¹ J. Samuelsson, *Tolkning och utfyllning* (2008) s. 27.

Frihet från underordning? Om förbuden mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda

Hanna Pettersson

1 Inledning

Det är frestande att se diskrimineringsrättens ökade betydelse inom arbetsrätten som ett uttryck för en utveckling som innebär att arbetsrättens storhetsdagar, åtminstone tills vidare, är över. Diskrimineringsrätten kan lätt kopplas till mer ojämlika maktförhållanden i arbetslivet; till ökad individualisering, svagare anställningsskydd och minskad betydelse av fackliga organisationer. Att införa förbud mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda¹ – snarare än att inskränka möjligheterna att avtala om deltidsarbete och visstidsanställningar – kan lätt tolkas som en naturlig del av en sådan utveckling.

Det hindrar dock inte ett kritiskt rättsvetenskapligt förhållningssätt som inriktas på diskrimineringsrättens, måhända oförverkligade, möjligheter. Diskrimineringsrätten, och den liberala rättsordningen i allmänhet, innehåller helt enkelt ett grundläggande jämlikhetsanspråk, som bör tas på allvar. Utifrån denna utgångspunkt kommer jag här att

¹ Rådets direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, EGT L 14, 20.1.1998 s. 9, och rådets direktiv 99/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP, EGT L 175, 10.7.1999 s. 43. Direktiven har i Sverige genomförts genom lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och tidsbegränsat anställda.

diskutera vad förbuden mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda kan anses säga om diskrimineringsrätten och arbetsrätten.

2 Deltidsarbete och visstidsanställning som diskrimineringsgrunder

2.1 Inledning

Jag kommer att argumentera för att diskrimineringsgrunder främst kännetecknas av att de är attribut som anses medföra en underordnad position, och som därför inte utgör en acceptabel grund för (obegränsad) särbehandling av de personer som berörs.

Inom arbetsrätten finns en inbyggd motsättning i det faktum att den individuella autonomin – som förutsätts och skyddas inom rätten i allmänhet – delvis ges upp inom anställningsrelationen, där arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet är en grundläggande utgångspunkt. Förbuden mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda kan uppfattas som ett erkännande av denna motsättning, och bör bland annat därför tolkas som en rättslig åtgärd som syftar till att öka deltidsarbetandes och visstidsanställdas autonomi.

Den analys som följer kommer att utgå från den argumentation som fördes i den lagstiftningsprocess där deltids- och visstidsdirektiven genomfördes i Sverige.² Här framfördes nämligen invändningar mot att otillåten särbehandling av deltidsarbetande och visstidsanställda

² De lagstiftande instansernas invändningar är relevanta eftersom de, genom att de ingår i lagstiftningens förarbeten, utgör rättskällor på diskrimineringsområdet. De allmänna reflektioner kring diskrimineringsrätt som görs i förarbetena uttrycker alltså synsätt som kan tänkas prägla den svenska rätten på området. (I diskrimineringskommitténs utredning om en samlad diskrimineringslagstiftning nämns förbuden mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda endast i en fotnot; SOU 2006:22 s. 214.) Oavsett om andra rättskällor, till exempel EU-rättsliga sådana, ger stöd för lagrådets och regeringens bedömningar eller inte, har jag därför bedömt de lagstiftande instansernas uttalanden som intressanta. Ytterligare ett argument för detta är att synpunkterna, vilket kommer att framgå, har likheter med de resonemang om diskrimineringsgrunder som förts i doktrinen.

överhuvudtaget skulle betecknas som ”diskriminering”. Lagrådet föreslog ”särbehandling” som en lämpligare benämning.³

Jag analyserar olika aspekter av diskrimineringsförbudets rationaliteter – dvs. de mönster enligt vilka diskrimineringsgrunder identifieras i rätten – i relation till anställningsförhållandets inneboende ojämlikhet. Syftet är att diskutera hur deltidsarbete och visstidsanställning kan uppfattas som diskrimineringsgrunder. Framställningen förhåller sig till olika krav på diskrimineringsrätten som presenterats av lagstiftaren, rättsvetenskapen och filosofin.

2.2 Koppling till individen

En invändning mot att göra den föreslagna deltids- och visstidslagen till en diskrimineringslag var enligt Lagrådet, att det, till skillnad från i diskrimineringslagstiftningen i övrigt, inte ansågs vara fråga om särbehandling på grund av ”den anställdes person eller personliga egenskaper”. Detta beskrevs som en ”principiell” skillnad, och regeringen instämde senare i att denna invändning hörde hemma på ett ”(mer) principiellt plan”. Diskrimineringsförbuden ansågs inte vara kopplade till ”personliga egenskaper hos arbetstagaren” eller ”individen som sådan” – till skillnad från exempelvis förbudet mot diskriminering på grund av kön. Att kravet på likabehandling var kopplat till anställningsavtalet och dess innehåll kunde enligt propositionen sägas innebära att direktivens princip om icke-diskriminering var av en något annorlunda karaktär än den som redan fanns i de svenska diskrimineringslagarna.⁴

Detta resonemang ger upphov till frågan om vilken rättslig innebörd personbegreppet egentligen har. Hur framträder ”individen som sådan” i rätten? Anses exempelvis könstillhörighet, för att låna ett av

³ Man förespråkade alltså ingen materiell skillnad i lagstiftningens innehåll, utan ville reservera diskrimineringsbegreppet för särbehandling på vissa typer av grunder, som behandlas nedan. En liknande diskussion fördes i samband med de ändringar som gjordes i föräldraledighetslagen (1995:584) år 2006. I det fallet valde man att rubricera otillåten särbehandling på grund av föräldraledighet som ”missgynnande” istället för diskriminering (föräldraledighetslagen 16 §). De argument som fördes fram var nästan identiska med de argument som angavs för att inte rubricera otillåten särbehandling av deltidsarbetande och visstidsanställda som diskriminering.

⁴ Prop. 2001/02:97 s. 31.

Lagrådets oftast använda exempel, vara en inneboende egenskap som inte till någon del uppkommer via sociala och/eller rättsliga processer? Det rättsliga begreppet kön i förbudet mot könsdiskriminering har visat sig ha en kontingent innebörd, vilket bland annat har framkommit när frågan huruvida diskriminering av transpersoner ska behandlas som könsdiskriminering har behandlats i nordamerikansk rättspraxis. Andra diskrimineringsgrunder har inneburit minst lika stora definitionsproblem. Ett exempel är etnicitet och "ras", som i både USA och Storbritannien har varit föremål för mycket omfattande administrativt arbete där myndigheter samlat in uppgifter och försökt skapa tydliga kategoriseringar som kan ligga till grund för särbehandlingsåtgärder.⁵ Det tycks alltså svårt att hävda att rätten skulle förneka personliga attributs beroende av sociala faktorer.

Nästa fråga som aktualiseras är vad som föranleder antagandet att särbehandling på grund av "personliga egenskaper" skulle vara mer oacceptabel än särbehandling på grund av andra slags faktorer. Att personliga egenskaper och förmågor ska vara utgångspunkten för bedömningen och behandlingen av människor uppfattas inte sällan som ett rättviseideal, vilket snarare borde anses peka i motsatt riktning.⁶ I rättsvetenskaplig litteratur finns vissa resonemang som kan tänkas kasta ljus över lagrådets och regeringens resonemang. Schiek använder till exempel begreppet "personlig diskriminering" som beteckning för typer av diskriminering som borde uppfattas som otillåtna enligt en allmän princip i civilrätten.⁷ Personlig diskriminering är diskriminering av fysiska (*natural*) personer på grund av personliga egenskaper som tillskrivs dem, som anses vara bestående och som potentiellt utgör

⁵ D. Blanck, Definitioner och kategoriseringar i USA, i Positiv särbehandling i Sverige och USA (2000), M. Banton, Michael, Ethnic monitoring in Britain, i Diskriminering i arbetslivet – normativa och deskriptiva perspektiv (1999).

⁶ Den liberala synen på jämlikhet har sagts kännetecknas av kravet att varje individ ska bedömas utifrån sina personliga egenskaper och förmågor (qualities). Jfr S. Fredman, Discrimination law (2002) s. 66.

⁷ Diskriminering på andra grunder, såsom fattigdom, beskrivs däremot som en oundviklig följd av marknaden som distributiv och ekonomisk ordning. Jfr D. Schiek, Contract law, discrimination and European integration, i From dissonance to sense: welfare state expectations, privatisation and private law (1998) s. 408, med hänvisning till Wilhelmsson (1997).

grund för social exklusion. Egenskaperna är alltid grupprelaterade; de tillskrivs alltid en grupp personer, och när de tillskrivs enskilda personer tillskrivs dessa personer tillhörighet till en sådan grupp på grund av olika synliga kännetecken. Exempel på denna typ av egenskaper är "ras", etniskt ursprung, kön och funktionshinder. Diskriminering utifrån dessa grunder ses enligt Schiek som oacceptabelt eftersom den som blir utsatt inte har möjlighet att påverka det diskriminerande beteendet genom egen förmåga. Skillnaderna skapas genom att människor med olika synliga kännetecken tillskrivs skillnader.⁸

2.3 Oföränderlighet

Schieks kriterier för personlig diskriminering kan bidra till flera tänkbara tolkningar av lagrådets personanknytningskrav. En sådan är att diskrimineringsgrunder bör vara egenskaper eller positioner som inte är föränderliga.⁹ Både i den amerikanska och i den kanadensiska rättsutvecklingen kring diskriminering utkristalliserade sig oföränderlighet tidigt som ett av kriterierna för att en viss kategorisering skulle kunna utgöra en diskrimineringsgrund. Om något utgör ett oföränderligt karaktärsdrag (*immutable characteristic*) – och därigenom hindrar en person från att bedömas utifrån sina egna meriter – har detta i USA ansetts medföra en typ av presumtion för otillåten diskriminering. Oföränderlighet har ibland getts en långtgående tolkning, åtminstone i kanadensisk rätt. Till exempel har avsaknad av kanadensiskt medborgarskap, hos personer som är permanent bosatta i Kanada, fastställts kunna vara en diskrimineringsgrund utifrån detta kriterium.¹⁰ Den bedömningen grundade sig, i den kanadensiska högsta domstolen, bland annat på att medborgarskap är ett personligt kännetecken som, åtminstone ibland, inte kan ändras genom medvetet handlande. I vissa fall är det dessutom omöjligt att ändra utan att oacceptabla kostnader blir följden.

En så långtgående tolkning av oföränderlighetskriteriet gör att det finns skäl att ifrågasätta om oföränderlighet verkligen är en korrekt

⁸ D. Schiek, Contract law, discrimination and European integration, i From dissonance to sense: welfare state expectations, privatisation and private law (1998) s. 409 f.

⁹ Ibid.

¹⁰ S. Fredman, Discrimination law (2002).

rubricering. Snarare än oföränderlighet tycks problemet med medborgarskap, enligt Kanadas högsta domstol, vara att medborgarskap i många fall är *svårt* för individen att förändra. Detta konstaterande för snarare tankarna till avsaknad av kontroll över det förhållande som utgör en diskrimineringsgrund, vilket kommer att behandlas nedan. Ett uppenbart argument mot oföränderlighet som kriterium för diskrimineringsgrunder, är dessutom att flera av de kategoriseringar som idag utgör diskrimineringsgrunder lätt kan konstateras vara föränderliga. Det gäller exempelvis religion och ålder.¹¹ Dessa kriterier är föränderliga, men inte, eller åtminstone inte helt, inom den berörda personens kontroll.

2.4 Bortom individens kontroll

Både Schieks definition av personlig diskriminering – där den egna förmågens begränsade betydelse är ett centralt moment – och oföränderlighetskriteriet ligger nära uppfattningen att diskrimineringsgrunder bör vara egenskaper eller tillstånd som ligger utanför den berörda personens kontroll.¹² Bristande kontroll har även kopplats till en distinktion mellan olika typer av egenskaper som delvis påminner om Schieks resonemang kring personlig diskriminering. De egenskaper som kan ligga till grund för osaklig särbehandling – det vill säga diskriminering – antas då vara tillskrivna egenskaper, som kön och etnicitet. Andra egenskaper, som visserligen inte är naturgivna, men däremot

¹¹ Att oföränderlighet ibland har fungerat som ett villkor för utökade rättigheter för en viss, rättsligt definierad, grupp framgår dock i Michele Grigolos undersökning av Europadomstolens praxis kring rätten till privatliv enligt artikel 8 EMRK. Kravet på "tolerans" istället för kriminalisering av homosexuella handlingar uppkom just till följd av att de berörda rättssubjektens sexuella läggning beskrevs som ett medfött, inneboende och "ohjälpligt" faktum. Jfr M. Grigolo, Sexualities and the ECHR: introducing the universal sexual legal subject, i *The European Journal of International Law*, Vol. 14, No. 5, 2003, s. 1029–1032. Inför införandet av missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen framfördes det faktum att föräldraledighet gäller en begränsad tid av en persons liv som argument för att det inte kunde betraktas som en diskrimineringsgrund (Ds 2005:15 s. 92 f.). Möjligen kan detta tolkas som ett resonemang utifrån oföränderlighetskriteriet.

¹² Jfr E. Ellis, *EU anti-discrimination law*, (2005) s. 2 f.

förvärvade av individen själv, kan däremot ligga till grund för saklig och rättvis särbehandling.¹³

Det främsta problemet med att kräva att en egenskap eller position står utanför den berörda personens kontroll, för att särbehandling utifrån detta förhållande ska anses utgöra diskriminering, är troligen att det går att hävda att vissa vedertagna diskrimineringsgrunder, åtminstone i någon utsträckning, kan påverkas av den som innehar egenskapen eller positionen. Det gäller till exempel religion, eller åtminstone religiösa övertygelser som förmedlas utåt.¹⁴ Strävan efter att kompensera för situationer där rättssubjekten helt saknar kontroll över sin situation kan alltså inte beskrivas som en rationalitet som genomsyrar alla diskrimineringsförbud.

2.5 Relevans

Resonemangen om oföränderlighet och avsaknad av kontroll – som diskuterats strax ovan – är centrala beståndsdelar i konstruktionen av diskrimineringsgrunder, och tangerar det som har kallats för *the textbook description of discrimination*, nämligen en förståelse av otillåten diskriminering som särbehandling utifrån kriterier som är, eller åtminstone borde vara, irrelevanta för det sammanhang som lagstiftningen reglerar. Detta synsätt har en etablerad och stark position inom klassisk liberal teori.¹⁵ Det återkommer dessutom ofta som utgångspunkt i rättsvetenskaplig forskning.¹⁶ Det är dags att uppmärksamma ytterligare en beståndsdel i diskrimineringsförbudets rationalitet; kriteriet relevant/irrelevant.

Beroende på hur det eller de områden som diskrimineringslagstiftning tar sikte på uppfattas, kan kriteriet (ir)relevans vålla problem. Om syftet är att närma sig en rättslig ordning där varje rättssubjekts

¹³ C. le Grand, Empiriska problem och möjligheter med att belägga diskriminering i arbetslivet, i *Diskriminering i arbetslivet – normativa och deskriptiva perspektiv* (1999) s. 107 f.

¹⁴ E. Ellis, *EU anti-discrimination law*, (2005) s. 3.

¹⁵ L. Halldenius, *Liberty revisited: a historical and systematic account of an egalitarian conception of liberty and legitimacy* (2001) s. 284 f.

¹⁶ Jfr t ex E. Ellis, *EU anti-discrimination law*, (2005) s. 2 ff., A. Numhauser-Henning (red), *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination* (2001), K. Lundström, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys* (1999).

möjlighet att agera som en autonom individ maximeras, blir relevanskriteriets utfall beroende av förhållanden inom de områden som det reglerar. Om inte arbetslivet – för att utgå från arbetsrättsliga diskrimineringsförbud – fungerar, eller åtminstone inom rätten anses borde fungera på ett sätt som bortser från alla kategoriseringar som kan antas begränsa människors autonomi, kan även kriterier som begränsar den individuella autonomin komma att anses vara relevanta. Detta kan innebära att vad som anses vara relevant på ett visst område ibland bestäms med inflytande från de maktordningar som diskrimineringsförbuden säger sig syfta till att upphäva eller begränsa.¹⁷

I arbetsrättsliga sammanhang blir diskrimineringsförbudens utfall beroende av hur arbetsmarknadens rationalitet anses vara beskaffad, eller åtminstone av hur man inom rätten anser att den borde vara beskaffad.

Ett exempel på de problem som (ir)relevans som villkor för att något ska kunna vara en diskrimineringsgrund, kan skapa inom arbetsrätten finns i rättsfallet *Feryn* från EU-domstolen. Där valde arbetsgivaren bort arbetssökande ”med utländsk härkomst” för att kunderna, enligt arbetsgivaren, krävde arbetskraft med inhemsk härkomst.¹⁸ Om vi, trots att det kan finnas anledning att vara skeptisk, antar att arbetsgivaren hade rätt om sina kunders ”krav” var beslutet alltså inte nödvändigtvis grundat på ekonomiskt irrelevanta faktorer i det konkreta fallet. Arbetslivet och samhället inkluderar den ojämlikhet som diskrimineringsförbuden riktar sig mot, vilket ju rimligen också måste vara orsaken till att diskrimineringslagstiftning anses nödvändig.

¹⁷ Jfr L. Halldenius, *Liberty revisited: a historical and systematic account of an egalitarian conception of liberty and legitimacy* (2001) s. 286 f.

¹⁸ C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV EU:C:2008:397. Det offentliga uttalande från arbetsgivaren som behandlades i *Feryn* löd: ”Jag måste rätta mig efter mina kunders krav. Om ni säger ’jag vill ha den och den produkten och på det och det sättet’ och jag säger ’jag går inte med på det, jag skickar ändå dessa personer’, så kommer ni att säga ’jag tar inte den där porten’. Då får jag slå igen butiken. Vi måste uppfylla kundernas krav. Det är inte mitt problem. Jag har inte skapat problemet med belgarnas inställning. Jag vill att företaget går bra och att vi vid årets slut klarar omsättningsmålen och hur jag nu lyckas med det... Jag måste göra det på det sätt som kunden vill!”

Diskrimineringsförbud kan alltså uppfattas som uttryck för ett erkännande av att arbetsmarknaden inte fungerar enligt en idealtypisk ekonomisk rationalitet enligt vilken "osaklig" särbehandling automatiskt är olönsam. Möjligen skulle syftet med diskrimineringslagstiftning kunna vara att bidra till att förverkliga en sådan marknad, eller åtminstone stipulera den som ett rättsligt ideal.

Rättspraxis kring diskriminering har dock tidigare kritiserats för att systematiskt undgå att pröva faktiskt förekommande förhållanden på arbetsmarknaden mot ett sådant ideal.¹⁹ Det arbetsrättsliga marknadsbegreppet har analyserats som en rättslig dogm med innebörden att marknaden ses som en given faktor, i förhållande till vilken rättens roll antingen är att underlätta dess funktion eller att begränsa dess inflytande; "ge den ett mänskligt ansikte".²⁰ Detta kan tänkas vara en förklaring till att marknaden så ofta tycks gå fri från granskning i arbetsrättslig praxis. Marknadsbegreppet i arbetsrätten tycks, utifrån en undersökning av mål om lönediskriminering på grund av kön, till och med vara starkt utvecklat vid en jämförelse med konkurrensrättens marknadsbegrepp, liksom vid en jämförelse med numera vedertagna marknadsbegrepp inom ekonomisk forskning.²¹

Med tanke på konstruktionen av det arbetsrättsliga marknadsbegreppet tycks det alltså inte gå att hävda att endast sådant som är irrelevant på arbetsmarknaden kan utgöra diskrimineringsgrunder. Det

¹⁹ Ett känt exempel från svensk rätt är det så kallade barnmorskemålet, AD 2001 nr 13, där Arbetsdomstolen fann att könsrelaterade löneskillnader var ett resultat av "marknaden" och följaktligen inte berodde på könsdiskriminering. Karin Lundström visar i sin avhandling om jämlikhet mellan män och kvinnor i EG-rätten hur EG-domstolen konsekvent undergrävt könsdiskrimineringsförbudens potential genom att tolka dem utifrån samma slags logik som den som gett upphov till diskrimineringen. Jfr K. Lundström, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys (1999).

²⁰ A. Supiot, Alain, The dogmatic foundations of the market (Comments illustrated by some examples from labour law and social security law), *Industrial Law Journal*, Vol. 29, No. 4, December (2000) s. 322. Supiot använder begreppet dogm för att markera att begreppet grundar sig på tro, snarare än på vetenskap eller praktisk erfarenhet.

²¹ P. Norberg, Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten: om hur olika marknadsbegrepp påverkar rättstillämpningen i lönediskrimineringsmål (2007).

faktum att positionen som deltidsarbetande eller visstidsanställd kan beskrivas som ett direkt resultat av marknadens funktion är alltså inget skäl för att avvisa dessa positioner som diskrimineringsgrunder.

2.6 Mänskliga rättigheter

Lagrådets och regeringens resonemang om att deltidsarbete och visstidsanställning var avvikande som diskrimineringsgrunder eftersom de inte ansågs utgöra personliga egenskaper eller ha tillräckligt stark koppling till individen, kopplades konsekvent till föreställningar om innehållet i bestämmelser om mänskliga rättigheter. Båda instanserna konstaterade att det finns ett samband mellan diskrimineringsförbud och mänskliga rättigheter, och regeringen tycktes dessutom mena att detta samband bestod just i en koppling till "personliga egenskaper hos arbetstagaren" eller "individen som sådan".²²

Enligt lagrådet fanns det risk för att begreppet diskriminering skulle "urvattnas" genom att deltidsarbete och tidsbegränsad anställning infördes som diskrimineringsgrunder, vilket vore beklagligt eftersom ett principiellt förbud mot diskriminering på grund av "kön, ras, etniskt ursprung m.m." utgjorde en viktig del av skyddet för de mänskliga rättigheterna enligt en rad internationella överenskommelser och nationella lagar. Lagrådet förespråkade därför "ett mera lågmält språkbruk".²³ Regeringen sade sig instämma i lagrådets uppfattning att lagen om deltids- och visstidsdiskriminering inte knöt an till frågor om mänskliga rättigheter på samma sätt som lagarna om förbud mot diskriminering på grund av könstillhörighet, etnisk tillhörighet, funktionshinder och sexuell läggning. Valet att trots allt använda uttrycket diskriminering motiverades helt enkelt med att de båda direktiven använde detta begrepp, samt med att lagstiftningen skulle bli mer lättöverskådlig.²⁴ När riksdagens arbetsmarknadsutskott behandlade pro-

²² Prop. 2001/02:97, bilaga 8, s. 98 f. Lagrådet gjorde inte samma explicita koppling mellan mänskliga rättigheter och skydd för personliga egenskaper, men nämnde den påstått bristfälliga kopplingen till individen i omedelbar anslutning till argumentet att visstidsanställda och deltidsarbetande inte skyddas i dokument om mänskliga rättigheter.

²³ Prop. 2001/02:97, bilaga 8, s. 98 f.

²⁴ Prop. 2001/02:97 s. 31. Ett nästan identiskt resonemang fördes dessutom i samband med införandet av föräldraledighetslagens missgynnandeförbud. Här hävdade

positionen ställde man sig bakom de andra instansernas bedömning, och betonade att det var frågan om ett "lagtekniskt begrepp", utan samband med vare sig mänskliga rättigheter eller den innebörd som ordet diskriminering har i vardagligt språkbruk.²⁵

I detta sammanhang kan det vara intressant att notera att deltidssdirektivets preambel hänvisar till både stadgan om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter (punkt 23) och de grundläggande rättigheter som utgör allmänna principer i EU-rätten och följer av såväl EMRK som medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner (punkt 24). Den sociala stadgan nämns just med hänvisning till dess erkännande av betydelsen av att bekämpa alla former av diskriminering. EU-lagstiftaren har alltså bedömt det diskrimineringskydd som följer av grundläggande och mänskliga rättigheter som relevant för förbudet mot diskriminering av deltidssarbetande.²⁶

Granskningen av de bestämmelser som behandlar mänskliga rättigheter ger dessutom stöd för att deltidssarbete och visstidsanställning mycket väl kan betraktas som diskrimineringsgrunder utan att det innebär bristande koherens i förhållande till diskrimineringsförbud som del av mänskliga rättigheter. I EMRK avslutas listan över diskrimineringsgrunder med "förmögenhet, börd eller ställning i övrigt".²⁷ I FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättighe-

man att EG-rätten och de svenska diskrimineringslagarna innehöll diskrimineringsförbud som i huvudsak var avsedda att utgöra skydd för "mänskliga rättigheter och personliga egenskaper såsom kön, etnisk tillhörighet, sexuell läggning, eller funktionshinder" (Ds 2005:15 s. 92 f.), och användningen av begreppet "missgynnande" istället för "diskriminering" beskrevs som ett uttryck för att regleringen inte utformades direkt som ett värn för mänskliga rättigheter (prop. 2005/06:185 s. 81).

²⁵ Bet. 2001/02:AU6 s. 15 f. Utskottet avvisade också motionsförslag om att inkludera visstids- och deltidssdiskriminering i uppdraget till den utredning som fått i uppdrag att utreda en samlad diskrimineringslagstiftning, med samma argument.

²⁶ I visstidsdirektivet saknas motsvarande omnämnanden. Det går bara att spekulera i orsaken till detta. Visstidsdirektivet tillkom senare än deltidssdirektivet och kan tänkas ha krävt en mindre utvecklad motivering. En annan tänkbar förklaring är att kopplingen mellan deltidssarbete och könsdiskriminering uppfattades som mer etablerad än motsvarande koppling för visstidsanställning. I inledningen till ramavtalet om visstidsanställning beskrivs avtalet dock som en åtgärd för ökad jämställdhet (punkt 8).

²⁷ Artikel 14.

ter motsvaras detta av "börd, egendom och ställning i övrigt".²⁸ Bestämmelserna om mänskliga rättigheter ger alltså inte stöd för uppfattningen att endast särbehandling av orsaker som kan påstå sakna samband med "marknaden" eller samhällets (önskade eller faktiska) ekonomiska struktur, skulle kvalificera sig som diskriminering.

2.7 Underordning

Efter en rad invändningar och reservationer blev den svenska regeringens slutsats, vid genomförandet av deltids- och visstidsdirektiven, att det trots allt fanns stora likheter mellan diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda och diskriminering enligt de redan befintliga svenska diskrimineringslagarna. Förbuden gällde nämligen "icke godtagbar behandling som en arbetsgivare kan utsätta en arbetstagare för". "Det faktum att själva diskrimineringsgrunderna är av olika karaktär" ansågs inte ändra "det grundläggande kravet på individuell likabehandling eller individuell rättvisa".²⁹

Oavsett påståendet om diskrimineringsgrundernas olika karaktärer stämmer denna slutsats väl överens med tanken att diskrimineringsförbud riktar sig mot olika typer av underordning.³⁰ Bortsett från att detta är den enda gemensamma, diskrimineringsrättsliga rationalitet som inte relativt lätt kan dekonstrueras, får den uppfattningen också stöd genom utvecklingen av begreppet indirekt diskriminering.³¹ Indirekt

²⁸ Artikel 2.

²⁹ Ett annat skäl för att använda diskrimineringsbegreppet var att man såg fördelar med att samordna den nya lagen med de redan existerande diskrimineringslagarna. Regelverket skulle på så sätt bli mer lättöverskådligt. Lagrådets förslag om termen "särbehandling" kommenterades vidare med att det inte kunde täcka in indirekt diskriminering.

³⁰ Som tidigare nämnts betonar klassisk liberal filosofi, som ofta sagts influera diskrimineringslagstiftningen starkt – trots många uppfattningar om motsatsen – frihet från dominansförhållanden som en viktig förutsättning för individuell autonomi. Se L. Halldenius, *Liberty revisited: a historical and systematic account of an egalitarian conception of liberty and legitimacy* (2001).

³¹ Jfr A. Numhauser-Henning (red), *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination* (2001) s. 15. Lundström menar rentav att termen indirekt diskriminering syftar till att realisera reell, till skillnad från formell, likabehandling. Jfr K. Lundström, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys* (1999) s. 31.

diskriminering har beskrivits som ”ett kvalitativt språng” i förhållande till enbart förbud mot direkt diskriminering. Medan direkt diskriminering bara innebär att en underordnad grupp har rätt att bedömas enligt samma kriterier som en mer gynnad grupp³² innebär indirekt diskriminering att den ursprungliga bedömningsnormen ifrågasätts.³³

I EU-rätten har begreppet diskriminering dessutom ansetts omfatta inte bara situationer där en eller flera identifierbara personer har utsatts för ett konkret missgynnande, utan även diskriminerande uttalanden som i allmänna ordalag riktar sig mot personer som omfattas av en viss diskrimineringsgrund. I det omdiskuterade målet *Feryn*³⁴ hade en arbetsgivare, som redan nämnts, offentligt uttalat sig om att man inte anställde personer med utländsk härkomst. EU-domstolen fastslog att detta räckte för att åstadkomma en presumtion om otillåten diskriminering, trots att ingen känd, enskild person hade sökt och nekats arbete vid företaget på grund av sin etniska bakgrund. Diskriminerande uttalanden från arbetsgivare skulle nämligen kunna avskräcka människor med viss etnisk härkomst att söka arbete hos arbetsgivaren, och därmed hindra deras tillträde till arbetsmarknaden. Denna rättsutveckling ger stöd åt tesen att diskrimineringsrätten har ett långtgående syfte att åstadkomma ett arbetsliv utan strukturell underordning, snarare än att bara ta sikte på enskilda fall av särbehandling.

³² Principen illustreras av ett Anatole France-citat som ofta förekommer i samband med kritik av diskrimineringsrätten (se t ex S. Fredman, *Discrimination law* (2002) s. 1): ”...to labour in the face of the majestic equality of the law, which forbids the rich as well as the poor to sleep under bridges, to beg in the street, and to steal bread”.

³³ A. Christensen, *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser*, i *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (2000) s. 46 f. Christensen använder begreppet referensnorm som beteckning för en sådan ursprunglig bedömningsnorm.

³⁴ C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV* EU:C:2008:397.

3 Deltidsarbete och visstidsanställning som grunder för begränsad autonomi

Det faktum att just deltidarbete och visstidsanställning är diskrimineringsgrunder tyder, om tesen om underordning som den gemensamma nämnaren för diskrimineringsgrunder stämmer, på att dessa anställningsvillkor anses medföra (risk för) extra stor underordning.

Som motpol till de olika formuleringar som presenterades som uttryck för diskrimineringsgrunders rationalitet i samband med deltid- och visstidsdirektivens genomförande, nämndes konsekvent det faktum att deltidarbete och visstidsanställning följer av anställningsavtal.

Vid en granskning av arbetsrättens uttalade premisser finns det dock inget förvånande i detta. Arbetstagarens underordnade ställning i förhållande till arbetsgivaren är kanske det som främst kännetecknar anställningsavtalet som rättsligt fenomen,³⁵ och det grundläggande faktum att arbetsrätten skiljs från övrig civilrätt kan anses motiveras av arbetstagarens underordnade ställning.³⁶ Att anställningsavtalet skapar underordning (inom avtalets räckvidd) är allmänt vedertaget. Den så kallade subordinationsprincipen, som innebär en långtgående lydnadsplikt för arbetstagare i förhållande till arbetsgivare, räknas till arbetsrättens allmänna läror.³⁷ Anställningsavtalet har sagts representera en så förvirrande blandning av avtalsfrihet och begrepp om dolda villkor som kräver subordination och ojämlikhet att man måste söka i äldre västerländskt rättstänkande för att hitta dess rötter.³⁸ Anställningsförhållandet har beskrivits som i hög grad fortfarande varande ett

³⁵ A. Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (2001) s. 1.

³⁶ M. Kumlien, *Continuity and contract: historical perspectives on the employee's duty of obedience in Swedish labour law* (2004) s. 19.

³⁷ A. Supiot, *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (2001) s. 1. Mats Glavå och Mikael Hansson strukturerar sin grundbok i (främst svensk) arbetsrätt kring arbetsgivarens så kallade § 32-befogenheter, dvs. arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet samt fritt anställa och avskeda/säga upp. Jfr M. Glavå & M. Hansson, *Arbetsrätt* (3 uppl.) (2016).

³⁸ M. Kumlien, *Continuity and contract: historical perspectives on the employee's duty of obedience in Swedish labour law* (2004) s. 38.

statusförhållande, besläktat med tidigare motsvarigheter som 1700-talets tjänsteavtal mellan husbonde och arbetare.³⁹

Att deltidarbete och visstidsanställning ses som särskilt underordnade positioner till följd av anställningsavtal kommer till uttryck i rättskällorna.

I själva deltids- och visstidsdirektiven uttrycks att de båda arbetstagarkategorierna i allmänhet har, eller riskerar att ha, sämre villkor än andra anställda. Detta kopplas tydligt till bristande inflytande över anställningsförhållandet och till ett behov av ökat sådant inflytande. De formuleringar i direktiven som utvecklar dessa synsätt kommer att behandlas i de båda följande kapitlen. Kort kan det konstateras att deltidsdirektivet uttrycker ett behov av att "förbättra kvaliteten" på deltidarbete, och – framförallt – av att stärka arbetstagares möjligheter att själva välja sitt arbetstidsmått. Deltidsarbetande arbetstagare identifieras alltså som begränsade i sin autonomi. Visstidsdirektivet utgår från en syn på visstidsanställningar som ett riskabelt alternativ till tillsvidareanställningar, där det sistnämnda anses öka arbetstagares livskvalitet. Det uttrycks också tydligt att visstidsanställningar (bara) i vissa lägen kan motsvara arbetstagares, inte bara arbetsgivares, behov.

Inom både samhälls- och rättsvetenskapen har den ökade förekomsten av främst tidsbegränsade anställningar, men även deltidarbete och flera andra "flexibla" anställningsförhållanden, problematiserats under rubriker som "*precarious work*". Man har belyst hur utvecklingen bort från "traditionella" anställningar har ökat arbetsgivares frihet och samtidigt minskat arbetstagares.⁴⁰

Mot denna bakgrund är det högst rimligt att deltidarbete och visstidsanställning numera utgör diskrimineringsgrunder. Anställningsavtalet i sig ligger nämligen till grund för en ojämlik relation, vilket också är en rättslig utgångspunkt.

³⁹ L. Svensäter, Anställning och upphovsrätt: om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen (1991) s. 222 ff.; s. 207.

⁴⁰ Se J. Julén Votinius, Föräldrar i arbete: en könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning (2007) s. 378 ff.

Stress som arbetsmiljörättsligt problem

Peter Andersson*

1 Inledning

För hög arbetsbelastning utgör idag den vanligaste orsaken till arbetsrelaterad ohälsa.¹ Den psykosociala arbetsmiljön är en av arbetsmarknadens stora utmaningar och ger upphov till komplexa problem i samband med reglering.

Svensk arbetsmiljörätt har behållit sin grundläggande struktur sedan det sena 1800-talet. Staten är normgivare och även genomdrivare av regleringen genom tillsyn och straffsanktioner. Modellen kompletteras av kollektivt medbestämmande genom regler om bland annat skyddsombud. Historiskt sett har arbetsmiljölagens ramlagsregler om psykosociala arbetsmiljöfrågor sällan varit föremål rättsligt genomdrivande, vilket i hög grad beror på en avsaknad av utfyllande regler i Arbetsmiljöverkets föreskrifter. I mars 2016 trädde emellertid *AFS 2015:4 Organisatorisk och social arbetsmiljö* i kraft. Föreskriftens största nyhet är dess regler om hur stressrelaterad ohälsa ska förebyggas. *AFS 2015:4* är en mångfacetterad reglering som aktualiserar många frågor i sin tillämpning. Föreskriften har fått positivt mottagande från arbetstagarorganisationer men har kritiserats av företrädare för arbetsgivar-sidan som vag, onödig och alltför ingripande.

* Bidraget har skrivits inom ramen för det av Vetenskapsrådet finansierade projektet An inclusive and sustainable Swedish labour law – the ways ahead.

¹ Arbetsmiljöverket, Arbetsorsakade besvär 2018. Arbetsmiljöstatistik Rapport 2018:3, s. 1.

Syftet med denna uppsats är att översiktligt redogöra för och diskutera den utveckling som skett, främst på senare år, när det gäller reglering av stress som arbetsmiljöfråga.²

2 Arbetsmiljöbegreppets utveckling

2.1 Från yrkesfara till arbetsmiljö

Redan den första mer moderna arbetsmiljölagstiftningen i Sverige, 1889 års yrkesfarelag, innehöll en kategoriskt utformad skyldighetsbestämmelse avseende skydd för arbetstagares hälsa. Där angavs att ”(i)dkare af yrke, som i denna lag afses, är pligtig att vidtaga alla de anordningar, som i afseende å arbetslokaler, maskiner och redskap eller eljest med hänsyn till arbetets beskaffenhet äro nödvändiga för att skydda hos honom anstälde arbetares lif och helsa”.³ Bestämmelsen har samma innehåll som dagens regler, som anger att arbetsgivaren är skyldig att ”vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagaren utsätts för ohälsa eller olycksfall” med beaktande av arbetets natur, 3 kap. 2 § och 2 kap. 1 § arbetsmiljölagen.

Trots dessa likheter brukar man säga att arbetsmiljöbegreppet utvidgats under tiden sedan yrkesfarelagen, från snävt fokus på att förebygga olyckor inom industrin i yrkesfarelagen, via ett inkluderande av att förebygga sjukdomar under arbetarskyddslagarna 1912 och 1949 till att så småningom i och med 1978 års arbetsmiljö fullt ut även låta lagstiftningen innefatta psykosociala aspekter av arbetsmiljön. Även om det inte har skett ändringar i lagtext som stödjer denna utvecklingshypotes speglar den en allmän diskurs kring hälsa och arbete under respektive tid.

Självva termen arbetsmiljö är i sig nära kopplad till de psykosociala frågorna. Termen har sitt ursprung i det fackliga sammanhanget i slutet av 1960-talet. Genom användande av begreppet ”miljö” i denna kontext signalerades en strävan att inta ett mer holistiskt perspektiv gällande arbete och hälsa. I arbetsmiljölagens förarbeten anges att de

² Utgångspunkt tas i min avhandling: P. Andersson, Vidta alla åtgärder som behövs (2013).

³ 2 § yrkesfarelagen 1889.

psykosociala faktorerna inte utgör någon avskild grupp av arbetsmiljöfaktorer. Psykosociala faktorer i arbetsmiljön framkommer istället genom att arbetsmiljön betraktas från psykologisk och social synvinkel, ur ett helhetsperspektiv.⁴ Det handlar om att beakta arbetstagares upplevelse av arbetet, eftersom denna upplevelse i ett senare led kan leda till hälsa eller ohälsa.⁵ Då det är svårt att sätta upp generella regler om arbetsmiljö som upplevelse betonar arbetsmiljölagens ursprungliga förarbeten att arbetstagarens eget inflytande är av stor vikt när det gäller att uppnå en god psykosocial arbetsmiljön.⁶

Det psykosociala perspektivet gavs stort utrymme i arbetsmiljölagen redan från dess införande. Genom en reform i början av 1990-talet betonades det ytterligare och arbetsmiljölagens regler fick i aktuellt avseende det innehåll de har idag. Arbetsgivarens ska enligt 3 kap. 2 § arbetsmiljölagen vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga ohälsa. Vid tillämpning av denna regel ska beaktas att 2 kap. 1 § arbetsmiljölagen ställer krav på att arbetsförhållandena ska anpassas till människors olika förutsättningar i fysiskt och psykiskt avseende, att arbetstagaren ska ges möjlighet att medverka i utformningen av sin egen arbetssituation samt att teknik, arbetsorganisation och arbetsinnehåll ska utformas så att arbetstagaren inte utsätts för fysiska eller psykiska belastningar som kan medföra ohälsa eller olycksfall. Arbetsgivaren är i princip skyldig att göra allt som behövs för att se till att även den psykosociala arbetsmiljön är så god att ingen behöver drabbas av ohälsa.

2.2 Vidsträckta regler med begränsad tillämpning

År 2010, drygt 30 år efter att arbetsmiljölagen infördes med krav avseende förebyggande av stressrelaterad ohälsa, såg rättsläget ut enligt följande.

Arbetsmiljölagen, som är en ramlag, saknade alltså utfyllnad genom bindande föreskrifter i AFS. Allmänna råd fanns beträffande psykiska och sociala aspekter på arbetsmiljö, AFS 1980:14, men råden var inte uppdaterade och hade i praktiken ingen större betydelse. Ar-

⁴ Prop. 1976/77:149 s. 223.

⁵ Prop. 1976/77:149 s. 225 f.

⁶ Prop. 1976/77:149 s. 227.

betsmiljöverket hade tagit fram flera förslag till nya föreskrifter, men bland annat på grund av motstånd från arbetsgivarhåll hade dessa inte lett till reglering. En aspekt som arbetsgivare pekade på som särskilt problematisk var idén om arbetstagarens eget inflytande, som i linje med aktuell forskning ansågs central för att förebygga skadlig stress. En annan aspekt som kritiserades från arbetsgivarhåll var att nya föreskrifter om psykosocial arbetsmiljö skulle innebära dubbelreglering av krav på systematiskt arbetsmiljöarbete, där det redan fanns föreskrifter genom AFS 2001:1.⁷

Psykosociala frågor var redan i början av 2000-talet vanligt förekommande som skäl för skyddsombudens framställningar till tillsynsmyndigheten.⁸ Den offentliga tillsynen hade emellertid svårt att fånga upp frågor om stress och hög arbetsbelastning i sina krav gentemot arbetsgivare. I de fall där arbetsgivare överklagade Arbetsmiljöverkets förelägganden och förbud rörande psykosocial arbetsmiljö ansågs ofta brister föreligga i grundläggande rättssäkerhetskänslor, vilket ledde till att besluten upphävdes. Ett ärende som illustrerar detta är *regeringens beslut 2005-09-29 i ärende 2004-222*. Beslutet rörde att Arbetsmiljöverket hade förelagt ett landsting att organisera arbetet för läkarsekreterare på en viss klinik så att de skulle kunna ägna sig åt planerat arbete sammanhängande under minst 60 procent av sin arbetstid. Syftet var att förebygga stressrelaterad ohälsa genom att minska den tid då läkarsekreterarna skulle vara tillgängliga för att utföra akuta uppgifter som inte gick att planera i förväg. Landstinget överklagade beslutet hos regeringen, som var högsta instans i den ordning som då gällde. Regeringen bedömde att det inte fanns fog att hävda att en viss i förväg bestämd andel av arbetstiden, till exempel 60 procent, skulle vara särskilt lämpligt i det aktuella fallet. Regeringen upphävde föreläggandet. Den ändamålsenlighetsbedömning som görs här som ett led i en proportionalitetsprövning tycks ta sin utgångspunkt i en idé om ett krav på att nå det allra mest ändamålsenliga ingripandet.

⁷ Arbetsmiljöverkets förslag till föreskrifter om sociala och psykologiska arbetsmiljöförhållanden från 2003 återges och diskuteras i P. Andersson, Vidta alla åtgärder som behövs (2013) s. 116 ff.

⁸ Se M. Steinberg, Skyddsombud i allas intresse (2004) s. 248.

Eftersom det inte gick att visa att läkarsekreterarna skulle bli särskilt friska om de fick just 60 procent eget planerat arbete var inte ändamålsenlighetskravet uppfyllt.

Även de straffrättsliga vägarna till ansvarsutkrävande vid stress och mobbning var i praktiken stängda. Endast en gång hade ett skeende som utmynnade i stressrelaterad ohälsa prövats som arbetsmiljöbrott, *Linköpings tingsrätt, dom 2000-03-08 i mål nummer B 450-99*. Två växeltelefonister drabbades av posttraumatiskt stressyndrom respektive högt blodtryck kort efter att en polismyndighet installerat en ny central växel. Det ansågs emellertid inte utrett att polisledningens underlåtenhet att vidta erforderliga åtgärder avseende samverkan och utbildning var orsaken till arbetstagarnas sjukdom och åtalet ogillades.

Diskrepansen mellan, å ena sidan, de höga sjuktal som sattes i samband med stress och andra psykosociala faktorer i arbetsmiljö och, å andra sidan, avsaknaden av rättsligt ansvarsutkrävande var vid denna tid påfallande.

2.3 Psykosocial arbetsmiljö fångas upp av juridiken

I november 2010 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen dom i ett mål om ersättning för arbetsskada, *RÅ 2010 ref. 101*. Trots att det handlade om ett socialförsäkringsmål, inte ett arbetsmiljömål, kom ett uttalande i domen att ges betydelse även avseende tolkning av arbetsmiljörättens regler. Domen behandlade en kvinnas sjukdomsbesvär som diagnostiserats som utmattningssyndrom. Domstolen fann visserligen inte att övervägande skäl talade för att ohälsan skulle anses orsakad av kvinnans arbete, men konstaterade på ett generellt plan att det mot bakgrund av vetenskapliga studier tillkomna på senare år fick "anses sannolikt att hög arbetsbelastning och stress kan orsaka psykisk ohälsa".

År 2012 kom två kammarrättsavgöranden som behandlade förelägganden från Arbetsmiljöverket till förebyggande av stressrelaterad ohälsa på socialkontor i två kommuner, varvid Högsta förvaltningsdomstolens försiktiga uttalande ovan ges betydelse.

Den första av dessa domar, en dom från kammarrätten i Göteborg,⁹ rörde ett föreläggande vid vite gentemot en kommun att bland an-

⁹ Kammarrätten i Göteborg, dom 2012-04-19 i mål 2226-11.

nat utifrån egna utredningar och framtagna viktningsmetoder vidta åtgärder så att varje enskild handläggare avlastades de ärenden som utredningen visade var det största antal handläggaren kunde ansvara för samtidigt inom ordinarie arbetstid. I kammarrätten gjordes en prövning av föreläggandets förenlighet med proportionalitetsprincipen, som den brukar förstås i förvaltningsrättsliga sammanhang. Prövningen rörde således huruvida Arbetsmiljöverkets krav var ändamålsenliga, nödvändiga på så vis att det saknades mindre ingripande alternativ samt proportionerliga i strikt mening. När det gällde frågan om ändamålsenlighet hänvisade kammarrätten till *RA 2010 ref. 101*, se ovan, och fann att det fick anses sannolikt att hög arbetsbelastning och stress kan orsaka psykisk ohälsa. Eftersom Arbetsmiljöverkets krav vidare byggde på kommunens egna utredningar och viktningsmetoder kunde de inte heller anses oproportionerliga i övrigt. Beslutet om föreläggande fastställdes.

Några månader senare år 2012 meddelade kammarrätten i Sundsvall dom i ett liknande mål rörande stress på ett socialkontor.¹⁰ Arbetsmiljöverkets vitesföreläggande rörde bland annat att kommunen i fråga skulle utföra vissa undersökningar av den psykosociala arbetsmiljön, vidta de åtgärder som behövdes för att förebygga ohälsa bland arbetstagarna utifrån vad som framkommit av undersökningarna, att åtgärderna minst skulle omfatta anpassningen av antalet ärenden och ärendetyngd utifrån individuella förutsättningar så att arbetet hanns med under ordinarie arbetstid och inom ramen för förväntade handläggningstider samt att varje enskild arbetstagare skulle ges möjlighet att medverka vid undersökningar, bedömningar och upprättande av handlingsplaner. Kammarrätten fann att kraven i föreläggandet var proportionerliga i förhållande till ändamålen med föreläggandet trots att kraven var ingripande och tog i anspråk resurser från verksamheten. Kommunen hade även anfört att förelägganden inte var tillräckligt tydligt för att det klart skulle framgå vad som skulle göras för att undvika att bli skyldig att betala vitet. Härvid konstaterade kammarrätten att särskilt kravet avseende åtgärder ("vidta de åtgärder som behövs för att förebygga ohälsa bland arbetstagarna utifrån vad som kommit fram från undersökningarna") och kravet rörande eget

¹⁰ Kammarrätten i Sundsvall, dom 2012-07-30 i mål 273-12.

inflytande ("varje enskild arbetstagare ska ges möjlighet att medverka vid undersökningar, bedömningar samt upprättande av handlingsplaner") var allmänt hållna. Kammarrätten bedömde emellertid att det torde vara svårt att precisera punkterna i föreläggandet på ett bättre sätt än vad Arbetsmiljöverket gjort. Domstolen konstaterade även att det saknades särskilda arbetsmiljöföreskrifter som reglerade den i målet aktuella typen av arbete vilket bidrog till svårigheten att precisera föreläggandet ytterligare. Mot bakgrund av detta avslog alltså kammarrätten kommunens överklagande.

De två kammarrättsdomarna ovan ger uttryck för ett nytt sätt att se på stress som rättslig arbetsmiljöfråga i samband med tillsyn. Tidigare har den inte bedömts ägnad för att utgöra grund för krav i enskilda fall, se till exempel regeringsbeslutet avseende läkarsekreterarna. Med hänvisning till ett arbetsskademål konstaterar nu kammarrätten i göteborgsmålet att det är lämpligt och ändamålsenligt att ställa krav på minskad arbetsbelastning. Att Arbetsmiljöverket inte beslutat om föreskrifter mot stress ges anmärkningsvärt nog betydelse *till fördel* för samma myndighets krav i ett enskilt ifall i sundsvallsmålet.

När det sedan gäller straffrättslig tillämpning av arbetsmiljörättsliga regler om psykosociala frågor prövades några år senare, år 2015, för första gången kränkande särbehandling som arbetsmiljöbrott i det så kallade krokommålet.¹¹ En arbetstagare på en socialförvaltning tog sitt liv efter en längre tid av ohälsa som sades vara hänförlig till samarbetsproblem med en ny arbetsledare. Hovrätten bedömde visserligen att arbetstagarens två chefer varit oaktsamma eftersom de inte undersökt möjligheterna att anpassa arbetstagarens arbetsförhållanden, inte undersökt möjligheterna till omplacering, inte kartlagt arbetstagarens rehabiliteringsbehov och inte genomfört en mobbningsutredning på ett godtagbart sätt. Domstolen bedömde dock att oaktsamheten inte var straffbar med hänsyn till arbetstagarens egen inställning och svårigheterna att i praktiken åstadkomma tillfredsställande lösningar samt då det inte fanns några tydliga föreskrifter om hur mobbningsutredningar skulle genomföras. Även om målet alltså slutade med friande dom i hovrätten innebar krokommålet att psykosocialt relaterad ohälsa för första gången på allvar diskuterades som en straffrättslig fråga.

¹¹ Hovrätten för Nedre Norrland, dom 2015-03-03 i mål B 399-14.

Samtidigt pågick ytterligare ett projekt hos Arbetsmiljöverket med att ta fram föreskrifter om den psykosociala arbetsmiljön och till förebyggande av stressrelaterad ohälsa. Denna gång bortsåg verket från protester från arbetsgivarhåll och den 31 mars 2016 trädde AFS 2015:4 Organisatorisk och social arbetsmiljö i kraft.

3 Den nya föreskriften om organisatorisk och social arbetsmiljö

3.1 Balans mellan krav och resurser

AFS 2015:4 bygger i hög grad på en teoribildning om stress som kallas krav-resurs-modellen, presenterad av Bakker med flera 2001.¹² Denna teori har likheter med, men skiljer sig också från, den mest använda modellen för att förklara samband mellan arbete och stressrelaterad ohälsa, vilket alltjämt måste sägas vara Karaseks och Theorells krav-kontroll-stöd-modell.¹³ Båda modellerna bygger på att skadlig stress uppstår i en obalans mellan å ena sidan arbetsbelastning, som är en riskfaktor för ohälsa, och å andra sidan på olika sätt definierade ”frisk-faktorer”, det vill säga sådana faktorer i arbetet som är hälsofrämjande. Där Karasek och Theorell betonar vikten av arbetstagares eget inflytande (kontroll) samt stöd, är Bakker med flera mer inkluderande och samtidigt mer vaga. Resurser i Bakkers mening är fysiska, psykiska, sociala eller organisatoriska aspekter av arbetet som leda till uppnående av uppsatta mål, reducerande av krav i arbetet eller stimulera personlig utveckling. AFS 2015:4 saknar en bestämmelse med den formulering som fanns med i det sedermera förkastade förslaget till föreskrifter om den psykosociala arbetsmiljön 2003, där det i 7 § angavs att ”Arbetstagaren skall ges möjlighet till inflytande över hur det egna arbetet utförs.” Bestämmelser av denna sort har hårt kritiserats från arbetsgivarhåll för att de inskränker arbetsledningsrätten.

Enligt 1 § AFS 2015:4 är syftet med föreskriften att främja en god arbetsmiljö och förebygga ohälsa på grund av organisatoriska och so-

¹² E. Demerouti, A.B. Bakker., F. Nachreiner, & W. B. Schaufeli, The job demands-resources model of burnout, *Journal of Applied Psychology*, 86, (2001) s. 499–512.

¹³ R. Karasek & T. Theorell, *Healthy Work* (1990).

ciala förhållanden. Föreskriften följer därmed det breda preventiva upplägg som kännetecknar arbetsmiljörätten i stort. Den är enligt 2 § tillämplig i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. I 3 § specificeras bland annat att arbetsgivaren har skyldighet att se till att bestämmelserna i föreskriften efterlevs samt att den som hyr in arbetskraft likställs med arbetsgivare.¹⁴ Den som genomgår utbildning eller är under vård i anstalt likställs inte med arbetstagare vid tillämpningen av föreskriften.

Den stora nyheten med AFS 2015:4 är reglerna rörande stress; med föreskriftens terminologi benämnt *ohälsosam arbetsbelastning*. Sådan definieras i 4 § AFS 2015:4 som när kraven i arbetet mer än tillfälligtvis överskrider resurserna. Denna obalans blir ohälsosam om den är långvarig och möjligheterna till återhämtning är otillräckliga. Med *krav i arbetet* avses, enligt samma bestämmelse, de delar av arbetet som fordrar upprepade ansträngningar. Kraven kan exempelvis omfatta arbetsmängd, svårighetsgrad, tidsgräns, fysiska och sociala förhållanden och kan vara av kognitiv, emotionell och fysisk natur. Den andra delen i vågskålen, *resurserna för arbetet*, definieras i 4 § som det i arbetet som bidrar till att uppnå mål för arbetet eller hantera krav i arbetet. För att mildra den oklarhet som uppstår av cirkelresonemanget ges ett antal exempel på resurser, nämligen arbetsmetoder och arbetsredskap, kompetens och bemanning, rimliga och tydliga mål, återkoppling på arbetsinsats, möjligheter till kontroll i arbetet, socialt stöd från chefer och kollegor samt möjligheter till återhämtning.

Den centrala handlingsregeln rörande stress återfinns sedan i 9 § AFS 2015:4, som anger att arbetsgivaren ska se till att de arbetsuppgifter och befogenheter som tilldelas arbetstagarna inte ger upphov till ohälsosam arbetsbelastning. Det innebär att resurserna ska anpassas till kraven i arbetet. Enligt bestämmelsens allmänna råd ska arbetsgivaren ta hänsyn till tidiga signaler på ohälsosam arbetsbelastning vid tilldelningen av arbetsuppgifter. Att minska arbetsmängd, ändra prioriteringsordning, variera arbetsuppgifterna, ge möjlighet till återhämtning, tillämpa andra arbetssätt, öka bemanning eller tillföra kunskaper

¹⁴ Se N. Selberg, Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer (2017) för en redogörelse rörande arbetsgivarbegreppet och dess koppling till arbetsmiljöansvar.

är exempel på åtgärder för att förebygga ohälsosam arbetsbelastning. Arbetsgivaren ska skapa förutsättningar för arbetstagarna att uppmärksamma arbetsgivaren på höga krav och bristande resurser. Ett ledarskap som möjliggör regelbunden dialog med arbetstagarna skapar förutsättningar för att signaler på ohälsosam arbetsbelastning uppmärksammas och rättas till. Helhetssynen på arbetsmiljö lyfts i de allmänna råden, som betonar att hög arbetsbelastning kan leda till både sjukdomar och olyckor.

3.2 Kunskaper till förebyggande av stress med mera

Om 9 § AFS 2015:4 kan konstateras vara en aning vag så är förskriftens 10 § mer handfast. I 10 § finns regler om kunskaper hos arbetstagarna. Arbetsgivaren är skyldig att se till att arbetstagarna känner till vilka arbetsuppgifter som de ska utföra, vilka resultat som ska uppnås med arbetet, om det finns särskilda sätt som arbetet ska utföras på och i så fall hur, vilka arbetsuppgifter som ska prioriteras när tillgänglig tid inte räcker till för alla arbetsuppgifter som ska utföras och vem de kan vända sig till för att få hjälp och stöd att utföra arbetet. Här konkretiserar alltså arbetsgivarens skyldigheter något.

Denna bestämmelse har en nära koppling till krav på systematiskt arbetsmiljöarbete. I 5–8 §§ AFS 2015:4 finns regler om systematiskt arbetsmiljöarbete särskilt inriktat på organisatorisk och social arbetsmiljö. Det handlar om hänvisningar till AFS 2001:1, om kunskaper som ska finnas hos arbetsledare, om mål för den organisatoriska och sociala arbetsmiljön samt om dokumentation av dessa mål. Det har tidigare nämnts att kritik uppkommit om dubbelreglering. Det kan här nämnas att det inte är specifikt för denna föreskrift att Arbetsmiljöverket stiftar regler om systematiskt arbetsmiljöarbete i särskilda branscher eller avseende avgränsade arbetsmiljöfrågor. Liknande uppbygg finns på många områden, såsom i 3 och 4 §§ AFS 2006:4 om användning av arbetsutrustning för att hämta ett exempel från området för fysisk arbetsmiljö.

I 11 § anges vidare att arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att motverka att arbetsuppgifter och arbetssituationer som är starkt psykiskt påfrestande leder till ohälsa hos arbetstagarna. Det rör sig om till exempel arbete med att bemöta människor i svåra situationer, lösa kon-

flikter eller fatta svåra beslut med etiska dilemman, anger de allmänna råden.

3.3 Stress i förhållande till arbetstid och kränkande särbehandling

Arbetstid är en fråga som har nära koppling till arbetsmiljön generellt och särskilt arbetstidens förläggning anses ha stor betydelse för hälsan. I arbetstidslagen anges yttre gränser för arbetstiden men där regleras inte hur arbetsgivaren ska ta hänsyn till arbetstidens förläggning i arbetsmiljöarbetet. 12 § AFS 2015:4 anger att arbetsgivaren ska vidta de åtgärder som behövs för att motverka att arbetstidens förläggning leder till ohälsa bland arbetstagarna. Hur detta ska gå till utvecklas kortfattat i de allmänna råden. Som exempel på förläggning av arbetstider som kan medföra risker för ohälsa anges skiftarbete, arbete nattetid, delade arbetspass, stor omfattning av övertidsarbete, långa arbetspass och långtgående möjligheter att utföra arbete på olika tider och platser med förväntningar att ständigt vara nåbar. Av dessa exempel framgår att kopplingen mellan arbetstidens förläggning och risker för stressrelaterad ohälsa är central. De utgör omständigheter som faller in under kategorin krav i krav-resursmodellen och enligt 9 § AFS 2015:4, se ovan. De bör enligt de allmänna råden till 12 § balanseras genom att arbetsgivaren särskilt beaktar möjligheterna till återhämtning.

I och med införandet av forskriften om organisatorisk och social arbetsmiljö slutade den äldre föreskriften AFS 1993:17 Kränkande särbehandling i arbetslivet att gälla och reglerna om kränkande särbehandling fördes över till 13 och 14 §§ i den nya föreskriften. Enligt 13 § ska arbetsgivaren 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. I de allmänna råden anges att ett gemensamt arbete kring bemötande och uppträdande kan bidra till att motverka kränkande särbehandling. Exempel på förhållanden i verksamheten som är viktiga att vara uppmärksam på är konflikter, arbetsbelastning och arbetsfördelning med mera. 14 § rör rutiner kring kränkande särbehandling. Kopplingen mellan stress och kränkande särbehandling är väldokumenterad och går åt båda håll: stressig arbetsmiljö kan orsaka mobbning och mobbning orsakar stressreaktioner hos individen. På så

vis är bestämmelserna om kränkande särbehandling viktiga även vad avser stress som arbetsmiljöproblem.

4 Framåtblickande diskussion

Mycket har hänt när det gäller arbetsmiljörättslig reglering till förebyggande av stress under det senaste decenniet. Från att under en lång rad år ha varit mest symboliskt behandlad i ramlagstiftningen har stressproblematiken kommit att ta plats som en fullvärdig arbetsmiljöfråga. Att närmare utvärdera effekterna av AFS 2015:4 faller utanför ramen för denna uppsats, men några aspekter av regleringens tillämpning ska kort lyftas.

När gäller rättsligt bindande krav rörande arbetsmiljön är Arbetsmiljöverkets tillsyn, vilken kan mynna ut i konkreta arbetsmiljökrav i form av förelägganden och förbud, den centrala mekanismen för genomdrivande av arbetsmiljöskyldigheter.¹⁵ Under åren 2017–2019 bedriver verket en nationell inspektionsinsats med syfte att förebygga ohälsa och olycksfall, där den organisatoriska och sociala arbetsmiljön kan vara orsak till att arbetstagare drabbas. Under 2017 inspekterades konsultverksamheter och under 2018 verksamheter inom hotell- och restaurangbranschen. Ett ökat antal förelägganden från Arbetsmiljöverket till förebyggande av stress är att vänta som ett resultat av att det nu finns tydligare regler.

Det är enligt min mening inte troligt att föreskriften kommer att leda till fällande domar rörande arbetsmiljöbrott avseende orsakande av stressrelaterad ohälsa, åtminstone inte i någon stor omfattning. Bedömningar av oaktsamhet kan visserligen underlättas genom att det nu finns tydligare regler, men straffrättsliga rättssäkerhetsprinciper gör det svårt att beskriva komplexa psykosociala orsakssamband på ett ansvarsgrundande sätt. För en fällande dom krävs att åklagaren med hög grad av sannolikhet kan visa att en skada inte skulle inträffat om en arbetsgivare eller annan skyddsansvarig vidtagit en specifik åtgärd som framgår av AFS 2015:4. I sammanhanget kan nämnas att det är mycket sällsynt med fällande domar för arbetsmiljöbrott genom vål-

¹⁵ Se P. Andersson, *Lagom krav på arbetsmiljön* (2019).

lande till sjukdom även avseende rent fysiska arbetsmiljöförhållande. Arbetsmiljöbrottsreglerna används nästan uteslutande vid olyckor och införandet av AFS 2015:4 lär inte ändra på det förhållandet.

Eftersom arbetsmiljöfrågor är mångfacetterade och ett ökat fokus på och medvetande om vissa hälsoaspekter ofta leder till ökade anmälningstal, finns knappast anledning att förvänta att stressrelaterad ohälsa minskar i statistiken. Det betyder dock inte att den rättsliga utvecklingen saknar effekt till förebyggande av stressrelaterad ohälsa. Det är rimligt att anta att föreskriften används flitigt på svenska arbetsplatser för att lyfta psykosociala frågor och att den i praktiken har lett till ett ökat ansvarstagande för arbetsmiljön.

EU-arbetsrätten i medbestämmandelagen

Erik Sjödin

1 Inledning: En EU-rätt – tre genomförandesätt

Arbetsrätt var en stor fråga i samband med Sveriges inträde i EU¹ och den var en fråga också när Förenade konungariket skulle rösta om utträde ur EU (Brexit).² Vid diskussionen om det svenska medlemskapet på 1990-talets mitt handlade det om att säkra en ”svensk modell” och vid diskussionen om det brittiska utträdet 2016 handlade det istället om att trygga arbetstagarna den arbetsrätt som EU-medlemskapet fört med sig till den nationella nivån. Nu och alltsedan det svenska EU-medlemskapet 1995 är arbetsrätten – regleringen av förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare – ett rättsområde som i stor utsträckning är format av EU-rätten. Ingen hyser numera några stora förhoppningar om att EU ska förnya arbetsrätten i särskilt hög grad, men även efter Brexit och den ekonomiska krisen fortsätter EU inte desto mindre att påverka svensk arbetsrätt.³

Arbetsrätten hör till de civilrättsliga discipliner som längst varit föremål för harmonisering. Det finns idag en vana att hantera att ar-

¹ Se t.ex. B. Nyström, EU och arbetsrätten, femte uppl. (2017) s. 19 ff.

² A. Bogg & K. Ewing, The Continuing Evolution of European Labor Law and the Changing Context for Trade Union Organizing, *Comparative Labor and Policy Journal* 2016–2017, s. 211 ff.

³ Jfr B. Bercusson, *Labour law and social Europe: selected writings of Brian Bercusson* (2009). Och a.a. not 2 där Bogg & Ewing talar om ”the death of social Europe”. Ewing har också tidigare, med anledning av Margaret Thatcher, proklamerat arbetsrättens död; se K. Ewing, *The Death of Labour Law*, *Oxford Journal of Legal Studies*, s. 293 ff.

betsrättsliga frågor styrs utanför Sverige. EU:s arbetsrätt är inte längre partikulär i den meningen att den enbart reglerar frågor av gränsöverskridande natur samt endast vissa materiella aspekter.

Följande bidrag visar på *vilket sätt* EU-arbetsrätten påverkar medbestämmandelagen när dess innehåll ska bestämmas.⁴ Angreppssättet i uppsatsen är klassiskt rättsdogmatiskt i så måtto att det handlar om vägande av rättskällor mot varandra och bedömningar kring vilken betydelse dessa har vid tolkning.⁵ Bidraget illustrerar hur rättskällor från olika auktoritetscenter påverkar medbestämmandelagen.

Genomförandet av EU:s direktiv har skett på olika sätt. Beroende på vilken målsättning som direktivet har, varierar behovet av förändringar. Viljan att genomföra förändringar kan också påverkas av hur förändringarna kan inpassas i den rådande ordningen. Vid genomförandet kan kopplingen till EU-rätten och de genomförda direktiven komma att bli olika framträdande. Ju tydligare kopplingen mellan den nationella lagstiftningen och EU-rätten är, desto tydligare är det att oklarheter om innebörden av lagen ska föranleda frågor till EU-domstolen.

Genomförande av EU-direktiv med bestämmelser om arbetstagarinflytande har påverkat medbestämmandelagen på olika sätt. För det första har *nya bestämmelser lagts till* för att uppfylla ett visst direktivs mål. Vid den typen av genomförande har de nya bestämmelsernas formuleringar ofta anknutits till redan existerande formuleringar i medbestämmandelagen.⁶ För det andra har det slagits fast att en *befintlig bestämmelse* genomför ett direktiv, eftersom den rör samma sak som direktivet. Den redan förekommande regleringen anses vara tillräcklig, och något tillägg är inte nödvändigt, eftersom direktivets mål bedöms vara uppfyllt – i vart fall medelst direktivkonform tolkning. För

⁴ Jfr Ö. Edström, Svensk arbetsrätt i EU – mellan lag och kollektivavtal i Ö. Edström, svensk rätt i i EU – En antologi (2007).

⁵ Se t.ex. J. Kleineman i M. Nääv & M. Zamboni (red.) Juridisk metodlära, andra uppl. (2018) s. 21 ff. Se även U. Neergaard & R. Nielsen, Where Did the Spirit and its Friends Go? On the European Legal Method(s) and the Interpretational Style of the Court of Justice of the European Union i U. Neergaard m.fl. (red.) (European Legal Method. (2011) och R. Rebhahn, Europäisches Arbeitsrecht i K. Riesenhuber (red.), Europäische Methodenlehre (2006).

⁶ Se 13 § 2 st. och 19 a §§ medbestämmandelagen.

det tredje kan EU-arbetsrätten också *skifta bestämmelsens systematiska innebörd*, eller i alla händelser förskjuta tyngdpunkten i systemet. En befintlig bestämmelse, med en viss funktion, i medbestämmandelagen används då för att genomföra direktivbestämmelser som kan ha ett annat syfte.

Dessa tre olika sätt på vilka EU-rätten inverkar på arbetsrätten åskådliggörs i uppsatsen med exempel från medbestämmandelagen. Fokus kommer att vara på reglerna om arbetstagarinflytande, dvs. *allmän förhandlingsrätt*, *primär förhandlingsskyldighet* och *informationsrätt*; dvs. främst 10–19 §§ medbestämmandelagen. Det handlar således inte om gränsöverskridande situationer, utan om aspekter av medbestämmandelagen som aktualiseras var dag på arbetsplatser runt om i Sverige.

2 Allmän förhandlingsrätt

Arbetslagarnas möjlighet att förhandla med arbetsgivarna är ett fundament i svensk kollektiv arbetsrätt, och den har alltsedan 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt haft lagstöd. När den allmänna förhandlingsrätten lagfästes var det bl.a. med motiveringen att det därigenom var möjligt att undvika stridsåtgärder. Förhandlingsrätten är även erkänd i flera internationella instrument.⁷

Idag framgår den allmänna förhandlingsrätten av 10 § medbestämmandelagen. Förhandlingsrätten är ömsesidig och tillkommer arbetsgivare och arbetstagarorganisationer. Att vägra träda i förhandling är skadeståndssanktionerat. Det främsta syftet med den allmänna förhandlingsrätten är att den ska möjliggöra förhandlingar om kollektivavtal. Därtill kommer att den också möjliggör tvisteförhandlingar.⁸

10 § medbestämmandelagen har inte ändrats sedan lagens ikraftträdande 1977. Att bestämmelsen är oförändrad innebär dock inte att den är opåverkad av EU-rätten. EU-arbetsrättens påverkan på den

⁷ Se t.ex. sammanställningen i SOU 2018:40 s. 77 ff.

⁸ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 207 ff., se vidare J. Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen: En kommentar Del I, 1–32 §§ (2018) s. 88 ff.

allmänna förhandlingsrätten är implicit. Den lagstiftningsakt som framförallt genomförs i 10 § är samrådsdirektivet.⁹

Samrådsdirektivet innefattar en allmän ram för information och samråd. Den innehåller, likt medbestämmandelagen, en *avvägningsnorm* för när samråd mellan arbetsgivare och arbetstagare ska ske.¹⁰ Ordalydelsen i samrådsdirektivet skiljer sig något från medbestämmandelagens, men information och samråd ska genomföras ”om beslut som kan medföra *väsentliga förändringar* i arbetsorganisationen eller anställningsavtalen”.¹¹

En särskild fråga när direktivet skulle genomföras var om det var nödvändigt med något tillägg avseende den primära förhandlingsskyldigheten för arbetsgivare som saknade kollektivavtal. Regeringen stannade efter övervägande vid att detta inte behövdes.¹² Anledningen var att den förstod direktivet så att det inte var avgörande *vem* som tog initiativ till samrådet, utan att det viktigaste var att detta kom till stånd.¹³

Vid medbestämmandelagens utarbetande valdes termen förhandling före samråd för att markera den förstärkning av arbetstagarinflytandet som var målsättningen med lagen.¹⁴ Genomförandet av direktivet medför en sammansmältning av samråd och förhandling, eftersom samråd ska genomföras i förhandling. Förhandling kan begäras, alternativt inledas, med stöd av olika bestämmelser i medbestämmandelagen.¹⁵ Som nämnts har det primära syftet med den allmänna förhandlingsrätten varit att åstadkomma förhandlingar i *intressefrågor*, som löses genom ingående av kollektivavtal. Även om den allmänna förhandlingsrätten också alltid möjliggjort förhandlingar i frågor där

⁹ Direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen.

¹⁰ T. Sigeman & E. Sjödin, *Arbetsrätten: En översikt*, sjunde uppl. (2017) s. 128.

¹¹ 11 § medbestämmandelagen stadgar att ”viktigare förändring” medför förhandlingsskyldighet; se vidare avsnitt 3.

¹² Se Prop. 2004/05:148 s. 11 f. och SOU 2004:85 s. 82.

¹³ E. Sjödin, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande* (2015) s. 189 ff.

¹⁴ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 225 f. EU-stadgan gör skillnad mellan förhandling och stridsåtgärder som skyddas i artikel 28 och information och samråd som omfattas av artikel 27.

¹⁵ Det kan ske med t.ex. 10, 11, 12, 13 eller 38 §§ medbestämmandelagen.

arbetsgivaren i kraft av sin arbets- och företagsledningsrätt beslutar, så har inte detta varit tyngdpunkten.

I grunden handlar kollektiva förhandlingar om fördelningen av vinsten mellan arbetsgivare- och arbetstagare.¹⁶ Arbetstagarinflytande på det område där arbetsgivaren bestämmer har inte en lika tydlig koppling till denna fördelning. Istället brukar reglerna motiveras med andra argument: *Demokrati*, dvs. att arbetstagare *bör* ha rätt att påverka beslut som berör dem. *Effektivitet*, dvs. att beslut blir bättre, och lättare att genomföra, om de som berörs av dem är involverade.¹⁷

EU-arbetsrättens samrådsdirektiv har således inte försett den allmänna förhandlingsrätten i 10 § medbestämmandelagen med någon ny materiell innebörd, men direktivets genomförande har påverkat hur den allmänna förhandlingsrätten systematiskt ska uppfattas. EU-arbetsrätten har inneburit en förskjutning av bestämmelsens innebörd, utan att dess ordalydelse har ändrats. Denna förskjutning kunde accepteras i syfte att undvika införande av annan, mer långtgående, förhandlingsskyldighet med arbetstagarorganisationer utan kollektivavtal – dvs. sådana som inte är bundna av fredsplikt och således kan vidta stridsåtgärder. Medbestämmandelagen byggde ursprungligen på att inflytande i verksamhetsfrågor förutsatte fredsplikt.

3 Primär förhandlingsskyldighet vid arbetsbristuppsägning i koncerner

Arbetsgivaren ska enligt (bl.a.) 11 § medbestämmandelagen ta initiativ till förhandling med arbetstagarorganisationen i vissa frågor. Här begränsar jag mig till den del som rör viktigare förändring av verksamheten (verksamhetsfallet).¹⁸ Den största nyheten med medbestämmandelagen var skyldighet för arbetsgivaren att involvera arbetstagarna i beslutsfattandet, och att beslut inte fick fattas förrän förhandlingar

¹⁶ H. Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument (1988) s. 34 ff. och M. Hansson, Kollektivavtalet: En rättsvetenskaplig berättelse (2010) s. 54.

¹⁷ E. Sjödin, Ett europeiserat arbetstagarinflytande (2015) s. 23 ff.

¹⁸ Till den primära förhandlingsskyldigheten kan även räknas 11 § om viktigare förändring av arbets- och anställningsvillkor, och även den förhandlingsskyldighet som följer före utläggande av arbete på entreprenad enligt 38–39 §§.

avslutats; den s.k. uppskovsskyldigheten. Den primära förhandlings-skyldigheten ledde till ett antal uppmärksammande domstolsavgöranden strax efter det att lagen trätt ikraft.¹⁹

11 § medbestämmandelagen genomför ett flertal av direktiven om arbetstagarinflytande; direktivet om kollektiva uppsägningar,²⁰ verksamhetsövergångsdirektivet²¹ och samrådsdirektivet.²² 11 § medbestämmandelagen och de tre olika direktivens bestämmelser om arbetstagarinflytande överensstämmer med varandra på så sätt att de handlar om att involvera arbetstagarna genom sina representanter i arbetsgivarnas beslut. Här ger jag två exempel där EU-arbetsrätten i form av de tre direktiven har direkt påverkan på 11 § medbestämmandelagen.

Vid vilken tidpunkt som arbetsgivare ska ta initiativ till förhandlingar med arbetstagarorganisationer före en arbetsbristuppsägning är avgörande, bland annat för vilka möjligheter det finns för att överväga alternativa lösningar. Direktivet om kollektiva uppsägningar anger att samråd ska ske när arbetsgivaren "överväger" kollektiva uppsägningar, och medbestämmandelagen anger förhandlingar ska ske "innan arbetsgivaren fattar beslut". Att det föreligger förhandlingsskyldighet vid arbetsbristuppsägningar är i och för sig klart, och den tvistiga frågan i dessa situationer är om förhandlingen inletts vid rätt tidpunkt.²³

En utgångspunkt för samspelet mellan nationell rätt och EU-rätt är att det aktuella direktivet är ett minimidirektiv som inte hindrar medlemsstaterna från att anta för arbetstagarna mer förmånliga regler.²⁴ Detta innebär att avvikelser "uppåt" är förenliga med EU-rätten.²⁵

¹⁹ Se t.ex. AD 1978 nr 51, AD 1978 nr 56, AD 1979 nr 149 och AD 1980 nr 39.

²⁰ Direktiv 98/59/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

²¹ Direktiv 2001/23/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarers rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

²² Direktiv 2002/14/EG om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen. Här benämns de tre direktiven inflytandedirektiven.

²³ Jfr t.ex. AD 2008 nr 3.

²⁴ Artikel 5 direktivet om kollektiva uppsägningar.

²⁵ Se S. Deakin & R. Rogowski, *Reflexive labour law, capabilities and the future of social Europe* i R. Rogowski, *Transforming European employment policy* (2011). Se

Av förarbetena till medbestämmandelagen framgår att ordvalet ”innan” är ägnat att markera att förhandling ska ske innan arbetsgivaren själv bildat sig en uppfattning, och att förhandlingen ska ingå som ett led i beredningen av beslutet. Arbetsgivaren är i alla händelser berättigad att själv undersöka saken, och ta ställning till vilka alternativ som föreligger.²⁶ Av Arbetsdomstolens praxis framgår bl.a. att arbetsgivaren lojalt ska skapa utrymme för förhandlingarnas genomförande.²⁷

EU-domstolens praxis förtydligar vid vilken tidpunkt som arbetsgivaren ska ta initiativ till förhandlingar. I målet *C-44/08 Fujitsu Siemens* har EU-domstolen behandlat förhandlingsskyldigheten enligt direktivet om kollektiva uppsägningar i en koncernsituation. EU-domstolens centrala uttalande är:

Artikel 2.1 i direktiv 98/59 ska tolkas så, att antagandet, inom ramen för en företagskoncern, av strategiska beslut eller förändringar i verksamheten som tvingar arbetsgivaren att överväga eller planera kollektiva uppsägningar medför att denna arbetsgivare blir skyldig att överlägga med arbetstagarrepresentanterna.²⁸

Rekvisitet ”innan” i 11 § medbestämmandelagen tolkas således på samma sätt som EU-domstolen tolkat inflytandedirektivets tidpunkt för dotterbolagets skyldighet att ta initiativ till förhandling med arbetstagarorganisation inför en förestående arbetsbristuppsägning. EU-domstolens uttalande är även det väl förenligt med förarbetsuttalandet om att arbetsgivare måste ha möjlighet att själv bedöma situationen och undersöka alternativ. Jag anser inte att det här föreligger någon skillnad såvitt gäller tidpunkten i den bemärkelsen att nationell rätt skulle vara förmånligare för arbetstagarna. I denna situation kan således EU-rätten utan svårigheter sammanjämkas med medbestämmandelagen.

om s.k. ”goldplating” J. Hettne & I. Otken Eriksson (red.) EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, andra uppl. (2011) s. 183 ff.

²⁶ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 356.

²⁷ Se AD 1986 nr 53, jfr även J. Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen: En kommentar Del I, 1–32 §§ (2018) s. 122 ff.

²⁸ C-44/08 *Akavan Erityisalojen Keskusliitto* m.fl. EU:C:2009:533, p. 49. Se även C-68/17 IR EU:C:2018:696.

4 Primär förhandlingsskyldighet inför ägarbyten

Aktiebolaget är i praktiken den vanligaste associationsformen för den som bär ansvaret som arbetsgivare.²⁹ Det är aktiebolaget som är arbetstagarens motpart i anställningsavtalet, och för arbetstagarorganisationen i kollektivavtalet.³⁰ Aktiebolaget ägs av en eller flera aktieägare och bolagsrätten reglerar bl.a. förhållandet mellan ägarna och bolaget. Aktiebolag kan av olika skäl byta ägare. För detta gäller olika regler för bolag som är börsnoterade, och sådana som inte är det.³¹ Oavsett anledning kan arbetstagar sidan anse att ett byte av ägare är en ingripande åtgärd, och något som kan påverka bolagets personalpolitik. Innebär transaktionen ett arbetsgivarbyte, inträder förhandlingsskyldighet enligt 11 § medbestämmandelagen, eftersom det är en verksamhetsövergång.³²

Saken kan illustreras med följande scenario. Ett aktiebolag (ett s.k. målbolag) som sysselsätter 50 arbetstagare och är bundet av kollektivavtal med ett arbetarförbund och ett tjänstemannaförbund ska byta ägare. Medför bytet av ägare förhandlingsskyldighet med någon av arbetstagarorganisationerna?

Strax efter medbestämmandelagens ikraftträdande var oenigheten stor om dessa reglers innebörd. Följande uttalande från AD 1980 nr 72 ”Halmstad järnverk”, som rörde tillsättning av VD, är talande:

Enligt det ena synsättet, som ligger nära i linje med lagtextens innehåll enligt allmänt språkbruk, avses med beslut om viktigare förändring av arbetsgivarens verksamhet ett beslut som gäller ett sådant yttre, faktiskt eller mätbart ingrepp i organisationen eller arbetsformerna som har större betydelse för de anställda. Enligt det andra synsättet, som står friare i förhållande till lagtextens lydelse, fästes avgörande vikt vid om beslutet med hänsyn till sin omfattning och sina verkningar för de

²⁹ N. Selberg, Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: en studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö (2017).

³⁰ I vart fall när bundenhet uppkommer genom att arbetsgivaren själv tecknar kollektivavtal.

³¹ Se D. Stattin, Takeover: Offentliga uppköpserbjudanden på aktiemarknaden enligt svensk rätt, andra uppl. (2009).

³² Se artikel 7 verksamhetsövergångsdirektivet.

anställda typiskt sett har sådan betydelse för dem att den fackliga organisationen måste antas vilja förhandla i frågan.

Arbetsdomstolen valde det andra tolkningsalternativet och fäste avgörande vikt vid om beslutet, med hänsyn till omfattning och verkningar för de anställda, typiskt har sådan betydelse att arbetstagarorganisationen har ett intresse av att förhandla. Denna tolkning var *subjektiv* i så måtto att den utgick från lagstiftarviljan, så som den kommit till uttryck i förarbetena till medbestämmandelagen.³³

AD:s uttalande i AD 1980 nr 72 antyder att viktigare förändring av verksamheten kan omfatta också ägarbyten, eftersom detta ju kan ha avsevärd betydelse för verksamheten, och antas vara något som arbetstagarorganisationen typiskt sett kan antas vilja förhandla om.

Det finns emellertid inget fall som direkt behandlar förhandlingsskyldighet i målbolaget inför en aktieöverlåtelse.³⁴ Det mest närliggande är målet AD 1978 nr 156 "Hvilans elektriska", där det framgår att om en aktieöverlåtelse är förenad med sådant som är en viktigare förändring, så medför det förhandlingsskyldighet i målbolaget. I målet var aktieöverlåtelser förenad med uppsägning av en stor del av personalstyrkan.

Den rådande uppfattningen är emellertid att ett ägarbyte inte aktualiserar förhandlingsskyldighet för målbolaget, och anledningen till detta hänför sig till vem som kan besluta om överlåtelsen; nämligen *ägaren*, och inte arbetsgivaren.³⁵ Av 1 § medbestämmandelagen framgår att lagen avser förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare, och detta har ansetts innebära att det inte föreligger någon förhandlingsskyldighet i målbolaget inför ägarbyte. Det föreligger i denna situation helt enkelt inget beslut från arbetsgivarens sida.

Medför EU-arbetsrätten att det finns anledning att ompröva denna uppfattning? Det skulle vara möjligt att medelst en fördragskonform

³³ Se Prop. 1975/76:105 bilaga 1, s. 353 ff. om förarbeten se vidare t.ex. S. Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, femte uppl. (1996) s. 358 ff.

³⁴ Se Ds 1991:34 där en särskild lag avseende denna fråga övervägdes.

³⁵ SOU 1994:141 s. 439 och O. Bergqvist, L. Lunning & G. Toijer. Medbestämmandelagen: lagtext med kommentarer andra uppl. (1997) s. 207 f. och J. Malmberg a.a. not 8, s. 114.

tolkning tolka 11 § så att den omfattar förhandlingsskyldighet, också inför ett ägarbyte.³⁶

Det kan nämnas att saken är delvis reglerad i det s.k. takeoverdirektivet, som i denna situation ger visst inflytande till de anställda, men inte samrådsskyldighet.³⁷

Samrådsdirektivets, till skillnad från medbestämmandelagens, tillämpningsområde är inte begränsat till att avse förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det saknas avgöranden från EU-domstolen om den närmare innebörden av artikel 4, men det är inte desto mindre tydligt att artikel 4 är inriktad mot beslut som kan ha betydelse för arbetstagarna och särskilt sådant som kan hota sysselsättningen. En strikt tolkning av ordalydelsen av artikel 4.2; ”beslut som kan medföra väsentliga förändringar i arbetsorganisationen eller anställningsavtalen”, får sägas ge vid handen att ägarbyte inte innebär en ”förändring” av vare sig arbetsorganisationen eller anställningsavtalen. Ovan har dock framgått att Arbetsdomstolen i en liknande situation inte uppfattat sig tvungen att stanna vid en objektiv tolkning som fokuserar endast regelns ordalydelse, utan utgått från att frågan om förhandlingsskyldighetens utsträckning ska lösas med subjektiv tolkning i ljuset av regelns syfte. Det är, särskilt om man beaktar aspekten att anställningarna i bolaget kan hotas, således inte omöjligt att låta också ägarbyten omfattas av artikel 4.³⁸ Om EU-domstolen skulle tolka artikel 4 så att den omfattar ägarbyten ska svensk nationell rätt också anses ha denna innebörd. Den mest närliggande tolkningen är då att 11 § medbestämmandelagen får innebörden att arbetsgivaren inför ett ägarbyte ska ta initiativ till förhandlingar med arbetstagarorganisationen. Även om arbetstagarna inte har möjlighet att påverka den som fattat beslutet om överlåtelse, så har möjligheten att föra fram sin åsikt ett värde i en sådan situation.

Den primära förhandlingsskyldigheten har föranlett en omfattande rättspraxis från Arbetsdomstolen den första tiden efter ikraftträdandet av medbestämmandelagen; området för förhandlingsskyldigheten skulle preciseras. Till sin lydelse är artikel 4 inte helt olik 11 § med-

³⁶ Se t.ex. C-441/14 Ajos EU:C:2016:278.

³⁷ Se artikel 6 direktiv 2004/25/EG om uppköpserbjudanden (takeover).

³⁸ Se även skäl 6 och 8 till samrådsdirektivet.

bestämmandelagen och den situationen som beskrivits ovan kan omfattas av denna, och troligen finns det i alla händelser ett intresse att få prövat om den omfattas av artikel 4. I detta sammanhang kan det noteras att lagkommentaren till 11 § i 1997 års lagkommentar upptar 80 sidor³⁹ och även i 2018 års nyskrivna lagkommentar har denna bestämmelse genererat flest sidor.⁴⁰

Det är inte svårt att föreställa sig hypotetiska situationer i vilka det är oklart om de ska anses föranleda en informations- och samrådsskyldighet för arbetsgivaren. Mot denna bakgrund är det förvånande att det saknas praxis från EU-domstolen om området för *vad* som ska omfattas av information och samråd. Det är svårt att förstå varför sådan praxis inte uppstått. En anledning kan vara att när arbetstagar sidan försvagas i kölvattnet av den vikande organisationsgraden, så fokuserar denna på andra frågor än den närmare innebörden av EU-reglerna om arbetstagarinflytande.

5 Informationsrätt

Fokus för medbestämmandelagens reglering av arbetstagarinflytande är förhandlingar mellan arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen. Förhandlingar kan inledas med att arbetsgivaren informerar om det som är fråga för förhandling. Medbestämmandelagen bygger emellertid på premissen att arbetsgivaren inte ska ha ett informationsövertag i förhållande till arbetstagarna och att information ska vara lika fördelade mellan parterna.

Det är tydligt att arbetsgivarens skyldighet att informera och arbetstagarnas rätt att bli informerade har en framskjuten placering i inflytandedirektiven.⁴¹ I medbestämmandelagen finns bestämmelser om informationsrätt i 19 och 19 a §§. Arbetsgivarens skyldighet att lämna information har förändrats för både arbetsgivare med kollektivavtal och utan.

³⁹ O. Bergqvist, L. Lunning & G. Toijer, Medbestämmandelagen: lagtext med kommentarer, andra uppl. (1997) s. 169 ff.

⁴⁰ J. Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen: En kommentar Del I, 1–32 §§ (2018) s. 97 ff.

⁴¹ Se t.ex. artikel 7 verksamhetsövergångsdirektivet.

Vid genomförandet av samrådsdirektivet gjordes bedömningen att det var nödvändigt att komplettera medbestämmandelagen för att säkerställa att också arbetstagarorganisation utan kollektivavtal erhåller information. Lagstiftaren valde att utsträcka den befintliga regeln om informationsskyldighet även till arbetsgivare utan kollektivavtal, och medbestämmandelagen tillfördes en ny 19 a § med identisk lydelse som 19 § första meningen.

Att infoga en ny bestämmelse är det tydligaste sättet på vilket EU-rätten kan genomföras i nationell rätt. Även om den nya bestämmelsen ges samma lydelse som en befintlig, så är det klart att dess innehåll inte ska fastställas med 1970-talets förarbeten, utan av samrådsdirektivet. Rättspraxisen om samrådsdirektivet är begränsad, och området inom vilket arbetsgivaren enbart ska informera är delvis oklart. Inte heller Arbetsdomstolen har närmare klargjort innebörden av informationskyldigheten för arbetsgivare utan kollektivavtal.

Till skillnad från den allmänna förhandlingsrätten och den primära förhandlingsskyldigheten har för arbetsgivare utan kollektivavtal införts en ny bestämmelse i medbestämmandelagen. Kopplingen till direktivet är tydligare, samtidigt som genomförandet har anknutits till den redan förekommande formuleringen.

6 Avslutning: Olika genomförandesätt och den nationella rättstillämparen

EU-rätten påverkar medbestämmandelagens regler om arbetstagarinflytande på olika sätt. Här har jag beskrivit tre olika sätt på vilka genomförandet återspeglas i medbestämmandelagen.

För det första, *nya bestämmelser*: skillnaden mellan den existerande lagen och ett direktiv överbryggas med en ny paragraf. Att dessa bestämmelser har EU-rättslig bakgrund framgår av paragrafen, och tydligt i de nationella förarbetena som motiverar bestämmelsen (se avsnitt 5).

För det andra, *kompletterande av rättskällebildan*: ett eller flera direktiv genomförs utan att ordalydelsen i de relevanta bestämmelserna ändras. De flesta inflytandedirektiven är minimidirektiv, och hindrar således inte regler som är mer förmånliga för arbetstagarna. Det är ofta

möjligt att sammanjämka medbestämmandelagen och EU-arbetsrätten. Ibland kan emellertid oklara situationer uppstå, och då måste det avgöras om EU-arbetsrätten har en annan innebörd än det som tidigare antagits vara rättsläget på nationell nivå (se avsnitt 4).

För det tredje, bidrar EU-rätten till en *förskjutning av befintliga bestämmelsers systematiska innebörd*. Så har skett beträffande den allmänna förhandlingsrätten (se avsnitt 2), som numera också representerar en aspekt av inflytandet för anställda i arbets- och företagsledningsbeslut, och således inte längre något som enbart är ägnat att möjliggöra kollektivavtals- och tvisteförhandlingar. Att medbestämmandelagen på detta sätt tillförts en EU-rättslig dimension framgår dock inte av bestämmelsens lydelse, som alltså kvarstår oförändrad. Även om regeln är densamma, så har rättskällebildningen bakom den förändrats avsevärt.

Arbetsdomstolen har aldrig vänt sig till EU-domstolen för bistånd med tolkning av direktivbestämmelser om arbetstagarinflytande.⁴² Den EU-rättsliga kopplingen till nationell lagstiftning är tydligast när nya bestämmelser genomförs på nationell nivå. När befintliga bestämmelser används för att genomföra direktiv uppfattas sannolikt behovet att begära förhandsavgörande från EU-domstolen som mindre, eftersom de omfattande nationella rättskällorna kan ge ledning om bestämmelsens innebörd.⁴³ Inte desto mindre är detta underlag för tolkningen inte det enda som ska beaktas då det är fråga om en ny regel, med ett nytt syfte, inordnats i den existerande bestämmelsen. Det förefaller som att Arbetsdomstolens frågor till EU-domstolen rent faktiskt avsett situationer där konflikten mellan nationell rätt och EU-rätten varit uppenbar, samt i situationer där EU-rätten genomförts i nationell rätt med stöd av en helt ny bestämmelse.

Medbestämmandelagens regler om arbetstagarinflytande hänger samman och skapar en helhet som ska ge arbetstagarna inflytande i alla

⁴² Jfr N. Bruun & J. Malmberg, Finska och svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar i AM. Westregård mfl (red.) Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck (2005) och A. Inghammar m.fl Empowering National Courts in EU Law (2009) s. 54 ff.

⁴³ Jfr AD 2017 nr 61 där Arbetsdomstolen ansåg det obehövt att inhämta förhandsavgörande, eftersom det inte var möjligt med en konformtolkning av den nationella bestämmelsen om utredningsskyldighet vid trakasserier (2 kap. 3 § diskrimineringslagen), eftersom denna regel inte hade någon motsvarighet i direktivet.

frågor som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Genomförande av inflytandedirektiv genom befintliga bestämmelser kan således påverka samspelet mellan de olika delarna som bildar helheten.

Alla tre sätt på vilka EU-rätten påverkar svensk rätt förekommer i medbestämmandelagens regler om arbetstagarinflytande. EU-arbetsrätten har på liknande sätt format också andra delar av den individuella och kollektiva arbetsrätten.

Inflytandedirektivens påverkan på medbestämmandelagen är ett led i det EU-rättsdrivna skiftet för den nordiska arbetsrätten. EU-arbetsrättens påverkan medför att de välkända och omfattande nationella 40-åriga lagförarbetena inte längre har den centrala rollen som utgångspunkt när medbestämmandelagens innehåll ska fastställas tolkningsvis. Den förändrade rättskällebildningen kräver att den som ska tillämpa medbestämmandelagen i det enskilda fallet undersöker den EU-rättsliga kopplingen. Medbestämmandelagen gäller alltså på samtliga arbetsplatser i Sverige, och numera krävs det av arbetsgivare och arbetstagarorganisationer runt om i landet att de känner till hur svensk medbestämmanderätt förhåller sig till EU:s inflytandedirektiv.

Vårdvägran – några arbetsrättsliga implikationer

Kavot Zillén

1 Inledning

Inom hälso- och sjukvården förekommer det ibland att hälso- och sjukvårdspersonal inte vill medverka vid eller utföra viss vård på grund av samvetsbetänkligheter, s.k. *vårdvägran*.¹ En situation som särskilt uppmärksammas på senare tid är när barnmorskor i svensk kvinno-sjukvård inte vill medverka vid abortvård av religiösa skäl.² Denna form av vårdvägran har relativt nyligen varit föremål för rättslig prövning av Arbetsdomstolen (AD) som undersökt om det utgjort religiös diskriminering eller kränkning av religionsfrihet när en vårdgivare nekat en barnmorska anställning vid kvinnokliniker på grund av hennes religiöst grundade vägran att delta i abortvården.³ En central fråga som uppstår i dessa situationer är vilket rättsligt utrymme som finns att befria hälso- och sjukvårdspersonal från att utföra vårdrelaterade arbetsuppgifter. Vilka rättigheter och skyldigheter har med andra ord hälso- och sjukvårdspersonal när de inte vill utföra vård som strider mot deras religion?

¹ K. Zillén, Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig avhandling om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård. Uppsala: Uppsala universitet (2016), s. 28 f.

² AD 2017 nr 23 och Nyköpings tingsrätt, mål T 2153-15, dom den 4 november 2016.

³ AD 2017 nr 23.

Hälso- och sjukvårdspersonalens skyldigheter framgår bland annat av det medicinerättsliga regelverket, såsom patientsäkerhetslagen (2010:659), PSL, patientlagen (2014:821) och hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL. Dessutom omfattas hälso- och sjukvårdspersonal även av arbetslagstiftning, individuella anställningsavtal och kollektivavtal.⁴ I anställnings- och kollektivavtal regleras bland annat arbetstagarens skyldigheter att utföra arbetsuppgifter som ligger inom ramen för yrket. Om hälso- och sjukvårdspersonal av samvetsskäl avstår från att medverka vid eller utföra viss vård, kan detta stå i strid med arbetstagarens arbetsskyldighet. Samtidigt har anställd hälso- och sjukvårdspersonal – precis som alla andra – en rätt att utöva sin religion och arbetsgivare en skyldighet att verka för lika rättigheter och möjligheter oavsett personalens religion eller tro. I det arbetet ligger bland annat att motverka religiös diskriminering på arbetsplatsen och att vidta åtgärder för att främja enskildas möjlighet att söka och erhålla lediga anställningar oavsett deras religion eller tro.

I detta kapitel undersöks vårdvägran utifrån ett arbetsrättsligt och diskrimineringsrättsligt perspektiv med särskilt beaktande av hälso- och sjukvårdspersonalens arbetsskyldighet och förbudet mot religiös diskriminering på arbetsplatsen.⁵ Den centrala frågan som analyseras är vilka rättsliga möjligheter hälso- och sjukvårdspersonal har att avstå från att utföra vissa arbetsuppgifter som strider mot deras övertygelse.

2 Vad ingår i hälso- och sjukvårdspersonalens arbetsskyldighet? Särskilt om barnmorskor

Hälso- och sjukvårdspersonalens arbetsskyldighet, dvs. skyldigheten att utföra de arbetsuppgifter som ingår i anställningen, bedöms utifrån det personliga anställningsavtalet som ingåtts mellan arbetstagare och arbetsgivare. De arbetsuppgifter som upptas där ingår med andra ord i arbetsskyldigheten. Här bör dock betonas att anställningsavtalet inte

⁴ Anställningsavtal upprättas mellan arbetstagare och arbetsgivare, medan kollektivavtal är en överenskommelse mellan arbetsgivare och facket.

⁵ Kapitlet är skrivet med utgångspunkt i min avhandling: K. Zillén, Hälso- och sjukvårdspersonalens religions- och samvetsfrihet: en rättsvetenskaplig avhandling om samvetsgrundad vägran och kravet på god vård. Uppsala: Uppsala universitet (2016).

får stå i strid med de regler om arbetsvillkor som fastställts i lag och praxis och kollektivavtalets tvingande regler – för de fall arbetsgivaren har ett kollektivavtal.⁶ I de fall där anställningsavtalet inte preciserar arbetsskyldighetens omfattning kan yrkeskvalifikationer, sedvanja rörande yrkesspecifika arbetsuppgifter eller innehållet i tillämpliga befattnings- eller tjänstebeskrivningar fungera som vägledning.⁷

En princip utvecklad av AD som närmare förklarar hur arbetsskyldighetens omfattning ska tolkas och bedömas är den s.k. *29/29-principen*, vilken första gången fastställdes i *AD 1929 nr 29* och som refererats till i ett flertal efterföljande fall. Utgångspunkten för tolkningen av arbetsskyldighetens omfattning enligt kollektivavtal är, enligt denna princip, att arbetstagaren är skyldig att utföra arbete som står i ”naturligt samband med den centrala verksamheten, på vilket avtalet först och främst syftar”.⁸ Generellt sätt kan sägas att arbetsuppgifterna för hälso- och sjukvårdspersonal kretsar kring att ge vårdsökande hälso- och sjukvård. Med hälso- och sjukvård avses enligt 2 kap. 1 § HSL, åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador.⁹

Till hälso- och sjukvård hör även vissa vårdåtgärder enligt speciallagstiftning såsom insemination, sterilisering och abort.¹⁰ Arbetsskyl-

⁶ Se 27 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet om att arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal inte får träffa överenskommelse som strider mot avtalet. Se även A. Adlercreutz & B. J. Mulder, *Svensk arbetsrätt* (2013), s. 110 ff. Inom den offentliga sektorn täcks alla arbetstagare av kollektivavtal, K. Källström & J. Malmberg, *Anställningsförhållandet, inledning till den individuella arbetsrätten* (2016), s. 70.

⁷ Se exempelvis *AD 1995 nr 101* och *AD 2002 nr 134*, om att befattnings- eller tjänstebeskrivningar kan användas som vägledning vid bedömningen av arbetstagares arbetsskyldighet.

⁸ *AD 2012 nr 66* och *AD 1929 nr 29*.

⁹ Enligt bestämmelser innefattar hälso- och sjukvård även sjuktransporter samt att ta hand om avlidna. För en närmare beskrivning av begreppet hälso- och sjukvård se bland annat E. Axelsson, *Patientsäkerhet och kvalitetssäkring i svensk hälso- och sjukvård – en medicinsrättslig studie* (2011), s. 27 ff. och U. Sandén, *Sekretess och tystnadsplikt inom offentlig och privat hälso- och sjukvård: ett skydd för patientens personliga integritet* (2012), s. 130 ff. samt J. Johnsson & J. Sahlin, *Hälso- och sjukvårdslagen: med kommentarer* (2010), s. 31 ff.

¹⁰ Se 6 kap. 2 § lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m., 6 § steriliseringslagen (1975:580) och 5 § abortlagen (1974:595).

digheten för hälso- och sjukvårdspersonal varierar alltså beroende av yrkeskategori och inom vilket vårdområde som den enskilde är verksam i. Inom kvinnosjukvården ingår exempelvis medverkan vid abort och administrerande av abortläkemedel i en barnmorskas arbetsskyldighet.¹¹ Viktigt att betona är att utförandet av abort, såväl medicinsk abort (läkemedelsbehandling) som kirurgisk abort, är en regelstyrd uppgift förbehållen läkare enligt 5 § abortlagen (1974:595). Barnmorskors uppgifter vid abort är således att medverka (assistera) vid kirurgisk abort och att administrera abortläkemedel.

Vissa vårdåtgärder och behandlingar betraktas generellt sett som etiskt och moraliskt känsligare än andra, detta gäller bland annat inom området för sexuell och reproduktiv hälsa. Som exempel på sådana vårdåtgärder kan bland annat nämnas abort, insättning av spiral, förskrivning av dagen efter-piller, sterilisering, assisterad befruktning och fosterdiagnostik.¹²

I situationer där personal av samvetsskäl underlåter att medverka vid eller utföra viss vård och behandling på grund av samvetsbetänkligheter kan detta innebära ett avsteg ifrån arbetsskyldigheten. Som exempel kan nämnas att det uppkommit situationer i Sverige där barnmorskor av religiösa skäl inte velat medverka vid utförandet av aborter. Ett sådant fall har prövats av AD som konstaterat att det inte utgjort religiös diskriminering eller kränkning av religionsfrihet när en vårdgivare nekat en barnmorska anställning vid kvinnokliniker på grund av hennes religiöst grundade vägran att delta i abortvården.¹³ I fallet, som närmare behandlas nedan, hänvisade AD bland annat till arbetsrättsliga principer om arbetsskyldighet och betonade att arbetsgivare har en sanktionerad rätt att begära att en arbetstagare utför de arbetsuppgifter som ingår i arbetstagarens yrkeskvalifikationer, som i detta fall ansågs omfatta en skyldighet att medverka vid utförandet av abort.

Det tycks således stå relativt klart att en barnmorska som är verksam vid en kvinnoklinik där aborter utförs ska kunna medverka vid

¹¹ Svenska Barnmorskeförbundets kompetensbeskrivning för legitimerad barnmorska 2018, s. 7 och 11.

¹² SOU 1994:84 s. 128–138 och Bueno de Mesquita & Finner, *Conscientious objection: protecting sexual and reproductive health rights*, 2008, s. 7 f.

¹³ AD 2017 nr 23.

aborter, eftersom medverkan vid abort har ett tydligt samband med kvinnoklinikens centrala verksamhet och ingår i arbetsskyldigheten. Om en anställd barnmorska vägrar att fullfölja arbetsskyldigheten kan detta medföra en arbetsvägran som kan utgöra grund för både uppsägning eller avskedande enligt 7 och 18 §§ lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS).¹⁴

I det kommande avsnittet diskuteras möjligheten att tillgodose hälso- och sjukvårdspersonalens önskemål om att befrias från att utföra vissa vårdrelaterade arbetsuppgifter av religiösa skäl genom att i anställningsavtal utesluta vissa arbetsuppgifter från arbetsskyldigheten.

3 Samvetsklausuler i anställningsavtal

Arbetstagare och arbetsgivare kan, inom ramen för avtalsfriheten, komma överens om arbetsskyldighetens närmare innehåll i anställningsavtalet.¹⁵ En arbetstagare har mot bakgrund av detta möjligheten att, i överenskommelse med arbetsgivaren, avtala om arbetsskyldighetens omfattning och begränsning.¹⁶ Det är således möjligt att i anställningsavtal utesluta vissa arbetsuppgifter.¹⁷ Frågan som här diskuteras är möjligheten att införa s.k. samvetsklausuler i anställningsavtal. Med samvetsklausul avses här en tilläggsparagraf i anställningsavtal som ger hälso- och sjukvårdspersonal möjligheten att av samvetsskäl (mora-

¹⁴ En arbetsvägran bedöms generellt sett som ett allvarligt åsidosättande av de förpliktelser som åvilar arbetstagaren och kan således utgöra grund för avskedande, M. Rönnmar, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet – om kvalitativ flexibilitet i arbetslivet, JT (2006), 45–64 vid s. 49 f. och AD 2010 nr 81.

¹⁵ M. Rönnmar, Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext (2004), s. 154.

¹⁶ A.a. s. 175.

¹⁷ Det individuella anställningsavtalet får dock inte innehålla avvikelser som strider mot vissa tvingande bestämmelser i kollektivavtalet, vanligtvis avseende vissa minimivillkor, Se 27 § MBL som stadgar att anställningsavtal som strider mot gällande kollektivavtal ska anses ogiltigt. Det avtalade villkoren får inte heller strida mot lag, övrig författning och rättsregler fastställda i praxis. Bortsett från detta finns generellt sett inga hinder mot att avtala om arbetsvillkor som är gynnsammare för arbetstagaren än vad som följer av kollektivavtalet, Se AD 2005 nr 2, om bland annat arbetsgivare och arbetstagares möjlighet att träffa överenskommelser om högre löner än de som finns angivna i anställningsavtal.

liska eller religiösa skäl) befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter som annars ingår i arbetsskyldigheten. Denna avtalade form av samvetsklausul ska inte förväxlas med de rättsligt reglerade samvetsklausulerna som förekommer i vissa länders hälso- och sjukvårdslagstiftning, exempelvis i Norge och Danmark.¹⁸

Trots att avtalsfriheten möjliggör för arbetsgivare och arbetstagare att komma överens om vissa arbetsvillkor och arbetsförmåner, är det tänkbart att avtalsbestämmelser som begränsar arbetsskyldigheten i vissa fall kan vara svåra att förena med exempelvis hälso- och sjukvårdspersonalens lagstadgade skyldigheter i 6 kap. PSL. En bestämmelse i avtal som befriar läkare från att informera patienter om viss vård och behandling är exempelvis inte förenlig med den lagstadgade informationsplikten i 6 kap. 6 § PSL. Om hälso- och sjukvårdspersonal i avtal tillåts att avstå från att ge viss akut vård och behandling, kan det vara i strid med kravet på vetenskap och beprövad erfarenhet i 6 kap. 1 § PSL. Dessutom kan en avtalad samvetsklausul medföra svårigheter för de arbetsgivare som, i egenskap av vårdgivare (de som bereder vården), bär det yttersta ansvaret för att personalen utför sitt arbete i enlighet med de krav som ställs på en god vård i 5 kap. 1 § HSL.

Här kan nämnas att Kristdemokraterna under 2014 lade fram motioner i både Jönköpings och Kronobergs landstingsfullmäktige om att ändra personalpolicyen i landstinget så att hälso- och sjukvårdspersonal av samvetsskäl på ett enklare sätt skulle kunna komma överens med arbetsgivaren om att avstå från att utföra vissa arbetsuppgifter.¹⁹ Både Kronobergs landstingsfullmäktige och Jönköpings landstingsfullmäktige avslog dock motionerna.²⁰

¹⁸ Se 14 § i den norska loven om svangerskapsavbrudd (lov nr 50 den 13 juni 1975) och 28 kap. 102 § i danska sundhetsloven (lov nr 1202 den 14 november 2014).

¹⁹ Se Kristdemokraternas motion till Jönköpings landstingsfullmäktige, Anna-Karin Yngvesson, Torbjörn Eriksson och Erik Lagärde (inkommen 8 april 2014) och motion till Kronobergs landstingsfullmäktige, Eva Johnsson, Christer Henriksson och Rolf Sällryd (inkommen den 30 september 2014).

²⁰ Se 148 § i protokoll från Kronobergs landstingsfullmäktige, dnr: LF 6/2014, (2014-11-23) och 216 § i protokoll från Landstingsstyrelsen i Jönköpings län, dnr: LJ2014, (2014-12-16). Se även Jönköpings hälso- och sjukvårdsutskotts beredning av motionen, dnr: LJ2014/540, (2014-10-23), där framgår bland annat att utskottet inte ansåg en sådan policy vara förenlig med hälso- och sjukvårdslagens krav på vård på lika villkor.

Tillämpningen av samvetsklausuler i anställningsavtal skulle i praktiken kunna medföra konsekvenser för vårdverksamheten, patientens tillgång till viss vård och patientens trygghet och säkerhet i vården. För det första kan vårdtillgängligheten i vissa fall äventyras om det på grund av vårdvägran inte finns tillräckligt med kompetent personal som vill medverka vid viss vård. För det andra kan en tillåtande attityd gentemot personal som inte vill medverka vid eller utföra viss vård och behandling verka avskräckande för patienter och påverka förtroendet för vården på ett negativt sätt. Dessutom kan problem uppstå om exempelvis en läkare av religiösa skäl befrias från att ge viss behandling, men fortfarande har ett ansvar att ge råd och information till patienten om behandlingen. I dessa fall finns risk för att läkaren inte är objektiv i sin rådgivning beträffande behandlingen. En barnmorska som har en negativ inställning till abort kan exempelvis ha svårt att vara objektiv i sitt bemötande av abortsökande kvinnor.²¹ Det finns i den situationen en risk för att kvinnan uppfattar kontakten med barnmorskan som psykiskt påfrestande, vilket även kan skapa skuld känslor hos kvinnan.²²

Det sagda innebär inte att det föreligger några principiella hinder mot att i individuella anställningsavtal utesluta vissa arbetsuppgifter från vissa arbetstagares arbetsskyldighet. Att personal befrias från att medverka vid eller utföra viss vård som de av samvetsskäl inte vill utföra kan även medföra positiva effekter för vården, exempelvis genom att patienter inte behöver bemötas eller behandlas av personal som har en negativ inställning till den vård patienten söker. Det är dock viktigt att det säkerställs att samvetsklausulens innehåll inte strider mot personalens allmänna åligganden enligt lag och de krav som ställs på vården, vilket måste bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Om verksamheten på ett enkelt och smidigt sätt kan organiseras så att arbetstagare som önskar det befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter och detta inte medför ytterligare arbetsbelastning för övrig personal, eller orsakar förlängd väntetid för vårdsökande, skulle en sådan avtalad samvetsklausul i princip vara förenlig med god vård. Det kan emellertid vara praktiskt svårt för arbetsgivaren att tillgodose alla arbetssökandes

²¹ SOU 1994:84 s. 134.

²² A.st.

och arbetstagares önskemål om att avstå från att utföra vissa vårdrelaterade arbetsuppgifter. Att medge en sådan möjlighet till alla som önskar det, skulle i praktiken kunna medföra ytterligare arbetsbelastning för övriga arbetstagare och orsaka vissa svårigheter för patienter att få viss vård och behandling utförd, vilket inte kan anses förenligt med kravet på god vård och vårdtillgänglighet. Visserligen skulle en omfördelning av arbetsuppgifter kunna jämna ut skillnaderna i arbetsbelastningen, men denna möjlighet är till stor del beroende av vilket utrymme som finns för omfördelning av arbetsuppgifterna, om omfördelningen är skälig eller medför väsentliga uppgiftsförändringar eller om det är en liten eller stor arbetsplats etc.²³

4 Arbetsgivarens arbetsledningsrätt vid vårdvägran

I ovan avsnitt har möjligheten att införa samvetsklausuler i individuella anställningsavtal diskuterats. En annan möjlighet att tillgodose hälso- och sjukvårdspersonalens religiöst grundade önskemål om att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter är genom arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Arbetsledningsrätten innebär en rätt för arbetsgivaren att ensidigt besluta om omfördelning av arbetsuppgifter och om förändring av dessa.²⁴ Frågan är om arbetsgivare bör använda sin arbetsledningsrätt för att anpassa arbetsförhållandena och arbetsplatsen på ett sätt som gör det möjligt för arbetstagare att befrias från att utföra arbetsuppgifter som inte är förenliga med deras religion eller tro.

Arbetsplatsen ska så långt möjligt lämpa sig för alla arbetstagare oavsett religion eller annan trosuppfattning. Ponera exempelvis att en eller flera läkare vid en vårdinrättning av religiösa skäl inte vill utföra en särskild arbetsuppgift som faller inom arbetsskyldigheten. Arbetsgivaren kan i den situationen kräva att arbetstagaren utför de arbetsuppgifter

²³ Omfördelning av arbetsuppgifter faller in under arbetsgivarens arbetsledning, se M. Rönnmar (2004).

²⁴ Ds 2002:56 s. 353, H. Göransson, Godtycklighet eller ”godtagbara skäl” vid arbetsledningsbeslut? I: Jan. Rosen, (red.), *Lex ferenda*, (1996), s. 55–67, M. Rönnmar (2006), s. 47. Arbetsledningsrätten beskrivs som en allmän rättsgrundsats som omfattas av kollektivavtalet, trots att den inte uttryckligen upptas där, K. Ahlström, *Kollektivavtal: formalia, giltighet och tolkning* (2013), s. 184.

som följer av arbetsskyldigheten. En vägran att utföra arbetsuppgifter inom arbetsskyldigheten kan nämligen som ovan nämnts betraktas som en arbetsvägran som kan få arbetsrättsliga konsekvenser. Arbetsgivaren kan emellertid i stället, inom ramen för sin arbetsledningsrätt, överföra ansvaret för att utföra dessa arbetsuppgifter på annan behörig personal och samtidigt se till att de arbetstagare som av religiösa skäl inte vill utföra dessa uppgifter tilldelas andra arbetsuppgifter. Det handlar alltså i dessa fall inte om att minska arbetsbördan för den enskilde utan att omfördela arbetet.

Viktigt att betona är emellertid att arbetsledningsrätten inte medför någon skyldighet, utan enbart en möjlighet för arbetsgivaren att omfördela arbetsuppgifter i syfte att tillgodose arbetstagarens önskemål om att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter. Vårdinrättningar kan ha olika möjligheter när det gäller insatser för att underlätta för hälso- och sjukvårdspersonal att agera i enlighet med sin religion eller tro beroende av verksamhetens storlek. Omplacering eller förändringar av arbetsuppgifter kan exempelvis vara svårare att genomföra på mindre arbetsplatser med begränsad bemanning. Det är med andra ord verksamhetens mål och uppgifter som ska vara styrande för arbetsgivarens arbetsledningsrätt, inte arbetstagarens behov och intressen.²⁵ På hälso- och sjukvårdens område innebär detta bland annat att intresset av en god vård samt hög patientsäkerhet ska vara styrande och vägledande för hur vårdverksamheten organiseras.

Trots att arbetsledningsrätten inte innebär en skyldighet för arbetsgivaren att på arbetstagarens begäran omfördela arbetsuppgifter för att tillgodose personalens religiösa intressen har arbetsgivaren en skyldighet att i sitt arbete med att leda och fördela arbetet beakta reglerna om förbud mot diskriminering i arbetslivet och kravet på aktiva åtgärder i diskrimineringslagen (2008:567), DL. Arbetsgivares arbete med aktiva åtgärder enligt 3 kap. DL innebär en skyldighet att förebygga bland annat religiös diskriminering på arbetsplatsen och att främja lika

²⁵ Jfr Ds 2002:56 s. 353, K. Källström & J. Malmberg (2016), s. 191 f., M. Rönnmär (2006), s. 60, A. Numhauser-Henning & M. Rönnmär, *Det flexibla svenska anställningsskyddet*, JT 2010–11 s. 382–411, vid s. 386 och s. 410, om kvantitativ flexibilitet och arbetsgivarens möjlighet att säga upp arbetstagare för att anpassa arbetskraftens storlek till verksamhetens behov.

rättigheter och möjligheter för arbetstagare. Utgångspunkten i 3 kap. 1–5 §§ DL är att arbetsgivaren inom ramen för sin verksamhet fort-löpande ska arbeta med aktiva åtgärder, t.ex. beträffande arbetsvillkor och rekrytering. Det innebär bland annat ett ansvar att skapa goda förutsättningar för alla att arbeta och vara delaktiga i verksamheten, oavsett religiös bakgrund. De arbetsgivare som inte fullgör sina skyldigheter att arbeta med aktiva åtgärder kan riskera att träffas av ett vitesföreläggande, vilket syftar till att frambringa ett effektivt antidiskrimineringsarbete.²⁶

Mot bakgrund av arbetsgivarens arbetsledningsrätt och skyldighet att arbeta med aktiva åtgärder bör personalens önskemål om att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter som strider mot deras religion tillgodoses om det finns möjlighet att på ett relativt oproblematiskt sätt lösa arbetstagarens samvetsskonflikt, genom exempelvis omfördelning av arbetsuppgifter. Om det emellertid inte finns tillräckligt med personalresurser för en sådan omfördelning eller det skulle medföra alltför stora ekonomiska kostnader måste det anses utgöra sakliga skäl för arbetsgivaren att avstå från att tillgodose ett sådant önskemål.

5 Direkt diskriminering vid vårdvägran

5.1 Arbetstagare som vägrar att utföra vissa arbetsuppgifter

En religiöst grundad underlåtenhet kan som visats komma i konflikt med villkor som är knutna till arbetets utförande och anställningen. Frågan som här diskuteras är om det kan utgöra direkt diskriminering enligt 1 kap. 4 § 1 p. DL när arbetsgivare vidtar åtgärder mot arbetstagare för att denne av religiösa skäl har underlåtit att utföra vissa arbetsuppgifter. Frågan har hittills inte varit föremål för någon rättslig prövning. Däremot har AD i ett fall från år 2005 tagit ställning till om en arbetsgivares åtgärder mot en arbetstagare, som vägrat att utföra vissa arbetsuppgifter av religiösa skäl, utgjort etnisk diskriminering enligt den då gällande lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk

²⁶ Prop. 2015/16:135 s. 77.

diskriminering i arbetslivet.²⁷ Fallet avsåg en kvinnlig undersköterska, tillhörande Jehovas vittnen, som var anställd vid ett äldreboende. Hon var till följd av sin religion inte villig att utföra, planera eller förbereda vissa aktiviteter som hon förknippade med traditionella högtider, såsom att klä julgran och midsommarstång. Undersköterskan hade på grund av detta, vid ett flertal tillfällen, bytt arbetsuppgifter med sina arbetskamrater utan att inhämta ett godkännande från arbetsgivaren. Arbetsgivaren informerade henne om den arbetsskyldighet som förelåg och att hon var skyldig att utföra alla sina arbetsuppgifter. Undersköterskan motsatte sig detta varför hon erbjöds en annan anställning. Arbetsdomstolen ansåg det vara ett rimligt krav från arbetsgivarens sida att den som åtar sig ett uppdrag kan utföra de arbetsuppgifter som omfattas av uppdraget.²⁸ Domstolen kom till slutsatsen att undersköterskan inte diskriminerats, eftersom det inte kunde antas att någon annan som av andra skäl skulle ha vägrat utföra dessa arbetsuppgifter, skulle ha behandlats mer förmånligt.²⁹ En prövning utifrån diskrimineringslagens bestämmelse om direkt diskriminering skulle sannolikt resultera i samma bedömning, då undersköterskan såvitt framgår av fallet inte behandlats mindre förmånligt än en annan person i en jämförbar situation, dvs. en annan arbetstagare som av andra skäl skulle ha vägrat utföra arbetsuppgifterna.³⁰

5.2 Arbetssökande som vägrar att utföra vissa arbetsuppgifter

Ovan illustrerades situationen när en arbetstagare under pågående anställning vägrar att utföra vissa arbetsuppgifter som följer av anställningen. Vad gäller då i situationen när en arbetssökande nekas en an-

²⁷ AD 2005 nr 21. Enligt dåvarande lag likställdes en grupp personer som har samma trosbekännelse med en etnisk grupp. Lagen ändrades år 2003, då även religion eller annan trosuppfattning infördes som diskrimineringsgrund.

²⁸ AD 2005 nr 21 s. 13.

²⁹ A.st.

³⁰ Se även EU:domstolens senaste avgöranden om diskriminering på arbetsplatsen på grund av religion utifrån EU:s ramdirektiv om likabehandling: dom den 14 mars 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, dom den 14 mars 2017, Bougnaoui och ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, dom den 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257 och dom den 11 september 2018, IR, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696.

ställning då han eller hon inte vill befatta sig med vissa arbetsuppgifter som strider mot den enskildes religion? För att ett sådant handlade från arbetsgivarens sida ska utgöra direkt diskriminering enligt DL krävs att den arbetssökande befinner sig i en jämförbar situation med övriga arbetssökande och att nekanhet (missgynnandet) har samband med den enskildes religion. I AD 2006 nr 60 fann Arbetsdomstolen att en arbetssökande med utländsk bakgrund blivit diskriminerad på grund av etnisk tillhörighet, då han inte blivit uttagen till en anställningsintervju. Domstolen ansåg att mannen hade *likvärdiga meriter* och därmed befann sig i en jämförbar situation med de övriga arbetssökande som togs ut till intervju.³¹ Arbetsdomstolen har uttalat att sökandes kvalifikationer ska värderas efter bedömningsgrunderna utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet.³²

Beträffande bedömningen av personlig lämplighet kan arbetssökandes egenskaper såsom flexibilitet, gott kundbemötande, stress-tålighet, ledarskaps- och samarbetsförmåga beaktas.³³ Här finns anledning att återknyta till den ovan nämnda situationen där en barnmorska vägrat medverka vid abort. En arbetssökande barnmorska som inte vill eller kan utföra de arbetsuppgifter som följer av yrket, såsom medverkan vid abort eller spiralinsättning, kan sägas brista i sin (faktiska) förmåga att utföra alla de arbetsuppgifter som arbetet kräver, vilket enligt min mening, måste antas tala för att personen inte uppfyller kravet på personlig lämplighet för anställningen. För att direkt diskriminering ska föreligga i en sådan anställningssituation är det en förutsättning att barnmorskan befinner sig i en jämförbar situation med övriga arbetssökande. Det är svårt att se hur en barnmorska som vägrar att utföra vissa arbetsuppgifter som anställningen kräver kan anses befinna sig i en jämförbar situation med barnmorskor som inte har sådana förbehåll. Det kan även uttryckas som att en barnmorskas ovilja att utföra

³¹ Jfr AD 2005 nr 98, där domstolen inte ansåg att en arbetssökande befunnit sig i en jämförbar situation med personen som fick anställningen, då han inte uppfyllt företagets krav på god förmåga att uttrycka sig i tal och skrift.

³² Se AD 2005 nr 69, om könsdiskriminering. Arbetsdomstolens uttalanden i nämnda fall, avseende den tidigare gällande jämställdhetslagen, anses ha giltighet även såvitt avser bedömningen av jämförbar situation enligt diskrimineringslagen, se AD 2010 nr 91.

³³ AD 2008 nr 47 s. 16 och 2005 nr 69 s. 12.

arbetsuppgifterna medför att hon inte har samma förutsättningar som övriga barnmorskor att utföra arbetet. Starka skäl talar således mot att det utgör direkt diskriminering när en barnmorska nekas anställning på grund av att hon av religiösa skäl inte vill utföra alla arbetsuppgifter som följer av anställningen och därmed är mindre lämpad för arbetsuppgifterna.

Dessutom är ytterligare en nödvändig förutsättning för direkt diskriminering att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet (att nekas anställningen) och diskrimineringsgrunden. Arbetsgivaren måste således ha nekat barnmorskan anställningen av skäl som har samband med arbetssökandens religionstillhörighet. Det utgör alltså inte direkt diskriminering om en barnmorska nekats anställningen på grund av att hon inte avser att utföra alla arbetsuppgifter, då beslutet inte grundas på hennes religionstillhörighet. Det innebär att det inte finns något direkt samband mellan missgynnandet och religionstillhörigheten. Arbetsgivarens beslut att i en sådan situation inte anställa barnmorskan kan dock i stället utgöra indirekt diskriminering, vilket diskuteras mer utförligt nedan.

6 Indirekt diskriminering vid vårdvägran

6.1 Kravet att utföra alla de arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten

Generellt utformade riktlinjer och krav som i praktiken särskilt missgynnar vissa grupper av arbetssökande eller arbetstagare, exempelvis personer med en religiös övertygelse, kan utgöra s.k. indirekt diskriminering enligt 1 kap. 4 § 2 p. DL. Förbudet mot indirekt diskriminering gäller alltså när någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt, men som kan komma att särskilt missgynna personer med exempelvis viss religion eller trosuppfattning. Det anses dock inte utgöra indirekt diskriminering om tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt har ett *berättigat syfte* och de medel som används bedöms *lämpliga och nödvändiga* för att uppnå syftet enligt 1 kap. 4 § 2 p. DL.

I en situation där ett krav på att utföra alla de arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten i praktiken särskilt missgynnar arbetssökande eller arbetstagare med religiös övertygelse kan således förbudet mot indirekt diskriminering vara tillämpligt. Detta gäller bland annat vid vårdvägran, där kravet på att utföra alla arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten kan vara svårt att uppfylla för yrkesutövare som av religiösa skäl inte vill befatta sig med vissa vårdrelaterade arbetsuppgifter.

Det tidigare nämnda barnmorskefallet utgör ett illustrerande exempel på när kravet att utföra alla arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten kan försvåra för personer med viss övertygelse att få en anställning, varför domstolarnas slutsatser i fallet behandlas härnäst.³⁴

6.2 Barnmorskemålet och frågan om indirekt diskriminering

I fallet hade en barnmorska sökt anställning vid olika kvinnokliniker och under rekryteringsförfarandet uppgett för verksamhetsansvarige att hon av religiösa skäl inte vill medverka vid utförandet av abort, men att hon kan utföra alla andra arbetsuppgifter som ingår i anställningen. Barnmorskorna blev till följd av sin vårdvägran nekad anställning med motiveringen att hon inte varit beredd att medverka vid utförandet av aborter som ingår i en barnmorskas yrkeskvalifikationer och arbetsskyldighet.³⁵

Både tingsrätten och AD kom i sin prövning fram till att villkoret för anställningen, dvs. att utföra alla arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten, inklusive att medverka vid utförandet av abort, inte utgjorde indirekt diskriminering, då medverkan vid abort uppgavs vara ett viktigt och relevant kompetenskrav för barnmorskor. Domstolarna ansåg att landstingets agerande inte kunde betraktas som indirekt diskriminering, då kravet att medverka vid abort ansågs berättigat mot bakgrund av det samhälleliga intresset av att säkerställa att kvinnor ges tillgång till effektiv abortvård.

³⁴ Jfr även med AD 2018 nr 19, där AD undersökt huruvida en skola uppställt krav på personalen ska handhälsa på varandra och, i så fall, om kravet utgjort religiös diskriminering.

³⁵ AD 2017 nr 23.

Här bör emellertid betonas att såväl tingsrätten som AD ansåg att villkoret för anställning som barnmorska, dvs. att medverka vid utförandet av aborter, i praktiken kan komma att särskilt missgynna barnmorskor med viss religion.³⁶ Domstolarna gav till en början uttryck för att ett sådant krav eller villkor kan stå i strid med diskrimineringslagens bestämmelser om indirekt diskriminering. Det ansågs föreligga betydande skillnad mellan personer med viss religiös övertygelse och andra som inte delade denna övertygelse när det gäller möjligheten att uppfylla landstingets uppställda villkor för barnmorskor att medverka vid utförande av abort. Utifrån det konstaterades att kravet kan medföra negativa effekter för en viss grupp, dvs. barnmorskor med viss övertygelse, och att det därmed utgjorde ett missgynnande att neka den aktuella barnmorskan anställningen baserat på hennes vårdvägran. Domstolarna fann dock att kravet på barnmorskor att medverka vid utförandet av aborter hade ett berättigat syfte samt ansågs lämpligt och nödvändigt, varför arbetsgivarens åtgärd inte bedömdes utgöra indirekt diskriminering.³⁷

För att avgöra om missgynnandet av barnmorskan i det aktuella fallet utgjorde indirekt diskriminering enligt DL gjorde domstolarna en intresseavvägning där intresset av att ha ett anställningsvillkor som i praktiken särskilt missgynnar personer tillhörande en viss grupp, ställdes mot principen om icke-diskriminering. Avgörandet talar för att hälso- och sjukvårdspersonal som söker anställning för ett vårdyrke inte kan anses ha blivit diskriminerad om personen nekas anställningen på grund av att han eller hon förklarat sig ovillig till att utföra vissa arbetsuppgifter som ingår i arbetet och som är ett relevant krav att ställa på en sökande av en sådan anställning.

I nedan avsnitt diskuteras närmare den intresseavvägning och proportionalitetsbedömning som görs vid bedömningen av indirekt diskriminering i fråga om vårdvägran.

³⁶ AD 2017 nr 23 och mål T 1781-14, dom meddelad den 12 november 2015 av Jönköpings tingsrätt, s. 54.

³⁷ AD 2017 nr 23 och mål T 1781-14, dom meddelad den 12 november 2015 av Jönköpings tingsrätt, s. 55. Se även DO, ärendenummer ANM 2014/12, 2014/226, 2014/227, beslut den 10 april 2014.

6.3 Vårdtillgänglighet, vårdkvalitet och patientsäkerhet som berättigade syften

Huruvida ett till synes neutralt krav på hälso- och sjukvårdspersonal att utföra alla de arbetsuppgifter som ingår i anställningen kan utgöra indirekt diskriminering eller inte är beroende av om kravet har ett *berättigat syfte*. Ett objektivet godtagbart syfte med ett sådant krav kan vara att säkerställa vårdkvaliteten och tillgången till god vård. En god vård förutsätter att hälso- och sjukvårdspersonal utför de arbetsuppgifter som åligger dem på ett patient- och kvalitetssäkert sätt. Det aktella kravet kan även syfta till att säkerställa personaltillgången vid vårdinrättningen och möjliggöra för vårdgivaren att planera sin verksamhet utifrån personaltillgången. Om personal tillåts att avstå från att utföra vissa arbetsuppgifter måste övrig personal utföra arbetsuppgifterna, vilket kan medföra en ökad arbetsbelastning som i sin tur kan medföra en förlängd väntetid för patienter och en försämrad vårdkvalitet. Det kan mot den bakgrunden antas att ett krav eller villkor för hälso- och sjukvårdspersonal att utföra alla de vårdrelaterade arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten – i syfte att säkerställa tillgången på sakkun- ning och kompetent personal – har ett legitimt ändamål, nämligen att upprätthålla en god vårdtillgänglighet, hög patientsäkerhet och god vårdkvalitet etc.

AD har i det ovan beskrivna barnmorskefallet godtagit landstingets argument om att det aktuella arbetsvillkoret haft ett berättigat syfte, dvs. att säkerställa en god och säker abortvård för kvinnor.³⁸ Jag delar domstolens uppfattning att ett villkor som särskilt missgynnar arbets- sökande hälso- och sjukvårdspersonal med viss övertygelse kan ha ett berättigat syfte med hänsyn till exempelvis intresset av att säkerställa patienters tillgång till god och säker vård. Däremot kan det inte an- ses tillräckligt för att utesluta diskriminering. Ett sådant villkor måste även bedömas som proportionerligt i förhållande till det legitima än- damålet, vilket diskuteras härnäst.

³⁸ AD 2017 nr 23.

6.4 När ändamålet helgar medlen – om proportionalitetsbedömningen

De medel som används för att uppfylla det berättigade syftet måste även enligt 1 kap. 4 § 2 p. DL. vara lämpliga och nödvändiga, dvs. proportionerliga, för att uppnå syftet.³⁹ Det innebär att villkorets uppställande ska leda till önskat resultat och att det inte finns några alternativa, mindre ingripande handlingssätt som kan leda till resultatet.⁴⁰ Ett krav om att varje medlem av personalen ska utföra alla de arbetsuppgifter som omfattas av arbetsskyldigheten på ett adekvat sätt, kan underlätta för vårdgivaren att uppfylla de krav som ställs på en god vård. Villkoret kan därför säga vara lämpligt för att uppnå det eftersträvande syftet, dvs. att säkerställa en god vårdtillgång, vårdkvalitet och hög patientsäkerhet, etc.

Huruvida det aktuella villkoret kan betraktas som nödvändigt och proportionerligt i förhållande till det berättigade syftet avgörs utifrån en avvägning mellan å ena sidan intresset av att ha ett sådant villkor, exempelvis att säkerställa vårdtillgängligheten, och å andra sidan intresset av att låta enskilda agera i enlighet med sin övertygelse. Den negativa effekten av ha ett absolut utformat villkor att utföra alla de arbetsuppgifter som ingår i anställningen kan vara oproportionerlig i situationer där det inte är särskilt ansträngande för arbetsgivaren att organisera arbetet på ett sådant sätt som möjliggör för arbetstagaren eller arbetssökanden att slippa utföra vissa arbetsuppgifter. Arbetsgivaren bör med andra ord tillgodose ett önskemål från anställd hälso- och sjukvårdspersonal om att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter som strider mot den enskildes religion om det kan ske relativt enkelt och smidigt och utan att det påverka vårdtillgängligheten och patientsäkerheten. I en sådan situation framstår det inte som att ett krav på att utföra alla arbetsuppgifter står i rimlig proportion till att arbetstagare tillhörande en viss religiös grupp kan få svårare att uppfylla detta villkor.

Det som emellertid kan tala för att ett sådant villkor är proportionerligt i förhållande till det legitima ändamålet är bland annat att

³⁹ Mål T 10264-14, dom meddelad den 28 december 2015 av Stockholms tingsrätt, s. 14.

⁴⁰ Prop. 2007/08:95. s. 502 och AD 2002 nr 128.

arbetsgivare måste kunna anta att arbetstagare som godtagit att utföra de arbetsuppgifter som följer av arbetsskyldigheten faktiskt utför uppgifterna. Det förhållande att en arbetstagare medvetet och frivilligt ingått ett anställningsavtal, som medför en skyldighet att utföra de arbetsuppgifter som följer av arbetet, bör således tas i beaktande i en situation där arbetstagaren senare vägrar att utföra sina arbetsuppgifter. En arbetstagare som vägrar att utföra vissa arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten kan som sagt göra sig skyldig till en arbetsvägran som resulterar i uppsägning eller avskedande.⁴¹ Arbetsgivaren kan i en sådan situation alltid hävda att uppsägningen eller avskedandet varit motiverat med hänsyn till att arbetstagaren inte fullföljt sin arbetskyldighet.⁴²

En viktig del i proportionalitetsbedömningen är att avgöra om syftet med åtgärden (villkoret) kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Finns det mindre ingripande åtgärder eller handlingsalternativ ska dessa användas. Applicerat på situationen vid vårdvägran innebär det att arbetsgivaren om möjligt bör välja det alternativ som inte medför att vissa arbetstagare känner sig "tvingade" att utföra arbetsuppgifter som strider mot deras övertygelse.⁴³ Det framstår som en mer ändamålsenlig lösning att i en sådan situation så långt som möjligt försöka tillgodose arbetstagarens önskemål om att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter, under förutsättning att detta inte påverkar patient-säkerheten eller patientens möjlighet att få god vård. Det sagda talar för att tillåta undantag i arbetsskyldigheten under förutsättning att de krav som ställs på verksamheten och hälso- och sjukvården samtidigt kan säkerställas. I barnmorskefallet har vårdgivaren uppgett att den inte

⁴¹ Prop. 1981/82:71 s. 65, L. Lunning och G. Toijer, Anställningsskydd. En lagkommentar (2016), s. 360 ff., M. Rönnmar (2006), s. 49 f. och AD 2010 nr 81.

⁴² Se AD 2010 nr 81 och M. Rönnmar (2006), s. 49 f.

⁴³ Jfr mål T 10264-14, dom meddelad den 28 december 2015 av Stockholms tingsrätt, s. 14. Fallet handlar om en man tillhörande Jehovas vittnen som av arbetsförmedlingen nekats vissa arbetsfrämjande insatser på grund av att han inte velat ta en anställning som stred mot hans religiösa övertygelse (försäljning av lotter). Tingsrätten fann att mannen hade blivit utsatt för indirekt diskriminering. Fallet har även varit föremål för Kammarrättens bedömning beträffande om arbetsförmedlingens beslut inneburit en kränkning av arbetssökandens rätt till religionsfrihet, se mål 4254-14, dom meddelad den 22 april 2015 av Kammarrätten i Göteborg.

haft möjlighet att organisera arbetet vid de aktuella klinikerna på ett sådant sätt att barnmorskan kunnat befrias från abortrelaterade arbetsuppgifter.⁴⁴ Det framgår emellertid inte vilka försök som gjorts från arbetsgivarens sida för att kunna tillgodose barnmorskans önskemål.

Vad som nu sagts innebär inte att förbudet mot indirekt diskriminering i DL omfattar ett generellt krav på arbetsgivaren att medge undantag från arbetsskyldigheten i en situation där personal av religiösa skäl inte vill utföra vissa arbetsuppgifter. Däremot följer det av kravet på proportionalitet att arbetsgivaren i den situationen kan visa att det aktuella kravet eller villkoret, är den minst ingripande åtgärden för att säkerställa det berättigade ändamålet och det inte finns förutsättningar för att göra undantag från ett sådant krav. En faktor som i detta sammanhang är utslagsgivande är att arbetsgivare, i egenskap av vårdgivare, har ett övergripande ansvar att säkerställa att vården bedrivs utifrån de krav som ställs på en god och säker vård. Detta ansvar medför bland annat att arbetsgivare är förhindrade att tillgodose arbetstagares religiöst grundade önskemål om att befrias från att utföra vissa vårdrelaterade arbetsuppgifter om detta kan medföra risker för vården.

7 Sammanfattande slutsatser

Av arbetsskyldigheten följer bland annat att arbetstagare är skyldiga att utföra de arbetsuppgifter som ingår i deras arbetsskyldighet. Om anställd hälso- och sjukvårdspersonal av religiösa eller moraliska skäl underlåter att medverka vid eller utföra viss vård, kan detta alltså medföra att arbetsskyldigheten försummas, vilket kan få arbetsrättsliga konsekvenser för den enskilde. Den fråga som här diskuterats är vilka rättsliga möjligheter som finns för hälso- och sjukvårdspersonal att i dessa situationer agera i enlighet med sin övertygelse genom att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter. En viktig aspekt i detta sammanhang är att hälso- och sjukvårdspersonal inte har en lagstadgad rätt till vårdvägran i Sverige. Arbetsgivare har med andra ord inte något uttryckligt författningsstöd för att medge arbetssökande eller arbetstagare inom vården dispens från att utföra vissa arbetsuppgifter

⁴⁴ Mål T 1781-14, dom meddelad den 12 november 2015 av Jönköpings tingsrätt, s. 29.

som de av samvetsskäl inte vill utföra. Det kan emellertid hävdas att något sådant uttryckligt författningsstöd inte behövs, då arbetsgivare på andra sätt kan tillgodose ett sådant önskemål. I detta kapitel har vissa alternativ presenterats som kan användas för att i vissa fall tillåta vårdvägran, nämligen genom avtalad samvetssklausul, genom arbetsgivarens arbetsledningsrätt och utifrån skyddet mot religiös diskriminering och arbetet med aktiva åtgärder.

Till en början finns som diskuterats en möjlighet för arbetsgivaren att komma överens med arbetstagare om att i det individuella anställningsavtalet utesluta vissa arbetsuppgifter från arbetstagarens arbetskyldighet på grund av samvettsbetänkligheter. En avtalad samvetssklausul inom vården får dock inte strida mot de krav som ställs på en god och säker vård, vilket måste bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall. Det finns även en möjlighet för arbetsgivaren att genom sin arbetsledningsrätt omfördela arbetsuppgifter mellan arbetstagare, så länge detta sker inom ramen för arbetsskyldigheten.⁴⁵ Av detta följer bland annat att en arbetsgivare som har en eller flera arbetstagare som inte vill utföra vissa arbetsuppgifter av samvetsskäl, i vissa situationer, kan fördela dessa arbetsuppgifter på andra arbetstagare som är behöriga att utföra arbetsuppgifterna. Om det finns tillräckliga personalresurser som möjliggör omfördelning av arbetsuppgifter kan arbetsgivaren antas ha goda förutsättningar för att tillmötesgå hälso- och sjukvårdspersonalens önskemål om att befrias från att medverka vid eller utföra viss vård. Arbetsledningsrätten kan således i vissa fall användas för att förhindra en potentiell samvettskonflikt inom vården.

Det kan dessutom inte uteslutas att arbetsgivarens skyldighet att förebygga diskriminering genom aktiva åtgärder i vissa situationer innebär att arbetsgivaren har en skyldighet att tillgodose arbetstagarens religiöst grundade önskemål. Enbart det förhållande att arbetsgivare inte vill eller inte anser sig ha tid att tillmötesgå sådana önskemål är inte tillräckligt starka skäl för att avstå från att göra det möjligt för arbetstagare att förena arbete och religiös övertygelse. Skyldigheten att vidta aktiva åtgärder ska dock inte förstås som att arbetsgivaren alltid måste

⁴⁵ Ds 2002:56 s. 360, K. Källström & J. Malmberg (2016), s. 192 f., M. Rönmar (2006), s. 60, Numhauser-Henning & Rönmar, 2010, s. 382–411, vid s. 386 och s. 410.

anpassa arbetsplatsen till personalens religiösa övertygelse och aktivt verka för att personalen ska kunna agera i enlighet med sin religion på arbetsplatsen. Däremot bör arbetsgivaren vidta nödvändiga åtgärder för att personalen, så långt som möjligt, ska kunna agera i enlighet med sin övertygelse, under förutsättning att detta inte innebär risker för verksamheten.

I kapitlet har även diskuterats om skyddet mot religiös diskriminering på arbetsplatsen ger något rättsligt stöd för att tillåta eller göra det möjligt för hälso- och sjukvårdspersonal att av religiösa skäl befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter som följer av arbetsskyldigheten. En underlåtenhet från arbetsgivarens sida att tillmötesgå ett religiöst grundat önskemål om att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter som ingår i arbetsskyldigheten kan under vissa förutsättningar utgöra indirekt diskriminering enligt DL. Utgångspunkten är att en arbetstagarers religiösa övertygelse som regel inte får innebära nackdelar för den enskilde. De krav som ställs på hälso- och sjukvårdspersonal att utföra alla de arbetsuppgifter som följer av arbetet kan som betonats medföra att personer med viss religiös övertygelse i praktiken får det svårare att tillträda ett värdyrke eller läkaryrket. Ett sådant krav kan alltså i praktiken ha en diskriminerande effekt och vara oförenligt med bestämmelsen om indirekt diskriminering. Som påpekats kan emellertid intresset av att upprätthålla en god vårdtillgänglighet, patientsäkerhet och vårdkvalitet samt att uppfylla övriga krav på hälso- och sjukvården utgöra godtagbara syften som berättigar ett sådant krav.

Sammanfattningsvis kan således sägas att arbetsgivarens ansvar att tillgodose arbetstagarers religiöst grundade önskemål inte får sträcka sig så långt att detta medför risker för patienten och verksamheten. Har arbetsgivaren emellertid möjlighet att tillmötesgå sådana önskemål och samtidigt säkerställa verksamhetens behov och de krav som ställs på hälso- och sjukvården, ska detta göras. Arbetsgivare som får önskemål från hälso- och sjukvårdspersonal att befrias från att utföra vissa arbetsuppgifter kan därför sägas ha en skyldighet att åtminstone undersöka möjligheten att tillmötesgå sådana önskemål.

Makten över löneskillnaderna på svensk arbetsmarknad: Om magi och manipulation – förr och nu

Lena Svenaeus

1 Inledning

Denna text tar sin utgångspunkt i tre händelser i vilka en professor, en jämställdhetsombudsman och en facklig ombudsman ifrågasatt normen att kvinnligt arbete ska värderas lägre än manligt och därmed hamnat i konflikt. Konfrontationerna har utspelat sig 2018, 1950 och 1980. (Jag väljer att redovisa dem i den ordningen.) Förutom att dessa personers agerande handlat om de s.k. kvinnolönerna ger händelserna exempel på skam- och skuldbeläggning, en närmast religiös tro på vissa ”sanningar”, katastrofhot samt – sist men inte minst – tillämpning av en språklig manipulation vars syfte varit att förhindra jämställda löner.

För den som vill studera rättens aktörer och de sammanhang i vilka de agerar, ligger det närmare till hands att leta i den verktygslåda som samhällsvetenskaplig teori och metod erbjuder än att arbeta med rättsdogmatisk metod. För att ge en ledtråd till förståelsen av hur motståndet formerar sig i mobiliseringen mot jämställda löner avrundar jag därför min berättelse med ett försök att genom ritualteori belysa avtalsförhandlingar och kollektivavtal. Studium av ritualer har länge haft en plats inom antropologisk och religionshistorisk forskning. En utveckling av teoribildningen har skett genom att intresset för ritualer väckts också inom andra discipliner såsom sociologi, historia och teatervetenskap. Fokus ligger ofta på ritualens karaktär, en särskild typ av

kommunikation, och dess funktion av maktöverföring. Jag vill påvisa hur makten att förhindra utjämning av osakliga och diskriminerande löneskillnader upprätthålls med hjälp av särskilda ritualer.

2 När professorn övergav den rätta tron

Alltsedan avtalsrörelsen 1998 har den konkurrensutsatta industrisektorns lönekostnadsökningar styrt vilka löneökningar som accepteras på övriga avtalsområden. Det s.k. märket anger i procent den konkurrensutsatta industrins lönekostnadsökningar. Siffran har funktionen att utgöra gränsen/märket för vilka löner som kan accepteras på andra delar av arbetsmarknaden. Detta system har gjort det svårt att ändra relativlöner och har satt stopp för att avtalsvägen åstadkomma minskade löneskillnader mellan kvinnor och män på olika sektorer. Kommunalarbetarförbundet, som organiserar stora grupper av lågavlönade kvinnor inom vårdsektorn, har av detta skäl kallat märket för "lönelåset".

Medlingsinstitutet tillämpar en praxis som innebär att dess medlare inte medverkar till avtal om lönekostnadsökningar som överskrider industrinormen. Att Medlingsinstitutet samtidigt getts uppgiften att verka för jämställda löner är knappast förenligt med uppdraget att bevaka märket.¹ Det kan ses som en i raden av de skenreformer som kännetecknat politiska satsningar för att lösa problemet med nedvärdering och underbetalning av arbetet i kvinnodominerade yrken.

"Varje försök till nytänkande är som att väcka en ilsken getingsvärm som reflexmässigt sticker vilt omkring sig". – Citatet är hämtat från en intervju med Lars Calmfors, professor i internationell ekonomi, i den arbetsrättsliga tidskriften *Lag & Avtal* den 15 november 2018. Bilden av en getingsvärm beskriver träffande hur Calmfors bemöts som en avfälling från den rätta tron, särskilt sedan han utförligt resonerat kring lönenormeringens samhällsekonomiska konsekvenser och lämnat alternativa förslag till förändringar av märket i en rapport med titeln "Industrins lönenormering kan och bör reformeras."

¹ Se § 4 i Förordning (2007:912) med instruktion för Medlingsinstitutet.

Rapporten, författad av Calmfors, har publicerats som nr 4 i en skriftserie med namnet *Lönebildning för jämlikhet*. Bakom skriftserien står fackförbunden Byggnads, Elektrikerna, Fastighets, Målarna och Seko, vilka samarbetar i den s.k. 6F-konstellationen. Förordet till rapporten innehåller följande programförklaring från fackförbunden: "Det är ingen hemlighet att arbetsgivarna har avfärdat krav på låglönesatsningar som skulle gynna kvinnodominerade grupper på arbetsmarknaden. Man hävdar att dessa krav inte är förenliga med industriavtalet. Denna syn leder givetvis till att klyftorna kommer fortsätta att öka. Såväl mellan arbetare och tjänstemän som mellan kvinnor och män. Vi vill gå en annan väg. Vi vill ha minskade klyftor och mer jämställdhet. För att nå detta krävs en ny lönebildningsmodell där det är möjligt att jämnar ut löneskillnaderna."

Genom avtal har flertalet organisationer på svensk arbetsmarknad förbundit sig att iaktta märket. Principen att märket sätter gränsen för löneökningar upprätthålls därför även på avtalsområden som kännetecknas av mycket stor arbetskraftsbrist. Undantaget som bekräftar regeln är framgången för undersköterskorna i 2016 års avtalsrörelse genom fackförbundet Kommunals avtal. Löneökningarna låg nominellt över märket. Enligt avtalsmotparten SKL (Sveriges Kommuner och Landsting) möjliggjordes löneökningarna genom vinster för arbetsgivarna kopplat bland annat till längre avtal, lägre uppräkningsavtal och förenklade turordningsregler.

Bakgrunden till märket är att parter inom industrin i mars 1997 slöt det så kallade industriavtalet. Principen att lönekostnadsökningarna i industrin ska vara normerande för andra delar av ekonomin slogs då fast. Genom revisionerna av detta avtal 2011 och 2016 skärptes målsättningen att industrins löneökningar ska vara normerande.

I en intervju den 28 oktober 2018 i Dagens Nyheter säger Calmfors, att industrins makt över lönerna fått karaktären av "en trossats, som inte får ifrågasättas." Att industrisektorn måste ha förståelse för att andra ska kunna ta ut högre löneökningar än industrianställda är något som IF Metall och övriga parter inom industriavtalet inte vill höra talas om. Professorn har fått det mesta om bakfoten och vill bara göra sig märkvärdig, menar belackarna. De som njuter märkets lönefrukter känner sig uppenbarligen hotade. Den som dristar sig att avglorifiera det heliga märket får av allt att döma vara beredd på pjkastning.

3 Kampen mot likalöneprincipen – en ombudsman protesterar

3.1 Inledning

Låt oss ta ett kliv bakåt i tiden, till slutet av 1940-talet då International Labour Organisation (ILO) började förbereda en konvention om lika lön för likvärdigt arbete. Inom de sektorer som reglerades av SAF och LO fanns en utbredd uppfattning att kvinnors löner skulle ligga på en lägre nivå än mäns oavsett arten av arbete. Med andra ord: att kvinnliga arbetstagare skulle ha rätt till lika lön för lika eller likvärdigt arbete i jämförelse med män var inte den norm som präglade lönesättningen på svensk arbetsmarknad. Dock hade fackligt organiserade kvinnor sedan länge likalön på sin agenda, även om det var konflikten mellan moderskap och lönearbete som stod i centrum. En vanlig strategi var att ”ligga lågt” för att inte äventyra sammanhållningen med männen inom fackföreningsrörelsen.

Under 1940-talet blev de inom LO-förbunden organiserade kvinnornas krav mera högljudda och kunde inte längre nonchaleras av de makthavande männen inom facket. LO tillsatte 1943 en kommitté som skulle utreda kvinnolönerna. Arbetet fortsatte några år senare i en partsgemensam kvinnoutredning.² Enda kvinna i denna utredning var Sigrid Ekendahl, den första kvinnliga ombudsmannen inom LO. Sigrid Ekendahl blev fackligt aktiv när hon arbetade som servitris på ett ölkafé i Gamla Stan i Stockholm. Hon var en pionjär som genom sitt arbete och engagemang betytt mycket för att stärka kvinnors ställning på arbetsmarknaden.³

² Slutrapporten med titeln Betänkande avgivet av Arbetsmarknadskommitténs kvinnoutredning presenterades i december 1950. En analys av innehållet finns i L. Svenaeus, *Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män En rättssociologisk studie av regler i lag och avtal om lika lön* (2017) s. 118 ff.

³ Ett kapitel om Sigrid Ekendahl finns i skriften *Våra Läromödrar och Lärofäder Jämställdhetsförkämpar i svensk historia från 1700-tal till 1900-tal*, utgiven av Jämställdhetsombudsmannen 2000. Spännande läsning om Sigrid Ekendahl och kvinnokampen finns i Y. Waldemarson, *Mjukt till formen – hårt till innehållet: LOs kvinnoråd 1947–1967* (1968).

3.2 Förhandlingar om en likalönekonvention

Under andra världskriget hade kvinnor i betydande utsträckning tagit på sig arbetsuppgifter som tidigare skötts av män. Fanns det några skäl till att de skulle uppbära lägre lön än de män som de ersatte i produktionen? Detta blev en brännande fråga som fördes upp på ILOs dagordning 1947. Initiativet kom från The World Federation of Trade Unions (WFTU) som tillställt ILOs Råd ett Memorandum med rubriken *The Principle of Equal Pay for Equal Work for Men and Women Workers: Declaration of Principles on the Earnings of Female Labour*.

Dokumentet innehöll en rapport från en världsomfattande undersökning av kvinnors förhållanden på arbetsmarknaden och utmynnade i en rad förslag för att förbättra kvinnors situation. En viktig punkt var kravet att tillämpa systematisk arbetsvärdering. Det var arbetets innehåll och dess krav som skulle bestämma lönen och då behövdes metoder för detta ändamål. Löneskillnaderna 1945–1946 mätt i kvinnors lön i procent av männens låg i regel mellan 60 och 80 %. För Sverige uppgavs siffran vara 70 %.

Tre förslag till definition av likvärdigt arbete presenterades av ILOs arbetsbyrå. Det första förslaget (ingen rangordning av förslagen hade ännu skett) utgick från "the relative job performance". Därmed avsågs att lönen skulle bestämmas efter arbetstagarnas prestationer. Eftersom man inte funnit någon metod för att mäta i vad mån kvinnor presterade sämre än män, uttryckte ILOs arbetsbyrå skepsis mot användningen av denna definition. Arbetsgivare tog inte hänsyn till individuell kapacitet när mäns löner bestämdes. Varför skulle man resonera annorlunda när det gällde kvinnor?

Det andra förslaget till definition var den av arbetsgiversidan omhuldade *over-all-value-principen* som utgick från tanken att arbetsgivaren inte skulle få högre kostnader genom att kvinnornas löner höjdes. Här anfördes, särskilt från arbetsgivarhåll, en rad faktorer som direkt och indirekt påstods vara av betydelse. ILO:s arbetsbyrå konstaterade att det fanns olika typer av påstådda kostnader. Om det behövdes extra stöd eller övervakning för att en kvinna skulle kunna utföra arbetet vore det rimligt att ta hänsyn till detta. Om det däremot handlade om förhållanden utanför själva arbetet, som t.ex. kvinnors generellt sett större frånvaro eller deras genomsnittligt lägre fysiska styrka eller det

faktum att ett legalt nattarbetsförbud gjorde dem mindre användbara, så skulle sådana omständigheter inte medföra lägre lön än den som utbetalades till män.

Det tredje förslaget till definition utgick från "the job content" och tog sikte på arbetets innehåll. En sådan definition ställde krav på någon form av analys av kraven i arbetet. I det sammanhanget framhölls att det vid värderingen av kraven i arbetet var viktigt att "avoid depreciating the characteristics of work performed by women".

Av mötesprotokollen från ILOs sessioner framgår att arbetsgivarrepresentanten i den svenska delegationen, Gullmar Bergenström, återkommande argumenterade för att det inte kunde komma ifråga att definiera likvärdigt arbete utifrån kraven i arbetet.⁴ Det var dyrare med kvinnlig arbetskraft än manlig, menade han, eftersom kvinnor statistiskt hade högre frånvaro än män. Likvärdig arbetsinsats, inte likvärdigt arbete, var det som skulle bestämma lönen, ansåg Bergenström. Likvärdig arbetsinsats var ett annat namn på *over-all-value-principen*.

Arbetsgivarförslaget att produktionskostnaderna skulle styra kvinnolönerna röstades ner men Bergenström fortsatte trots detta att argumentera för sin linje. Om man nu snabbt skulle höja kvinnors löner och därmed frångå den väletablerade relationen mellan kvinnors och mäns löner, skulle det medföra att män försökte återta sin överordnade position, vilket skulle leda till inflation. En likalönereform skulle äventyra ekonomin såväl i Sverige som i världen, varnade Bergenström.

LOs delegater i den svenska delegationen anslöt sig till SAFs linje, att alla typer av ökade kostnader för arbetsgivaren skulle beaktas. LO delade också SAFs uppfattning att likalönensatsningar innebar risk för arbetslöshet för kvinnorna. Om det inte fanns några löneskillnader vid lika arbete och arbetsgivare kunde välja mellan att ha män eller kvinnor anställda, så skulle arbetsgivarna självklart föredra män, eftersom de var pålitligare arbetskraft.

⁴ ILO har en unik trepartsstruktur som innebär att delegationerna från medlemsstaterna består av representanter för arbetsgivarorganisationer, arbetstagarorganisationer och medlemsstatens regering. Gullmar Bergenström var verksam inom SAF, där han så småningom blev internationell direktör. Han var även internationell representant för arbetsgivarföreningarna i Danmark, Island, Norge, Finland och Sverige.

Sigrid Ekendahl, som var ersättare för den ordinarie LO-ledamoten i den svenska delegationen, blev så starkt oroad över detta scenario, att hon på egen hand lade fram ett förslag om att likalönebestämmelserna skulle kompletteras med ett förbud mot uppsägning, om uppsägningen hade samband med likalönen. Den ordinarie ledamoten, LOs jurist Arnold Sölvén, såg nästa dag till att förslaget drogs tillbaka. Om skälen kan man endast spekulera. Trodde han inte på skrämselfpropagandan? Eller var männens arbetstillfällen så viktiga att ett uppsägningskydd för kvinnor var ett hinder?

I sista minuten lyckades Ekendahl övertala Sölvén att rösta för en konvention. Så skulle andra länders arbetstagarrepresentanter rösta. LO skulle skämma ut sig genom att rösta emot, hävdade Sigrid. Den slutliga omröstningen avsåg ett förslag som fortfarande hade ”job content” som bas för likalöneregeln men som mjukats upp vad gällde takten i genomförandet och metoderna för genomförandet. Tisdagen den 26 juni 1951 kunde konstateras att en konvention antagits med 109 röster för, 38 röster emot och 35 nedlagda röster. För Sveriges del kan konstateras att Sölvén röstade för, Bergenström röstade emot och den svenska regeringen lade ner sin röst.⁵

3.3 SAF och LO ingår avtal om att genomföra *overall-value-principen*

Det dröjde ända till 1962 innan Sverige ansåg sig kunna ratificera konventionen. Ett massivt motstånd hos arbetsgivarorganisationerna men också hos vissa fackförbund förhindrade frågans lösning. Med ny LO-ordförande, Arne Geijer, kom det en förändring mot slutet av 1957.

”Avtalsrådet har haft en liten överläggning om detta problem”, berättade Geijer den 18 oktober 1957, ”och vi är inne på att man vid denna tidpunkt skall rekommendera förbunden att ur sina avtal rensa bort de speciella kvinnolönerna”.

⁵ Uppgifter om förhandlingarna har hämtats från ILO:s rapporter och protokoll vid de sessioner som ledde fram till antagandet av ILO-konventionen nr 100. Angående Sigrid Ekendahls ägerande, se B. Bjørst Lige løn for job af samme værdi (2005), s. 106.

Geijer använde hot om lagstiftning för att sätta press på sina motståndare. I riksdagen men också inom enskilda LO-förbund hade man börjat tala om lagstiftning om likalön som ett alternativ att överväga. Startskottet för fackförbundens och arbetsgivarorganisationernas förhandlingar på de olika avtalsområdena var följande överenskommelse den 18 mars 1960.

SAF och LO äro ense om den i arbetsmarknadskommitténs kvinnoutredning år 1950 fastslagna principen att lika lön bör gälla för likvärdig arbetsinsats. Parterna rekommendera de anslutna förbunden att med utgångspunkt från denna princip under en övergångstid på fem år ändra avtalen så, att beteckningarna män och kvinnor ersättas med ensartade gruppbeteckningar. Vid en dylik revision bör hänsyn särskilt tagas till behovet av differentiering av lönerna. Branschvisa överläggningar om nya avtalsbestämmelser böra äga rum under den kommande avtalsperioden. Sådana omgestaltningar äro att betrakta som avtalstekniska frågor. Föranleder dylik omgestaltning kostnadsökning, skall därom förhandlas i vanlig ordning i samband med uppgörandet av nya kollektiva avtal. Därvid skall man undanröja sådana bestämmelser i kollektivavtalen, som förhindra likställighet mellan män och kvinnor när det gäller att utföra vissa arbetsuppgifter.

Det finns i denna rekommendation till förbunden två viktiga budskap. Det ena är att särskilda löneskalor för kvinnor i kollektivavtalen måste tas bort. Det andra är att detta ska ske genom avtalstekniska lösningar. Inga särskilda medel anslås eller rekommenderas för detta ändamål. Skulle avtalen inte kunna "omgestaltas" utan kostnadsökning så måste det lösas i samband med de reguljära avtalsförhandlingarna.

Det gavs inga konkreta anvisningar om hur *lika lön för likvärdig arbetsinsats*, den egenhändiga *over-all value*-definition man bestämt sig för att använda och som innebar att arbetsgivarens produktionskostnader motiverade lägre löner för kvinnor, skulle åstadkommas. Det fanns i 1960 års överenskommelse ingen partsgemensam anvisning om undersökning av olika arbetens innehåll och värde.

Begreppet *likvärdig arbetsinsats* signalerade att det gick bra att i lönesättningen ta hänsyn till statistiken om kvinnors större frånvaro och deras (påstådda) lägre användbarhet. Det gavs full frihet för förbunden att komma fram till hur de ville värdera detta löneavdrag. Den enda

konkreta anvisningen till förbunden i SAF-LO-överenskommelsen var, att språket i kollektivavtalen måste tvättas. Särskilda löneskalor för kvinnor måste ersättas av andra avtalstekniska lösningar. Så skedde genom att nya betalningsgrupper infördes, där kvinnors lägre värderade arbeten placerades.⁶

Det faktum att SAF-LO-överenskommelsen saknade en strategi för att minska löneskillnaderna förhindrade dock inte att parterna på de olika avtalsområdena själva skulle kunna besluta om lösningar för att åtgärda löneskillnaderna, vilket det finns exempel på om än i mycket blygsam omfattning. Vem utanför den initierade kretsen tänkte på att *likvärdigt arbete* i ILO-konventionens text bytts ut mot *likvärdig arbetsinsats*? Genom språklig manipulation och radering av ordet kvinna i kollektivavtalens lönebestämmelser lyckades SAF och LO ge sken av att ILO-konventionen om lika lön för likvärdigt arbete hade genomförts.

4 JämO och den verbala akrobatiken för att skydda kollektivavtalen

4.1 Inledning

Som första land i världen ratificerade Sverige Kvinnokonventionen – 1979 års FN-konvention med titeln Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). Det skedde dagen efter det att Sveriges första diskrimineringslag, lagen om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, trätt i kraft den 1 juli 1980. En ny myndighet, Jämställdhetsombudsmannen (JämO), inrättades samtidigt. Inga-Britt Törnell, erfaren domare, sedermera justitieråd, utsågs till JämO och jag förordnades som hennes ställföreträdare.

⁶ Se G. Kyle, Gästarbeterska i manssamhället: studier om industriarbetande kvinnors villkor i Sverige (1979) och Y. Hirdman, Med kluven tunga: LO och genusordningen (1998).

4.2 JämO och lönediskrimineringsförbudet

Hösten 1980 dominerades den nya myndighetens arbete av informationssatsningar. ”Jämställdhetslagen – en lag som alla får glädje av” hette broschyren som snabbt togs fram. JämO informerade förstås om att lagen innehöll ett förbud mot lönediskriminering och att avtal kunde ogiltigförklaras.

Att lönediskrimineringsförbudet formulerats i syfte att utgöra lönelås och spärrvakt mot JämOs aktiviteter hade vi inte helt klart för oss när verksamheten startade. Lagen innehöll nämligen ett skickligt formulerat förbud mot lönediskriminering, ägnat att konfirmera existerande löneavtal och med syfte att förhindra störningar i det arbetsrättsliga systemet.

Förbudet mot lönediskriminering fanns i 4 § första punkten och löd på följande sätt:

Missgynnande på grund av kön föreligger även när en arbetsgivare tillämpar sämre anställningsvillkor för en arbetstagare än dem som arbetsgivaren tillämpar för en arbetstagare av motsatt kön när de utför arbete, som enligt kollektivavtal eller praxis inom verksamhetsområdet är att betrakta som lika eller likvärdigt enligt överenskommen arbetsvärdering, om arbetsgivaren inte kan visa att de olika anställningsvillkoren beror på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller att de i varje fall inte beror på arbetstagarnas kön.⁷

Facit för vad som utgjorde diskriminering och vad som var diskrimineringsfritt fanns i begreppet *arbetsmarknadens parters värderingar*. Makten över dessa värderingar innehåll låg, som uttrycket låter förstå, inte hos JämO utan hos parterna.

En vacker septemberdag 1980 höll JämO föredrag om jämställdhetslagen för LO-förbundens ombudsmän. Några av de närvarande föll i dvala så snart ordet könsdiskriminering nämndes men bland dem

⁷ För att anpassa jämställdhetslagstiftningen till EU-rätten har lagtexten om lönediskriminering omarbetats vid ett antal tillfällen, se prop. 1990/91:113 Olika på lika villkor – om en ny jämställdhetslag, vidare prop. 1993/94:147 Jämställdhetspolitiken Delad makt delat ansvar, prop. 1999/2000:143 Ändringar i jämställdhetslagen m.m. samt prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering. I nu gällande diskrimineringslag (2008:567) finns ingen särreglering av lönediskrimineringsförbudet.

som hållit sig vakna begärde flera ordet. De ville vänligt upplysa om att ett kollektivavtal om löner omöjligt kunde vara diskriminerande. Inte därför att någon kontroll av lönekonsekvenserna för män respektive kvinnor gjorts innan parterna undertecknat avtalet utan på grund av kollektivavtalet i sig. Ett kollektivavtal var ett kollektivavtal och det uteslöt per definition att det kunde vara diskriminerande!

Tonen i debatten om lönediskrimineringsförbudet trappades upp när JämO några veckor senare mötte arbetsgivarorganisationerna. En inom SAF högt rankad arbetsgivardirektör tågade i vredesmod upp till Arbetsmarknadsdepartementet för att förhöra sig om det verkligen var sant att jämställdhetslagen gav JämO rätt att kritisera kollektivavtal. Han lär enligt uppgift ha återfått sin sinnesro. Direktören hade ju rätt. Det var inte meningen att några kollektivavtal skulle ifrågasättas, undantaget fall då någon av avtalsparterna inte följt sitt eget kollektivavtal eller om avtalet uttryckligen föreskrev att kvinnor skulle ha lägre lön än män. Sådana avtal fanns dock inte längre efter den framgångsrika mörkläggningen av kvinnolönerna genom 1960 års SAF-LO-överenskommelse.

4.3 Språklig manipulation till försvar för kollektivavtalen

Sedan 1980 har tio mål om lika lön för lika eller likvärdigt arbete prövats av Arbetsdomstolen. Endast ett av dem, AD 1995 nr 58, har lett till att talan om lönediskriminering till fullo bifallits.⁸ Det är ett anmärkningsvärt magert resultat, särskilt i jämförelse med de väsentligt större möjligheterna till facklig framgång i tvister om anställningskydd, medbestämmande, kollektivavtalstolkning och andra arbetsrättsliga tvister – men också vid jämförelse med utgången i andra typer av diskrimineringsmål, t.ex. mål om sexuella trakasserier. Det gäller oavsett om talan förts av ett fackförbund eller av JämO.

I ILO-konventionen nr 100 och i Kvinnokonventionen är skyddet mot diskriminering en rättighet för individen. Detsamma gäller skyd-

⁸ Målet, som drevs av JämO, handlade om en kvinnlig ekonom i Kumla kommun som uppbar lägre lön än två manliga ekonomer trots likvärdiga meriter. Kommunen dömdes att betala skadestånd för könsdiskriminering. I ett annat mål, AD 1996 nr 79, som gällde chefslöner, hade SKTF framgång i en mindre del av målet. I övriga mål ogillades talan om lönediskriminering.

det mot diskriminering i EU-rätten. Det råder ingen tvekan om att svårigheterna att nå framgång i denna typ av mål har att göra med att den individuella rättigheten stöpts om för att passa in i den svenska modellens kollektivt utformade arbetsrätt och därmed förlorat sin essens. Denna metamorfos har krävt språkliga innovationer.

Det började med att en parlamentarisk utredning våren 1978 presenterade ett förslag till jämställdhetslag som innehöll ett relativt skarpt förbud mot könsdiskriminering i arbetslivet.⁹ Det var en tuff uppgift för propositionsskrivarna att leverera en produkt som kunde dämpa den starka oron hos arbetsmarknadens parter. Den viktigaste strategin gick ut på att förvandla könsdiskriminering till en medbestämmandefråga. I betänkandet SOU 1975:1 *Demokrati på arbetsplatsen* (961 sidor) finns dock ingenting alls som behandlar könsdiskriminering eller jämställdhet.

Nu lanserades diskursen att jämställdhet var en fråga om fackligt inflytande i linje med kraven på en demokratisering av förhållandena i arbetslivet. Jämställdhetslagen skulle vara ett led i det stora reformarbete på det arbetsrättsliga fältet som hade kännetecknat 1970-talet. Därför måste den nya lagen inordnas i det arbetsrättsliga regelverket med dess grundstruktur av respekt för affärsledningsrätt och kollektivavtal samt bevarande av parternas frihet att utan statlig inblandning sköta arbetsmarknadsfrågorna. För att dölja det magra resultatet, sett till diskrimineringsförbudens effektivitet, krävdes en del marknadsföringsåtgärder. En sådan åtgärd var lanseringen av *svag bevispresumtion*.

I propositionen 1978/79:175 föreslogs en särskild bevisregel, kallad *svag bevispresumtion*, för lönediskrimineringsfallen. Presumtion betyder antagande. Om det, enligt de begränsade möjligheter som gavs för att påvisa detta, blivit styrkt att olika lön betalades för lika eller likvärdigt arbete så skulle presumeras, att arbetsgivarens lönesättning var diskriminerande. Men för att motbevisa detta antagande behövdes inte någon stark bevisning från arbetsgivarens sida. Det skulle alltså vara lättare för arbetsgivaren än vid andra typer av diskriminering att motbevisa ett påstående om lönediskriminering. När en lön bestämts i kollektivavtal efter förhandling mellan parterna var detta ett bevisfaktum för att lönen inte var diskriminerande.

⁹ Se SOU 1978:38 Jämställdhet i arbetslivet. Lag om jämställdhet.

Genom konstruktionen *svag bevispresumtion* skapades en stark skyddsmur kring kollektivavtalen. Ingen närmare granskning huruvida avtalen byggde på könsdiskriminerande värderingar kunde genom denna bevislättning bli aktuell. Det var en rättslig innovation under falsk flagg. Detta var inte en regel som gav bevislättning för den som ansåg sig diskriminerad. Det var raka motsatsen, nämligen en presumtion för att arbetsgivarens lönesättning inte var diskriminerande.

4.4 Innovativa tolkningar av EU-rätten

I juli 1998 beslöt regeringen att tillkalla en särskild utredare för att se över delar av jämställdhetslagen. Som ett av skälen angavs att anpassningen till EU-rätten måste säkerställas. Den 16 december 1997 hade direktivet 97/80/EG om bevisbörda vid könsdiskriminering antagits, det s.k. bevisbördedirektivet. Det skulle vara genomfört senast den 1 januari 2001. Som utredare förordnades Arbetsdomstolens ordförande och chef Hans Stark. I september 1999 presenterades resultatet.¹⁰

Det kan konstateras att de förslag som utredaren lämnade i allt väsentligt bevarade den dittills rådande ordningen, som dels innebär att låga krav skulle ställas på arbetsgivarens bevisning i en lönediskrimineringstvist och dels betydde att det var *arbetsmarknadens parters värderingar* som skulle avgöra vad som var lika och likvärdigt arbete. I betänkandet fanns ingen formulering som gav uttryck för att en osaklig värdering av kvinnor och av kvinnodominerat arbete var ett problem som borde stå i fokus för utredningsarbetet.

I EU-rätten fanns ingen särreglering av lönediskriminering i bevishänseende. Ändå menade Stark, att det var EU-rätten som gjorde det nödvändigt att behålla de låga kraven på arbetsgivarens bevisning i en lönediskrimineringstvist. Argumentationen skedde i två steg. Först framhölls att den svenska lagen måste följa EU-rätten, enligt vilken endast särskilt angivna sakförhållanden kunde prövas ur diskrimineringssynpunkt, nämligen lönesättning vid lika och likvärdigt arbete. Av detta påstods följa att lönediskrimineringsförbudet i jämställdhetslagen kunde behållas oförändrat inklusive de lägre beviskraven som formulerats i förarbetena till 1980 års jämställdhetslag.

¹⁰ SOU 1999:91 En översyn av jämställdhetslagen.

Varför EU-rätten skulle nödvändiggöra ett lägre beviskrav på arbetsgivare än vid övriga fall av diskriminering berördes inte. Här fanns en lucka i resonemanget som utredaren gled förbi genom att övergå till att betona att det vid tillämpningen av lagrummet inte fick ske några ingrepp i den frihet som arbetsmarknadens parter hade att i förhandlingar bestämma lönestruktur och löneutveckling. Av allt att döma var det omsorgen om arbetsmarknadens parters hegemoni över lönerna och inte den EU-rättsliga individorienterade diskursen som motiverade att kraven på arbetsgivarens bevisning fortsatt skulle vara låga. Konstruktionen var ägnad att skydda existerande löneskillnader.

Till följd av den omfattande och i stora delar sammanfallande kritik som de fackliga organisationerna, de fyra ombudsmännen (JämO, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, HomO och Handikappombudsmannen) samt fakultetsstyrelserna vid universiteten i Lund och Uppsala riktade mot utredningen frångicks den märkliga tolkningen av EU-rätten i den proposition, 1999/2000:143 som låg till grund för den revidering av lagen som trädde i kraft den 1 januari 2001. Presumptionsreglerna avskaffades. En enhetlig bevisregel som anslöt till bevisbördedirektivet skulle tillämpas istället.

Beträffande kollektivavtalens betydelse betonades i propositionen att diskrimineringsförbuden var tvingande lag och tillämpliga både på kollektivavtal och enskilda anställningsavtal. "När ett förhandlingsresultat i form av ett kollektivavtal skall granskas ur diskrimineringssynpunkt finns ingen presumtion för att kollektivavtalsparternas värdering av ett visst arbete är fri från diskriminering. Det är ju just denna fråga som skall prövas i tvisten."¹¹ I anslutning härtil betonades att uttalanden i förarbeten och dittillsvarande domstolspraxis måste läsas med stor försiktighet och i ljuset av EU-domstolens avgöranden. I de två mål, AD 2001 nr 51 och AD 2013 nr 64, där Arbetsdomstolen haft att tillämpa 2001 års reviderade bestämmelser, finns tyvärr inga tecken på att Arbetsdomstolen skulle ha frångått de bedömningsgrunder som lades fast i förarbetena till 1980 års jämställdhetslag.

Att EU-rätten gäller framför svensk lag har drivit fram krystade tolkningar av EU-domstolens domar i lönediskrimineringsmål. Royal Copenhagenmålet (mål nr C-400/93) är ett exempel på detta. Av det

¹¹ Prop. 1999/2000:143, s. 54.

faktum att EU-domstolen i Royal Copenhagenmålet, som handlade om indirekt diskriminering av grupper av anställda, uttalat att kollektivavtalet kan vara en av flera omständigheter att ta hänsyn till vid granskningen av hur förtjänstmöjligheterna konstruerats i ett kollektivavtalsreglerat ackord kan, enligt min uppfattning, inte dras slutsatsen att kollektivavtalsregleringen i sig generellt skulle utgöra bevis för icke-diskriminering enligt EU-rätten. I Arbetsdomstolens argumentation återges texten i EU-domen på ett missvisande sätt. Domstolen byter ut ordet lönefaktorer mot ordet löner (se AD 2001 nr 76) och får det därmed att se ut som att EU-domstolen uttalat sig om förhandlingsresultatet i form av utgående löner enligt kollektivavtalet.¹²

5 Getingsvärmar och hotbilder

Att driva mål om lika lön för lika och likvärdigt arbete i Arbetsdomstolen har inte varit någon sinekur vare sig för JämO eller för de fackförbund som prövat möjligheten. SAF-direktören Hans-Göran Myrdal krävde att JämO skulle avsättas. ”En ideologiskt mindre blockerad JämO skulle inte ha drivit ett så vanvettigt mål till AD”, skrev han på DN Debatt 20 mars 1995 å propos målet om lönediskriminering av en barnmorska vid regionsjukhuset i Örebro.

Fackförbundet SKTF (numera med namnet Vision) fick uppleva att ett stort antal ingenjörer lämnade organisationen när JämO valde ingenjörer som jämförelsepersoner på de Stockholmssjukhus, där stämningsansökningar om lönediskriminering förbereddes. Det uppgivna skälet var att deras fackförbund inte skyddade dem mot JämO.

Civilingenjörsförbundet hamnade i blåsväder, därför att de gått till Arbetsdomstolen med en tvist om lönesättningen av två kvinnliga medlemmar som arbetade på en gymnasieskola i Mjölby. Löneskillnaden hade uppkommit i samband med rekrytering av en man som arbetat på den privata arbetsmarknaden. Efter domen, AD 1997 nr 68, som innebar att Arbetsdomstolen ogillade talan, publicerades i Dagens Nyheter en ledare av tidningens f.d. chefredaktör Svante Nycander med rubriken *En löjlig process i Arbetsdomstolen*.

¹² För fler exempel se Svenaeus (2017), s. 307 ff.

”Hur kan förbundet hänga ut en medlem till denna kränkande behandling, och vad har civilingenjörerna för intresse av ett småaktigt lönekineseri? [...] Förment överbetalda män ska pressas att medverka i mål riktade mot deras egna löner. Tvinga ut dem i ljuset, visa upp dem i deras nakenhet och skröplighet”, skrev Nycander. Att söka lösa ifrågasatta löneskillnader mellan man och kvinna med hjälp av jämställdhetslagen stred enligt Nycander mot arbetsmarknadens parter värderingar om hur lönefrågor skulle behandlas på arbetsmarknaden.

Det förekom också katastrofscenarion i 1990-talets debatt kring målen om lika lön för likvärdigt arbete. ”Det slutar vid en stoppbock i skogen”, skrev LOs chefsideolog i LO-tidningen. Artikeln handlade om JämOs yrkanden i målet om lönediskriminering av en barnmorska i Örebro (AD 1996 nr 41). En bild av hur kollektivavtalen föll som korthus och berövade Sveriges arbetande befolkning deras uppehålle manades fram på näthinnan.

6 Ritualen

Förhandlingssystemet med dess fasta former för hur parterna träffar avtal i lönefrågor har karaktären av en ritual. Reglerade former för lönebildning har en stabiliserande effekt som på många sätt är av godo, t.ex. för att bevara arbetsfreden men kan också blockera förändringar i lönerelationer mellan kvinnor och män. Forskning om ritualer kan bidra med kunskap om vad som kännetecknar en ritual och vad som upprätthåller dess fortlevnad.

Kollektivavtalsförhandlingar följer ett bestämt mönster. För att få en belysning utöver det man kan iaktta vid en enkel genomläsning av förhandlingsprotokoll och avtalstexter eller genom att via massmedia följa de olika turerna under en avtalsrörelse kan antropologen Stanley J. Tambiahs kriterier för att identifiera en ritual vara av värde. En ritual uppvisar, enligt Tambiah, en i viss mening regelstyrd iscensättning, vilket måhända kan ge svar på varför ett eller flera alternativ kan väljas men andra inte av de förhandlande parterna.¹³

¹³ S.J. Tambiah, *A performative approach to ritual* (1979), s. 119.

Enligt Tambiah är en ritual ett kulturellt konstruerat system av symbolisk kommunikation. En ritual består av ett mönster av sekvenser, ord och handlingar, som följer på varandra i en bestämd ordning. Ritualen utmärks enligt Tambiah av "formality (conventionality), stereotypy (rigidity), condensation (fusion) and redundancy (repetition)". Rituell handling är performativt i tre olika avseenden. "Saying something is doing something". En annan form av performativitet gäller ritualens effekt på deltagarna. Genom ritualens iscensättning ges deltagarna en intensiv upplevelse. Och för det tredje handlar det om att ritualens deltagare tillför och förstärker ett antal interna s.k. indexical values.¹⁴

Tambiah skriver också om ritualens kosmologi och avser därmed inte bara religiösa föreställningar eller idéer om hur världen är beskaffad utan också samhällets grundläggande uppfattningar, politiska konventioner och liknande som står i nära samband med ritualen. Att skilja mellan religiöst och sekulärt är i detta sammanhang ointressant. Allt som är traditionellt eller som inte ifrågasätts kan tjäna som utgångspunkt för ritualer. En målande term i detta sammanhang är "enshrined truths". En (upplevd) sanning förvaras på ett sätt som gör det säkert att den kommer att bevaras och respekteras.

Religionshistorikern Peter Habbe, som studerat kontrakterande ritualer i de isländska släktsagorna, framhåller att det finns formaliserade praktiker av olika slag, varav den rituella handlingen endast är en sådan.¹⁵ Den skiljer sig från andra formaliserade praktiker genom att handlingen gör något, dvs. den tillskrivs en transformerande kvalitet och förändrar en persons eller ett tings sociala status. Från Habbes analys av släktsagornas ritualer kan nämnas handslaget som utgjorde en kontrakterande och transformerande ritual. Handslaget skapade sociala kontrakt. Det var en rituell handling vars innebörd alla som närvarade vid händelsen förstod. Den som bröt mot kontraktet förlorade sin heder och drabbades av olika problem. I handslaget finns

¹⁴ Indexical values är ett begrepp som Tambiah lånat från språkforskaren Charles Peirce och som enkelt uttryckt pekar på sambandet mellan tecken och det föremål som tecknet för tanken till.

¹⁵ P. Habbe, Att se och tänka med ritual Kontrakterande ritualer i de isländska släktsagorna (2005).

en symbolik som består i att en person ger den andre sin hand. Detta "överlämnande" mellan två parter skapar ett band som inte fanns förut.

7 Förhandlingssystemets trossatser

Det är utan tvekan stora skillnader mellan de ritualer som målände beskrivs i Tambiahs texter och som kan handla om exorcism, initiationsriter eller begravningsritualer allt efter kast och klass. Men det finns kännetecken utpekade av Tambiah, som är typiska också för arbetsmarknadens parter förhandlingar. Ritual är en särskild sorts social kommunikation länkad till en kulturell kontext. Utifrån Tambiahs iakttagelser och terminologi kring ritualer kan intressanta frågor formuleras.

En fråga gäller om det finns något som arbetsmarknadens parter vill hålla heligt och vad som i så fall är förhandlingarnas "enshrined truths"? Svaret känns givet. Det är kollektivavtalen! För inte så länge sedan kunde den explicita normen om mäns rätt till högre lön än kvinnor vid lika eller likvärdigt arbete betraktas som en "enshrined truth". Idag har den rollen övertagits av märke och marknad.

En annan fråga gäller avtalsförhandlingarna och vad som skapas genom dess ritual. Jag menar att företeelsen "märket" är ett exempel på ritualens transformerande karaktär. Märket har blivit liktydigt med välfärd och stabil ekonomi. Typiskt för ritualen är att ett ord kan laddas med associationer som förändrar dess vardagliga betydelse. Språket är ett smidigt verktyg för manipulation.

Förhandlings- och avtalssystemet, betraktat genom ritualens religiöst tonade glasögon, har sin särskilda trosbekännelse. För vad är *arbetsmarknadens parter värderingar* annat än en trosbekännelse, till vilken såväl propositionsförfattare som domare i Arbetsdomstolen troget förhållit sig när lönediskriminering skulle definieras och bedömas. Vad dessa värderingar innehåller är inte så viktigt. Makt och magi håller dem vid liv.

I inledningen till denna antologi uttalas att en central uppgift för framtida rättsvetenskaplig forskning blir att identifiera möten och konflikter mellan olika normer och att lansera sammanjämkningar som har erforderligt stöd i olika källor, och som framstår som förenliga

med arbetsrättssystemets övergripande riktning. Jag vill tillägga att en lika viktig uppgift är att med samhällsvetenskaplig teori och metod kritiskt granska "arbetsrättssystemets övergripande riktning" och avtäckas den monocentriska maktutövning som lett till att kvinnors rättigheter kunnat stuvats undan och förfuskas med hjälp av ritualens trollformler. Mänskliga rättigheter ska inte sammanjämkas i en polycentrisk mixer. De ska respekteras!

Arbetsgivarbegreppet: från välfärdsstat till plattformsekonomi

Niklas Selberg

1 Inledning

Vilket skydd en arbetstagare ska omfattas av, och vilka arbetspresterande som är arbetstagare är arbetsrättens mest grundläggande frågeställningar¹ – och i nära anslutning därtill kommer frågan om vilket subjekt som ska ansvara för att verkställa detta arbetstagar skydd. Medan arbetstagarbegreppet är en oskriven regel, så är arbetsgivarbegreppet snarare en rubrik på en uppsättning frågor om ansvarsplacement, och några av dessa är ämnet för det föreliggande kapitlet.²

Jag beskriver Arbetsdomstolens föreställningar om arbetsgivarbegreppet som arbetstagarens motpart i anställningsförhållandet. Dessutom visar jag vilka aktuella trender och utmaningar, framförallt från EU-rättsligt håll, men också från ILO, som föreligger ifråga om arbetsgivarbegreppet. För att fördjupa analysen om hur det nedärvda arbetsgivarbegreppet verkar när det finns fler än två subjekt i arbetsförhållandet diskuterar jag några arbetsrättsliga problem i anslutning till bemanningsarbete. Arbetsgivarbegreppet har dessutom aktualiserats ifråga om regleringen av den s.k. gig-ekonomins arbetspraktiker.

¹ T. Sigeman & E. Sjödin, *Arbetsrätten. En översikt* (7 uppl.) 2017, M. Glavå & M. Hansson, *Arbetsrätt* (3 uppl.) 2016.

² N. Selberg, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer. En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö* (2017).

2 Arbetsgivarbegreppet i AD:s praxis

2.1 Inledning

Arbetsdomstolen har – i AD 2018 nr 29 och AD 2019 nr 17³ – behandlat sin hittillsvarande praxis och summerat viktiga utgångspunkter både för grunden för skyddsansvar för arbetstagare och för hur denna ansvarsplacering kan förflyttas mellan olika subjekt på arbetsgivarsidan. Det står klart att rättsutvecklingen kring arbetsgivarbegreppet har skett i anslutning till anställningsskyddslagen.⁴

Arbetsdomstolen utgår vidare från att arbetsgivaransvarets placering ('vem är arbetsgivare') ska hållas åtskild från frågan om vem som företräder arbetsgivaren och hur långt arbetsgivarens rättigheter och skyldigheter sträcker sig i något visst avseende.

Två principiellt skilda grunder för skyddsansvar för arbetstagare föreligger enligt AD.

2.2 Det avtalsgrundade ansvaret som arbetsgivare

Arbetsgivaransvar på avtalsmässig grund är utgångspunkten: den fysiska eller juridiska person som träffat avtal med annan om utförande av arbete under sådana förhållanden att anställningsförhållande uppstått, är ansvarig för krav som kan uppkomma på grund av anställningen. Ekonomiska förpliktelser med anledning av en anställning kräver ett avtalsrättsligt åtagande. Arbetstagarens motpart som arbetsgivare, således.

Anknytningen till avtalsrätten innebär att huvudmannens ansvar uppstår på flera sätt. Ansvaret kan grundläggas genom en uttrycklig viljeförklaring att bli bunden (och som möts av en samstämmig viljeförklaring från den andra parten) enligt den allmänna avtalsrättens utväxling av anbud och accept.⁵ I den situationen föreligger en avsikt att åta sig arbetsgivaransvar.

³ Om inte annat sägs i avsnitt 2 bygger framställningen på dessa domar.

⁴ AD 1984 nr 141.

⁵ Eftersom avtalslagen är, för att tala med Grönfors, både enkel och elastisk låter sig fakta alltid inordnas under detta mönster. Se K. Grönfors & R. Dotevall, *Avtalslagen*. En kommentar (4 uppl.) (2010) s. 58.

Arbetsgivaransvar kan också uppkomma på avtalsrättslig grund genom att parterna uppträder – exempelvis agerande i kontakter dem emellan, eller att prestera och ta emot arbete – som om anställningsförhållande föreligger.

Dessutom kan huvudmannen bli ansvarig som arbetsgivare vid en viss typ av vårdslöst handlande. Om en företrädare för huvudmannen agerat på ett sådant sätt att denne måste ha insett att en arbetstagare ansett sig ha fått anställning, och låter det förbli därvid, så uppstår bundenhet till anställningsförhållandet. Arbetsgivaransvar på avtalsrättslig grund kan således uppkomma också utan avsikt att åta sig sådant ansvar.

Bördan som på detta sätt ligger på huvudmannen att vara aktiv till undanröjande av oklarheter om anställningsförhållandet motiveras av att arbetstagaren har ett starkt intresse av att veta vem som är arbetsgivare, inte minst eftersom arbetstagaren i tvister om krav utifrån arbetsrättsliga regler har bevisbördan för omständigheterna som ska grunda avtalet och att preskriptionstiderna är korta.

Det avtalsgrundade arbetsgivaransvaret utesluter inte att flera rättssubjekt, t.ex. inom samma koncern, blir ansvariga för ekonomiska krav som kan uppkomma på grund av anställningen – under förutsättning att någon av de tre ovanstående avtalsrättsliga bindningsformerna är tillämplig. På denna punkt förefaller regleringen av anställningsförhållandet anknyta till den fordringsrättsliga huvudregeln att om inget annat avtalats så har flera gäldenärer ansvar alla för en och en för alla.⁶ Arbetsdomstolen har emellertid inte uttalat sig om en arbetstagare i en sådan situation primärt kan kräva vilket subjekt som helst på hela prestationen, och inte heller om de båda huvudmännens ('arbetsgivarernas') möjligheter att sinsemellan avtala om ett delat arbetsgivaransvar, och vilken typ av vetskap om förhållandet som krävs från arbetstagarens sida, för att ansvarsfördelningen ska förverkligas.⁷

⁶ M. Mellqvist & I. Persson, *Fordran och skuld* (10 uppl.) (2015) s. 54.

⁷ M. Mellqvist & I. Persson, *Fordran och skuld* (10 uppl.) (2015) s. 54 f.

2.3 Förskjutningar av det avtalsgrundade arbetsgivaransvaret?

Arbetsdomstolen framhåller två tvistelägen i vilka frågor om arbetsgivaransvarets placering kan uppstå. Arbetstagaren kan, för det första, vilja rikta ett krav mot något annat subjekt än den ursprungliga arbetsgivaren. Det avgörande är här om behöriga företrädare för detta subjekt agerat gentemot arbetstagaren på ett sådant sätt att denne fått fog för uppfattningen att rättssubjektet ansvarar som arbetsgivare. Arbetsdomstolen nämner särskilt att utbetalning av lön, uppgifter i lönebesked och kontrolluppgifter och försäkringsbesked kan ge en arbetstagare en sådan befogad uppfattning. Mot bakgrund av reglerna kring personaluthyrning har lön en särställning: att ett annat subjekt än den ursprungliga arbetsgivaren, utan att betala lön, tillgodogör sig arbetet eller utövar arbetsledning, måste inte tala för att det subjektet ansvarar som arbetsgivare.

Arbetstagaren kan, för det andra, framställa krav mot den ursprungliga arbetsgivaren och mötas av invändningen att denne inte längre ska ansvara som arbetsgivare. I det här tvisteläget frågar sig Arbetsdomstolen om arbetstagaren tyst eller uttryckligen godtagit att hen är anställd hos det subjekt som den utpekade arbetsgivaren betraktar som arbetsgivare, istället för den ursprungliga arbetsgivaren.

Här anknyter arbetsrätten till fordringsrättsliga principer som förutsätter borgenärens samtycke för att förpliktelseöverlåtelse (substitution) ska vara tillåten.⁸

2.4 Det särreglerade ansvaret: ansvar i relation till arbetstagare

Arbetsdomstolen framhåller att ett subjekt kan ansvara för ekonomiska förpliktelser i relation till en arbetstagare utan att vara arbetstagarens motpart i anställningsförhållandet. Denna grund är ett undantag till huvudregeln om att avtalsrättsligt åtagande är en förutsättning för ekonomiskt ansvar med anledning av en anställning. Det krävs således att särskild lag stiftats som ålägger ett subjekt ansvar för en ekonomisk förpliktelse; t.ex. 6 b § LAS om förvärvarens ställning eller arbetsgivarens uppdragsgivare i lagstiftningen om papperslösa arbetstagare.⁹

⁸ M. Mellqvist & I. Persson, *Fordran och skuld* (10 uppl.) (2015) s. 53.

⁹ *Lagen* (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige.

Ifråga om det särreglerade ansvaret är lagstiftaren friare att agera, eftersom den inte behöver förhålla sig till de nedärvda avtalsrättsliga mönstren.

3 EU-arbetsrättens impulser om arbetsgivarbegreppet

3.1 Introduktion

Från EU-rättsligt håll kommer ett antal impulser som utmanar och kompletterar nedärvda föreställningar och den kontraktuella utgångspunkten som grund för arbetsgivaransvar. Förändrade mönster på arbetsmarknaden ger upphov till nya frågor om arbetsgivarbegreppet.

3.2 Impulser från EU-domstolens praxis?

I Heineken-målet om verksamhetsövergång lanserade EU-domstolen termen ”icke-avtalsbunden arbetsgivare” för ett subjekt inom en koncern som långvarigt lånat in en arbetstagare från ett annat koncernbolag och slog fast att en inlånad arbetstagare kunde komma ifråga för att följa med verksamheten, vid en verksamhetsövergång.¹⁰

På diskrimineringsrättens område slog EU-domstolen i Accept-målet fast att en person som inte var behörig att binda arbetsgivarsubjektet vid avtal likväl kunde agera på ett sådant sätt att bolaget skulle anses ha gjort sig skyldigt till diskriminering.¹¹

I AGET Iraklis-målet lanserade Generaladvokaten tankegången att ”Den som har ett majoritetsinnehav kan agera som slutlig arbetsgivare i förhållande till arbetstagarna inom ett dotterbolag.”¹²

¹⁰ C-242/09 Albron Catering EU:C:2010:625.

¹¹ C-81/12 Associatia Accept EU:C:2013:275, jfr C-54/07 Feryn EU:C:2008:397.

¹² Domsförslaget p. 42 i C-201/15 AGET Iraklis EU:C:2016:429; jfr emellertid domen i EU:C:2016:972.

3.3 Arbetsgivaren i direktivet om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i EU

Frågan om arbetsgivarbegreppet aktualiserades också vid tillkomsten av direktivet om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i EU.¹³ Det utfärdade direktivets tillämpningsområde kom sist och slutligen att bestämmas av de nationella definitionerna av anställningsförhållandet, med tillägget (art. 1.5) ”Medlemsstaterna får avgöra vilka personer som är ansvariga för verkställandet av de arbetsgivar skyldigheter som föreskrivs i detta direktiv, förutsatt att alla sådana skyldigheter uppfylls. De får också besluta att samtliga eller vissa av dessa skyldigheter ska anförtros en fysisk eller juridisk person som inte är part i anställningsförhållandet.” I skälen (nr 13) till direktivet noteras att ”Flera fysiska eller juridiska personer eller andra enheter kan i praktiken åta sig arbetsgivarens uppgifter och ansvar.”

Även om resultatet av lagstiftningsprocessen inte blev någon omläggning av reglerna illustrerar processen hur arbetsgivarbegreppet är en fråga för EU-lagstiftaren.

3.4 Aktuella trender och utvecklingslinjer om arbetsgivarbegreppet i EU

I kommissionens förslag till direktiv om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor gavs inte bara en EU-gemensam definition av anställningsförhållandet, utan också en särskild reglering av arbetsgivaren som byggde på två led. För det första föreslogs att medlemsstaterna skulle få avgöra vilka personer, även sådana som inte var part i anställningsförhållandet, som är ansvariga för verkställandet av de aktuella arbetsgivar skyldigheterna, förutsatt att skyldigheterna blev uppfyllda. För det andra definierades arbetsgivaren i termer av ”en eller flera fysiska eller juridiska personer som direkt eller indirekt är part i ett anställningsförhållande med en arbetstagare”.¹⁴ Kommissionens lagförslag är svävande om grunden för arbetsgivaransvaret: det kan ligga på part, icke-part och ’indirekt part’, och utgår från en resultatoriente-

¹³ Europaparlamentet och Rådet, handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD), PE-CONS 43/19, 24 maj 2019.

¹⁴ Europaparlamentet och Rådet, handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD), PE-CONS 43/19, 24 maj 2019; art. 1.5, art. 2.1.b.

ring: så länge skyldigheterna bärs av något subjekt, så framstår det vara av underordnad betydelse att de gängse rättsliga begreppen, t.ex. 'part' och 'arbetsgivare' behålls oförändrade. Både kommissionsförslaget och det beslutade direktivet förefaller vilja ge rättslig stadga åt de befintliga arbetsmarknadspraktiker som bygger på att flera subjekt 'i praktiken' åtar sig arbetsgivaruppgifter och -ansvar (jfr skäl 13 ovan). Det sedermera frånfallna kommissionsförslaget om att placera ansvar på en 'indirekt part' i anställningsförhållandet står i uppenbar spänning till i vart fall svensk avtalsrätts reglering av partsställning och det framstår som svårt att överblicka följderna om förslaget blivit verklighet.

Rådsbehandlingen inleddes i december 2017¹⁵ och strax därefter stod klart att det rådde betänkligheter kring en definition på unionsnivå av arbetstagarbegreppet och att många delegationer föredrog nationella definitioner av anställningsförhållandet – och arbetsgivare.¹⁶ I rådets allmänna riktlinje föreslogs direktivet bygga på nationella definitioner av anställningsförhållandet och arbetsgivaransvar för 'indirekt part' i anställningsförhållande hade strukits.¹⁷

EU:s övriga institutioner hade nu haft möjlighet att förhålla sig till kommissionens direktivförslag och hade många synpunkter. Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, förespråkade medlemsstatlig definition av anställningsförhållandet, och ansåg att "Direktivets personkrets när det gäller definitionen av en arbetsgivare är otydlig och måste klargöras."¹⁸

Europeiska regionkommittén, som också förespråkade att direktivet skulle bygga på medlemsstatlig definition av anställningsförhållandet, önskade att det i relation till kommissionsförslaget om ett utrymme för medlemsstaterna att reglera vem som ska ansvara för fullgörande av arbetsgivar skyldigheter, skulle särskilt föreskrivas att "Arbetsgivarna ska dock förbli ansvariga för att de ålagda skyldigheterna fullgörs kor-

¹⁵ Europeiska rådets handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD) 16018/17, 22 december 2017. Se även 5603/18, 29 januari 2018, 7032/18, 9 mars 2018, 8007/18, 3 maj 2018, 8911/18, 16 maj 2018.

¹⁶ Europeiska rådets handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD) 10054/18, 14 juni 2018.

¹⁷ Europeiska rådets handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD) 10299/18, 21 juni 2018.

¹⁸ EUT C 283/39, 10.8.2018, p. 1.10.

rekt och i sin helhet.” Kommitténs motivering utgick från att ”En sådan överföring kan enbart godtas under förutsättning att arbetsgivarna förblir ansvariga för korrekt och fullständig information och är solidariskt ansvariga. Annars finns det en risk för att de undandrar sig sina skyldigheter genom att överföra dem till tredje part och att skyddsbestämmelserna i direktivet urholkas.”¹⁹

Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen i april 2019 var att förespråka en medlemsstatlig definition av anställningsförhållandet, att begreppet ’indirekt part’ i anställningsförhållande utgick och att medlemsstaterna får avgöra vem som ska ansvara för att verkställa arbetsgivaruppgifter.²⁰

Parlamentets ståndpunkt följde betänkandet från utskottet för samskiktning och sociala frågor med ett undantag: utskottet hade föreslagit att medlemsstaterna efter samråd med arbetsmarknadens parter skulle få avgöra vilka subjekt som ska vara ansvariga för verkställandet av arbetsgivar skyldigheterna.²¹

Utskottet för rättsliga frågor hade yttrat sig till utskottet för samskiktning och sociala frågor och kommit med en rad förslag som sedan inte kom att fullföljas.²² För det första föreslås att regeln om att medlemsstaterna ska få besluta om vilket subjekt som ska fullgöra arbetsgivar skyldigheter skulle kompletteras med ett gemensamt och solidariskt ansvar: ”Om en eller flera juridiska personer direkt eller indirekt är part i ett anställningsförhållande med en arbetstagare ska de på ett adekvat sätt och till fullo vara gemensamt och solidariskt ansvariga för skyldigheterna enligt detta direktiv.” För det andra ges ett förslag om bevisbördereglering i termer av att ”Bevisbördan avseende avsaknaden av ett anställningsförhållande ska åvila den fysiska eller juridiska person som kan identifieras som arbetsgivaren.” Enligt skälen bör denna bevisbörda ”åvila den fysiska eller juridiska person som, utifrån omständigheterna, kan identifieras som arbetsgivaren.” Dessutom accepterade utskottet kommissionens ursprungliga förslag

¹⁹ EUT C 387/53, 25.10.2018.

²⁰ Europaparlamentet P8_TA-PROV(2019)0379, 16 april 2019.

²¹ Europaparlamentet A8-0355/2018, 26 oktober 2018.

²² Europaparlamentet A8-0355/2018, 26 oktober 2018; daterat den 27 september 2018. Utskottet för kvinnors rättigheter och jämställdhet mellan kvinnor och män ger inga förslag av intresse här; 3 oktober 2018.

om definition av arbetsgivaren, men gjorde ett tillägg efter ”juridiska personer” ”(virtuella plattformar eller andra) som anlitar en eller flera arbetstagares tjänster och direkt eller indirekt är part i ett anställningsförhållande med minst en arbetstagare.”

Rådet tog upp parlamentets ståndpunkt under våren 2019 och inledde kontakter för att nå en överenskommelse om reglernas utformning.²³ En sådan kunde snart nås, efter att ett antal medlemsstater med Tyskland i spetsen uttalat sig om betydelsen av att anställningsförhållandet definierades av nationell lagstiftning och att det inte var fråga om att skapa en enhetlig definition på unionsnivå.²⁴ I juni 2019 antog rådet direktivet med 23 röster (varav Sverige var en) för, noll röster mot och tre nedlagda röster.²⁵

3.5 Avslutning

Arbetsgivarbegreppet har etablerat sig som en EU-arbetsrättslig problematik i egen rätt. I EU-domstolen uppstår inte sällan frågor om arbetsgivarbegreppet och domstolen ger kreativa svar. För EU-lagstiftaren framstår arbetsgivarbegreppet i hög grad som en förhandlingsfråga som kan ges många svar. Den frimodighet med vilken EU-arbetsrätten tar sig an arbetsgivarbegreppet kan vara en följd av att varken domstolen eller EU-lagstiftaren har ett slutligt och i detalj infoga normerna i någon existerande nationell rättsordning.

²³ Europeiska rådets handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD), 8441/19, 7 maj 2019, PE-CONS 43/19, 24 maj 2019.

²⁴ Europeiska rådets handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD) 9327/19, 29 maj 2019, samt add. 1. De andra staterna var Ungern, Estland och Tjeckien.

²⁵ Europeiska rådets handlingar i interinstitutionellt ärende 2017/0355 (COD) 10280/19 13 juni 2019.

4 Den folkrättsliga arbetsrätten och arbetsgivarbegreppet

4.1 Definitionen av anställningsförhållandet och dess parter

ILO antog 2006 en rekommendation om anställningsförhållandet som definierar vem arbetsgivaren är, och vem som är ansvarig för att förverkliga arbetstagarens rättigheter.²⁶ Nationell lagstiftning ska som ett minimum innehålla mekanismer som är kapabla att

”... ensure standards applicable to all forms of contractual arrangements, including those involving multiple parties, so that employed workers have the protection they are due” och ”... ensure that standards applicable to all forms of contractual arrangements establish who is responsible for the protection contained therein ...” (art. 4 c och d)

ILO:s inställning är att arbetstagarbegreppet ska säkerställa att det ska gå att finna ett subjekt som i egenskap av arbetsgivare kan hållas ansvarigt för arbetstagar skyddet.²⁷ Utgångspunkten är att arbetsgivaren är part i anställningsförhållandet; ”the natural and legal person for whom an employee performs work or provides services within an employment relationship”.²⁸ Den internationella arbetsrätten antar att anställningsförhållandet fortsättningsvis ska vara det centrala instrumentet för att skydda arbetande människor och framhåller praktiska genomförandeproblem, snarare än behov av lagändringar.²⁹ Den svenska inställningen är att arbetsrätten uppfyller detta eftersom här finns ”en väl förankrad metod för att fastställa förekomsten av ett anställningsförhållande”.³⁰

²⁶ ILO, Report V(2B) – The Employment Relationship – Fifth Item on the Agenda, Geneva, 2006, p. 5. Jfr International Labour Office/European Labour Law Network, *Regulating the Employment Relationship in Europe: A Guide to Recommendation No. 198*, 2013, s. 16–19.

²⁷ N. Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship*, (2007) s. 167, s. 169.

²⁸ ILC 2006, Conclusions concerning the employment relationship, p. 1.

²⁹ ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008.

³⁰ Prop. 2007/08:69, s. 16.

4.2 Särreglering av ansvarssubjektet

ILO har dessutom antagit ett antal konventioner och rekommendationer med bäring på frågan om ansvarssubjektet. I arbetsmiljöreglerna (konventionen nr 155, 1981) förutsätts att företag samarbetar på gemensamma arbetsplatser för att förverkliga konventionens krav (art. 17) och i regleringen av arbetsmiljön i byggbranschen (konventionen nr 167, 1988) skapas ett nyanserat ansvarssystem för "principal contractor", "contractor" och "subcontractor" (art. 2, art. 8).

I reglerna om hemarbete (konventionen nr C177, 1996) föreskrivs att med arbetsgivare avses den som själv, eller genom mellanhand fördelar ut hemarbete; och att, om mellanhänder förekommer på den nationella arbetsmarknaden, ska dessa vara reglerade (art. 8). I den anknyttande rekommendationen (nr 184, 1996) föreskrivs joint and several liability mellan arbetsgivaren och mellanhanden för arbetstagarens lön (VI, 18). Ur svensk synvinkel framstår detta som en främmande syn på mellanhandens roll. Det traditionella synsättet har varit att mellanhänder såsom fullmäktige står utanför avtalsförhållandet och att inga anspråk kan riktas mot dessa. Det är överraskande att denna punkt inte framhölls som en fråga som skulle kräva lagändringar för att Sverige skulle kunna ratificera konventionen.³¹ Regeringen ansåg att ytterligare underlag krävdes för ställningstagande till ratifikation av konventionen och Sverige har ännu inte tillträtt den.³²

ILO har tagit fram grundläggande regler (konventionen nr 181 och rekommendationen nr 188, 1997) om ansvars- och rollfördelningen vid bemanningsarbete.

ILO-reglerna (rekommendationen nr 193, 2002) om kooperativ är ägnade åt att hindra att denna form för arbete kan användas i syfte att undvika anställningsförhållandet och arbetsgivaransvaret genom en uppluckring av tvåpartsförhållandet.

I reglerna för hushållsarbetare (konventionen nr 189, 2011) föreskrivs att företag som rekryterar och "placerar" hushållsarbetare ska regleras särskilt och att "hushållets" respektive rekryteringsföretagets

³¹ SOU 1998:115, s. 233.

³² Prop. 1997/98:185, s. 10.

skyldigheter mot hushållsarbetaren ska vara särskilt reglerade (art. 15). Sverige har ratificerat hushållsarbetarkonventionen.³³

I de återlanserade reglerna om förbud mot tvångsarbete (konventionen nr 29, 1930, protokollet nr 29, 2014, rekommendationen nr 203, 2014) förutsätts att "labour recruiters and employment agencies" regleras särskilt till undvikande av att tvångsarbete uppstår.

4.3 Avslutning

Normerna från ILO ska infogas i de nationella systemen av nationella myndigheter. Det står klart att den folkrättsliga arbetsrätten dels ansluter sig till arbetstagarbegreppet och det kontraktuella arbetsgivarbegreppet som mekanism för att placera skyddsansvar, dels förutsätter att flera ansvarssubjekt än den kontraktuella arbetsgivaren ska förekomma om behov uppstår.

5 Personaluthyrning, föreningsrätt och arbetsgivarbegreppet

En hypotetisk fråga om skydd för den fackliga verksamheten i bemanningskontext. Pondera att ett kundföretag uppmärksammar hur en inhyrd arbetstagar agiterar för att arbetstagarna hos inhyraren ska organisera sig fackligt. Inhyraren beslutar med anledning av detta att bestraffa den inhyrda genom att a) omfördela den inhyrda arbetstagaren till andra och sämre arbetsuppgifter, eller b) kontakta bemanningsföretaget och avbryta inhyrningen av just den aktuella arbetstagaren.

Frågeställningen aktualiserar reglerna om föreningsrätt i MBL: en arbetstagar har verkat för sin arbetstagarorganisation (jfr 7 § MBL). Kränkning av föreningsrätten föreligger om någon på arbetsgivarsidan vidtar åtgärd till skada för en arbetstagar med anledning av att denna har utnyttjat sin rätt att verka för sin organisation (se 8 § MBL). Överträdelse av lagen är sanktionerat med allmänt och ekonomiskt skadestånd (54–55 §§ MBL).

I exemplet har en arbetstagar agerat för sin organisation och blivit bestraffad för det (dvs. åtgärd med föreningsrättskränkande motiv).

³³ Ds 2017: 10, s. 25 f., prop. 2017/18:272, s. 27 f.

Hur förhåller sig denna situation till MBL:s regler om föreningsrättskränkning?

Arbetsgivare är bemanningsföretaget, och inte inhyraren.³⁴ Enligt praxis och doktrin ska, för att det ska kunna vara fråga om föreningsrättskränkning, åtgärden ha ”vidtagits av någon som antingen agerat på uppdrag av bolaget eller haft en sådan ställning i bolaget att denne kan sägas företräda bolaget i dess egenskap av arbetsgivare, t.ex. genom att ha rätt att besluta i frågor som rör andra anställda”.³⁵ Kundföretaget anses representera bemanningsföretaget i frågor som avser arbetsledning, eller med andra ord; arbetsledningsrätten delegeras från arbetsgivare till inhyrare.³⁶ Det betyder att åtgärden att fördela sämre arbetsuppgifter till exemplets fackligt engagerade inhyrda arbetstagare ska anses utgöra en föreningsrättskränkning begången av en representant för bemanningsföretaget, som därför är det subjekt som ska stå för skadeståndet.

När bemanningsföretaget – arbetsgivaren – i den här situationen följer kundföretagets order att återta den uthyrda arbetstagaren uppstår skadeståndsskyldighet för egen del (dvs. inte på grund av annans handlande som i exemplet ovan).

Vad gäller för den händelse att den uthyrda arbetstagaren, med anledning av återsändandet, blir uppsagd av bemanningsföretaget? Uppsägningar av anställningsavtal som sker med föreningsrättskränkande motiv kan ogiltigförklaras med stöd av MBL:s regler till skydd för föreningsrätten.³⁷ Frågan blir då om bemanningsföretaget kan tillgodoräknas det subjektiva rekvisit som inhyraren haft.

MBL:s reglering av skyddet mot föreningsrättskränkande åtgärder har inte direkt samordnats med lagstiftningen som genomför EU:s bemanningsdirektiv 2008/104/EG.

En kan anse att det skulle strida mot bemanningsarbetets likabehandlingsprincip om inhyrda arbetstagare inte hade samma fören-

³⁴ 5 §, 1 p. lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

³⁵ J. Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen. En kommentar. Del 1 1–32 §§ (2018), s. 73–74; AD 2013 nr 5.

³⁶ N. Selberg, Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer. En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö (2017) s. 328–330 med hänvisningar.

³⁷ Prop. 1974:88, s. 185, SOU 1973:56, s. 50 f.

ingsrättsliga skydd i relation till inhyraren som dennes arbetstagare. Eftersom det är uthyrarens ansvar – vid äventyr av skadestånd – att se till att den uthyrda arbetstagaren tillförsäkras de arbets- och anställningsvillkor som följer av likabehandlingsprincipen framstår det som oklart vilken effekt denna regel kan ha för inhyrdas föreningsrätt.³⁸ Uthyraren kan i avtalet med inhyraren kräva garantier för de uthyrdas föreningsrätt.

Enligt personaluthyrningslagen har kundföretaget vissa skadeståndssanktionerade skyldigheter direkt mot de inhyrda.³⁹ Åtgärder inom detta område kan således inte uppfattas ske med stöd av delegation från bemanningsföretaget/arbetsgivaren. Vad gäller då om kundföretaget begår föreningsrättskränkande åtgärder inom ramen för sin egen behörighet? Vad är *lex specialis* här? Vilken aspekt av det inträffade ska en ta fasta på? Gärningens karaktär av angrepp på organisationen, eller kundföretagets självständiga roll? Ska skadeståndet utgå enligt uthyrningslagen eller MBL? Rättsläget får väl sägas vara oklart.

MBL anknyter nära till anställningsförhållandet (t.ex. 1 § 1 st.), och ifråga om föreningsrätten är förarbetena tydliga med att skyddet avser befintliga anställningsrelationer.⁴⁰ Eftersom syftet med denna avgränsning var att utesluta just arbetssökande ur reglerna, är det inte otänkbart att väcka frågan om en tolkningsvis tillämpning av MBL på andra än parter i anställningsavtal. En kan vidare reflektera över om en inhyrd arbetstagare kan uppfattas som en sådan jämställd uppdragstagare som äger direkt skydd för sin föreningsrätt i relation till subjektet denne utför arbete åt. Redan de grundläggande reglerna för bemanningsarbete ska innebära att en inhyrd, utan att vara anställd hos inhyraren, utför arbete åt inhyraren och ”har en ställning av väsentligen samma slag som en anställd” (1 § 2 st. MBL).⁴¹ Hos inhyraren karaktäriseras bemanningsarbete av frånvaron av anställningsavtal i kombination med likheter mellan arbetstagare och inhyrd personal.

³⁸ 6 § och 13 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

³⁹ 11, 12, 14 §§ lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

⁴⁰ Prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 205, s. 344.

⁴¹ J. Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen. En kommentar. Del 1 1–32 §§ (2018), s. 32 ff. med hänvisningar.

MBL:s regler om jämställda uppdragstagare ger sannolikt ett direkt skydd för inhyrda arbetstagares föreningsrätt i relation till inhyraren.

MBL:s skydd för föreningsrätten överflyttades från 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt och tillkom under en tid då uppsägningsrätten var fri och personaluthyrning kriminaliserad. Just inhyrda arbetstagares föreningsrättsskydd framstår därför som en fråga för lagstiftaren att ta sig an.

Avslutningsvis är det intressant att notera att EU-stadgans reglering av föreningsfrihet, som ger rätt till ”var och en att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen” (art. 12.1), inte är avhängig någon distinkt partsställning. Ett föreningsrättsligt skydd för inhyrda hade inte inneburit att någon ny kategori arbetspresterande gavs skydd – de inhyrda är ju arbetstagare – utan om att utöka det till att avse en annan huvudman, dvs. inhyraren. Framtiden får utvisa vilken betydelse stadgan kan komma att ha på den här punkten.

6 Personaluthyrning, anställningsskydd och arbetsgivarbegreppet

I och med att bemanningsanställningen är en trepartsrelation blir anställningsskyddet invecklat. Viktiga utgångspunkter är att regeln om saklig grund för uppsägning är tvingande och att varje uppsägning rättsligt måste kvalificeras som pga. antingen personliga skäl eller arbetsbrist.⁴²

Vad gäller i den situationen att den inhyrde arbetstagaren gör sig skyldig till någon förseelse eller dylikt⁴³, som skulle utgjort saklig grund för uppsägning, om den hade begåtts mot arbetsgivaren? LAS är tillämplig 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 inte skapar inkomster för denna? Bemanningsföretaget kanske vill avsluta anställningsförhållan-

⁴² Ds 2002:56, s. 162 f.

⁴³ T.ex. trakasserier och kränkningar riktade mot arbetsledning och arbetskamrater; se t.ex. AD 2013 nr 12 och AD 2014 nr 90.

det med hänvisning till förseelsen hos inhyraren. Vad ska anses vara grunden för uppsägningen? Ska arbetstagarens förseelse eller den efterföljande övertaligheten stå i fokus för tillämpningen av anställnings-skyddslagen?

Å ena sidan kan en argumentera att bemanningsarbetets idé – att affärsmässigt sälja arbete utfört av arbetstagare, utan att arbetsgivaransvaret följer med till köparen av arbetet – borde fälla avgörandet. Återsändandet av en arbetstagare, oavsett skälet härför, anses leda till en arbetsbristsituation – det saknas arbetsuppgifter till alla arbetstagare – i vilken arbetsgivaren får vidta uppsägningar. Detta synsätt tar fasta på allmänna arbetsrättsliga synsätt: avtar efterfrågan på arbetsgivarens produkter eller tjänster får uppsägningar ske, utan att det måste utredas varför köparna på marknaden inte längre efterfrågar produkten (eller om deras beslut är sakligt eller ens väl underbyggt). Det skulle innebära att en arbetstagare som inte kan hyras ut blir övertalig i relation till mängden arbetsuppgifter som arbetsgivaren behöver få utförda, och att uppsägningar efter turordning (22 § LAS) skulle vara tillåtna. En arbetstagares agerande hos en inhyrare, som kunde ligga till grund för uppsägning om det ägde rum i relation till en arbetsgivare, omvandlas till en arbetsbristsituation i uthyraren. En arbetstagares misskötsamhet skulle kunna drabba andra arbetstagare (i samma driftsenhet/kollektivavtalsområde, med sämre plats i turordningen), som riskerar uppsägning. Det framstår emellertid som orimligt att inhyrarens avbrytande pga. personliga skäl av inhyrningsrelationen avseende en viss arbetstagare, ska tillåtas omvandlas till arbetsbrist i uthyraren; en arbetstagares felande riskerar då en annan arbetstagares anställning. Grundsatsen bakom LAS att ”uppsägningsskäl som primärt hänger samman med en viss arbetstagare bedöms ha skett av personliga skäl även om skälen ytterst har verksamhetsanknutna motiv”⁴⁴ aktualiseras. Arbetsgivarens kostnader för en misskötsam arbetstagare ska inte stå i förgrunden, utan misskötsamheten ska anses utgöra uppsägningsskälet. Man kan tala om att ”orsakskedjan” eller ”kausallinjerna” inte ska dras längre än till arbetstagares agerande.⁴⁵ Om dessa

⁴⁴ Ds 2002:56, s. 165, referenser utelämnade här.

⁴⁵ Ds 2002:56, s. 165.

utgångspunkter får avgöra ska uthyrarens uppsägning av den felande bemanningsarbetstagaren anses vara pga. personliga skäl.

Å andra sidan kan argumentationen anknyta till rättsläget avseende s.k. splittrad motivbild i LAS, 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 samtidigt om att minska kostnader i verksamheten och om att hantera en viss arbetstagares misskötsamhet. Det råder 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.⁴⁶

Det framstår måhända som oklart hur den här situationen ska införas i LAS. Frågan framstår emellertid som värd att uppmärksamma eftersom lagstiftningen om bemanningsarbete bygger på antaganden om en strikt funktions- och rolluppdelning mellan in- och uthyrare och utgångspunkten att LAS ska gälla fullt ut i relationen mellan bemanningsföretag (arbetsgivare) och de bemanningsanställda. Begreppen som bygger upp anställningsskydd vid arbetsbrist har inte utvecklats med avseende på bemanningsarbete (som var kriminaliserat vid den tiden) och har en rumslig dimension (jfr turordningskrets; driftsenhet) som passar sämre med bemanningsarbetet, som ju bedrivs utanför arbetsgivarens organisation.

Det ligger närmast till hands att en arbetstagare får sägas upp av bemanningsföretaget för en misskötsamhet som begåtts hos inhyraren. De andra arbetstagarna bör inte drabbas av övertalighet av det skälet att någon misskött sig 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.

⁴⁶ DS 2002:56, s. 166. AD 2000 nr 31.

7 Arbetsrätten och arbetsgivarbegreppet i plattformsekonomin

EU-kommissionen har i ett meddelande 2016 kommit in på frågor om plattformsekonomin. Vid klassificeringen av de inblandade aktörerna i relation till arbetsrättens system förefaller kommissionen förespråka en tvåstegsmodell. Det första steget handlar om att ta ställning till om plattformen kan sägas utgöra en *tjänsteleverantör*, eller om det är fråga endast om *förmedling* i egenskap av mellanhand mellan konsument och producent. Här handlar det om att avgöra om hur mycket inflytande plattformen utövar över sådant pris och övriga centrala avtalsvillkor, samt fråga om vem som äger de tillgångar som används för att prestera arbetet. För det andra ska det avgöras om den arbetspresterande är arbetstagare eller uppdragstagare. De EU-rättsliga arbetstagarkriterierna kretsar kring frågor om den arbetspresterandes underordning, arbetets karaktär och ersättningen för arbetet.⁴⁷ I meddelandet från 2016 är det således de etablerade begreppen som ska användas för att rättsligt klassificera gig-ekonomins aktörer.

I EU-domstolens Uber-dom från december 2017 hade domstolen anledning att karaktärisera Uber i relation till de nedärvda rättsliga kategorierna.⁴⁸ Målet var inte arbetsrättsligt, men ger ledtrådar till förståelsen av plattformens roll i ekonomin och på arbetsmarknaden.

EU-domstolen karaktäriserar Uber genom att relatera det till både varu- och arbetsmarknaden. När Uber tillhandahåller en IT-baserad förmedlingstjänst skapar den ett utbud av lokaltrafiktjänster. Uber rekryterar förare som inte är yrkesförare och som använder sina egna fordon och förser dem med en app – ”utan vilken dessa förare inte skulle förmås att tillhandahålla transporttjänster och utan vilken de personer som önskar företa en resa inom en tätort inte skulle ha möjlighet att utnyttja förarnas tjänster”. Vidare framhåller domstolen att Uber utövar ”ett bestämmande inflytande över villkoren för tillhandahållandet av förarnas tjänster”, t.ex. fastställer maximipris, uppbär betalning från kunden, överför delar av betalningen till föraren, kontrollerar fordo-

⁴⁷ COM(2016) 356 Europeisk agenda för delningsekonomin.

⁴⁸ C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi EU:C:2017:981.

nen, förarnas egenskaper och beteenden och beslutar om att utesluta förare.

EU-domstolens dom ligger i linje med Generaladvokatens domsförslag, som framhåller att Uber ”kontrollerar [...] de ekonomiskt relevanta aspekterna av den transporttjänst som erbjuds inom ramen för dess plattform”, och fortsätter:

”Denna kontroll utövas förvisso inte genom hierarkisk underordning av klassiskt snitt, men skenet kan som bekant bedra. En sådan indirekt kontroll som Uber utövar, på grundval av ekonomiska incitament och en decentraliserad utvärdering som passagerarna står för, möjliggör i kombination med skaleffekten en (minst) lika effektiv förvaltning som vad en arbetsgivare kan åstadkomma genom att ge sina anställda formella instruktioner och direkt kontrollera hur dessa verkställs.”⁴⁹

Uberdomen ger ledtrådar till hur gig-ekonomins praktiker ska bedömas ur arbetsrättslig synvinkel. Plattformen eller appen ska inte uppfattas endast som en passiv fullmäktig, förmedlare eller marknadsplats, utan som en dynamisk aktör i arbetsförhållandet – med likheter med arbetsrättens nedärvda syn på arbetsgivaren. EU-domstolens analys tar fasta på att plattformen agerar på två marknader samtidigt och knyter dem samman. Plattformen skapar och upprätthåller en marknad för resultatet av arbetet, dvs. tjänsten, samtidigt som plattformen agerar på marknaden för arbete. Maktställningen i relation till de arbetande uppstår i och med denna position på marknaden för arbete. Många egenskaper som utmärker en arbetsgivare är för handen ifråga om plattformarna på gig-ekonomins arbetsmarknad och det ligger därför nära till hands att anta att det är lämpligt att dessa också bör bära arbetsgivarens skyddsansvar i relation till de arbetande, om de är arbetstagare, vill säga.

Arbetsvillkorsdirektivets skäl (nr 8) slår fast att ”arbetstagare på digitala plattformar” omfattas – under förutsättning att de uppfyller kraven för att vara arbetstagare.

⁴⁹ C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi EU:C:2017:364.

8 Avslutning

Bidraget har visat grunden för huvudregeln om arbetsgivaren som arbetstagarens motpart och de särreglerade undantagen om ansvar för annan än part i anställningsförhållandet. Dessa kompletterande regler har viktigt stöd i den folkrättsliga arbetsrätten. Det kan vara svårt att överskåda effekterna på lång sikt av att skyddsansvar för arbetstagare i allt högre grad placeras på subjekt som inte är part i anställningsförhållandet. Den rådande lagstiftningsmässiga kreativiteten och trenderna kring arbetsgivarbegreppet har illustrerats med stöd av EU:s arbetsvillkorsdirektiv. På någon punkt kan rättsläget vara oklart ifråga om hur det avtalsmässiga arbetsgivaransvaret och skyddet för föreningsrätten ska hanteras i trepartskonstellationer. Eftersom plattformsekonomin uppvisar både skillnader och likheter med det gängse anställningsförhållandet uppvisar plattformen både skillnader och likheter med arbetsgivaren.

I takt med arbetsmarknadens förändringar från sammanhållen produktion till företagssamarbeten och plattformorganisationer kommer diskussioner om arbetsrättens tillämpningsområde behöva beakta frågan om arbetsgivarbegreppet.

Empiri i arbetsrättslig analys: exemplet europeiska företagsråd

Rasmus Hästbacka

1 Inledning

1.1 EWC-regleringen

EU har antagit två direktiv om europeiska företagsråd.¹ Det är en reglering av arbetstagarinflytande i multinationella företag och koncerner. Direktiven har genomförts i samtliga 31 EU/EES-länder. I Sverige har direktiven genomförts i två lagar.² Ett företagsråd konstitueras med stöd av direktivens nationella genomförandelagstiftning genom ett transnationellt avtal mellan parterna eller genom ett ensidigt beslut på arbetstagar sidan. Företagsrådet har rätt till information och samråd med koncernledningen i en rad för arbetstagarna väsentliga frågor.

De europeiska företagsrådets framväxt främjas av fackföreningar på nationell och europeisk nivå. I dagsläget uppgår antalet företagsråd

¹ RÅDETS DIREKTIV 94/95/EG av den 22 september 1994 om inrättandet av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare. EGT L 254, 30.09.1994 s. 6–72. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2009/38/EG av den 6 maj 2009 om inrättande av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare (omarbetning). EUT L 122, 16.5.2009, s. 28–44.

² Lag (1996:359) om europeiska företagsråd. Lag (2011:427) om europeiska företagsråd.

inom EU/EES till 1 163 stycken.³ År 2005 uppskattades att ca 2 200 koncerner omfattades av det första direktivet om företagsråd. Företagsråd saknades i mer än hälften av de berörda koncernerna.⁴ Enligt en beräkning år 2007 omfattades ca 24 miljoner arbetstagare av första direktivet. Av dessa representerades ca 14,5 miljoner arbetstagare av företagsråd.⁵ Ett motiv för att utfärda ett nytt direktiv år 2009 var att påskynda bildandet av företagsråd.⁶ Resultatet blev dock magert.⁷

Den engelska termen för europeiskt företagsråd är *European Works Council* (EWC). Jag använder följande terminologi: EWC-direktiv, EWC-lagar och EWC-avtal. Kombinationen av EWC-lagstiftning och EWC-avtal betecknas EWC-regleringen. I detta kapitel berörs den svenska EWC-regleringen och dess praktiska betydelse i multinationella koncerner. Utgångspunkten är min licentiatavhandling om europeiska företagsråd i tre svenska koncerner.⁸

1.2 Reflexiv rätt som dörr till empiri

EWC-regleringen är ett exempel på *reflexiv rätt*.⁹ Den reflexiva rätten kännetecknas av att den involverar olika aktörer i beslutsprocesser utan

³ Aktuell statistik finns på hemsidan för *European Trade Union Institute* (ETUI): <http://www.ewcdb.eu/>. Information hämtad den 6 januari 2019.

⁴ Dessa data rör egentligen multinationella koncerner och företag sammantagna. Spiegelare, Stan De & Jagodzinski, Romuald (2015). *European Works Councils and SE Works Councils in 2015. Facts and figures*. Brussels: ETUI, s. 13.

⁵ Blanpain (2009), *European Works Councils: the European directive 2009/38/EC of 6 May 2009*.

Bulletin of Comparative Labour Relations No. 72. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, s. 234.

⁶ Se ingresspunkt 7 i andra EWC-direktivet.

⁷ Se t.ex. Spiegelare, Stan De (2016). *Too little, too late? Evaluating the European Works Councils Recast Directive. Report 138* european trade union institute. Brussels: ETUI, s. 5.

⁸ R. Hästbacka, *Europeiska företagsråd i svenska koncerner: en rättsvetenskaplig studie av EWC-regleringens betydelse för arbetstagarinflytande och styrning av multinationella koncerner*. (2017) Lic.avh. Umeå: Umeå univ. Tillgänglig som PDF-fil: <http://www.diva-portal.org/smash/search.jsf?dswid=1432>.

⁹ G. Teubner, "Substantive and reflexive elements in modern law" i *Law & Society Review*, Vol. 17, No. 2, 1983, s. 239–285.

att bestämma det materiella utfallet.¹⁰ EWC-regleringen innebär en potential för arbetstagarinflytande men ingen garanti för inflytande. Arbetsgivarprerogativen lämnas intakta.

Då den reflexiva rätten inte bestämmer det materiella utfallet, måste utfallet undersökas empiriskt. Utfallet bestäms i hög grad av utomrättsliga faktorer. Exempelvis när arbetsmarknadens parter förhandlar kan utfallet bestämmas av konfliktvarsel eller hot om utflyttning av produktion. Den reflexiva rättens öppna karaktär gör det motiverat att studera reglerna i det sammanhang där de tillämpas. Håkan Hydén har betecknat detta som ett användarperspektiv på rätten.¹¹

1.3 Kapitlets fokus

Det övergripande syftet med detta kapitel är att belysa EWC-regleringens *funktion* på multinationell koncernnivå. Här avses å ena sidan rättens *interna* funktion, alltså strukturen och sambanden inom rätten, å andra sidan den *externa* funktionen, effekterna utanför rätten.¹² Begreppet rätten innefattar här regler i både lag och avtal.

Rättens interna funktion berörs översiktligt. Fokus läggs på den externa funktionen. Min empiri består av avtalstexter och djupintervjuer med arbetstagar- och arbetsgivarföreträdare i koncerner med säte i Sverige. Materialet har anonymiserats. Jag refererar därför till koncernerna som Vårdkoncernen och Verkstadsindustrin.¹³

¹⁰ A.a., s. 254–257 och 267–271. Se vidare Rogowski, Ralf & Wiltshagen, Ton (1994). "Reflexive Labour Law – An Introduction" i Rogowski, Ralf & Wiltshagen, Ton (red.) (1994). *Reflexive labour law: studies in industrial relations and employment regulation*. Deventer: Kluwer law and taxation publ., s. 7 f. Se även i samma antologi Rogowski, Ralf (1994). "Industrial Relations, Labour Conflict Resolution and Reflexive Labour Law", s. 55 f. Jfr Rogowski, Ralf (2013). *Reflexive labour law in the world society*. Cheltenham: Edward Elgar, s. 31–53.

¹¹ Hydén, Håkan (1992). "Faktorer av betydelse för val av metod" i Basse, Ellen Margrethe & Jensen, Vibeke (red.) (1992). *Regulering og styring. 3. Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse*. København: Gad, s. 3 f.

¹² Istället för rättens *externa* funktion används också uttrycket *samhällelig* funktion. Se t.ex. Hydén, Håkan (1978). *Rättens samhälleliga funktioner*. Ak.avh, Lund: Lunds univ. Se även Henning, Ann (1987). "Om forskning angående lagreglers samhälleliga funktioner" i SvJT 1987, s. 386–389.

¹³ Ett tredje fall, en multinationell bank, utelämnas. Se min avhandling, kapitel 7.

Syftet med fallstudierna är att belysa EWC-regleringens betydelse för *arbetstagarinflytandet* å ena sidan och regelverkets betydelse för *styrningen* av koncerner å den andra. Inflytande definieras här som arbetstagarrepresentanternas påverkan i de frågor som behandlas på multinationell koncernnivå.¹⁴ Styrning definieras som realisering av ledningsbeslut.¹⁵

I intervjuerna valde jag att särskilt ställa frågor om arbetstagarinflytandet vid hot om "regime shopping". Regime shopping innebär att koncernledningen väljer investeringsland utifrån den sociala skyddsnivån i arbetsmarknadsregimen jämförd med andra länder.¹⁶ Ett av många uttryck för regime shopping är omlokalisering av produktion över nationsgränserna. EWC-direktiven lyfter fram omlokalisering som en särskilt viktig fråga kring vilken koncernledningen ska informera och samråda med arbetstagsidan.¹⁷

1.4 Disposition

Kapitlet är uppdelat i fyra avsnitt. I avsnitt 2 summeras den svenska EWC-lagstiftningen och dess interna funktion. I avsnitt 3 berörs Vårdkoncernen och Verkstadsindustrin. I avsnitt 4 sammanförs fallstudiernas resultat, varifrån slutsatser dras om rättens externa funktion.

2 Den svenska EWC-lagstiftningen

2.1 Inledning

De multinationella företag och koncerner som omfattas av EWC-direktiven betecknas *gemenskapsföretag* och *företagsgrupper*. De kännetecknas av att sysselsätta minst 1 000 arbetstagare i minst två EU/EES-

¹⁴ Denna definition ska skiljas från det rent rättsliga begreppet arbetstagarinflytande d.v.s. blotta förefintligheten av regler om medbestämmande, information, samråd o. dyl.

¹⁵ Det är således ett snävt perspektiv på styrning. Ett bredare perspektiv som ställer aktieägarintresset i centrum företräds av t.ex. *Kollegiet för svensk bolagsstyrning*: <http://www.bolagsstyrning.se/koden/gallande-kod>.

¹⁶ Se t.ex. Heery, Edmund & Noon, Mike (2008). *A dictionary of human resource management*. 2. ed. Oxford: Oxford Univ Press, s. 136.

¹⁷ Se punkt 3 i bilagan till första och andra EWC-direktivet.

stater med minst 150 arbetstagare i var och en av minst två stater.¹⁸ Direktivens angivna syfte är att förbättra arbetstagarnas rätt till information och samråd i gemenskapsföretag och företagsgrupper.¹⁹ Lagvalet faller på den svenska EWC-lagstiftningen när ett gemenskapsföretag eller det kontrollerande företaget i en grupp har sitt säte i Sverige.²⁰

2.2 Sambanden mellan direktiv, lag och avtal

Det råder komplexa samband mellan EWC-direktiven, EWC-lagarna och EWC-avtalen. EWC-direktiven har gett upphov till tre generationer EWC-avtal. De tre generationerna skiljer sig åt med avseende på tidpunkten för avtalens ingående. Därmed skiljer sig avtalen åt även med avseende på i vilken utsträckning de omfattas av den första respektive andra EWC-lagen. Den första generationen står i huvudsak utanför lagarnas tillämpningsområde. Andra generationen omfattas dels av första lagen, dels av andra lagen. Tredje generationen omfattas av andra EWC-lagen i dess helhet. Nedan utelämnas första generationens avtal. Jag lyfter fram de gemensamma nämnarna i båda EWC-lagarna och därmed också de gemensamma nämnarna för EWC-avtal av andra och tredje generationen.²¹

2.3 Regeltyper och struktur

EWC-lagstiftningen domineras av två regeltyper: konstituerande regler och proceduralla regler. Dessa är utmärkande för reflexiv rätt.²² I viss utsträckning innehåller lagstiftningen även materiella regler. De konstituerande reglerna rör företagsrådets inrättande, sammansättning

¹⁸ Artikel 2.1 a–b i båda direktiven.

¹⁹ Artikel 1.1 i båda direktiven.

²⁰ 5 § första stycket i båda EWC-lagarna. Tillämplig lag/praxis för val och förtroendemannaskydd av ledamöter i företagsråd är dock lagen/praxis i landet där ledamöterna utses. Se min avhandling, avsnitt 4.4. Därutöver finns möjligheten att avtala om lagval inom ramen för EU:s IP-rättsliga förordningar.

²¹ För att inte överbelasta fotnoterna med direktivartiklar och lagrum, hänvisas i följande noter istället till min avhandling.

²² Min indelning i regeltyper utgår från Hydén, Håkan (1984). *Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation*. Ds C 1984:12 (Stat- och kommunberedningen). Stockholm: Liber/Allmänna förl, s. 19–24, 83 och 114. Jfr Hydén, Håkan (1988). "Reflexiv rätt och reglering" i Born, Asmund (red.) (1988). *Refleksiv ret*. København: Nyt fra samfunnsvidenskaberne, s. 113–150.

och behörighet. Procedurreglerna består primärt av rätten till information och samråd. De materiella reglerna innehåller bland annat ett förtroendemannaskydd för ledamöter i företagsråd. Skyddet baseras på förtroendemannalagen (1974:358).

EWC-lagstiftningen följer en kronologisk struktur. Arbetstagsidan har rätt att bilda en multinationell delegation som inleder förhandling om EWC-avtal med arbetsgivarsidan. Avtalet kan konstituera företagsråd eller andra procedurer för transnationell information och samråd. Om inget avtal träffas kan delegationen besluta att konstituera ett företagsråd.²³ Lagstiftningen utmynnar i regler för genomdrivande av lagen och EWC-avtal vilka är modellerade på svenska MBL.²⁴

2.4 Rättigheter och sekundära bestämmelser

EWC-lagstiftningen består å ena sidan av rättigheter som aktualiseras då företagsråd konstitueras och som inte kan upphävas genom EWC-avtal. Å andra sidan består lagstiftningen av rättigheter i form av sekundära bestämmelser som gäller endast om ett EWC-avtal så föreskriver eller genom ensidigt beslut av arbetstagnas delegation.²⁵

De rättigheter på arbetstagsidan som inte kan upphävas är: rätten till information och samråd enligt vissa allmänna definitioner, rätten för arbetstagarrepresentanterna att rapportera från informationen och samrådet till sina uppdragsgivare, ett förtroendemannaskydd samt en rätt till utbildning som betalas av arbetsgivarsidan.²⁶ De rättigheter som tillkommer arbetsgivarparten är rätten att i undantagsfall påföra arbetstagarrepresentanterna tystnadsplikt och i sista hand undanhålla information.²⁷

²³ Se reglerna om förhandling i min avhandling, avsnitt 4.6.

²⁴ A.a. avsnitt 4.12.

²⁵ I EWC-direktiven och de svenska EWC-lagarna benämns dessa bestämmelser subsidiära regler och tillägsbestämmelser. Termen sekundärbestämmelser härrör från den finländska EWC-lagstiftningen. Se Lag om samarbete inom finska företagsgrupper och grupper av gemenskapsföretag (335/2007). Tillgänglig på: <http://www.finlex.fi/sv/>.

²⁶ Dessa rättigheter återfinns i den andra EWC-lagen. I första lagen är rapporträtten placerad i sekundärbestämmelserna. I första lagen finns ingen rätt till betald utbildning. Det saknas en definition av information i första EWC-direktivet och första lagen. Se avhandlingen, avsnitt 4.9–10.

²⁷ A.a. avsnitt 4.9.

De sekundära bestämmelserna tillför en modell för hur ett företagsråd ska vara konstituerat.²⁸ Sekundärbestämmelserna kompletterar också de allmänna definitionerna av information och samråd med procedurregler om frekvensen för samråd och en specificering av innehållet för informationen och samrådet. Företagsrådet har rätt att sammanträffa med arbetsgivarparten minst en gång per år. Företagsrådets arbetsutskott har rätt till ytterligare ett möte vid särskilda omständigheter, däribland omlokaliseringar, nedläggningar och kollektiva uppsägningar.²⁹

Sekundärbestämmelserna innehåller också materiella regler. Företagsrådets kostnader ska täckas av arbetsgivarsidan. Företagsrådet får biträddas av experter som rådet eller dess utskott utser. Då kan experter anlitas från exempelvis nationella fackförbund, europeiska concernfack och branschfederationer.³⁰

2.5 Avtal som avviker från sekundärbestämmelserna

Om sekundärbestämmelserna tillämpas fullt ut konstitueras endast *ett* företagsråd i form av ett arbetstagarorgan. Genom avtal kan parterna konstituera ett eller *flera* företagsråd eller andra informations- och samrådsprocedurer. Avtalade företagsråd kan vara arbetstagarorgan eller partsammansatta organ.³¹

I praktiken förekommer det att företagsråd främst fungerar som interna fackliga forum. Bortom lagstiftarens avsikt förekommer också att företagsråd förhandlar och träffar materiella företagsavtal om anställningsvillkoren.³² I vissa fall har företagsråd samordnat transnationella stridsåtgärder i samarbete med fackföreningar.³³

²⁸ A.a. avsnitt 4.8.

²⁹ A.a. avsnitt 4.9.

³⁰ A.a. avsnitt 4.10.

³¹ A.a. avsnitt 4.11.

³² Se EU-kommissionens och ILO:s databas: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978>. Information hämtad den 7 januari 2019. Se vidare Iossa, Andrea (2016). "Collective Bargaining in a Globalised World: a Multi-dimensional Picture" i Carlson, Laura, Edström, Örjan & Nyström, Birgitta (red.) (2016). *Globalisation, fragmentation, labour and employment law: a Swedish perspective*. 1. uppl. Uppsala: Iustus, s. 42–45.

³³ Avhandlingen, avsnitt 3.5.3.

EWC-avtal kan vara både mer och mindre förmånliga för arbetstagarsidan än EWC-lagstiftningen. Den yttre gränsen för EWC-avtal som avviker från lag sätts av ovan nämnda rättigheter som inte kan upphävas genom avtal. Gränsen består också av vissa krav på avtalen. Avtalen ska vara skriftliga och omfatta företagets/gruppens samtliga verksamheter inom EU/EES-staterna. Ett annat krav enligt den andra (men inte första) EWC-lagen är att informations- och samrådsrättigheterna är inskränkta till gränsöverskridande frågor.³⁴

Det är i praktiken sällsynt att företagsråd fullt ut följer sekundärbestämmelserna. Det är också sällsynt att andra informations- och samrådsprocedurer inrättas. De allra flesta EWC-avtalen konstituerar företagsråd som (mer eller mindre) avviker från sekundärbestämmelserna.³⁵

2.6 Interna funktioner

Analysen av EWC-lagstiftningen blottlägger tre generella funktioner. Jag har valt att ge dem följande beteckningar: garantifunktionen, incitamentfunktionen och gränsfunktionen. *Garantifunktionen* innebär att EWC-lagstiftningen anvisar en modell för att konstituera företagsråd varvid lagstiftningen garanterar en miniminivå för procedurala och materiella rättigheter. Arbetstagarsidan kan alltid avvisa förslag till EWC-avtal som håller en lägre nivå än sekundärbestämmelserna och påbjuda lagreglernas tillämpning istället.

Sekundärbestämmelserna anvisar en och samma modell för alla koncerner utan hänsyn till verksamhetens art, bransch och storlek. Därvid inställer sig EWC-lagstiftningens *incitamentsfunktion*. Lagstiftningen ger båda parter incitament att söka skraddarsydda "win-win"-lösningar. Därmed avses EWC-avtal som avviker från sekundärbestämmelserna, är till ömsesidig nytta och anpassade efter förutsättningarna i den specifika verksamheten.

Gränsfunktionen innebär att lagstiftningen fastställer en yttre gräns för avtal som avviker från sekundärbestämmelserna. Gränsen består av de rättigheter och krav som inte kan upphävas genom avtal. Så långt rättens interna funktion. I följande avsnitt berörs rättens externa funktion.

³⁴ A.a. avsnitt 4.11.

³⁵ A.a. avsnitt 4.11.

3 Rätten i ett användarperspektiv

3.1 Inledning

De koncerner som jag har undersökt utgör företagsgrupper i EWC-lagstiftningens mening. Fallstudierna ger inte generell kunskap om EWC-regleringens funktion på multinationell koncernnivå. Fallen är exemplifierande. De är avsedda att belysa *några* processer vari rättens användning främjar arbetstagarinflytande och styrning av koncerner. Målet är fördjupad snarare än bred kunskap.

Nedan presenteras först Vårdkoncernen och de intervjuade partsföreträdarna. Därefter behandlas EWC-avtalet i denna koncern och dess betydelse för inflytandet och styrningen. Sedan berörs Verkstadsindustrin. Den senare genomgången är disponerad på samma sätt som den förstnämnda.

3.2 Vårdkoncernen och företrädarna

3.2.1 Inledning

Vårdkoncernen omfattar sjukhus, specialistkliniker och vårdcentraler i en handfull EU/EES-länder. Ett EWC-avtal träffades år 2006 med stöd av första EWC-lagen. Det ersattes av ett nytt avtal 2012 med stöd av andra lagen.

Den fackliga företrädare som jag har intervjuat är ordförande i det europeiska företagsrådet och förhandlingsansvarig för LO-förbundet Kommunal inom koncernens företag i Sverige. Han är också arbetstagarrepresentant i moderbolagets styrelse enligt den svenska lagen (1987:1245) om styrelserepresentation för de privatanställda. Kommunal är anslutet till den fackliga branschfederationen *European Federation of Public Service Unions* (EPSU). Den intervjuade arbetsgivarföreträdaren är VD och koncernchef.

Om det inte vore för EWC-lagstiftningen är det tveksamt om ett företagsråd hade inrättats, enligt den fackliga företrädaren. I arbetet för ett EWC-avtal har den fackliga sidan biståtts av Kommunal och EPSU.

3.2.2 EWC-avtalet

EWC-avtalet konstituerar ett företagsråd som i sin tur utser ett arbetsutskott på fem ledamöter, varav en är ordförande med behörighet att representera rådet. Rådet har rätt att möta ledningen två gånger per år för information och samråd och vid ett extra möte vid extraordinära omständigheter.

Avtalets procedurregler återger EWC-lagens allmänna definition av information och samråd och specificerar, i likhet med lagens sekundära bestämmelser, vad innehållet särskilt ska avse. Avtalet speglar dock endast i begränsad utsträckning vad samrådet i praktiken fokuserar på. Parternas interaktion är på många sätt ett professions- och ledarskapsforum.

Avtalets materiella regler stadgar ett förtroendemannaskydd, en tillträdesrätt inom hela koncernen och en specificerad rätt till kostnadstäckning, tilldelning av resurser och rätt att nyttja externa experter. Mellan företagsrådets möten med ledningen har rådets arbetsutskott rätt att träffas på koncernens bekostnad ”på lämpligt och kostnads-effektivt sätt”.

3.2.3 Inflytandet

Två viktiga frågor på företagsrådets dagordning har rört ledarskap och sökandet efter ”best practise” i syfte att höja effektivitet och kvalitet på vårdprocesser. Den källa till inflytande som förefaller vara viktigast är de olika professionernas kompetens kring specifika behandlingsmetoder.

Företagsrådet har tjänat som redskap för att påverka och i vissa fall avlägsna auktoritära nationella chefer i samarbete med koncernledningen. Företagsrådet har medverkat i utarbetningen av koncernens uppförandekod och policy mot korruption. Rådet har också begärt att stora frågor om avyttringar av koncernens landsdelar ska betraktas som transnationella. Ägare och ledning medger att frågorna upptas till information och samråd, men rådet har inte utövat något inflytande över frågorna.

Företagsrådets ordförande är också representant i bolagsstyrelsen. Där har de fackliga representanterna vänt sig emot förslag på ”skatte-optimering” genom registrering på Irland, varefter styrelsen dragit tillbaka förslaget.

Den fackliga sidan har inte erfarit hot om regime shopping inom koncernen. Däremot upplever personal och ledning ett annat internationellt tryck, ett tryck som följer av att koncernen är ett köp- och säljobjekt för finansiella ägare som söker kortsiktig avkastning.

Ett möjligt hinder för företagsrådets inflytande skulle kunna vara att ledningen underlåter att informera och samråda. Det har emellertid inte skett i Vårdkoncernen. Ett annat möjligt hinder för inflytande är en långtgående tystnadsplikt eller brott mot tystnadsplikten vilket kan hämma det fortsatta informationsflödet. Tystnadsplikt är dock ovanligt i koncernen. När det förekommer är det specificerat och begränsat i tid. Utgångspunkten är offentlighet. Läckage av sekretessbelagd information förekommer inte enligt den intervjuade koncernchefen, åtminstone inte vad gäller arbetstagarnas representanter.

3.2.4 Styrningen

Koncernchefen ser en stor nytta i företagsrådet som styrinstrument. Det är ett redskap för att realisera en verksamhetsidé, söka ”best practice”, sänka vårdtider, förbättra effektiviteten och ekonomin. Företagsrådet har i samarbete med ledningen förstärkt implementeringen av centrala beslut och främjat information och samråd på nationell och lokal nivå. Här spelar företagsrådet rollen som ett slags tillsynsorgan, vilket sammanställer rapporter från olika länder och ibland gör nedslag i ett enskilt land. Den rollen har ingen motsvarighet i EWC-lagarnas sekundärbestämmelser.

Viktiga källor till en effektiv styrning är att dialogen med företagsrådet förbättrar ledningens beslutsunderlag och kommunikation. Det ligger i linje med att parterna genom EWC-avtalet har åtagit sig att utveckla informationskanalerna. En annan källa till effektiv styrning är att företagsrådet främjar efterlevnaden av ledningsbeslut på nationell nivå. Ytterligare en källa är att ledningen i vissa fall har erhållit de svenska fackföreningarnas välsignelse, t.ex. vid ett tillfälle då chefsstrukturen skulle förändras.

På det hela taget verkar företagsrådet och ledningen inte behandla frågor i vilka parternas intressen kolliderar. Kompromisser och kohandel står i vart fall inte i förgrunden. Rådet stödjer sig inte på stridsåtgärder eller liknande påtryckningar. Då har emellertid inte frågor nere på sjukhus och andra arbetsplatser uppmärksamrats i denna fall-

studie. Enligt den intervjuade fackliga företrädaren är det på lägre nivå som kontroversiella frågor och konflikter hanteras.

På koncernnivå är det främst samarbetet kring vissa gemensamma intressen som leder parterna till ömsesidiga fördelar. En gemensam målsättning är att minska detaljstyrningen och förändra hierarkiska organisationer i enskilda länder, men det är (utifrån intervjuerna) svårt att säga hur långt det arbetet har kommit. Utgången av den nämnda intressemotsättningen mellan kortsiktiga finansiella ägare, ledning och personal var vid tidpunkten för intervjun oviss.

3.3 Verkstadsindustrin och företrädarna

3.3.1 Introduktion

Den undersökta Verkstadsindustrin bedriver verksamheter i ett flertal branscher i alla världsdelar. Tillverkning sker i närmare trettio länder och i över hundra länder pågår försäljning via egna säljbolag och återförsäljare. Ett första generationens EWC-avtal träffades år 1996. Det står i huvudsak utanför EWC-lagarnas tillämpningsområde. Avtalet omfattas dock av den andra lagens regler för genomdrivande.

Den fackliga företrädare som har intervjuats är ordförande i det europeiska företagsrådet. Han är också representant för LO-förbundet IF Metall i rollen som lokal klubbordförande, ordförande för det nationella koncernfacket och ledamot i internationella kommittén i den närmsta regionala avdelningen för IF Metall. Han är vidare arbetstagarrepresentant i moderbolagets styrelse på global koncernnivå, enligt den svenska styrelserepresentationslagen.

IF Metall är anslutet till två internationella federationer: *IndustriALL European Trade Union* och *IndustriALL Global Union*. Arbetstgivarföreträdare att intervjua har eftersökts men inte kunnat uppbådas. Materialet är därför begränsat till intervjun med den fackliga företrädaren och avtalstexten.

De internationella federationerna har främjat företagsrådets inrättande. Den fackliga företrädaren bedömer att någon form av transnationell arbetstagarrepresentation hade funnits även utan EWC-lagstiftningen. Det aktuella företagsrådet är en fortsättning på ett internationellt arbete inom koncernen som tog fart redan på 1970-talet.

3.3.2 EWC-avtalet

Avtalets konstituerande regler föreskriver att ledamöter i företagsrådet utses i alla stater där koncernen bedriver tillverkning. En förutsättning för att få utse fullvärdiga ledamöter med rösträtt är att den nationella fackföreningen ifråga är ansluten till den europeiska IndustriALL-federationen och att staten från vilken ledamoten utses är EU-ansluten. Ledamöternas mandat regleras i respektive land. Företagsrådet har bildat en styrkommitté som leds av rådets ordförande, en vice ordförande, en representant från IF Metall och en företrädare för den europeiska IndustriALL-federationen.

Avtalet preciserar vad ledningens information och samråd ”i synnerhet” ska innehålla. Hit hör bl.a. investeringar, betydande ändringar av organisationen och införande av nya arbetsmetoder. Företagsrådet har rätt till internt sammanträde och möte med ledningen normalt en gång per år. Rådet har rätt att kalla till ytterligare sammanträde om förändringar som rör minst två länder. Avtalet fastslår att ledningens beslut i sådana frågor inte bör genomföras innan information och samråd ägt rum. Till skillnad från EWC-lagstiftningen ger avtalet företagsrådet en möjlighet att uppskjuta ledningsbeslut en månad om meningsskiljaktigheter uppstår.

Påfordr tystnadsplikt hindrar inte att information vidarebefordras mellan ledamöter inom företagsrådet, inte heller till arbetstagarrepresentanter i moderbolagets styrelse eller till arbetstagarrepresentanter som enligt nationell rätt omfattas av sekretesslagstiftning.

Avtalets materiella regler ålägger koncernledningen att täcka kostnader för företagsrådets arbete och utbildning. Avtalet innehåller ett förtroendemannaskydd för rådets ledamöter. Ledamöterna och externa sakkunniga har tillträdesrätt till alla företag inom koncernen.

Företagsrådet och dess styrkommitté är främst ett internt fackligt forum. Det är ett globalt forum med inslag av koncernledningens medverkan. Den täta kommunikationen med ledningen står den intervjuade företrädaren för i egenskap av rådets ordförande och representant i bolagsstyrelsen.

3.3.3 Inflytandet

Två stora frågor på företagsrådets dagordning har hittills varit arbetet för ett internationellt ramavtal med grundläggande rättigheter och ett pågående arbete för att förena anställningstrygghet med flexibilitet. Ramavtalet träffades efter sex års arbete. Med inspiration från ILO-konventioner innehåller avtalet regler om föreningsrätt, anställningsskydd, säkerhet i arbetet, eliminering av barnarbete och krav på underleverantörer.

Efterlevnaden bevakas i ett samspel mellan arbetstagarnas företagsråd och koncernens organ, "audit committee", med rådets ordförande som aktiv länk. Enligt anvisningar från ordföranden gör detta organ varje år nedslag i olika fabriker med fokus på vissa frågor i ramavtalet. Nedslagen rapporteras i företagsrådet och kompletteras med ledamöternas egna rapporter. Det ger en grund för eventuella åtgärder och kommande granskningar.

Det andra frågekomplexet – anställningstrygghet och flexibilitet – var ännu inte rott i hamn vid tidpunkten för intervjun. Parterna närmade sig dock en förening av dessa målsättningar. Målet är att personalen ska få en trygghet, kanske i utbyte mot mer flexibla arbetstider, medan koncernen ska stå redo med rätt personal efter en konjunkturunedgång, kanske till kostnaden av mer kompetensutveckling.

Situationer av regime shopping, där anställda i olika länder ställs mot varandra, förekommer "hela tiden" enligt den fackliga företrädaren. Intern konkurrens genom låga löner eller dålig arbetsmiljö är inte acceptabelt ur facklig synpunkt. Företagsrådet och de fackliga organisationerna hanterar det genom att försöka utjämna skillnader mellan länder och hitta mer akuta lösningar i form av kompetensutveckling, nya tjänster för övertalig personal och förtida pensionspaket.

Företagsrådet och de berörda nationella och internationella fackföreningarna är inte begränsade till EU. Ett viktigt projekt har varit att bistå uppbyggnaden av fackklubbar i koncernens kinesiska fabriker. Det kinesiska statsfacket försökte länge kväsa strejker genom repression. Det misslyckades, vilket öppnade möjligheten för företagsrådet att besöka fabriker på plats. Utbildning av personal och chefer i Kina har bidragit till framväxten av lokalt förankrade förhandlingar i

hittills sex fabriker. I detta har de svenska och europeiska fackföreningarna haft koncernledningens stöd.

Vilka är källorna till företagsrådets inflytande? Följande sju faktorer framstår som betydelsefulla. För det första en under lång tid uppbyggd kunskap om koncernen i det fackliga läget. För det andra långvariga relationer av förtroende mellan fackliga företrädare och chefer, från lokal nivå upp till nationell, europeisk och global koncernnivå. För det tredje framväxten av gemensamma ståndpunkter hos företagsrådets ledamöter och fackliga företrädare i olika länder. För det fjärde att koncernens "audit committee" har ställts till företagsrådets förfogande.

För det femte har en strategi för inflytande varit kohandel i strävandena efter flexibilitet kombinerat med anställningstrygghet. För det sjätte har den fackliga sidan möjligen kunnat utnyttja ett externt tryck från massmedier och kunder i genomdrivandet av ramavtalet. För det sjunde och sista, i fallet Kina tycks arbetsgivarsidans intresse av arbetsfred och det statliga fackets misslyckade repression ha främjat satsningen på lokala klubbar. Strejker är i så fall en konfliktstrategi som har gynnat företagsrådets strävanden även om det inte är företagsrådet som har organiserat strejkerna.

3.3.4 Styrningen

Som sagt har ingen representant för arbetsgivarsidan varit anträffbar i denna fallstudie. Frågan huruvida ledningens styrning underlättas av partsdialogen har därför fått besvaras av den fackliga företrädaren. Dennes bedömning är att ledningen har stor nytta av att interagera med rådet. I rollen som rådets ordförande har han lagt stor vikt vid nära relationer med fackföreningar och företagsrepresentanter och kunskap om alla tillverkande enheter i världen. Hans samlade kunskap kan bara jämföras med koncernchefens. Övriga chefer är antingen fokuserade på regioner eller affärsområden. I dialogen mellan företagsrådet och ledningen blir helhetsbilden komplett på ett sätt som inte uppnås vid ensidig kunskap.

Den fackliga företrädaren bedömer att ledningen haft särskilt stor nytta av partsdialogen i arbetet med arbetsmiljöfrågor, utarbetning av policy för koncernen och det pågående arbetet för anställningstrygghet och flexibilitet.

4 Slutsatser

4.1 Generella funktioner

Fallstudierna belyser olika sätt på vilka EWC-regleringen främjar både inflytande och styrning. Det kan beskrivas som två generella funktioner av regleringen. Fallstudierna visar att dessa två funktioner är sammansatta av en rad specifika funktioner.³⁶ Dessa summeras härnäst.

4.2 Specifika funktioner för inflytandet

De undersökta EWC-avtalens tillämpning främjar inflytandet på följande sätt.

- (1) *Rätten stärker arbetstagarrepresentanternas sammanhållning över nationsgränserna.* Det sker genom att representanterna sammanstrålar i nya transnationella organ. I Vårdkoncernen och Verkstadsindustrin främjas sammanhållningen av de företagsråd som EWC-avtalen konstituerar.
- (2) *Rätten förbättrar representanternas kunskaper om den multinationella koncernen.* Det sker genom de nya kanalerna för dialog. I de undersökta koncernerna har svenska fackföreningar dragit nytta av styrelserepresentationslagen långt innan de europeiska företagsråden kom till stånd. De nya företagsråden har emellertid öppnat fler informationskanaler även för arbetstagarrepresentanter utanför Sverige.
- (3) *Rätten skapar en dialog varigenom parterna identifierar gemensamma intressen kring vilka de samarbetar.* Ett exempel härpå är strävandet efter högre kvalitet och produktivitet genom "best practice" i Vårdkoncernen.
- (4) *Rätten skapar också en dialog varigenom parterna finner kompromisser och bedriver kohandel när intressena kolliderar.* I Verkstadsindustrin illustreras den funktionen av projektet att förena flexibilitet med anställningstrygghet.
- (5) *Rätten skapar europeiska företagsråd som även fungerar som tillsynsorgan på nationell nivå.* I Vårdkoncernen bevakar företagsrådet ledarskap och samråd i enskilda länder. I Verkstadsindustrin bevakar

³⁶ Ytterligare illustrationer återfinns i den fallstudie som har utelämnats (Banken).

företagsrådet bl.a. arbetsmiljön och fackliga rättigheter på olika fabriker.

- (6) *Rätten skapar institutioner som även fungerar som förhandlingsorgan.* I Verkstadsindustrin har företagsrådet träffat det internationella ramavtalet. Man har även utverkat olika kompensationer i situationer av regime shopping och övertalighet.

4.2 Specifika funktioner för styrningen

Avtalens tillämpning främjar styrningen på följande sätt.

- (1) *Rätten förbättrar beslutsunderlagen för koncernledningen.* Det sker genom dialogen med arbetstagsidans transnationella organ. I Vårdkoncernen har det explicit uttalats av ledningen att företagsrådet fyller en sådan funktion.
- (2) *Rätten förbättrar koncernledningens kommunikationskanaler.* Det sker återigen genom den transnationella dialogen. I Vårdkoncernen är dialogen ett komplement till ledningens ordinarie kanaler.
- (3) *Rätten skapar legitimitet i bemärkelsen ökat stöd för eller acceptans av beslut.* I Vårdkoncernen förankras effektiviseringen av vårdprocesser i de olika professionerna i företagsrådet. I Verkstadsindustrin främjas en acceptans för omstruktureringar av kompetensutveckling, omplaceringar och pensionspaket.
- (4) *Rätten skapar företagsråd som främjar implementeringen av koncernledningens beslut.* Det sker genom att arbetstagsidan får ett eget intresse i att besluten efterlevs i den mån som arbetstagarnas synpunkter har integrerats i besluten. Det tydligaste exemplet från fallstudierna är företagsrådet i Vårdkoncernen.

4.3 Avslutning

Om det är korrekt att betrakta nationella modeller för arbetsmarknadens reglering som förebild för parternas interaktion på transnationell nivå, uppvisar europeiska företagsråd två brister. Den ena bristen är att företagsråden sällan träffar materiella avtal om löner och anställningsvillkor. Den andra bristen är att företagsråden sällan sanktionerar framförda krav med stridsåtgärder. Ledningen för multinationella koncerner kan däremot förfoga över verksamma påtryckningar, däribland regime shopping.

Vid åtminstone fem tillfällen har det i Europa inträffat att företagsråd har samordnat transnationella stridsåtgärder. Dessa har gått under namn som "Eurostrikes" och "European days of action" bland annat i koncernerna Renault, Electrolux och General Motors.³⁷ Det har emellertid varit akuta brandkårsutryckningar som svar på omlokaliseringar och neddragningar, snarare än en långsiktig höjning av den sociala skyddsnivån genom koncernavtal eller branschavtal. Huruvida en starkare materiell reglering kommer att utvecklas på europeisk nivå eller inte är framförallt upp till arbetsmarknadens parter att avgöra.

³⁷ Se avhandlingen, avsnitt 3.5.3.

Den europeiska sociala dialogen som system – metodologiska reflektioner

Ankie Hartzén

1 Introduktion

Temat för denna antologi bygger på idén om den polycentriska arbetsrätten där normbildningen för arbetsrätten sker genom olika processer och på olika nivåer både i samverkan med varandra och separat från varandra.¹ En process som utgör ett tydligt exempel på hur arbetsrättslig normbildning sker inom olika processer och ger upphov till olika former av normbildning i olika medlemsstater i EU är den europeiska sociala dialogen. I korta drag handlar denna process om ett samarbete mellan europeiska arbetsmarknadsorganisationer, varigenom olika former av resultat uppnås med varierande grad av normgivande effekter. Genom denna dialog har en hel del ramavtal slutits, vilka sedermera har mynnat ut i lagstiftning efter att ramavtalen har genomförts som direktiv.² Även ramavtal av mer självständig karaktär har slutits, där de europeiska arbetsmarknadsparterna låter införlivandet av avtalen avgöras på medlemsstatsnivå, antingen genom nationella kollektivavtal eller nationell lagstiftning.³ Därutöver produceras inom ramen för den

¹ Se N. Selberg och E. Sjödin i inledningskapitlet i denna antologi.

² Se till exempel Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

³ De tre olika ramavtalen om distansarbete, arbetsrelaterad stress samt trakasserier och våld i arbete, som har slutits mellan de europeiska branschöverskridande organisationerna har till exempel genomförts på olika sätt i olika medlemsstater där såväl nationell lagstiftning som kollektivavtal har aktualiserats. För ytterligare information

europiska sociala dialogen en mängd andra former av dokument, till exempel gemensamma ståndpunkter, handlingsplaner och riktlinjer. För dessa olika former av dokument är såväl rättsverkan och betydelse för arbetsrättsliga regleringar på nationell nivå av varierande karaktär. Den europeiska sociala dialogen täcker såväl den branschöverskridande nivån som branschspecifik nivå och kommittéer för social dialog finns etablerade för över 30 olika branscher.⁴

Att skapa sig en helhetsbild av den sociala dialogen och dess betydelse för arbetsrättsliga regleringsinstrument i EU är således ett omfattande och förhållandevis komplext arbete. Därav är det inte heller förvånande att merparten av den forskning som rör den europeiska sociala dialogen tenderar att fokusera på enbart en liten del av detta fenomen i en eller annan bemärkelse.⁵ Betyder detta att det inte är genomförbart att studera den europeiska sociala dialogen ur ett helhetsperspektiv på mer än ett högst ytligt plan? Jag vill påstå att så inte är fallet utan det som avgör huruvida helheten kan studeras samtidigt som den europeiska sociala dialogen även belyses på ett djupare plan är forskarens val av metodologi för studien.

Tanken med detta bidrag är således att ge en bild av hur det metodologiskt är möjligt att studera ett så pass omfattande fenomen som den europeiska sociala dialogen och samtidigt bidra med en djupare förståelse av densamma. Mitt bidrag till debatten utgör med andra ord en grund för utformningen av en holistisk studie av den europeiska sociala dialogen, en metodologisk modell som jag också finner möjlig att överföra till studier av nationella kollektivavtalssystem. Metodologi kan något förenklat beskrivas i termer av hur teori och metod relaterar till och påverkar varandra. Eftersom min idé om hur den europeiska

kring detta se C. Welz, *The European Social Dialogue under Articles 138 and 139 of the EC Treaty* (2008) s. 408 ff.

⁴ För en tydligare genomgång av den europeiska sociala dialogens omfattning se A-C. Hartzén, *The European Social Dialogue in Perspective: Its future potential as an autopoietic system and lessons from the global maritime system of industrial relations* (2017), s. 117 ff. För en studie av olika branscher såväl som de olika former av dokument som produceras inom ramen för den europeiska sociala dialogen se A. Dufresne, m.fl. (red.), *The European Sectoral Social Dialogue: Actors, Developments and Challenges* (2006).

⁵ För vidare diskussion kring detta se Hartzén, (aa not 4) s. 39 ff.

sociala dialogen kan studeras holistiskt bygger på att systemteori används som analysram finner jag det lämpligt att först förklara hur den europeiska sociala dialogen kan förstås som system. Därefter kommer jag att diskutera de metodologiska aspekterna vidare för att slutligen avsluta detta inlägg med några reflektioner kring den diskuterade metodologins bidrag till det arbetsrättsliga forskningsfältet.

2 Den europeiska sociala dialogen som system

2.1 Introduktion

Att studera arbetsrättsliga regleringssystem med hjälp av ett systemteoretiskt angreppssätt är en etablerad tradition inom forskningsfältet 'industrial relations'⁶ och inom rättsvetenskaplig forskning har Rogowski också utvecklat en förklaring för hur kollektivavtalssystem kan förstås utifrån Luhmanns teori om autopoietiska system.⁷ Förvisso skiljer sig den europeiska sociala dialogen på flera sätt från traditionella nationella kollektivavtalssystem, men den europeiska sociala dialogen kan ändå ses som ett fenomen vilket på europeisk nivå i viss utsträckning genererar regleringar av arbetsrättslig karaktär och därmed utgör en form av arbetsrättsligt regleringssystem. Genom att anpassa Rogowskis idé om studier av kollektivavtalssystem som autopoietiska system till den sociala dialogens särskilda karaktäristika blir denna teori således en väl lämpad teoretiska analysram för att studera detta fenomen. Jag kommer nedan att förklara denna teori vidare med fokus på hur den europeiska sociala dialogen kan förstås utifrån detta teoretiska ramverk.⁸

⁶ För en diskussion kring olika teoretiska infallsvinklar och på vilket sätt systemteori är användbart inom 'industrial relations' se G. Schienstock, *Towards a Theory of Industrial Relations*, *British Journal of Industrial Relations* 19(2) s. 170–189.

⁷ R. Rogowski, *Industrial Relations as a Social System*, i *Industrielle Beziehungen* 7(1) s. 97–126.

⁸ För en mer ingående förklaring av Luhmanns teori i förhållande till den europeiska sociala dialogen se Hartzén, (aa not 4) kapitel 3.

2.2 Den europeiska sociala dialogen, ett autopoietiskt funktionssystem

Fördelen med att använda Luhmanns teori om autopoietiska system är att denna teori är väl lämpad för att både fånga den komplexitet som inryms i den europeiska sociala dialogen och samtidigt göra detta fenomen begripligt. Vad denna teori handlar om är i korthet att samhället kan förstås som bestående av flera slutna och självgenererande funktionssystem, vilka han benämner autopoietiska system.⁹ Dessa system består av kommunikation och behandlar endast sådan kommunikation som systemet självt identifierar såsom relevant för systemet. Ett exempel på ett sådant system är det rättsliga systemet, vilket hanterar kommunikation som rör rättsliga spørsmål i enlighet med systemets binära kod rättsligt/icke-rättsligt.¹⁰ Alla autopoietiska system applicerar således en binär kod för att avgöra vad som är relevant för systemet och vad systemet identifierar som irrelevant och därmed faller utanför dess processer. Systemets binära kod är fast och ändras inte så länge systemet existerar.¹¹ Den europeiska sociala dialogen kan förstås som ett autopoietiskt system med den binära koden diskuterbart/icke diskuterbart mellan arbetsmarknadens parter.¹²

2.3 Kommunikativa program inom systemet och dess förhållande till andra system

För att organisera kommunikationen i systemet och möjliggöra för det att applicera dess binära kod upprättar systemet specifika program. Dessa program ger systemets binära kod konkret innebörd och de fungerar i enlighet med en uppsättning av värderingar som uppställer mål och/eller villkor för systemets kommunikation.¹³ Programmen har med andra ord betydelse för vilken kommunikation som uppfattas som meningsfull och därmed genererar fortsatt kommunikation i sys-

⁹ N. Luhmann, *Social Systems* (2005) s. 12 ff.

¹⁰ N. Luhmann, *Theory of Society Volume 1* (2013) s. 222 ff.

¹¹ Luhmann, (aa not 10) s. 42 ff.

¹² Hartzén, (aa not 4), s. 320 ff.

¹³ M. King och C. Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law* (2003) s. 23 f.

temet.¹⁴ Till skillnad från systemets binära kod är dess program möjliga att förändra genom systemets kommunikation där självrefererande kommunikation bidrar till att reproducera och vid behov förändra systemets interna operativa processer. Sådan förändring kan triggas genom irritationer från systemets omvärld eftersom systemet trots att det är ett operativt slutet system också är kognitivt öppet och därmed kan observera kommunikation i dess omgivning samt identifiera sådan kommunikation som relevant för systemet. Denna kombination av operationell slutenhet och kognitiv öppenhet möjliggör systemets fortsatta existens och möjlighet att kunna generera kommunikation som är meningsfull i samhället. Den europeiska sociala dialogens förmåga att observera kommunikation producerad av till exempel EUs rättsliga system är en följd av det som Luhmann benämner strukturella kopplingar mellan system där ett resultat producerat av ett system tas upp och hanteras även av ett annat system.¹⁵

För att tydliggöra detta abstrakta resonemang i relation till den europeiska sociala dialogen är det värt att använda ett exempel. Förhandlingarna som ledde fram till europeiska ramavtal rörande visstids- och deltidsanställningar kom till stånd efter att Kommissionen hade konsulterat arbetsmarknadens parter samt tydliggjort att om arbetsmarknadens parter valde att inte förhandla skulle Kommissionen lägga fram ett förslag till lagstiftning oavsett. Denna situation där förhandlingarna mellan arbetsmarknadens parter initieras till följd av press från EUs politiska och lagstiftande institutioner kom att benämnas 'förhandlingar i skuggan av lagen'¹⁶ och ledde till att de europeiska arbetsmarknadsparterna förhandlade fram flera olika europeiska ramavtal på såväl branschöverskridande som branschspecifik nivå.¹⁷ Dessa förhandlingar var således ett resultat av den strukturella kopplingen

¹⁴ En mer ingående diskussion kring kommunikationens osannolikheter, på engelska 'improbabilities of communication' återfinns i Luhmann, (aa not 10), s. 113 ff.

¹⁵ N. Luhmann, *Theory of Society Volume 2* (2013), s. 108 ff.

¹⁶ På engelska 'the shadow of law', se till exempel B. Bercusson, *Maastricht: A fundamental change in European labour law*, i *Labour law and Social Europe – Selected writings of Brian Bercusson* (2009) s. 89–114.

¹⁷ Som exempel kan nämnas de ramavtal som slöts inom vissa av transportbranscherna rörande arbetstid, en process som diskuteras mer ingående i Dufresne, m.fl. (red.), (aa not 4), särskilt s. 62 ff.

mellan den europeiska sociala dialogen och EUs politiska och rättsliga system. Kommunikationen från de politiska och rättsliga systemen identifierades såsom relevant för den europeiska sociala dialogen och detta system i sin tur producerade kommunikation i syfte att säkerställa det egna systemets fortsatta kommunikativa processer.¹⁸ Rent juridiskt kommer denna strukturella koppling till uttryck i art. 154–155 FEUF där den europeiska sociala dialogen som normbildande process regleras genom krav på Kommissionen att konsultera arbetsmarknadens parter samt möjligheten för dessa att begära att få överta utformningen av potentiell lagstiftning genom att förhandla fram ramavtal. I exemplet rörande ramavtalen om deltid- och visstidsanställningar framgår också att lagens skugga införlivades som ett program i den europeiska sociala dialogen, ett program inriktat på att säkerställa att den sociala dialogen som system självt kunde utforma innehållet i den slutliga lagstiftningen istället för att lämna detta helt åt EUs rättsliga system.

2.4 Organisationer som kommunikationsproducenter

Själva beslutet att förhandla i exemplet ovan ska ses som ett beslut taget av en organisation som bidrar till produktionen av kommunikation inom systemet. Beslut utgör nämligen en specifik form av kommunikation inom system och dessa tas av organisationer, vilka även de utgör en form av sociala system i Luhmanns teori.¹⁹ Organisationerna kan vara av olika karaktär och för den europeiska sociala dialogen är det av vikt att poängtera att inte enbart de organisationer vi kanske tar för givet, såsom fackliga organisationer och arbetsgivarorganisationer ska betraktas som beslutsfattande organisationer som bidrar till det autopoietiska systemets kommunikation. Istället ska även de forum där europeiska ramavtal förhandlas fram eller gemensamma ståndpunkter för arbetsmarknadens parter, rapporter eller liknande tas fram ses som organisationer i denna teoretiska bemärkelse.²⁰ Dessa organisationer baserar sin kommunikation på det autopoietiska funktions-

¹⁸ Hartzén, (aa not 4), s. 128 f.

¹⁹ Luhmann, T (aa not 15), s. 149 f. och N. Luhmann, *Membership and Motives in Social Systems*, *Systems Research* 13(3) s. 341–348.

²⁰ Hartzén, (aa not 4) s. 326 ff.

systemets binära kod och har för tillämpningen av denna kod olika beslutsprogram som bidrar till att strukturera och organisera de beslut som tas inom organisationen. Organisationernas beslutsprogram kan vara målstyrda, men relaterar även till sådant som medlemskap i organisationen samt vilka medlemmar som får fatta vilka beslut.²¹

2.5 Sammanfattande kommentarer

Sammanfattningsvis kan konstateras att den europeiska sociala dialogen, sedd som ett autopoietiskt system, består av kommunikation i olika former. Denna kommunikation produceras internt av systemet och rör endast sådant som systemet anser möjligt för de europeiska arbetsmarknadsparterna att diskutera. Innehållet i kommunikationen formas av de värderingar som ligger till grund för systemets program och en stor mängd organisationer bidrar till produktionen av denna kommunikation genom de beslut som dessa organisationer fattar. Även dessa beslut formas av olika värderingsstyrda program.²² Kommunikation och värderingar är med andra ord centrala aspekter för att kunna förstå den europeiska sociala dialogen som ett autopoietiskt system. För att vidare kunna förstå hur en studie av den europeiska sociala dialogen sedd som ett autopoietiskt system kan genomföras behöver vissa metodologiska aspekter förtydligas och det tar jag upp i nästa avsnitt.

3 Metodologiska aspekter av systemteori

3.1 Inledning

Valet att använda teorin om autopoietiska system som analytiskt ramverk för en studie av den europeiska sociala dialogen medför naturligtvis vissa metodologiska konsekvenser som behöver diskuteras lite mer ingående. Först och främst behöver de källor och material som är användbara i en sådan studie diskuteras. Därutöver behöver begreppet normativitet i förhållande till forskningsfråga, Luhmanns teori och

²¹ Luhmann, (aa not 15), s. 145 och N. Luhmann, *The Paradox of Decision Making*, i Niklas Luhmann and *Organization Studies Advances in Organization Studies* (2005) s. 85–106.

²² För en mer detaljerad diskussion se Hartzén, (aa not 4) kapitel 12.

rätten reflekteras över. Detta är av särskild vikt med hänsyn till att teorin om autopoietiska system är en rent deskriptiv teori och således icke-normativ till sin karaktär.²³ Jag vill därför kort diskutera dessa aspekter samt förklara en metodologisk modell som är behjälplig i att kunna applicera en icke-normativ teori som analytiskt ramverk för en studie med normativa anspråk.

3.2 Material och källor

För att kunna analysera den europeiska sociala dialogen utifrån Luhmanns teoretiska ramverk krävs att det empiriska materialet speglar kommunikation som har producerats av systemet och ger en bild av systemets semantiska fält.²⁴ Sådant empiriskt underlag kan vara av olika form och urvalet av källor måste naturligtvis anpassas utifrån syftet med studien. För att kunna bidra till förståelsen av den europeiska sociala dialogen i stort medför dock flödet av kommunikation i detta system att ett urval av empiriskt underlag behöver göras. Det är knappast rimligt att tro att det skulle vara genomförbart att observera all kommunikation som produceras inom den europeiska sociala dialogen både av tidsmässiga och tillgångsmässiga skäl. Det kan till exempel vara svårt att få möjlighet att närvara som observatör vid förhandlingsmöten mellan europeiska arbetsmarknadsorganisationer. Även om sådan tillgång skulle ges är mängden möten som föregår och som behöver observeras för att kunna få en helhetsbild av den europeiska sociala dialogen av sådan omfattning att enbart de faktiska observationerna skulle uppta ansevärd tid. Att därutöver kunna strukturera och analysera det empiriska materialet från sådana observationer medför att en sådan studie knappast är genomförbar för en enskild forskare.²⁵

Dock är det möjligt att finna en hel del forskning baserad på empiriska studier av den europeiska sociala dialogen och denna form av

²³ Luhmann, (aa not 10) s. 1 ff.

²⁴ L. M. A. Francot-Timmermans, *Normativity's Re-Entry – Niklas Luhmann's Social Systems Theory: Society and Law* (2008), s. 170 ff.

²⁵ En i detta sammanhang intressant studie presenteras i K. Ahlberg, *The Negotiations on Fixed-term Work*, i *Fixed-term work in the EU: A European agreement against discrimination and abuse* (1999), s. 13–38, vars genomförbarhet får anses häröra till det faktum att studien rör förhandlingarna om ett specifikt avtal och därmed endast ger en bild av ett litet utsnitt ur den europeiska sociala dialogen.

sekundärkällor är ofta mycket användbara. Även om en specifik forskningsstudie enbart berör en liten del av den europeiska sociala dialogen, såsom en bransch, ett specifikt avtal eller en särskild organisation, kan flera studier i kombination med varandra bidra till att det går att skapa en mer holistisk bild av det studerade systemet. Det är därför väl värt att omsorgsfullt ta del av den forskning som redan har utförts rörande det system som avses att studeras. Dessutom finns det en uppsjö av textmaterial som är användbara som empiriska källor för en studie. Olika former av texter producerade i samverkan mellan europeiska arbetsmarknadsparter såväl som av enskilda organisationer. Allt från europeiska ramavtal, policydokument och rådgivande dokument för organisationernas medlemmar till debattartiklar och pressreaser kan vara av intresse.²⁶

Därutöver utgör även olika former av rättskällor inom arbetsrättens område ett intressant underlag för att studera den europeiska sociala dialogen empiriskt genom Luhmanns teoretiska ramverk.²⁷ Med andra ord är det fullt möjligt att genomföra en textanalys av ett brett spektrum av skriftliga källor och på så sätt skapa sig en övergripande bild av såväl vad den europeiska sociala dialogen kommunicerar om samt hur denna kommunikation uttrycks. Det material och de källor som har nämnts utgör således en återspeglning av vad som är, men när materialet används och tolkas kan forskaren ha en ambition om att också kunna bidra med svar på vad som kan förbättras eller förändras. Detta har en nära koppling till diskussioner om hur det som studeras borde vara eller hur samhället borde förändras, vilket medför att en kort diskussion kring begreppet normativitet är på sin plats.

3.3 Begreppet normativitet

Begreppet normativitet har en särskild betydelse i förhållande till den rättspositivistiska traditionen, men inom andra discipliner får begreppet en annan innebörd. Detta är värt att reflektera över i förhållande till forskning inom det arbetsrättsliga området eftersom sådan forsk-

²⁶ För en mer ingående diskussion rörande empiriskt underlag i en sådan här studie se delkapitel 2.3.2–2.3.3 i Hartzén, (aa not 4).

²⁷ J. Paterson och G. Teubner, *Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis*, i *Theory and Method in Socio-Legal Research* (2005) s. 191–211.

ning inte sällan sträcker sig utanför den rättspositivistiska traditionen på ett eller annat sätt.²⁸ När rätten studeras i sin samhälleliga kontext kan inte begreppet normativitet längre begränsas till att relatera till rättsreglers bindande verkan. Istället bör begreppet förstås utifrån en mer samhällsvetenskaplig syn där begreppet även innefattar kopplingen mellan samhälleliga värderingar, samhälleliga normer och hur dessa samverkar i relation till och interaktion med olika aktörers beteenden. På så sätt kan lagen och reglerande system såsom den europeiska sociala dialogen eller för den delen nationella kollektivavtals-system förstås som system vars funktion är att stabilisera samhällets normativa förväntningar.²⁹

Detta innebär att genom att belysa de samhälleliga värderingar som bildar grunden för systemets normativitet blir det också möjligt att förstå varför vissa resultat produceras av det autopoietiska funktions-systemet och i det utbyte som sker till följd av detta systems strukturella kopplingar med andra system i samhället.³⁰ På så vis aktualiseras begreppet normativitet i relation till forskningsfrågor som rör hur något bör vara eller fungera och där samhälleliga värderingar också framstår som relevanta att undersöka.³¹ En forskningsstudie som inrymmer någon form av föreställning kring hur det studerade fenomenet bör fungera, vara eller förändras får i denna kontext också anses utgöra en normativ studie. Eftersom Luhmanns teori endast är inriktad på att förklara hur något är på ett deskriptivt och icke-normativt sätt³² behöver därför den metod som används i en studie med normativa anspråk anpassas för att möjliggöra att teorin tillämpas på ett adekvat sätt. I

²⁸ Utöver att flera av författarna i denna antologi i sina avhandlingar har belyst arbetsrättsliga fenomen i en samhällelig kontext är det också värt att nämna ett nyligen publicerat verk där flera av bidragen har en sådan inriktning snarare än att genomföra rent rättsdogmatiska studier, nämligen K. Ahlberg och N. Bruun (red.), *The New Foundations of Labour Law* (2017).

²⁹ Francot-Timmermans, (aa not 23).

³⁰ För en mer ingående diskussion kring normativitet, värden, värderingar och hur detta kan förstås i en rättssociologisk studie med normativa anspråk baserad på en icke-normativ teoretisk analysram se Hartzén, (aa not 4), kapitel 2.

³¹ För mer djupgående diskussioner kring detta se R. Banakar, *Normativity in Legal Sociology – Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity* (2015) s. 215 ff.

³² Luhmann, (aa not 10) s. 1 ff.

syfte att möjliggöra detta har jag utvecklat en metodologisk modell, vilken jag förklarar i nästa avsnitt.

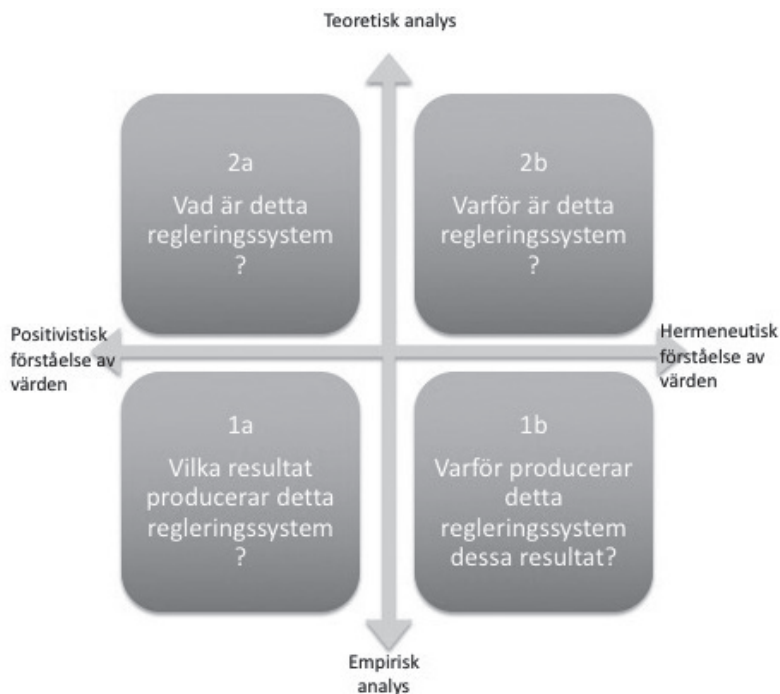
3.4 En holistisk metodologisk modell

Den metodologiska modell jag har utvecklat bygger på att analysen av det empiriska materialet i studien³³ sker i två olika steg i syfte att särskilja mellan vad vi kanske i dagligt tal beskriver såsom värden och värderingar, i modellen nedan benämnda positivistisk förståelse av värden och hermeneutisk förståelse av värden. Därutöver separerar modellen också mellan den rent empiriska analysen, det vill säga vad som står att finna i det empiriska materialet och den teoretiska analysen där det empiriska resultatet tolkas genom det teoretiska ramverket.³⁴ Modellen bygger således på den epistemologiska utgångspunkten att kunskap om något uppnås genom att utgå från det objekt om vilken kunskap sökes i en empirisk studie för att därefter gå vidare till den teoretiska konceptualiseringen av det studerade objektet.³⁵

³³ Se avsnitt 3.1 ovan för vidare diskussion.

³⁴ En mer ingående förklaring och diskussion rörande denna metodologiska modell och begreppet normativitet återfinns i Hartzén, (aa not 4), delkapitel 2.2.

³⁵ Jämför med H.-J. Rheinberger, *On Historicizing Epistemology: An Essay* (2010) s. 3 ff.



Figur 1. Hur förståelsen av värden påverkar forskningsfrågor.³⁶

Valet att särskilja mellan positivistiska värden och hermeneutiska värden har sin grund i att positivistiska värden handlar om det rent observerbara i formen sant/falskt med inriktning på systemets binära kod, dvs. vad som utgör del av systemet eller ej. Dessa värden är i enlighet med Luhmanns teori direkt observerbara eftersom de framkommer i den kommunikation som systemet producerar helt enkelt genom att studera vad som uttrycks i kommunikationen.³⁷ Hermeneutiska värden är istället sådant som styr systemets program. Dessa värden är inte på samma sätt direkt observerbara, utan istället kräver identifieringen av dessa att formuleringar och innehåll i systemets kommunikation

³⁶ Originalversionen av denna modell på engelska återfinns i Hartzén, (aa not 4) s. 54.

³⁷ Luhmann, (aa not 15) s. 172 ff.

analyseras mer ingående genom att fokusera analysen på hur det som kommuniceras uttrycks istället för enbart vad som uttrycks.³⁸ Med andra ord kan forskningsprocessen förstås på så sätt att det föreligger en tydlig distinktion mellan vad som observeras i det empiriska materialet och hur det som observeras därefter tolkas.³⁹ Oavsett vilket steg i analysen som genomförs är det dock samma empiriska material som utgör källor. Det empiriska materialet behöver således spegla det studerade systemets kommunikation.⁴⁰

Viktigt att tänka på är att modellens fyra delar är nära förbundna med varandra. Även om analysen kopplad till de fyra olika delarna separeras finns det också en tydlig koppling, vilket innebär att ingen av delarna kan utelämnas. Istället ska det förstås som så att resultatet kopplat till de olika delarna i slutändan bildar en helhet vilken ger en möjlighet att skapa en djupare och holistisk förståelse för det studerade systemet. De fyra delarna kan således inte separeras helt eller frikopplas från varandra eftersom helhetsbilden som eftersöks i tillämpningen av modellen i så fall går om intet. Hur denna typ av metodologi bidrar till den arbetsrättsliga forskningen diskuteras i nästa avsnitt.

4 Bidraget till arbetsrättslig forskning

4.1 Övergripande och djupgående förståelse

Genom att studera hur den europeiska sociala dialogen fungerar som ett autopoietiskt system och identifiera de normativa samhällseliga värderingarna som styr systemets program utifrån den ovan beskrivna metodologiska modellen blir det möjligt att förstå både det övergripande ramverket för systemet samt dess inneboende strukturer. På så sätt går det att fördjupa förståelsen för systemets essens och på ett tydligare sätt också bidra till förståelsen av de resultat systemet producerar och dess regleringskapacitet.⁴¹ Med andra ord möjliggör denna form

³⁸ N. Luhmann, *Globalization or World Society: How to conceive of modern society?*, i *International Review of Sociology* 7(1), s. 67–79 och Francot-Timmermans, (aa not 23) s. 155 ff.

³⁹ Jämför med diskussionen i King och Thornhill, (aa not 13) s. 18 ff.

⁴⁰ Se avsnitt 3.1 ovan för ytterligare diskussion kring detta.

⁴¹ Hartzén, (aa not 4), kapitel 12.

av studie att i viss mån förena djupgående och övergripande förståelse för den europeiska sociala dialogen.

Därutöver bidrar analysen av den europeiska sociala dialogen utifrån Luhmanns teoretiska ramverk även till att skapa en förståelse för de strukturella kopplingar som finns med de politiska, rättsliga och ekonomiska systemen, det vill säga förståelse för hur den europeiska sociala dialogen verkar i förhållande till dessa andra system.⁴² Även detta ger en djupare förståelse av den europeiska sociala dialogen när de normativa samhällseliga värderingarna belyses eftersom det då blir möjligt att förstå hur resultat från olika system påverkar den inneboende resultatkapaciteten i den europeiska sociala dialogen.⁴³ Därutöver torde denna metodologiska modell även vara fullt överförbar till studier av nationella kollektivavtalssystem, vilket skapar möjligheter för utveckling av såväl nationella som komparativa studier av kollektivavtalssystem på ett holistiskt sätt. Detta bidrag är dock inte begränsat till arbetsrättens område utan även andra rättsområden kan studeras med denna metodologiska modell som inspiration.⁴⁴ Utöver detta bidrar modellen även till rättsvetenskaplig forskning i ett metodologiskt perspektiv i lite vidare bemärkelse, vilket jag kommer att diskutera kort nedan.

4.2 Öppning för att applicera icke-normativ teori kritiskt

I enlighet med vad jag har diskuterat ovan utgör Luhmanns teori om autopoietiska funktionssystem en icke-normativ teori vars syfte är att förklara hur samhället fungerar istället för att normativt förklara hur det borde fungera.⁴⁵ Vid första anblick kan detta tyckas utesluta en kritisk granskning av hur samhället fungerar och även stå i kontrast med en forskares ambition att bidra med någon form av normativa anspråk i de slutsatser som forskaren kommer fram till.⁴⁶ Det kan därmed tyckas att en studie där Luhmanns teori används som analysverktyg skulle stå

⁴² Luhmann, (aa not 10) s. 53 ff. och Luhmann, (aa not 15) s. 108 ff.

⁴³ Hartzén, (aa not 4) kapitel 12.

⁴⁴ B. Lemann Kristiansen, Anmeldelse af Ann-Christine Hartzén: "The European Social Dialogue in Perspective. Its future potential as an autopoietic system and lessons from the global maritime system of industrial relations", i *Retfærd* 40(3-4) s. 206-209.

⁴⁵ Luhmann, (aa not 10) s. 1 ff.

⁴⁶ Banakar, (aa not 30) s. 215 ff.

i kontrast mot sådan forskning som kategoriseras inom den kritiska traditionen såsom till exempel critical legal studies där teorierna också ofta är av normativ karaktär.⁴⁷ Dock är min ståndpunkt att avståndet mellan dessa två inte är fullt så stort när Luhmanns teori appliceras i enlighet med den ovan presenterade metodologiska modellen.

Den metodologiska modellen jag har utvecklat möjliggör en analys där normativa samhällsliga värderingar kan belysas inom ramen för systemets kommunikativa processer. På så sätt blir det också möjligt att kritiskt granska vilka värderingar som styr inom systemet och i dess strukturella kopplingar till andra system. Detta kan ge en större förståelse för vilken kommunikation som når framgång inom ett system eller i den strukturella kopplingen till andra system.⁴⁸ Som exempel kan nämnas hur finanskrisen inom EU och den fokus som därefter lades på kostnadsbesparingar och ekonomisk återhållsamhet ytterligare förstärkte maktassymetrin mellan arbetsgivare och arbetstagare, vilket även föranledde en minskad produktivitet inom den europeiska sociala dialogen.⁴⁹ De normativa samhällsliga värderingarna gynnade helt enkelt arbetsgivarorganisationernas intressen utan att de behövde kompromissa med arbetstagarorganisationer. Genom att belysa samhällsliga normativa värderingar blir det möjligt att både dra slutsatser kring kapaciteten i systemets kommunikativa processer samt undersöka hur dessa kommunikativa processer kan användas på ett bättre sätt för att öka sannolikheten för framgångsrik kommunikation.

Med andra ord möjliggör den metodologiska modellen en analys där den icke-normativa teorin kan tillämpas på ett kritiskt sätt i liknande anda som teorier härrörande från den kritiska traditionen. Ambitionen om att kunna genomföra en kritisk granskning med normativa anspråk kan uppnås trots valet att använda en icke-normativ teori. Skillnaden mot den kritiska traditionen blir att istället för att tillämpa en normativ teori med ambitionen om att förklara hur samhällsliga strukturer bör fungera och hur dessa bör förändras i stort blir det möjligt att genom utgångspunkt i det som är framföra kritik kring hur de

⁴⁷ För en diskussion kring kritisk teori och dess underliggande ambitioner om att förändra samhället se till exempel T. Dant, *Critical Social Theory* (2003).

⁴⁸ Luhmann, (aa not 10) s. 53 ff. och Luhmann, (aa not 15) s. 108 ff.

⁴⁹ För en mer ingående discussion kring detta se Hartzén, (aa not 4), kapitel 9.

strukturer som synliggörs används. Andan i analysen blir i hög grad kritisk, men istället för att bidra med kritik i formen av hur de större strukturerna behöver förändras kan vi rikta kritiken mot hur dessa strukturer i dess befintliga form kan användas på bättre sätt.⁵⁰

4.3 Slutord

Den modell för studier av den europeiska sociala dialogen som jag har diskuterat här bidrar med att skapa en förståelse för hur den europeiska sociala dialogen verkar i förhållande till de politiska, rättsliga och ekonomiska systemen samt hur normativa samhällseliga värderingar påverkar den inneboende resultatkapaciteten i den europeiska sociala dialogen, det vill säga systemets kapacitet att producera resultat som bidrar till reglering av arbets- och anställningsförhållanden. I min mening är det fullt möjligt att applicera denna metodologiska modell även för studier av nationella kollektivavtalssystem, om än att vissa justeringar avseende till exempel systemets binära kod kan behövas. På detta sätt kan modellen också utgöra grund för en fördjupad förståelse av arbetsrättens polycentri genom att belysa hur olika normgivande system förhåller sig till varandra.

⁵⁰ J. Paterson, Reflecting on Reflexive Law, i Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications (2006), särskilt s. 30 ff.

The concept of collective autonomy as the methodological link between labour law and industrial relations

Andrea Iossa

1 Introduction

Labour law and industrial relations¹ are at the same time academic fields and objects of research whose knowledge needs to go hand in hand. The study of the law regulating labour and employment relations cannot disregard how the relationships between workers, employers and their organisations are established and evolve. Vice versa, the study of industrial relations dynamics cannot disregard how the law, i.e. a legal system contextualised in time and space including statutory regulation and case law, shapes the relationship between workers, employers and their organisations on different scales.² This contribution aims at exploring the conceptual and methodological relationship that exists between labour law and industrial relations through the concept of collective autonomy, i.e. the ‘legal understanding’ of industrial relations. In other words, the purpose is to illustrate collective autonomy as the conceptual link that tie labour law to industrial relations and to explain the advantages of its use into labour law research. Overall, this contribution attempts to answer the following question: what knowledge does a labour lawyer acquire by looking at industrial

¹ The term ‘industrial relations’ is conventionally used to refer to labour and employment relations at large in all sectors.

² Cf. Dunlop JT, *Industrial Relations Systems* (1993).

relations dynamics? To answer this question, the discussion revolves around one of the most relevant theoretical contribution in the field of labour law – the concept of collective autonomy – defined by observing socio-economic reality and studying industrial relations theories.

While valid in any context, this aspect is of utmost relevance in Sweden, where the labour law framework evolved from the mechanisms and structures put in place by the labour market parties in the industrial relations realm. To understand the legal significance of a specific labour law institution entails to understand the socio-economic, political and historical context in which this institution has been established.³ The understanding of the industrial relations dynamics of the Swedish model of labour market regulation is useful for understanding the socio-legal value of labour law institutions as well as the legal reasoning followed by the Labour Court.

The chapter evolves as follows: first, it focuses on the concept of collective autonomy by dealing with its origins and foundations, which lie on the recognition of the normativity of industrial relations by the legal system. Second, it explains the methodological use of the concept of collective autonomy for Swedish labour law by looking at the collective agreement and at the influences deriving from EU internal market law. Finally, it provides for some concluding remarks.

Overall, the chapter draws on my doctoral thesis with the title “*Collective Autonomy in the European Union – Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining*” defended at the Faculty of Law of Lund University in 2017.⁴ More specifically, it draws on three labour law theories: the theory of *collective laissez-faire*, elaborated by Otto Kahn-Freund in the English context and which can be summarised as ‘the retreat of the law from industrial relations and of industrial relations from the law’;⁵ second, the theory of *autonomia privata collettiva* (private collective autonomy), elaborated by Francesco Santoro-Passarelli in Italy after

³ R. Blanpain, “Comparativism in Labour Law and Industrial Relations” in R. Blanpain (ed) *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (2010) 1–24, 12.

⁴ A. Iossa, *Collective Autonomy in the European Union. Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining* (2017).

⁵ O. Kahn-Freund, ‘Labour Law’, in Kahn-Freund O., *Selected Writings* (1978) 1–40, 9.

the adoption of the Republican Constitution (1948) which is based on an understanding of industrial relations as private law-based relations between organised groups pursuing collective private interests;⁶ third, the theory of *ordinamento intersindacale* (inter-organisation system) elaborated by Gino Giugni again in the Italian context in the 1950s and 1960s, which defines collective autonomy as an autonomous and self-sufficient system separated by the state's legal system.⁷ These theories have had a influent impact on the political debate of their countries.⁸ They share an attention towards the autonomous dynamics of industrial relations and the role of the legal system that illustrates the relevance of observing industrial relations dynamics as a methodological tool for better understanding labour law.

2 The concept of collective autonomy

2.1 Origins and foundations

Collective autonomy has its roots in the socio-economic and political novelties brought about in Europe by the Industrial Revolution. The technological changes made possible the shift from an artisanal mode to the industrial mode of production. The ensuing shift from the master-servant relationship to the employer-employee relationship determined the emergence of wage labour that was legally translated into new types of contracts.⁹ Further, the use of automatized machines enabled to concentrate the production within the same space, which meant the collectivisation of the workforce, and to standardise working conditions.¹⁰ This led to the affirmation of new types of socio-economic

⁶ F. Santoro-Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro* (1991).

⁷ G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* (1977).

⁸ See Iossa (2017) 85.

⁹ K. Stone, *From widgets to digits. Employment regulation and the changing workplace* (2004) 22. B. Veneziani, 'The evolution of the contract of employment' in B. Hepple and B. Veneziani (eds) *The Transformation of Labour Law in Europe. A comparative study of 15 countries 1945–2004* (2009) 31–72, 65.

¹⁰ A. Flanders, 'The internal social responsibility of industry (1966)' in A. Flanders (ed) *Management and unions* (1970) 129–53; B. Settis, *Fordismi. Storia politica della produzione di massa* (2016).

conomic relations – industrial relations – led by new agencies – the trade unions – collectively representing the workers before the employer's counterpart.¹¹ Trade unions began organising the workers and claiming for better conditions also by resorting to the instrument of the strike. Conflicts in the workplace and in the economy at large became a further social aspect for the legal system to deal with.¹² Accordingly, the concept of collective autonomy, deriving from the three mentioned theories, has its foundations in the observation of the socio-economic reality of workplaces in its relationship with the legal system.

The relationship between industrial relations and the law is at the basis of Kahn-Freund's theory. He was trained under the mentorship of Hugo Sinzheimer during the short and dramatic experience of the Weimar Republic (1919–1933).¹³ Here, he could learn about the legal foundations of 'economic democracy' and about the risk of totalitarian drifts hidden in the over-juridification of industrial relations.¹⁴ Unlike in the Weimar Republic, in Great Britain (where he found refuge against the Nazi regime) Kahn-Freund found an environment in which industrial relations developed autonomously outside any intervention of the legal system. The tradition of voluntarism characterising the English context implied the abstention of the law in regulating any aspect of industrial relations and the prominent relevance of trade unions – two aspects that particularly fascinated Kahn-Freund.¹⁵ There, he also collaborated with outstanding industrial relations scholars, such as Allan Flanders and Hugh Clegg who were the most prominent figures of the so-called Oxford School of industrial relations –

¹¹ B.E. Kaufman, *The Global Evolution of Industrial Relations. Events, Ideas and the IIRA* (2004) 21.

¹² For Sweden, see the general strike occurred in 1909, cf. B. Schiller, *Storstrejken 1909: förhistoria och orsaker* (1967).

¹³ For an account of this experience and of the work of Sinzheimer, see O. Kahn-Freund, "Hugo Sinzheimer 1875–1945" in O. Kahn-Freund (ed) *Labour Law and Politics in the Weimar Republic* (1981) 73–107.

¹⁴ O. Kahn-Freund, "The Social Idea of the Reich Labour Court" in O. Kahn-Freund (ed) *Labour Law and Politics in the Weimar Republic* (1981) 186–87.

¹⁵ O. Kahn-Freund, "Legal Framework" in A. Flanders & H. Clegg (eds) *The System of Industrial Relations in Great Britain* (1954) 42–127, 43.

also known as the 'pluralist school'.¹⁶ Their approach to the study of industrial relations was essentially based on a pluralist conception of society as composed by a plurality of divergent and conflictual interests pursued by social groups.¹⁷ Under this influence, Kahn-Freund built his theory of *collective laissez-faire*, whose cornerstone is the acknowledgement of the autonomous normative power that industrial relations parties exercise in order to settle the conflict between their interests.¹⁸ Conflict is the foundational element of industrial relations – or 'the father of all things'.¹⁹ In this sense, socio-economic reality and legal reality constitute two different realms, in which the former is pre-ordinated to the latter.²⁰

The relationship between industrial relations and the law is also at the core of Santoro Passarelli's theory of '*autonomia privata collettiva*'. As a reaction against the fascist corporatist regime, this theory grounds industrial relations into the private law realm. Under the fascist regime (1926–1944), instead, the regulation of industrial relations was a public law matter.²¹ Freedom of association was denied (workers were obliged to join the fascist trade unions), no collective bargaining could be freely exercised (collective agreements were concluded to achieve the supreme interest of the state) and no freedom nor right to undertake strikes or collective actions was in place (strikes were criminalised and sanctioned as offences against public economy). Corporatist collective agreements were statutorily made legally binding and labour disputes of any kind (individual as well as collective, dispute on rights as well as disputes on interests) were settled and adjudicated by the

¹⁶ Kahn-Freund, Flanders and Clegg also collaborated in the so-called Donovan Commission that was appointed in 1968 by the Labour cabinet in order to analyse the state of national industrial relations.

¹⁷ R. Hyman, "Pluralism, Procedural Consensus and Collective Bargaining" (1978) 16 *British Journal of Industrial Relations*, 16–40, 26–27; A. Bogg, *The Democratic Aspects of Trade Union Recognition* (2009) 39.

¹⁸ O. Kahn-Freund, "Intergroup Conflicts and their Settlement" (1954) 5 *British Journal of Sociology*, 193–227, 201.

¹⁹ Kahn-Freund (1954) 195.

²⁰ O. Kahn-Freund, *Labour law: old traditions and new developments* (1968) 3.

²¹ G. Giugni, "Juridification: Labor Relations in Italy" in Teubner (1987) 191–208, 193.

judiciary.²² On the contrary, the theory of *autonomia privata collettiva* rejects any public function for the trade unions, which are deemed as private associations, originated by the decision of social groups to organise themselves and to give mandate to the organisation in order to pursue their collective interest.²³

The conflictual aspect emphasised by Kahn-Freund and the associative moment stressed by Santoro Passarelli, are then complemented by the overarching conception of collective autonomy as a self-sufficient normative system set forth by Giugni's theory of *ordinamento intersindacale*. His conceptualisation derived from the observation on the progressive divergence between the 'legal datum' and the 'social datum' in the evolution of the relationship between industrial relations and labour law in Italy. Giugni observed how the developments of industrial relations in the workplaces in Italy in the 1950s did not reflect nor complied with the legal form provided for in the Constitution. This evolution led Giugni to conceptualise industrial relations as an autonomous system of normative production totally independent from the state's legal system. In this sense, collective autonomy could not be confined within the realm of private law, since it constitutes an autonomous system of regulation.²⁴ Giugni's approach was influenced by the classics of US's industrial relations theories, in particular the so-called Wisconsin school of industrial relation established in the early twentieth-century by John R. Commons and the work of John T. Dunlop. Both theories pay particular attention towards the analysis of norms and rules shaping industrial relations as to approach their study from an institutional perspective.²⁵ The theory of *ordinamento intersindacale* thus combines an understanding of collective autonomy as the autonomy of private organisations from the law and an understanding of industrial relations as an institution equipped with mech-

²² See G. Pera, "Relazione per l'Italia" in L. Bellardi (ed) *Dallo stato corporativo alla libertà sindacale. Esperienze comparate* (1985) 13–24.

²³ F. Santoro-Passarelli, *Autonomia collettiva e libertà sindacale*, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1985.

²⁴ Giugni (1977) 106.

²⁵ S. Gasparri, 'Studying work in theory and practice: Insights for a globalising academia from the IR trajectory in Italy' (2017) 48 *Industrial Relations Journal*, 310–25, 314; N. Elvander, *Industrial Relations. A Short History of Ideas and Learning* (2002) 18.

anisms for setting norms and rules. On these bases, Giugni describes collective autonomy as an autonomous system whose legitimacy lies on internal elements formally ignoring the presence of other normative systems such as the state.²⁶

The three theories contribute in defining the concept of collective autonomy as the scope that the legal system grants to the autonomous development of industrial relations. The term refers indeed to the 'autonomy' that labour market parties enjoy from the legal system. Collective autonomy is grounded on two main cornerstones: the acknowledgement of the normativity of industrial relations, i.e. the capability to produce binding norms, and the role of the legal system in 'recognising' this feature, i.e. the degree of juridification that industrial relations undergo.

2.2 The normative force of industrial relations and the role of the law

The concept of collective autonomy emphasises the coexistence with the legal system of a normative system created by the industrial relations parties.²⁷ The exercise of collective autonomy, hence, lies on collective bargaining as the mechanism for producing norms, whose outcome – the collective agreement – is the instrument that parties have in order to settle the conflict. The normative force of collective autonomy stems from the inherent conflict of interests between the parties and it is recognised by the legal system as a source of rules in the sphere of employment. According to Kahn-Freund, the conflict is at the origin of the capability to produce norms.²⁸ Conflict generates social relations between organised labour and capital and defines the modalities of their interactions. From this perspective, the collective agreement is a 'peace treaty between social powers'.²⁹ It represents the outcome of the normative power of industrial relations, which sets the rules for the relationship between organised workers and employ-

²⁶ Giugni (1977) 16.

²⁷ See S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto* (2013).

²⁸ Kahn-Freund (1954) 194.

²⁹ Kahn-Freund (1977) 123.

ers and the conditions of work to be included in the employment contracts. For Kahn-Freund these two functions are identified as the 'contractual' and the 'normative' standards of collective bargaining.³⁰ The first ones refer to the clauses of the agreement concerning the relationship between the parties themselves – as for instance social peace clauses; the second ones concern the conditions to be applied to the individual relationship the collective agreement intend to regulate – as for instance wage clauses.³¹ Accordingly, the collective agreement is at the same a 'contract', which places obligations between the parties (obligatory function) and a 'code', which sets normative conditions for the individual contracts (normative function).³²

In the theory of *autonomia privata collettiva*, the normative power derives from the constitution of collective bodies. i.e. from the associative element, around a collective (private) interest. The notion of *interesse collettivo* is defined by Santoro-Passarelli's analysis as 'the interest of a collective group of persons to achieve a benefit able to satisfy a common need'.³³ In this sense, the collective interest is different from the individual interests of the members of the organisation – it is rather their synthesis.³⁴ The collective interest is thus the interest of a well-identifiable collective of subjects and it is well-differentiate from the general interest.³⁵ Through the institution of the mandate, the individual subjects delegate to the collective body the achievement of their collective interest by subjugating to that aim their individual interests.³⁶ The normative power of industrial relations, expressed through the collective agreement, is performed in order to satisfy the collective interest of the subjects organised into the parties that negotiate the agreement. Therefore, the theory of *autonomia privata collettiva* emphasises the normative function of the collective agreement.³⁷ The

³⁰ Kahn-Freund (1977) 162.

³¹ Kahn-Freund (1954) 197.

³² Kahn-Freund (1977) 156.

³³ Santoro-Passarelli (1991) 47 (my translation).

³⁴ M. Persiani, *Saggio sull'autonomia privata collettiva* (1972) 26.

³⁵ G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale* (1967) 30–31.

³⁶ Persiani (1972) 97.

³⁷ R. Bortone, *Il contratto collettivo tra funzione normativa e funzione obbligatoria* (1992) 39.

legal system needs to recognise this aspect by virtue of the societal relevance of the collective interest, which is a social element that finds legal recognition and protection.

The presence of a norm on the production of norms (the collective agreement), of a mechanism to sanction the violations of the norms (the collective action or strike) and of a space where the norms are applied (the company) makes collective autonomy a self-sufficient normative system regulating the relationships between trade unions and employers, i.e. an *ordinamento intersindacale*. Giugni identifies the collective agreement as the fundamental norm of this system. Accordingly, the emphasis is on the obligatory function of the collective agreement. The collective agreement is the ultimate source of the other norms – a ‘norm on the production of norms’. Its legitimacy is based on the reciprocal recognition between the collective parties and not on a recognition from the state’s legal order.³⁸ Yet the legal system conceives the collective agreement as a private contract. In this way, the *iure proprio* normative power of the collective agreement stemming from the industrial relations realm is recognised by the legal order of the state. In other words, the legal system recognises the normative force of collective autonomy by giving legal ‘recognition’ to the collective agreement as a private – collective – contract.³⁹ The collective agreement assumes thus a ‘bivalent normative value’: fundamental norm having mandatory efficacy within the *ordinamento intersindacale*, and private law contract within the legal order of the state, whose efficacy is limited to its parties.⁴⁰

From a legal perspective, collective autonomy is based on the recognition of its normative force by the legal system, which however shall not encroach on the self-regulatory dynamics of industrial relations. In other words, the juridification of industrial relations, i.e. the need for the state to encompass industrial relations into legal forms, shall not undermine their self-sufficiency. The law, in this sense, is not a foundational element of industrial relations – rather it is an element

³⁸ Giugni (1977) 107.

³⁹ Giugni (1977) 106–7.

⁴⁰ Giugni (1977) 82.

that contributes in shaping and influencing their evolution.⁴¹ The role of the legal system within the conceptual framework of collective autonomy is to support the autonomous evolution of industrial relations by, on the one side, recognising its normative force, and, on the other side, protecting those rights that enable to exercise of collective autonomy, i.e. the collective labour rights. From this, it follows that the legal framework ought to serve the purpose of favouring the autonomous process of transforming conflict into regulation.⁴² The legal system needs to acknowledge the normative power of industrial relations expressed through the conclusion of the collective agreement and it needs to protect the collective labour rights of association, collective bargaining and collective action as instruments for rebalancing the equilibrium of power between the labour market parties. The regulatory tasks of the legal system are limited. Rather than a 'source of social power', the law is a 'technique for the regulation of social power'.⁴³ The role of state's law is therefore to acknowledge the normative power of industrial relations stemming from the socio-economic reality of conflict between collective interests, to translate it into collective autonomy and to ensure the application of the norms it produces.

3 Collective autonomy as a methodological tool

3.1 Collective autonomy in the Swedish context: the collective agreement as cornerstone

The elements of autonomy, independency and normativity of industrial relations characterise the Swedish labour law framework, which is thus firmly grounded on collective autonomy as a legal principle of labour market regulation.⁴⁴ Through the basic agreements signed in

⁴¹ O. Kahn-Freund, "Trade Unions, the Law, and Society" (1970) 33 *The Modern Law Review*, 241–67;

⁴² G.P. Cella & T. Treu, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva* (2009); J. López, C. Chacategui & C.G. Cantón, "From Conflict to Regulation: The Transformative Function of Labour Law" in G. Davidov & B. Langille (eds) *The Idea of Labour Law* (2013) 344–62.

⁴³ Kahn-Freund (1977) 14.

⁴⁴ Cf. Iossa (2017) 381.

1906 (*Decemberkompromissen*) and 1938 (*Saltsjöbadsavtalet*) between LO and SAF (now SN), the Swedish legal system delegated the regulation of industrial relations and employment to the labour market parties. The establishment of the Labour Court in 1928 sealed this pact by attributing to the labour market parties themselves an almost entirely autonomous jurisdiction over disputes concerning the application and interpretation of collective agreements. The Co-determination Act (MBL) adopted in 1976 functions as 'auxiliary legislation' that supports and facilitates the functioning of a system grounded on collective autonomy. An illustrative example of this element of the Swedish model of labour market regulation is the institution of the collective agreement.⁴⁵

In a system grounded on collective autonomy, the collective agreement holds a central position: it is the instrument through which the parties (temporarily) settle down the conflict and set forth rules to be applied between them and in the employment relationships that the agreement regulates. In this sense the collective agreement has an obligatory effect and a normative effect. From the perspective of the legal system, the collective agreement needs to be recognised as a source of regulation in the sphere of industrial relations and employment. This issue is thorny. According to the foundations of collective autonomy, industrial relations shall not be grounded on public law as not to encroach on the autonomy of the parties in pursuing the collective interest. Accordingly, the collective agreement cannot be included among the legal sources. Since its appearance, the collective agreement has been recognised by the legal system as a private law contract.⁴⁶ Yet collective agreements are concluded to regulate several employment relationships, so they share some elements that usually characterise the law. Consequently, the collective agreement, in particular in the Swedish context, is deemed to enjoy certain prerogatives that place it at the cross-road between private law and public law.⁴⁷

One example is provided by the so-called semi-dispositive legislation, which refers to those statutory provisions that can be deviated

⁴⁵ Cf. T. Sigeman & E. Sjödin, *Arbetsrätten: En översikt* (2017) 21.

⁴⁶ Cf. A. Adlercreutz, *Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria* (1954).

⁴⁷ M. Hansson, *Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse* (2010) 40.

by a collective agreement. For instance, Section 4 MBL (but also Section 2 LAS and Section 2 semesterlagen) states that no contract can deviate from the provisions of those acts, unless the contract is a collective agreement.⁴⁸ This feature of Swedish labour law explicitly recognises the autonomy from the law that the labour market enjoy in self-regulating certain aspects of the employment relationship. This trait is reinforced by the fact that, in order to deviate from semi-dispositive statutory provisions, the collective agreement does not need to provide for more favourable conditions for the employees.⁴⁹ In this sense, collective autonomy is the primary regulatory principle of the Swedish labour market to the extent that it can prevail – in certain circumstances⁵⁰ – over state's law.

In all circumstances, instead, collective autonomy prevails over individual autonomy.⁵¹ This aspect derives from the legal efficacy attributed to the collective agreement by means of Sections 26 and 27 MBL. By the former, the collective agreement, albeit being a private contract, is meant to produce legal effects in the sphere of third subjects, who are members of the signatory parties and fall within the scope of the collective agreement. By the latter, those subjects who are bound by the collective agreement cannot enter into deviating contracts. Both aspects deal with key elements of collective autonomy. Section 26 MBL states the binding effects of the collective agreement over the members of the signatory parties (so-called *medlemsbundenhet*); whereas Section 27 MBL states the imperative effects of the collective agreement over the individual employment contract.

According to its binding force, the collective agreement does not need any further agreement to be applied between the individual

⁴⁸ In order to be legally considered a collective agreement, the contract shall respect the criteria set by Section 23 MBL, i.e. to be a written contract between an employers' organisation or an employer and a trade union concerning employment conditions or other aspects concerning the relationship between the employer and the employees.

⁴⁹ J. Malmberg et al, *Medbestämmandelagen. En kommentar. Del I* (2018) 56.

⁵⁰ The mentioned acts make only certain provisions semi-dispositive and the Labour Court has specified that a collective agreement that unfairly erodes certain rights of the workers is invalid, AD 1995 nr 108, cf. L. Lunning, *Arbetsdomstolen och dispositiviteten*, *Juridisk Tidskrift* 1995–96, 430–433.

⁵¹ Cf. Iossa (2017) 193–194.

parties who fall within its scope. This means that it is automatically applicable to the individual employment contracts it is meant to regulate.⁵² The case law of the Labour Court has then established that this principle is also valid when it is only the employer who is bound by the collective agreement, i.e. when the employee is not member of the trade unions that has signed the agreement.⁵³ However, this principle has been recognised on the basis of the disruptive effect that the non-application of the collective agreement to non-member employees would have on the principle of collective autonomy. Employers might offer higher conditions to employees who are not members of the union as to undermine the union's strength in the workplace. For this reason, the missed application of the collective agreement to non-union member employees is treated as anti-union conduct rather than as an individual violation towards the employee.⁵⁴ The collective agreement is also recognised to have a so-called 'filling effect' meant as a code or custom within the sector and workplace.⁵⁵ However, the Labour Court has specified that non-union member employees can only enjoy minimum conditions set by the collective agreement in order to preserve the role of the union and of the collective agreement as regulatory instrument of the labour market and to prevent the phenomenon of 'free riding'.⁵⁶

The imperative force of the collective agreement, instead, entails that no deviating agreements can be concluded by an employer and an employee who are bound by it. Again, the ratio of the norm is to protect collective autonomy. In this regard, the Labour Court has specified that the provision aims at safeguarding the collective agreement against individual agreements that might undermine its force.⁵⁷ This principle applies even to individual contracts of employment that provides for better conditions than the ones set by the collective agreement, where the possibility to provide for higher standards is not set

⁵² Malmberg et al (2018) 227.

⁵³ AD 1944 nr 37.

⁵⁴ Malmberg et al (2018) 243.

⁵⁵ Cf. AD 2014 nr 31.

⁵⁶ AD 1984 nr 79. Cf. Malmberg et al (2018) 244.

⁵⁷ AD 2000 nr 29, cf. Malmberg et al (2018) 246.

by the collective agreement itself – as usually is the case for wages.⁵⁸ In other words, the individual parties have room to deviate from the provisions of the collective agreement only in so far as those provisions are made dispositive rather than imperative by the collective agreement itself.⁵⁹

3.2 Collective autonomy and the influence of EU law

The concept of collective autonomy also provides for a framework to analyse the influence that EU law, and in particular EU internal market law, plays over national labour law regimes. The Laval dispute is of course illustrative in this regard – whose facts and rulings of the Labour Court and of the Court of Justice of the EU will not be recapitulated here.⁶⁰ The elements of autonomy and independence of industrial relations provide for the criteria to display the intrusion of EU internal market law over the Swedish model. This assessment is based on two observations: first, the CJEU declared the collective action undertaken by *Byggnadsförbundet* to be not in compliance with EU internal market law because of its disproportionate nature;⁶¹ second, the CJEU affirmed that a company posting workers to another EU Member State needs to know in advance the labour costs (and in particular the wages) it will incur according to Directive 96/71/EC. Both aspects have the effect of undermining collective autonomy.

The disproportionate nature of the action derived from its aim to force the foreign company to conclude a collective agreement (*hångävtal*) – a feature of the Swedish model that ensures uniformity of standards on the labour market. To deny this aim corresponds to a denial of collective autonomy to the extent that it limits the range of objectives that can be pursued through a collective action. Moreover, it frustrates the possibility to undertake a collective action as part of the

⁵⁸ AD 1989 nr 112.

⁵⁹ Malmberg et al (2018) 247.

⁶⁰ Cf. M. Rönmar, 'Sweden' in M. Freedland & J. Prassl (eds) *Viking, Laval and Beyond* (2014) 241–260; Iossa (2017) 224.

⁶¹ Proportionality in collective actions is a alien element to Swedish labour law, cf. M. Hansson, "Industrial Action and the Proportionality Principle in Swedish Law" in L. Carlsson & Ö. Edström & B. Nyström (eds) *Globalisation, fragmentation, labour and employment law. A Swedish perspective* (2016) 53–72.

collective bargaining process – a key element of collective autonomy. This denies the self-determination of labour market parties in defining the contours and substance of their conflict of interests, which would be instead designed by EU law.⁶² This aspect relates to the second observation. The voluntary system of collective bargaining is ruled not in compliance with EU law since, according to the CJEU, negotiations between national trade unions and foreign companies cannot occur on case-by-case basis. The CJEU ruled that the extension of a collective agreement to a posting company has to occur via legal mechanisms rather than via industrial relations processes. The regulatory framework for cross-border posting of workers seems to privilege non-flexible instruments such as legislation and *erga omnes* collective agreement. Further, in those systems in which collective agreements lack mandatory *erga omnes* efficacy, the determination of the conditions to be applied to posted workers needs to rely on collective agreement that are generally applied through the national territory or in the sector concerned⁶³ – *de facto* national sectoral collective agreements. Wage-setting via collective bargaining in cross-border situations is assessed by the CJEU not to be ‘sufficiently precise and accessible’⁶⁴ as to ensure the posting companies to know the costs in advance. Along with social dumping,⁶⁵ these aspects of the Laval case law hide a further hazard for collective autonomy. By privileging non-flexible instrument of labour market regulation driven by economic logic, the risk is the juridification of industrial relations – in particular in the area of wage-setting.⁶⁶ An easy way-out to prevent social dumping would indeed concern the adoption of statutory minimum wage (which has happened in 2015 in Germany for instance) or the adoption of statutory mechanisms to extend the legal efficacy of national sectoral collective agreements.

The restrictions to collective autonomy stemming from the CJEU’s ruling reverberated in the legislative interventions undertaken at national level. The so-called Lex Laval,⁶⁷ for instance, limited the resort

⁶² Iossa (2017) 374.

⁶³ Cf. Art 3.8 Directive 96/71/EC.

⁶⁴ C-341/05 *Laval un Partneri*, para 110.

⁶⁵ Cf. Iossa (2017) 372.

⁶⁶ Iossa (2017) 379.

⁶⁷ SFS 2010:228 om ändring i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

to collective action against foreign companies to demands for minimum conditions set by the national sectoral collective agreement. Collective actions were instead banned when the foreign company could prove to already apply essentially similar minimum conditions to its posted employees by a collective agreement signed in the country of establishment or even by the sole contract of employment.⁶⁸ Even though this so-called *bevisregel* (proof-rule) has been repealed in the amendment of Lex Laval occurred in June 2017,⁶⁹ restrictions to collective action persist. Section 5a of the posting of workers act⁷⁰ states that collective actions towards posting companies can be undertaken only for demanding minimum conditions, including the minimum rate of pay, as stated in national sectoral collective agreements. Further, Section 5c of the act makes the collective agreement signed with a posting company mandatory. This means that the posting company cannot enter into a deviating individual contract and that the posted workers can claim the application of the agreement.⁷¹ In this regard, it is interesting to note the evolution of industrial relations: in 2017, *Sveriges Byggindustrier* and *Svenska Byggnadsarbetareförbundet* signed a collective agreement about posted workers in the construction sector (one of the sector most exposed to social dumping via cross-border posting) in which they specify the minimum wage to be corresponded to posted workers.⁷² Although it could be considered an effective means against social dumping, this development can also be deemed as undermining the evolution of collective autonomy from a purely national dimension to a cross-border dimension.⁷³ Under the pressure of the cross-border dynamics of the EU internal market, the risk of a juridification of industrial relations – and therefore of an erosion of the principle of collective autonomy – is concrete due to the difficulties

⁶⁸ Cf. J. Malmberg & E. Sjödin, 'Lex Laval in B. Nyström & Ö. Edström & J. Malmberg (eds) *Nedslag i den nya arbetsrätten* (2012) 47–60.

⁶⁹ SFS 2017:320 om ändring i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

⁷⁰ SFS 1999:678 om utstationering av arbetstagare.

⁷¹ E. Sjödin, 'The latest revision of Lex Laval in Sweden' (2017) 24 *International Union Rights*, 21–22, 28.

⁷² K. Ahlberg, *Byggbranschens parter enade om minimilön vid utstationering och offentlig upphandling*, (2017) *EU & Arbetsrätt*.

⁷³ Iossa (2017) 386.

for the EU internal market to accept a flexible mechanism of labour market regulation such as collective bargaining.⁷⁴

4 Concluding remarks

Considering the above, the concept of collective autonomy emerges as the link that connects the understanding of industrial relations to labour law. Conceptually, it enables labour lawyers to understand that socio-economic reality is the primary element to observe in order to improve their understanding of the legal system. Methodologically, it provides for a useful framework to analyse labour law institutions and the developments of the legal system – also in relation with the evolution of EU law. The late example of these elements comes from the legal response to the industrial conflict ongoing in the harbour of Gothenburg since the spring of 2016. As from August 2019 a new law (SFS 2019:503) amends the rules on social peace obligations set by the Co-determination Act. In its core substance, the changes, proposed by the government in November 2018 to uphold the terms of an agreement between LO, TCO and SACO with SN,⁷⁵ introduce stricter rules on the exercise of collective action. In a nutshell, the new provisions outlaw collective actions towards employers who are already bound by a collective agreement (even if not signed by the union that undertakes the action) and they limit the aim of a collective action to the request for a collective agreement. Without entering into the details about the premises (i.e. the terms of the conflict in the harbour) and the application of such amendments (mainly related to the rules on the relationship between collective agreements signed at different times), it can be said that the limits imposed on the right to strike clash with the principle of collective autonomy. Even though the changes have been presented as a way to protect the autonomous system of collective bargaining characterising the Swedish model, it is highly problematic that this would occur by restricting the pillar of collective autonomy, i.e. the possibility to exercise conflict. The new rules seem

⁷⁴ Iossa (2017) 371.

⁷⁵ Ds 2018:40 Fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister.

to encroach on the legitimate decision of a trade union to go on strike for other reasons than the conclusion of a collective agreement. Or, a strike would not be lawful if the employer is already bound by a collective agreement signed with any union. These two measures would provide the collective agreement – the cornerstone of collective autonomy – with a ‘statutory shelter’ that risks impacting on the autonomy of industrial relations. The proposal seems tailored on the situation in the harbour of Gothenburg, where the majority trade union *Svenska Hamnarbetareförbundet* is marginalised in favour of the LO-affiliated union *Transport*. Such a proposal would crystallise a situation in which power (meant as being part of a collective agreement, with the ensuing rights of information, consultation and co-determination) is in the hands of a non-powerful union by means of law. This situation however could eventually be repeated in other cases through phenomena of yellow unions and collective agreement-shopping. A legislation introduced to preserve the Swedish model would ultimately disrupt collective autonomy as a legal principle of labour market regulation.

Gränsöverskridande stridsåtgärder – särskilt om möjligheten att yrka fastställelse av stridsåtgärds lovlighet i syfte att styra en tvist till ett visst land

Erik Sinander

1 Inledning

En arbetsrättslig fråga som skiljer sig åt mellan olika länder är i vad mån en stridsåtgärd är lovlig. På den allt mer globaliserade arbetsmarknaden vidtas stridsåtgärder ibland mellan parter från olika länder eller i förhållanden som på andra sätt kan ha internationella anknytningar. I sådana tvister är det inte alltid självklart vilket lands domstolar som ska vara behöriga, vilket lands lag som ska tillämpas eller hur en utländsk dom om en stridsåtgärd ska behandlas. Sådana internationellt privaträttsliga frågor kan vara avgörande för utgången i ett mål om stridsåtgärder och viktiga att beakta redan innan en stridsåtgärd vidtas. Mot bakgrund av att rättsläget är osäkert argumenterar jag i artikeln för att den part som vidtar en stridsåtgärd också väcker fastställelse-talan om stridsåtgärdens lovlighet för att öka förutsebarheten i frågan om vilket lands domstolar som är behöriga och därmed vilket lands lag som ska tillämpas.

2 När är svensk domstol behörig att ta upp en tvist om en stridsåtgärd med internationella anknytningar?¹

I EU avgörs frågan om vilket lands domstolar som är behöriga att ta upp en tvist med internationella anknytningar på privaträttens område i första hand av Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel I-förordningen). Stridsåtgärder omfattas av begreppet privaträttens område.² Förordningen bygger på principen att svaranden ska stämmas in i sitt hemvistland. Denna princip finns reglerad i artikel 4. För att avgöra var en svarande har sitt hemvist gäller, för juridiska personer, den definition som uppställs i förordningens artikel 63. Enligt denna regel ska en juridisk person anses ha hemvist i orten för dess a) stadseenliga säte, b) huvudkontor eller c) huvudsakliga verksamhet. De tre uppräknade rekvisiten i artikel 63 är alternativa. Det betyder att t.ex. ett bolag kan ha hemvist i tre olika stater enligt artikeln.

Utöver huvudregeln om att talan ska väckas i svarandens hemvist, finns det i Bryssel I-förordningen alternativa domsrättsregler som är tillämpliga i olika förhållanden. Det finns t.ex. en särskild domsrättsregel som föreskriver att domstolen i det land där en avtalsförpliktelse ska uppfyllas ska vara behörig (artikel 7 p. 1) (uppfyllelseforumregeln). Vidare finns det en regel som föreskriver att domstolarna i det land där en skada inträffar ska vara behöriga (artikel 7 p. 2) (deliktforumregeln). Om stridsåtgärder vidtas i strid med ett befintligt kollektivavtal blir det en avtalsrättslig fråga för vilken uppfyllelseforumregeln

¹ Detta avsnitt bygger på kapitel 3 i min avhandling *Internationell kollektivavtalsreglering: En studie i internationell privaträtt av den svenska modellen för reglering av anställningsvillkor*, 2017.

² I EU-domstolens praxis har begreppet privaträttens område varit föremål för ett stort antal mål. Kontentan av domstolens praxis i denna fråga kan sägas vara att gränsen för privaträttens område passeras först när en part agerar med stöd av offentligrättsliga maktbefogenheter, se t.ex. *Hellenische Republik mot Leo Kuhn*, C-308/17, EU:C:2018:911 (se särskilt p. 34). I detta begrepp omfattas bl.a. stridsåtgärder, se *DFDS Torline*, C-18/02, EU:C:2004:74.

får användas.³ Är det däremot fråga om en stridsåtgärd som vidtas i ett förhållande mellan en arbetstagarorganisation och en arbetsgivare där det inte finns ett kollektivavtal kan deliktforumregeln tillämpas.

Enligt praxis från EU-domstolen omfattar deliktforumregeln varje talan som syftar till att göra gällande ett privaträttsligt ansvar som inte är hänförligt till ett avtal.⁴ EU-domstolen har utvecklat sin praxis i denna fråga i ett slags binärt förhållande till tolkningen av vad som är avtal i uppfyllelseforumregeln.⁵ Det som inte är att betrakta som avtal är följaktligen i princip att betrakta som ett förhållande som deliktforumregeln kan vara tillämpligt för. En förutsättning för att deliktforumregeln ska vara tillämplig i ett mål som rör stridsåtgärder är, som redan nämnts, följaktligen att stridsåtgärderna inte är vidtagna i strid med ett gällande kollektivavtal.⁶

Deliktforumregeln bygger på förutsättningen att skadan kan lokaliseras. Domstolarna i det land där skadan inträffade ska nämligen vara behöriga. I EU-domstolens praxis har den ort där skadan inträffade tolkats som att det omfattar såväl den ort där den skadevållande händelsen vidtogs (handlingsort) som den eller de orter där skadan uppstått (skadeort).⁷ Om handlingsort och skadeort är belägna i olika medlemsstater får käranden möjlighet att välja var processen ska föras, men domstolarna i de olika länderna har olika behörighet.

³ Uppfyllelseforumregeln i artikel 7 p. 1 bygger dock på den förutsättningen att den förpliktelse som är i fråga ska uppfyllas vid orten för den behöriga domstolen. Uppfyllelseforumregeln är inte anpassad efter kollektivavtalstvister i första hand och den är följaktligen svår att tillämpa på sådana tvister. Det måste dock understrykas att parterna till ett kollektivavtal har en möjlighet att prorogera tvisterna till en behörig domstol i enlighet med artikel 25 i Bryssel I-förordningen.

⁴ Dom *Kalfelis mot Schröder m.fl.*, C-189/87, EU:C:1988:459 p. 18; dom *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490 p. 32 och dom *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449 p. 24.

⁵ Dom *ÖFAB*, C-147/12, EU:C:2013:490 p. 32.

⁶ I viss mån konsumerar uppfyllelseforumregeln utomobligatoriska anspråk och diskvalificerar användandet av deliktforumregeln när det finns ett avtalsförhållande mellan parterna och den skadegörande handlingen kan betraktas som ett åsidosättande av avtalets syfte, se t.ex. dom *Brogssitter*, C-584/12, EU:C:2014:148 p. 29.

⁷ Dom *Handelskwekerij Bier mot Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166 p. 24.

Medan domstolen på handlingsorten är behörig att ta upp samtliga anspråk med anledning av den skadeståndsgrundande handlingen är skadeortens domstols behörighet begränsad till att bara omfatta de skador som orsakats i den medlemsstaten.⁸ Inte alla skador är behörighetsgrundande enligt deliktforumregeln. I praxis har det fastslagits att det bara är direkta skador som drabbar den primärt skadelidande som är behörighetsgrundande.⁹ Vad betyder då rättsläget gällande deliktforumregeln för gränsöverskridande stridsåtgärder?

Typiskt sett vidtas stridsåtgärder av en arbetstagarorganisation mot en arbetsgivare. Den skada som arbetsgivaren lider till följd av en stridsåtgärd är normalt ekonomisk förlust orsakad av minskad produktion, missad leverans m.m. I svensk skadeståndsrätt kallas sådan ekonomisk skada för ren förmögenhetsskada.¹⁰ Ren förmögenhetsskada kan också inträffa i gränsöverskridande situationer. Man kan t.ex. tänka sig att stridsåtgärder vidtas mot ett utländskt rederis fartyg i en svensk hamn eller mot ett utländskt flygbolags flygplan på en svensk flygplats.

Som ett exempel på en gränsöverskridande stridsåtgärd kan det danska DFDS-målet nämnas. I början av 2000-talet vidtog en svensk arbetstagarorganisation stridsåtgärder mot det danska rederiet DFDS fartyg i Helsingborg. Till följd av stridsåtgärden kunde det danska rederiet inte trafikera en rutt mellan Sverige och Förenade Kungariket. Det danska rederiet ansökte om stämning av den svenska arbetstagarorganisationen i dansk domstol. Som grund för dansk domstols behörighet anfördes att skadan hade inträffat där i enlighet med deliktforumregeln. Den danska domstolen hänsköt frågan om tolkning av deliktforumregeln till EU-domstolen för förhandsavgörande. EU-domstolen kom till den slutsatsen att skadan som drabbat det danska rederiet kunde anses ha inträffat i Danmark, men att det var upp till den nationella domstolen att avgöra den frågan.¹¹ Rörande bedömningen av var en ren förmögenhetsskada skulle anses ha inträffat ut-

⁸ Dom *Shevill m.fl. mot Presse Alliance*, C-68/93, EU:C:1995:61 p. 33.

⁹ Dom *Dumez France m.fl. mot Hessische Landesbank m.fl.*, C-220/88, EU:C:1990:8 p. 20.

¹⁰ Se 1 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207).

¹¹ Dom *DFDS*, C-18/02, EU:C:2004:74 p. 43.

talade EU-domstolen att fartygets flagga kunde vara en ”omständighet bland andra”.¹² I den slutliga prövningen av målet kom den danska domstolen till slutsatsen att skada hade inträffat i Danmark och att dansk domstol därför var behörig.¹³

Efter DFDS-målet har frågan om hur ren förmögenhetsskada ska lokaliseras enligt deliktforumregeln uppkommit i flera förhandsavgöranden av EU-domstolen.¹⁴ Inget av de senare målen har rört skada till följd av stridsåtgärder, men det finns ingenting som indikerar att stridsåtgärder skulle behandlas på ett annat sätt än andra skadevällande handlingar. EU-domstolens praxis för lokalisering av förmögenhetsskada präglas av vilka faktorer som inte ska tillmätas betydelse vid lokaliseringen av skadeort vid ekonomisk skada.¹⁵ Särskilt har EU-domstolen betonat att förmögenhetsskada inte kategoriskt får leda till att det blir fråga om ett särskilt kärandeforum (*forum actoris*), det vill säga domstolen i kärandens hemviststat. Denna skepsis mot kärandeforum grundar sig på att huvudregeln enligt EU:s behörighetsregler är att talan mot svaranden ska väckas i dennes hemviststat.¹⁶ Trots att domstolen har uttalat en skepsis mot att låta deliktforumregeln bli en kärandeforumregel finns det möjligheter att använda den som en sådan när den behörighetsgrundande skadan är ekonomisk.¹⁷ Detta osäkra rättsläge innebär att en stridsåtgärd som vidtas på t.ex. en svensk flygplats eller i en svensk hamn kan komma att prövas i ett annat lands domstolar om de anser att ekonomisk skada har uppstått där till följd av stridsåtgärden.

¹² Dom *DFDS*, C-18/02, EU:C:2004:74 p. 44.

¹³ Arbetsdomstolens dom av den 31 augusti 2006 i mål A2001.335.

¹⁴ Se t.ex. dom *Wintersteiger*, C-523/10, EU:C:2012:220; *Universal Music International Holding*, C-12/15, EU:C:2016:449 och *Kolassa*, C-357/13, EU:C:2015:37.

¹⁵ För en mer utförlig redogörelse, se Erik Sinander, *Internationell kollektivavtalsreglering*, 2017, s. 64 ff.

¹⁶ Dom *Handelskwekerij mot Mines de Potasse d'Alsace*, C-21/76, EU:C:1976:166 p. 24.

¹⁷ Se t.ex. senast dom *Löber*, C-304/17, EU:C:2018:701.

3 Vilken betydelse har behörighetsfrågan för stridsrätten?

Mot bakgrund av att den svenska stridsrätten i ett internationellt perspektiv är vidsträckt innebär blotta möjligheten att få saken prövad i ett annat land i praktiken en försvagning av den svenska stridsrätten. Detta gäller naturligtvis bara om den utländska domen kan tillerkännas rättslig verkan i Sverige. En dom som inte kan erkännas eller verkställas i Sverige eller mot svensk part riskerar att inte ha något värde för den vinnande parten. I det följande redogörs därför för hur utländska domar behandlas i svensk rätt.

Svensk rätt intar, som utgångspunkt, en negativ inställning till främmande domar. Enligt 3 kap. 2 § utsökningsbalken (1981:774) (UB) ska en utländsk dom bara verkställas om det framgår av särskilda föreskrifter. Huvudregeln enligt svensk rätt kan därmed sägas vara att utländska domar inte ska verkställas i Sverige. Från denna huvudregel finns emellertid ett viktigt undantag som har betydelse för det här behandlade ämnet. Inom EU råder nämligen ett slags fri rörlighet för domar eftersom en dom från ett EU-land ska erkännas och verkställas i alla andra EU-länder enligt artikel 36 och 39 i Bryssel I-förordningen.¹⁸ När detta görs ska domen få samma verkan som den skulle ha fått i ursprungslandet.

I artikel 45 i Bryssel I-förordningen följer en uttömmande lista över de vägransgrunder som en "berörd part" kan åberopa för att hindra ett erkännande eller verkställande av en dom från ett annat EU-land.¹⁹ En dom kan enligt denna artikel vägras erkännande eller verkställighet om den 1) strider mot *ordre public*, 2) är en tredskodom och svaranden

¹⁸ Sedan Bryssel I-förordningen reviderades finns det numer en grundläggande skillnad mellan den förordningen och Luganokonventionen som gäller mellan EU å ena sidan och Island, Norge och Schweiz å andra sidan. Enligt Luganokonventionen gäller, i likhet med vad som gällde enligt den gamla Bryssel I-förordningen, att en utländsk dom måste genomgå ett exekvaturförfarande (ett slags ansökningsförfarande) i landet där den ska erkännas eller verkställas. Enligt den nya Bryssel I-förordningen gäller i stället att det är den part som vill hindra ett erkännande eller verkställande av en utländsk dom som måste ansöka om det.

¹⁹ Enligt ordalydelsen i artikel 45 är den bara tillämplig för "erkännande", men enligt artikel 46 gäller samma grunder för vägran av verkställighet.

inte har delgetts stämningsansökan i tillräckligt god tid eller på annat sätt inte haft möjlighet att försvara sig, 3) domen är oförenlig med en dom som meddelats mellan samma parter i den anmodade medlemsstaten, 4) domen är oförenlig med en dom som meddelats mellan samma parter och rörande samma sak, under förutsättning att den först meddelade domen kan verkställas i det anmodade landet eller 5) domen är oförenlig med de särskilda behörighetsreglerna till förmån för arbetstagare, konsument eller försäkringstagare som finns i Bryssel I-förordningen. Fyra av de fem nämnda vägransgrunderna avser rent processuella frågor som inte närmare kan redogöras för här.²⁰ Vad gäller den materiella vägransgrunden om en utländsk dom kan vara *ordre public*, dvs. i strid med grunderna för rättsordningen, kan noteras att denna möjlighet är begränsad. Bryssel I-förordningens artikel 45 p. 3 och 52 förbjuder den prövande domstolen att ompröva den utländska domstolens behörighet. Det är dessutom bara på parts ansökan som grunden kan åberopas. Vidare är en verkställande domstol starkt begränsad av principen om ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna.²¹ Möjligheten att vägra erkännande och verkställighet pga. *ordre public* kan därmed sägas vara reserverad för exceptionella omständigheter.²² Den långtgående skyldigheten att erkänna och verkställa domar från andra EU-länder innebär att behörighetsfrågan har stor betydelse.

Behörighetsfrågan har vidare betydelse för den materiella stridsrätten på så sätt att det är domstolslandet som dömer i sak och därvid tillämpar t.ex. sina lagvalsregler. Dessutom finns det särskilda bestämmelser som t.ex. internationellt tvingande regler och *ordre public*-bestämmelser som ett domstolsland kan komma att tillämpa bara på den grunden att det är domstolsland.²³ Detta innebär att den internatio-

²⁰ Se vidare t.ex. Erik Sinander, Internationell kollektivavtalsreglering, 2017, s. 294 ff.

²¹ Se t.ex. dom *Diageo Brands*, C-681/13, EU:C:2015:471 p. 40.

²² Trots att möjligheten att åberopa *ordre public* är snäv har en italiensk förstainstansdomstol nyligen vägrat att erkänna en dansk dom om skadestånd för kollektivavtalsbrott med hänvisning till *ordre public*. Se vidare Erik Sinander, EU & arbetsrätt, 2019, nr 1, s. 4.

²³ Vilka regler som är internationellt tvingande regler och vad som kan anses utgöra *ordre public* är sällan reglerat i nationell rätt. Internationellt tvingande regler är sådana regler som ett land anser vara så viktiga att de alltid måste tillämpas (se t.ex.

nettt privaträttsliga tanken om internationell beslutsharmoni, dvs. att en sak ska få samma utgång oavsett i vilket domstolsland den prövas, kan komma att förfelas.

Behörighetsfrågan har följaktligen betydelse för stridsrätten på så sätt att en dom från en annan EU-medlemsstat ska erkännas och verkställas i Sverige och andra EU-medlemsländer även om den rör en stridsåtgärd i Sverige och har fått en annan utgång än vad domen skulle ha fått i svensk domstol.

4 Vilket lands lag ska tillämpas i en tvist om en stridsåtgärd med internationella anknytningar i svensk domstol?²⁴

Vilken lagvalsregel som ska tillämpas för stridsåtgärder med internationella anknytningar är beroende av i vilket rättsförhållande saken tas upp och vilken rättsfråga saken rör. I likhet med vad som gäller för behörighetsreglerna kräver också de EU-rättsliga lagvalsreglerna en distinktion mellan avtalsförpliktelser och utomobligatoriska förpliktelser. Lagvalsregler för avtalsförpliktelser finns i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I-förordningen) och lagvalsregler för utomobligatoriska förpliktelser finns i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (Rom II-förordningen).

En stridsåtgärd kan antingen vidtas i strid med ett kollektivavtal eller i ett kollektivavtalslöst tillstånd. För sådana fall då stridsåtgärder vidtas i strid med ett kollektivavtal ska tillämplig lag fastställas enligt

definitionen i artikel 9 p. 1 i Rom I-förordningen). Ett tydligt exempel på en svensk internationellt tvingande regel är 25 a § MBL. Förbehållet för *ordre public* innebär att utgången i ett visst mål inte får vara i strid med grunderna för rättsordningen i domstolslandet. En definition av *ordre public*-förbehållet finns i artikel 21 i Rom I-förordningen. Internationellt tvingande regler kan förstås som lagstiftarens nödbroms medan *ordre public*-förbehållet kan förstås som domarens nödbroms.

²⁴ Detta avsnitt bygger på avsnitten 9.1–9.5 i min avhandling Internationell kollektivavtalsreglering, 2017.

lagvalsreglerna som gäller för avtalsförpliktelser.²⁵ Om en stridsåtgärd däremot vidtas i ett kollektivavtalslöst tillstånd ska tillämplig lag fastställas i enlighet med Rom II-förordningens lagvalsregler.

Den allmänna lagvalsregeln i Rom II-förordningens artikel 4 utpekar lagen i det land där skada inträffar som tillämplig. EU:s internationella privaträtt utgör system, vilket bland annat betyder att det ska föreligga överensstämmelse i tolkningen mellan Bryssel I-förordningen, Rom I-förordningen och Rom II-förordningen.²⁶ Vid tolkningen av i vilket land en skada inträffar enligt Rom II-förordningen (och följaktligen också vilket lands lag som ska vara tillämplig) kan ledning därför hämtas från tolkningen av deliktforumregeln i Bryssel I-förordningen. När Rom II-förordningen förhandlades några år efter den ovan refererade DFDS- domen ansågs det från framförallt svenskt håll vara viktigt att undanta stridsåtgärder från den allmänna lagvalsregeln.²⁷ Resultatet blev en särskild lagvalsregel för stridsåtgärder i Rom II-förordningens artikel 9.

Den särskilda lagvalsregeln för stridsåtgärder har följande lydelse:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4.2 skall tillämplig lag för en utomobligatorisk förpliktelse avseende ansvar för en person i egenskap av arbetstagare eller arbetsgivare eller organisationer som företräder deras yrkesmässiga intressen för skador orsakade av stridsåtgärder, varslade eller genomförda, vara lagen i det land där åtgärderna kommer att genomföras eller har genomförts.”

Utöver av vad som följer enligt artikel 9 i Rom II-förordningen har parterna enligt artikel 14 i samma förordning också möjlighet att välja tillämplig lag för en stridsåtgärd efter tvistens uppkomst. Hänvis-

²⁵ Det följer av artikel 12 p. 1 c) i Rom I-förordningen att ett avtalsstatut ska reglera parternas eventuella avtalsbrott. Se också Filip Dorsemont & Aukje van Hoek, *Collective Action in Labour Conflicts under the Rome II Regulation (Part I)*, European Labour Law Journal 2011 s. 68; Anja Zelfel, *Der Internationale Arbeitskampf nach art. 9 Rom II-Verordnung*, 2011, s. 59 och Michael Bogdan, FS Numhauser Henning, 2017, s. 108. Jfr dock Christian Heinze, RabelsZ 2009 s. 787 som menar att en stridsåtgärds lovlighet ska avgöras enligt artikel 9 i Rom II-förordningen trots att det föreligger ett kollektivavtal mellan parterna.

²⁶ Se t.ex. respektive skäl 7 till Rom I- och Rom II-förordningarna.

²⁷ Se t.ex. Hellner, Michael, Rom II-förordningen, 2014, s. 188 f.

ningen i artikel 9 till artikel 4.2 innebär att om parterna har sin vanliga vistelseort i samma land ska det landets lag tillämpas. Detta betyder att tillämplig lag för stridsåtgärder 1) är den lag parterna själva har valt, 2) lagen i det land där parterna har gemensam vanlig vistelseort eller 3) om någon gemensam vanlig vistelseort inte finns, lagen i det land där stridsåtgärderna kommer att genomföras eller har genomförts.

För att artikel 9 ska bli tillämplig krävs det att handlingen kan kvalificeras som en stridsåtgärd. Artikel 9 har ännu inte blivit föremål för EU-domstolens prövning och det är därför osäkert hur den ska tolkas. I doktrinen har det framförts olika meningar om hur artikel 9 ska tolkas. En populär tolkning är att artikel 9 bara omfattar frågan om hur skadestånd till följd av stridsåtgärder ska fastställas och att frågan om en stridsåtgärd är lovlig inte omfattas.²⁸ En annan argumentationslinje är att artikel 9, i likhet med alla andra lagvalsregler i Rom II-förordningen, också ska omfatta den underliggande frågan om lovlighet av stridsåtgärder i enlighet med vad som föreskrivs om lagvalsreglernas räckvidd i artikel 15 i Rom II-förordningen.²⁹

I det interimistiska avgörandet AD 2011 nr 95 hade Arbetsdomstolen att ta ställning till vilket lands lag som skulle tillämpas för frågan om en stridsåtgärd som vidtagits i svensk hamn var lovlig eller ej.

²⁸ Se t.ex. Martin Illmer, *The Rome II Regulation*, 2006, s. 278; Guillermo Palau Moreno, *Yearbook of Private International Law*, 2007, s. 119; Oliver Knöfel, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008, s. 239 f.; Jonas Malmberg & Claes-Mikael Jonsson, *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations*, 2008, s. 230 ff.; Wolfgang Däubler, *Internationales Arbeitskampfrecht*, 2011, s. 114; Olaf Deinert, *Internationales Arbeitsrecht*, 2013, s. 455; Andrzej Marian Świątkowski, *European Union Private International Labour Law*, 2012, s. 196; Spyridon Vrellis, *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, s. 664; Michael Bogdan, SvJT 2013 s. 955 (även i SvJT 2014 s. 503 f., Svensk internationell privat- och processrätt, 2014, s. 264 och i Festschrift till Ann Numhauser Henning, 2017, s. 107 f.) och Laura Carballo Piñeiro, *International Maritime Labour Law*, 2015, s. 273.

²⁹ Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation*, 2008, s. 481; Christian Heinze, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, 2009 s. 787; Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 2012, s. 2246 f.; Adrian Briggs, *The Conflict of Laws*, 2013, s. 287 f.; Michael Hellner, *Rom II-förordningen*, 2014, s. 191 f.; Dan Holke & Erland Olauson, *Medbestämmandelagen*, 2014, s. 37 f. och s. 312 f.; Richard Plender & Michael Wilderspin, *The European Private International Law of Obligations*, 2015, s. 703 f. och Erik Sinander, *Internationell kollektivavtalsreglering*, 2017, s. 161 ff.

Domstolen uppmärksammade att det var osäkert om artikel 9 i Rom II-förordningen skulle tillämpas eller inte. Dock konstaterade Arbetsdomstolen att frågan om tillämplig lag skulle avgöras av lagvalsregler i svensk autonom internationell privaträtt om Rom II-förordningen inte skulle vara tillämplig. Den lagvalsregel som i så fall skulle vara tillämplig skulle, i likhet med artikel 9 i Rom II-förordningen, utpeka lagen i det land där stridsåtgärden vidtogs som tillämplig. Med detta resonemang undvek Arbetsdomstolen att ta ställning i frågan om hur artikel 9 i Rom II-förordningen skulle tolkas.

5 Vilken betydelse har det för stridsrätten att det är osäkert hur artikel 9 ska tillämpas?

Det osäkra rättsläget om tillämpningen av artikel 9 i Rom II-förordningen har i sig betydelse för utövandet av stridsrätten i internationella förhållanden. Eftersom rättsläget är osäkert om hur lagvalsregeln kan komma att tillämpas blir frågan om vilket lands domstolar som är behöriga särskilt viktig. Det är nämligen inte omöjligt att tänka sig att en käreandepart kan uppfatta det som att det finns större sannolikhet för att ett visst lands domstolar skulle komma att göra en, för käreanden, särskilt fördelaktig tolkning. I den internationella privaträtten brukar denna möjlighet för käreanden benämnas som *forum shopping* eftersom käreanden har möjlighet att välja behörig domstol. *Forum shopping*-möjligheten accentueras på ett känsligt rättsområde eftersom det finns s.k. internationellt tvingande regler och möjligheter till ordre public-bestämmelser som domstolsländer kan komma att tillämpa bara på den grunden att de är domstolsland. Det är tänkbart att det osäkra rättsläget om tillämplig lag gör att arbetsstagarorganisationer undviker att vidta stridsåtgärder i internationella förhållanden. Enligt min mening är det inte önskvärt att den materiellrättsliga frågan om någon har rätt att vidta stridsåtgärder överskuggas av ett osäkert rättsläge om internationellt privat- och processrättsliga frågor.

6 Hur kan den internationellt privaträttsliga problematiken förebyggas?

Normalt sett vidtas stridsåtgärder av arbetstagarorganisationer mot arbetsgivare. En rättslig prövning brukar normalt aktualiseras när arbetsgivaren väcker talan mot arbetstagarorganisationen. Som har visats ovan finns det, i gränsöverskridande situationer, ofta en möjlighet för arbetsgivaren att enligt deliktforumregeln i artikel 7 p. 2 i Bryssel I-förordningen väcka talan i sitt hemvistland som det land där skadan uppkom. Detta är en möjlighet som stärker arbetsgivar sidan. En arbetstagarorganisation som vidtar stridsåtgärder kan emellertid se till att förebygga denna problematik. Om t.ex. stridsåtgärder ska vidtas mot ett utländskt flygbolag på en svensk flygplats eller mot ett utländskt fartyg i svensk hamn kan arbetstagarorganisationen se till att i svensk domstol omedelbart väcka fastställelse talan och yrka att domstolen ska fastställa stridsåtgärden som lovlig. Den svenska domstolen ska därmed vara behörig enligt deliktforumregeln i artikel 7 p. 2 i Bryssel I-förordningen.

När en domstol har förklarat sig behörig i ett internationellt fall gäller litispensens för domstolar i andra EU-medlemsstater enligt artikel 29 i Bryssel I-förordningen. Om talan om samma sak inkommer till domstolar i olika medlemsstater ska alla domstolar utom den där talan först väcktes låta handläggningen vila till dess den första domstolen tagit ställning till sin behörighet, enligt artikel 29 p. 1 i Bryssel I-förordningen. Om den första domstolen anser sig behörig ska domstolarna i de andra länderna avvisa talan enligt artikel 29 p. 3 i samma förordning. Den relevanta tidpunkten är enligt artikel 32 p. 1 i Bryssel I-förordningen när en stämningsansökan eller motsvarande handling har inletts till en domstol. Av EU-domstolens praxis följer att tidpunkten då förberedande bevisutredningar inletts inte är av relevans vid fastställandet av den relevanta tidpunkten.³⁰

³⁰ Dom *HanseYachts*, C-29/16, EU:C:2017:343. Det kan här noteras att ett initierat brottmålsförfarande i annan EU-medlemsstat räknas som den tidpunkt då talan väckts, se dom *Aannemingsbedrijf Aertssen and Aertssen Terrassements*, C-523/14, EU:C:2015:722.

Det finns inte några hinder i EU:s internationella privaträtt mot att väcka en fastställsetalan på det sätt som ovan föreslagits. Bryssel I-förordningen innehåller dock inte några regler om vad som krävs för att en part ska få väcka fastställsetalan. Det är i stället en processuell fråga som får avgöras enligt domstolslandets egen processrätt. Frågan om en arbetstagarorganisation skulle ha rätt att väcka fastställsetalan i svensk domstol för att fastställa lovligheten av en stridsåtgärd måste därför avgöras enligt svensk processrätt. Enligt 4 kap. 6 § LRA ska en fastställsetalan avvisas om det inte "är av avsevärd betydelse för käranden [...] att sådan fastställsetalan prövas". Vid bedömningen av om käranden har ett sådant fastställsetalansintresse har Arbetsdomstolen slagit fast att en fastställsetalan har avsevärd betydelse om det finns anledning att anta att en bifallande dom kommer att påverka motparten direkt i det rättsliga handlandet eller om det blir direkt avgörande vid en senare fullgörelsetalan.³¹ Vidare har Arbetsdomstolen slagit fast att det är förhållandena när fastställsetalan väcks som ska beaktas, men att även senare inträffade omständigheter kan beaktas.³²

En svensk arbetstagarorganisation som vidtar stridsåtgärder mot en utländsk arbetsgivare i Sverige har, enligt min mening, generellt sett ett fastställsetalansintresse för frågan om stridsåtgärderna som vidtagits varit lovliga eller ej.³³ En bifallande dom skulle nämligen vara direkt avgörande för en senare fullgörelsetalan. En fastställsetalan skulle också "läsa" tvisten till svensk domstol och på så sätt garantera att de stridsåtgärder som vidtagits i Sverige får prövas enligt svensk rätt.

³¹ AD 1982 nr 35.

³² AD 1996 nr 74.

³³ Det kan i detta sammanhang noteras att arbetsgiversidan i Laval-målet (AD 2009 nr 89), som handlade om just stridsåtgärder i Sverige mot utländsk part, yrkade att domstolen skulle fastställa att stridsåtgärderna var olovliga. Arbetsdomstolen ogillade den fastställsetalan eftersom, vid sakens prövande, EU-domstolen redan slagit fast att stridsåtgärderna var olovliga.

7 Slutsats

Det osäkra rättsläge som råder gällande lagvalsregeln för stridsåtgärder i artikel 9 i Rom II-förordningen i kombination med möjligheten för en arbetsgivare att väcka talan i det land där skada uppstår enligt artikel 7 p. 2 i Bryssel I-förordningen gör att stridsrätten i internationella förhållanden försvagas. Detta kan i någon mån läkas av att en arbetstagarorganisation som vidtar stridsåtgärd omedelbart väcker fastställsetalan i det land där stridsåtgärden har vidtagits. På så sätt ökar förutsebarheten för om den vidtagna stridsåtgärden är lovlig eller inte.

Den svenska tjänstepensionen

Caroline Johansson

1 Några inledande ord

I februari 2018 disputerade jag med en avhandling om den svenska tjänstepensionen och hur den förhåller sig till EU:s inre marknadsrätt.¹ Ett syfte med avhandlingen var att ge en bild av relationen mellan en nationell, kollektivavtalsrättslig figur med lång historia av autonomi för arbetsmarknadsparterna och de ambitioner som finns på EU-nivå vad gäller både den fria rörligheten tjänster, kapital och arbetstagare, och arbetstagares tillgång till pension. Tjänstepensionen har förklarats kunna ha en begränsande effekt på den fria rörligheten beroende på hur den reglerats. Den har också förklarats vara viktig för att minska fattigdomen bland pensionärer och att fondering av pensionskapital kan ha en stabiliserande effekt på den europeiska marknaden. Den svenska lagstiftaren lyfter fram den kollektivavtalade tjänstepensionen som ett viktigt komplement till den allmänna pensionen, men att dess innehåll och administration ägs av arbetsmarknadens parter. Det allmänna bör alltså inte ha något direkt inflytande över de prioriteringar som görs. På så sätt är avhandlingen en god illustration av de trender för arbetsrätten som presenteras i denna antologis inledande kapitel. I det här kapitlet har jag dock valt att enbart fokusera på den svenska tjänstepensionen. Den är i sig intressant, både i hur parterna valt att

¹ C. Johansson, Tjänstepensionen möter EU-rätten. Om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden (2018).

organisera den och på det sätt den lagstiftning som reglerar olika delar av tjänstepensionen utformats. Den centraliserade tjänstepensionsmodellen har dessutom genomgått förändringar under det senaste dryga decenniet som inte kan kopplas till EU-rättens inflytande.

Den svenska tjänstepensionen har under 1900-talet gått från att vara en förmån arbetsgivaren beslutat om till att vara en förhandlingsfråga mellan arbetsmarknadens parter på huvudorganisationsnivå. Sedan början av 1970-talet finns det pensionsplaner som täcker samtliga sektorer av den svenska arbetsmarknaden. De fyra stora planerna är den för den statliga sektorn (PA03/PA16), den för kommuner och landsting (KAP-KL och AKAP-KL), den för privatanställda arbetare (avtalspension SAF-LO) och den för privatanställda tjänstemän (ITP). Kollektivavtalade tjänstepensioner täcker ca 90 procent av de svenska arbetstagarna och utgör ca 20 procent av den totala pensionsinkomsten för låginkomsttagare och närmare 50 procent för höginkomsttagare.² Andelen av pensionsinkomsten kan komma att öka i framtiden på grund av de förändringar som gjorts både i den allmänna pensionen och i tjänstepensionsplanerna. Tjänstepensionsplanerna har nämligen omförhandlats från förmånsbestämda till avgiftsbestämda pensioner. Det innebär att arbetsgivaren enligt de nya planerna inte är skyldig att säkerställa en viss förmån, utan istället är skyldig att betala in en viss avgift. Pensionens storlek blir på så sätt beroende av hur stor avgift arbetsgivaren är skyldig att betala in, hur det samlade pensionskapitalet utvecklas och hur länge arbetstagaren arbetar. Det innebär att det finns incitament för arbetstagare att arbeta längre och för fackförbund att förhandla fram högre avgifter.

Den kollektivavtalade tjänstepensionen fångar upp många av de företeelser som förknippas med den svenska modellen. Den förkroppsligar den autonomi som arbetsmarknadens parter har att när det kommer till att komma överens om arbets- och anställningsvillkor på den svenska arbetsmarknaden. Parternas samarbetsanda illustreras genom den administrativa apparat av valcentraler, försäkringsbolag och nämnder som byggts upp runt tjänstepensionen. Statens roll som passiv supporter framgår av hur lagstiftning utformats och de val som gjorts vad gäller utformningen av den statliga pensionen.

² Medlingsinstitutets årsrapport (2017) s. 225 och SOU 2012:28, s. 304.

I det här kapitlet kommer först de arbetsrättsliga reglerna att redogöras för tillsammans med de förändringar som de kollektivavtalade tjänstepensionerna genomgått det senaste decenniet. Därefter behandlas de regler som är tillämpliga på tjänstepensionens innehåll och administration.

2 Den arbetsrättsliga regleringen av tjänstepensionen

2.1 Inledning

Den övergripande majoriteten av svenska tjänstepensioner baseras som sagt på kollektivavtal. Det innebär att det är den arbetsrättsliga lagstiftningen som är tillämplig vad gäller förutsättningarna för avtalslut. Den avtalsrelation som är utgångspunkten för det här kapitlet är den mellan PTK och Svenskt Näringsliv, parterna till ITP-planen. Det finns inga särskilda arbetsrättsliga regler som begränsar arbetsmarknadens parter handlingsfrihet vid avtal som reglerar tjänstepension. Precis som för andra kollektivavtal begränsas innehållet av god sed på arbetsmarknaden och förbudet mot diskriminering i diskrimineringslagen.

Tjänstepension innebär att en del av ersättningen för arbetstagarens arbete inte betalas ut med en gång utan fonderas för att betalas ut när personen slutat arbeta. Förvaltning under lång tid underlättas av om det finns ett stabilt system runt tjänstepensionen. Ett sådant system gynnas av att de kollektivavtal som reglerar tjänstepensionen sluts på huvudorganisationsnivå och därför omfattar mycket stora grupper. Eftersom det är huvudorganisationerna som är parter i kollektivavtalet är det intressant att undersöka på vilket sätt dessa avtal binder medlemsförbunden.

2.2 Medlemsbundenhet för avtal slutna på huvudorganisationsnivå

Det finns en viss oklarhet om hur avtal mellan huvudorganisationer ska behandlas. Många avtal på huvudorganisationsnivå reglerar relationen mellan parterna, men avtalsförsäkringar såsom tjänstepensionen reglerar villkor mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det råder också

viss diskrepans mellan de organisationer som traditionellt sett anses vara "huvudorganisationerna på arbetsmarknaden" och definitionen i MBL. Traditionellt sett brukar inte PTK räknas som en huvudorganisation, men ur ett rättsligt perspektiv omfattas PTK av begreppet "sammanslutning av arbetstagarorganisationer" i 6 § tredje stycket MBL. Där framgår att bestämmelser som avser arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation i tillämpliga delar även gäller sammanslutningar av sådana organisationer. I det här fallet är det intressant utifrån medlemsbundenheten. Till skillnad mot den allmänna avtalsrättsliga principen att avtal endast binder de parter som sluter avtalet, i detta fall Svenskt Näringsliv och PTK, binder kollektivavtal även medlemmar i de avtalsslutande organisationerna. Detta framgår av 26 § MBL.

Enligt 26 § MBL läst tillsammans med den 6 § gäller medlemsbundenheten för individuella arbetsgivare och arbetstagare som är medlemmar i en arbetsgivarorganisation respektive en arbetstagarorganisation, men också lokalavdelningar i förhållande till centralorganisationer och centralorganisationer i förhållande till sammanslutningar av arbetsgivar- respektive arbetstagarorganisationer, det som här går under benämningen huvudorganisationer.³

Den kollektivavtalade tjänstepensionen kan utifrån exemplet ITP-planen beskrivas på följande sätt: huvudorganisationerna på arbetsmarknaden förhandlar fram en pensionsöverenskommelse som sedan antas av deras medlemsorganisationer. Utifrån medlemsbundenheten i 26 § MBL framstår det som onödigt att ha en punkt om att medlemsorganisationerna måste anta planen. Överenskommelserna om tjänstepension mellan PTK och Svenskt Näringsliv är skriftliga och reglerar anställningsvillkor. Samtliga rekvisit i 23 § MBL är uppfyllda

³ Jämför 26 § MBL med 6 § stycke 3 MBL. Se även M. Hansson, Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse (2010) s. 189 ff. Begreppet huvudorganisation används i lagen om styrelserepresentation. I förarbetena till lagen anges att "(m)ed huvudorganisation avses i den nya lagen, liksom numera även i andra sammanhang, de organisationer på den svenska arbetsmarknaden, exempelvis LO och SAF, som företräder de centrala organisationerna...", Prop. 1987/88:10, s. 59. I Medlingsinstitutets årsrapport (2017) används både begreppen centralorganisation och huvudorganisation för LO, TCO och SACO (s. 89 och 220). I den här framställningen används huvudorganisation för att undvika missförstånd med den centrala nivån av fackförbund som i MBL benämns central arbetsgivarorganisation (se till exempel 14 §).

och det finns inget som tyder på att parterna inte vill binda sig till överenskommelsen. Det borde därför röra sig om ett kollektivavtal och medlemsorganisationerna, liksom deras medlemmar, skulle alltså vara bundna redan av sitt medlemskap i Svenskt Näringsliv respektive PTK.

Utformningen av ITP-planen illustrerar parternas syn på relationen mellan medlemsorganisationerna och huvudorganisationerna. Trots att medlemsbundenheten i 26 § MBL är tvingande finns det en del frågetecken kring hur den ska tillämpas på sammanslutningar, eftersom praktiken visar att avtal slutna på den nivån inte ses på samma sätt som kollektivavtal på lägre nivåer. Ledning kan hittas i hur arbetsmarknadens parter historiskt sett organiserat sig och i hur de tidigare reglerats. Synen på sammanslutningars avtal kan hänga samman med tidigare praxis mellan parterna från tiden då kollektivavtalslagen (KL) var gällande. Bestämmelsen om medlemsbundenheten i KL gav större utrymme för parterna att styra över när kollektivavtalet skulle binda även medlemmarna.⁴ Frågan är om det rättsligt finns samma frihet sedan MBL infördes och 26 § gjordes tvingande. ITP-planens utformning tyder dock på att huvudorganisationerna vill ge sina medlemmar större utrymme att avgöra om de vill underkasta sig huvudorganisationernas överenskommelser eller inte. Det allmänna verkar också acceptera att parterna skjuter fram tidpunkten för medlemsbundenhet. Arbetsdomstolen har vid ett antal tillfällen tolkat innebörden av inkopplingsförfaranden.⁵ I dessa mål har parternas möjlighet att använda sig av sådana förfaranden inte ifrågasatts.

⁴ K. Källström, Lokala kollektivavtal. Om lokala parters rättsliga ställning inom fackliga organisationer (1979) s. 71–73. Prop. 1928:39, s. 133, se även uttalande från det särskilda utskottet s. 72 ”Man syntes vara hänvisad att efter vanliga tolkningsregler söka utleta vilken betydelse parterna själva i varje särskilt fall velat inlägga i undertecknandet. Därest lagen komme till stånd och det därmed bleve fullt klart för vederbörande organisationer, att kollektivavtalet kunde medföra vissa rättsverkningar beträffande de däri deltagande, komme säkerligen den antydda oklarheten att förebyggas av organisationerna själva.”

⁵ AD 1998 nr 73 om inkopplingsförfaranden i två nivåer, AD 1984 nr 89 om kravet på företagsavtal för att ett riksavtal skulle bli tillämpligt på arbetsplatsen och vilken betydelse det hade för fredspliktens omfattning och AD 1979 nr 5 om antagande av TGL-avtalet. I AD 2011 nr 4 hade en arbetsgivare blivit bunden av kollektivavtal

Vilken skillnad som finns mellan 26 § MBL och den tidigare regleringen i kollektivavtalslagen, samt vilka följder en sådan skillnad kan tänkas få behandlas inte utförligt i förarbetena. Det kan vara en indikation på att lagstiftaren inte hade någon avsikt att MBL skulle innebära någon förändring vad gäller synen på medlemsbundenheten. Ett skäl för medlemsbundenhet är att arbetsmarknadens parter ska kunna fylla den kollektivt reglerande funktion de är tänkta att ha på arbetsmarknaden. Ett annat viktigt skäl för medlemsbundenheten är att främja en stark fredsplikt.⁶ Genom att lagreglera medlemsbundenheten lämnas inte ansvaret åt organisationerna att genom intern påtryckning försäkra sig om att medlemmar inte vidtar stridsåtgärder när kollektivavtal slutits. När det gäller avtal slutna på huvudorganisationsnivå är troligtvis inte fredspliktargumentet lika avgörande eftersom det i regel är förbunden som beslutar om stridsåtgärder. Om sannolikheten (och möjligheten) att vidta stridsåtgärder är starkt begränsad för sammanslutningar kan det vara ett skäl att lämna det öppet för parterna att besluta på vilken nivå inom organisationsstrukturen medlemsbundenheten tillämpas, åtminstone mellan huvudorganisationer och deras medlemsorganisationer. Även om frågan inte lett till några praktiska problem är det en intressant illustration av mötet mellan tvingande rättsregler och arbetsmarknadsorganisationernas, och även det allmänna, syn på hur dessa tillämpas på nuvarande organisationsstruktur.⁷

Vad gäller ITP1 gick tiden för inkopplingsförfarandet ut den 25 maj 2006 och i och med att pensionsplanen har antagits gäller den som kollektivavtal för alla medlemsförbund.⁸ Det innebär att senare gjorda ändringar direkt binder medlemsförbunden.

genom ett inkopplingsförfarande, men tvisten i fallet rör inte förfarandet utan vilka skyldigheter kollektivavtalet medförde.

⁶ Prop. 1928:39, s. 69. M. Hansson, Kollektivavtalsrätten. En rättsvetenskaplig berättelse (2010) s. 147.

⁷ För en mer utförlig analys av relationen mellan huvudorganisationerna och deras medlemsförbund, se C. Johansson, Tjänstepensionen möter EU-rätten. Om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden (2018) kap. 4.2, särskilt kap. 4.2.3.

⁸ Förhandlingsprotokoll mellan PTK och Svenskt Näringsliv (20060425) § 11.

3 Från en förmånsbaserad till en avgiftsbaserad pension

I april 2006 kom alltså PTK och Svenskt Näringsliv överens om en avgiftsbaserad del i ITP-planen, ITP1. Det innebar samtidigt att den förmånsbaserade delen av planen, ITP2, började fasas ut. ITP-planen innebär en skyldighet för arbetsgivaren att ingå avtal med administrationsorganet Collectum, pensioneringsavtalet. Arbetsgivaren är skyldig att antingen betala in pensionspremier enligt ITP1 eller ansvara för pensionsförmån enligt ITP2. Enligt punkt 7.1 i ITP1 ska den pensionsavgift arbetsgivaren betalar in utgöra 4,5 procent av den pensionsmedförande lönen på lönedelar upp till 7,5 inkomstbasbelopp. För lönedelar över denna nivå ska pensionsavgiften utgöra 30 procent. ITP1 ger dock möjlighet för förbundsparterna, den lokala fackliga organisationen och arbetsgivaren alternativt arbetsgivaren och tjänstemannen att komma överens om att inbetalningen ska kompletteras med ytterligare avgift (se punkt 7.2). Det finns alltså ingen begränsning i avtalet vad gäller att betala in en högre procentsats i pensionsavgift. Däremot är det inte tillåtet att betala in en avgift baserad på en lägre procentsats.

För ITP2 är det möjligt för arbetsgivaren och arbetstagare med pensionsmedförande lön som överstiger 10 inkomstbasbelopp att komma överens om att tillämpa en annan pensionslösning för lönedelarna mellan 7,5 och 30 inkomstbasbelopp (punkt 5.2.2).⁹ ITP2 omfattar även enligt punkt 6 en kompletteringspension, ITPK, som är avgiftsbestämd. Enligt punkt 6.4 finns det möjlighet för parterna, i likhet med punkt 7.2 i ITP1, att på förbunds-, lokal- eller individuell nivå att komma överens om att ytterligare avgift ska betalas in.

Som framgår ovan är ITP-planen flexibelt utformad, vilket ger möjlighet att anpassa den efter omständigheterna på en specifik arbetsplats, för en specifik arbetstagare eller för en viss bransch eller sektor.

⁹ Det finns också en möjlighet för arbetsgivaren att välja att pensionskapitalet inom ITP1 ska tryggas på annat sätt än genom pensionsförsäkring. Ett sådant val måste dock godkännas av ITP-nämnden. Det ligger alltså inte inom arbetsgivarens fria beslutanderätt eftersom ITP-nämnden representerar parterna på huvudorganisationsnivå.

4 Kompletteringar på förbunds nivå

4.1 Delpension och kompletterande pensionsinbetalningar

Under avtalsrörelsen 2013 togs villkor om delpension in i en del förbundsavtal.¹⁰ Under de efterföljande avtalsrörelserna har liknande villkor inkluderas i flera förbundsavtal, framför allt på tjänstemannasidan och inom industrisektorn.¹¹ Kompletterande inbetalningar till den vanliga tjänstepensionen finns också i vissa förbundsavtal. Enligt Kraftverksavtalet 15 kap. 3 § avsätts en procent av den pensionsmedförande lönen till tjänstepensionen i Svenskt Näringsliv (SN)-LO.¹²

Det har alltså blivit vanligare att vissa förbund och arbetsgivarorganisationer kommer överens om en högre pensionsavgift, antingen i form av delpension eller i form av tillägg till den avgift som anges i ITP-planen. Ett tänkbart skäl till detta är att den slutgiltiga pensionen i dagens avgiftsbaserade pensionsplaner inte beräknas utefter hur hög lön en arbetstagare har haft under en viss period utan efter hur stora insättningar som görs. Det finns på så sätt incitament för fackförbund att förhandla fram större pensionsavsättningar.

Trots att de svenska tjänstepensionerna är centraliserade på så sätt att de sluts på huvudorganisationsnivå ger de senaste årens utveckling en mer splittrad bild *inom* det centraliserade systemet. I ekonomiskt gynnsamma branscher har arbetstagsarsidan möjlighet att förhandla fram högre pensionsavsättningar som ett komplement till eller istället

¹⁰ Medlingsinstitutets årsrapport (2013) s. 137.

¹¹ Se till exempel tjänstemannaavtalet mellan Innovations- och kemiarbetsgivarna och Unionen, Ledarna och Sveriges ingenjörer (010416–310317) och det gemensamma avtalet mellan samma arbetsgivare och IF Metall (010416–310317). Andra exempel är Branschavtalet Energi mellan energiföretagens arbetsgivarförening och Unionen, Sveriges ingenjörer, Ledarna och SEKO, och Tjänstemannaavtalet mellan Motorbranschens Arbetsgivarförbund och Unionen, Ledarna och Sveriges Ingenjörer (010513–300416). Det har hittills visat sig vara vanligast i mansdominerade yrken i privat sektor, se även <http://www.dagensarena.se/innehall/kvinnor-ar-tjanstepensions-forlorare/>.

¹² Kraftverksavtalet mellan Energiföretagens arbetsgivarförening och Svenska Elektrikerförbundet (01041 –310316). Det rör sig om Avtalspension SAF-LO även om parterna på förbunds nivå valt en annan skrivning. En annan lösning finns i Gruvrentreprenadavtalet mellan Maskinentreprenörerna och IF Metall mom 5.10 (010513–300416).

för höjd tim- eller månadsersättning. Detta har lett till mer differentiering mellan arbetstagares tjänstepensionsförmåner.

4.2 Förhandling under fredsplikt

En fråga som aktualiseras i det här sammanhanget är om förhandlingar om pensionslösningar som görs på förbunds nivå görs under fredsplikt eller om frågor kopplade till pension, till exempel delpension, ska ses som oreglerade mellan parterna på förbunds nivå. I avtalsrörelsen 2016 drev Unionen och Sveriges Ingenjörer frågan om delpension formulerat som ett krav på flexpension. Båda fackförbunden misslyckades att få igenom sina krav i förhandlingarna med tre arbetsgivarförbund – IT & Telekomföretagen, Almega Tjänsteförbunden och Medieföretagen – och varslade därför om stridsåtgärder. Arbetsgivarförbunden gjorde en fredspliktsinvändning och menade att alla frågor rörande pension hade reglerats genom ITP-planen. Arbetstagarparterna menade istället att det rörde sig om intressefrågor som inte reglerats i ITP-planen utan som typiskt sett regleras i förbundsavtal, det vill säga frågor om tjänstgöringsgrad och fördelningen av en viss del av löneutrymmet. Arbetsdomstolen kom i det interimistiska förfarandet fram till att ordalydelsen i ITP-planen talade för att fredsplikt råder för alla överenskommelser som handlar om pension, åtminstone om de inlemmas i det administrativa system som inrättats för ITP.¹³ Arbetstagar sidan beslutade sig för att väcka en ordinarie talan för att på så sätt få en mer heltäckande bedömning av frågan. Parterna bestämde sig dock för att, efter det att processen inletts, fortsätta förhandlingarna och enades ett halvår senare om ett avtal innehållande bland annat flexpension.¹⁴ Någon slutlig bedömning av om stridsåtgärden var lovlig eller inte gjordes därför inte i Arbetsdomstolen.

Eftersom mandatet att förhandla löner och allmänna anställningsvillkor ligger på förbunds nivå och eftersom det är på förbunds nivå, i alla fall på arbetstagar sidan, som beslut om stridsåtgärder fattas kan det ifrågasättas om ITP-planen ska presumeras ha samma fullständiga regleringsfunktion som förbundsavtalen har i relation till lokala kol-

¹³ AD 2016 nr 31.

¹⁴ Se pressmeddelande från 2017-02-22, <https://www.unionen.se/om-unionen/press/almega-sveriges-ingenjorer-och-unionen-overens-om-flexpension-i-tjansteforetag>.

lektivavtal. Det talar för att fredsplikt inte skulle gälla vid förhandling om pensionsfrågor på förbunds nivå. Å andra sidan är ITP-planen, som konstaterats ovan, ett kollektivavtal och vad gäller de frågor som reglerats i den råder fredsplikt. Det kan dock argumenteras för att det inte gäller alla former av fondering av lön eftersom det skulle begränsa parterna på förbunds nivå i allt för stor utsträckning. Delpensionen är visserligen en form av pension, men dess främsta syfte är att tillämpas medan arbetstagaren är yrkesaktiv. Det kan istället ses som en omfördelning av lönen från den tid som arbetstagaren arbetar heltid till en senare period med lägre aktivitetsgrad.¹⁵ Eftersom kompletterande pensionsavgifter i form av delpension innebär att en del av löneutrymmet fonderas kan det argumenteras för att det rör sig om en intressefråga kopplad till det löneutrymme som de centrala parterna förhandlar om och att det därför borde jämsställas med andra lönefrågor. Det sista argumentet, det vill säga att det handlar om intressefrågor kopplade till löneutrymmet, har även bäring på kompletterande avgifter till ITP-planen.

5 Annan reglering kopplad till tjänstepensionen

5.1 Inledning

I föregående avsnitt presenterades den arbetsrättsliga regleringen med relevans för tjänstepensionen och de regler i ITP-planen som handlar om arbetsgivarens skyldighet att betala in avgifter för sina arbetstagare. Detta avsnitt behandlar på vilket sätt det kapital som arbetsgivaren är skyldig att betala in ska tryggas. Något som skiljer Sverige från större delen av övriga Europa när det gäller tjänstepensioner är att det länge saknats civilrättslig lagreglering för tryggnad av pensionskapital, det vill säga, en uttrycklig reglering i lag avseende hur avtalsvillkoren ska utformas.¹⁶ Det kan till exempel röra sig om att det inte finns några krav på hur arbetsgivarens utfästelse ska vara utformad, att pensionen ska vara oantastbar eller att arbetsgivaren ska trygga pensionskapita-

¹⁵ Det bör dock tilläggas att det finns en solidaritetsaspekt i regleringen av deltidspension eftersom den inte är valbar för arbetstagaren och inte samtliga kommer att ta ut avgiften.

¹⁶ Prop. 2004/05:165, s. 79.

let på ett visst sätt. En arbetsgivare kan alltså förena en pensionsutfästelse med villkor för att den ska realiseras.¹⁷ De kollektivavtalade tjänstepensionerna har dock under lång tid haft bestämmelser om pensionsförmånens oantastbarhet och, som framgår av genomgången nedan, regler om hur pensionskapitalet ska tryggas.¹⁸ Dessutom ställer skattelagstiftningen särskilda krav på tryggnad för att arbetsgivaren ska kunna göra avdrag på inbetalningar och avsättningar för tjänstepension.¹⁹

Tryggnad av pensionskapital kan göras på olika sätt. Det sätt som dominerar i Sverige är att betala in premier till en tjänstepensionsförsäkring.²⁰ Tryggnad av en pensionsutfästelse genom försäkring innebär att arbetsgivaren tecknar en pensionsförsäkring för den anställda och betalar premien för denne under hela avtalstiden. Pensionsutfästelsen kan också tryggas genom att arbetsgivaren skuldför pensionskostnaderna i sin balansräkning (kontotryggnad) eller så kan säkerställande ske genom att arbetsgivaren gör avsättningar till en pensionsstiftelse. Beträffande de två senare fallen finns regler i lagen om tryggnad av pensionsutfästelse m.m. (tryggandelagen).²¹ ITP-planen ger arbetsgivaren möjlighet att trygga sina anställdas pensioner genom en avsättning i bokföringen eller genom en pensionsstiftelse.²² Enligt

¹⁷ Denna möjlighet har dock begränsats genom lag (2018:131) om villkor för intjänande och bevarande av tjänstepension, vilken bygger på direktiv 2014/50/EU om minimikrav för ökad rörlighet mellan medlemsstaterna för arbetstagare genom förbättrade villkor för intjänande och bevarande av kompletterande pensionsrättigheter.

¹⁸ Frågan om pensioners oantastbarhet var en stor fråga i början av 1900-talet, se C. Johansson, Tjänstepensionen möter EU-rätten. Om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden (2018) s. 107.

¹⁹ Det framgår av 28 kapitlet 5 § inkomstskattelagen. Av paragrafen framgår även de tryggnadformer som utgör förutsättningen för avdrag. Dessa är överföring av medel till en pensionsstiftelse enligt lagen om tryggnad av pensionsutfästelse m.m., avsättning i balansräkningen i förening med kreditförsäkring alternativt kommunal eller statlig borgen eller liknande garanti, betalning av premie för pensionsförsäkring eller överföring till ett utländskt tjänstepensionsinstitut som enligt 39 kapitlet 13 c § inkomstskattelagen likställs med den ovan nämnda pensionsstiftelsen.

²⁰ Prop. 2004/05:165, s. 86.

²¹ Prop. 2004/05:165, s. 82.

²² Punkt 7.3 ITP1.

7.3 i ITP1 måste sådant tryggande dock godkännas av ITP-nämnden och vara kreditförsäkrat.²³

5.2 Tryggande genom pensionsförsäkring

Huvudlösningen i ITP-planen är att kapitalet placeras i en pensionsförsäkring. Den förmånsbestämda pensionen i ITP2 ska enligt punkt 1.2 förvaltas i en pensionsförsäkring i Alecta. I ITP1 och ITPK finns en större möjlighet att välja mellan olika pensionsförsäkringar. Valmöjligheten står mellan de försäkringsgivare som, efter upphandlingsförfarande, träffat administrationsavtal med Collectum. Kriterierna för upphandlingen fastställs av Svenskt Näringsliv och PTK genom den partssammansatta ITP-nämnden. Det enda villkor som explicit framgår av överenskommelsen om ITP1 är att den enskilde arbetstagen ska ha rätt att flytta sitt kapital från en försäkringsgivare till en annan så länge båda finns inom ITP-systemet.²⁴ De försäkringsbolag som uppfyller kriterierna som fastställts av ITP-nämnden får ta del i upphandlingen och kan på så sätt få möjlighet att träffa administrationsavtal med Collectum och bli valbara alternativ för tjänstemän som omfattas av ITP-planen.²⁵

Pensioneringsavtalet som arbetsgivaren tecknar med Collectum och administrationsavtalet som Collectum tecknar med försäkringsgivarna kompletteras med ett försäkringsavtal mellan arbetsgivaren och försäkringsgivaren. Försäkringsavtalet träder i kraft vid samma tidpunkt som pensioneringsavtalet.²⁶ Det rör sig alltså om tre olika avtal mellan arbetsgivare, försäkringsbolag och Collectum.

Kollektivavtalade försäkringar var under en lång tid inte föremål för särskild lagstiftning. Vanliga försäkringsrättsliga regler tillämpades där det passade. I och med omarbetningen av försäkringsavtalslagen (FAL) i mitten av 2000-talet infördes dock två nya kapitel, ett som behandlar kollektivavtalad skadeförsäkring (18:e kapitlet) och ett som behandlar kollektivavtalad personförsäkring (20 kapitlet). Lagen är i förhållande till kollektivavtalsförsäkringar i stor utsträckning dispositiv, vilket

²³ Detsamma gäller ITP 2 enligt punkt 1.2.

²⁴ Förhandlingsprotokoll mellan PTK och Svenskt Näringsliv (20060425), § 4.

²⁵ Punkt 7.3 ITP1.

²⁶ Punkt 2.1., ITP1 och 1.2, ITP2.

framgår av första kapitlet 7 § punkt 4 FAL, och innehållet har i stor utsträckning hämtats från i praktiken redan existerande bruk. Skälen har dels varit att inte begränsa arbetsmarknadens parter avtalsfrihet, dels att lagen inte ska bli daterad på grund av den snabba utvecklingen på området.²⁷ I förarbetena framhålls att de försäkrades intressen kan väntas bli väl tillvaratagna av deras företrädare, som i allmänhet har tillgång till försäkringsexpertis och att avsteg från lagen inte kommer att ske annat än när det finns tvingande skäl, såsom när det utgör en förutsättning för en smidig uppgörelse på arbetsmarknaden.²⁸

Utgångspunkten i förarbetena är att kollektivavtalade försäkringar beslutas på huvudorganisations- eller förbunds nivå och att relationen mellan parterna därför är någorlunda jämlik. Det skulle tala emot att även de senaste årens utveckling mot mer flexibla lösningar borde omfattas av de dispositiva reglerna, med tanke på att de kan slutas på individuell nivå och att varken arbetsgivaren eller arbetstagaren i en sådan situation kan jämföras med parterna på huvudorganisationsnivå vad gäller styrkeförhållande och tillgång till expertis. I ITP-planen kan privatanställda tjänstemän komma överens med sin arbetsgivare om en pensionslösning som helt eller delvis avviker från ITP-planen. En sådan lösning måste dock godkännas av ITP-nämnden.²⁹ I och med att ITP-nämnden måste godkänna en sådan individuell lösning har parterna på huvudorganisationsnivå inflytande över den individuella lösningens villkor och frågan ägs på så sätt fortfarande av huvudorganisationerna.

Lagdefinitionen av en kollektivavtalsförsäkring framgår av första paragrafen i både kapitel 18 och kapitel 20. För att lagen ska bli tillämplig måste det för det första röra sig om en försäkring som tecknas av en arbetsgivare för att ge skydd åt anställda. Det innebär att det är arbetsgivaren som är försäkringstagare medan de anställda är att anse som de försäkrade.³⁰ För det andra måste försäkringen meddelas i enlighet med ett i försäkringsvillkoren angivet kollektivavtal. Det avgörande är inte att arbetsgivaren som tecknar försäkringen är bunden av

²⁷ Prop. 2003/04:150, s. 143 och 344.

²⁸ Prop. 2003/04:150, s. 343.

²⁹ Punkt 11, ITP1.

³⁰ B. Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, (2015) s. 609.

kollektivavtal utan kravet ligger i kopplingen mellan kollektivavtalet och försäkringen. Kollektivavtalet måste framgå av villkoren och själva kollektivavtalet måste hänvisa till försäkringen så att det framgår att den har godtagits av arbetsmarknadens parter. Försäkringsavtalet får innehålla andra villkor än de villkor som framgår från kollektivavtalet, men innehåller det villkor som strider mot kollektivavtalet faller försäkringen i sin helhet utanför tillämpningsområdet för kapitel 18 och 20. För det tredje måste försäkringen tecknas hos ett försäkringsbolag enligt kollektivavtalet. I propositionen framgår att "enligt kollektivavtalet" innebär att det av kollektivavtalet framgår vilka försäkringsbolag försäkringen ska tecknas hos. Arbetsgivaren kan enligt förarbetsuttalandet ha möjlighet att välja mellan olika bolag om det anges i kollektivavtalet. Ger kollektivavtalet total valfrihet skulle försäkringen istället anses vara en vanlig gruppförsäkring eller en individuell försäkring.³¹ Enligt lagkommentaren ska dock inte för stor vikt läggas vid förarbetsuttalandet eftersom det utgår från äldre praxis och knappast är förenligt med utvecklingen de senaste åren. Istället bör lagtexten tolkas så att valet av försäkringsbolag är förenligt med kollektivavtalet.³² Av ITP-planen framgår endast att ITP-nämnden bestämmer vilket försäkringsbolag som ska förvalta medlen om arbetstagaren inte gjort något aktivt val.³³ De valbara bolagen anges inte alls utan istället anges den instans som väljer ut bolagen och eventuellt även på vilka grunder dessa bolag väljs.

5.3 Arbetsgivarens bundenhet och garantiregeln

Parterna i försäkringsavtalet, det vill säga arbetsgivaren och försäkringsbolaget blir bundna på ett sätt som skiljer sig från traditionella försäkringar, särskilt i de fall då arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal och inte bara tecknat kollektivavtalsförsäkring. Enligt 20 kapitlet 7 § FAL börjar villkoren i försäkringsavtalet gälla från den dagen arbetsgivaren blev bunden av kollektivavtalet, oavsett när denne tecknar försäkringsavtal med försäkringsbolaget. Det innebär att försäkringsbolaget är skyldigt att betala ut ersättning till arbetstagare som täcks

³¹ Prop. 2003/04:150, s. 607.

³² B. Bengtsson, Försäkringsavtalsrätt, (2015) s. 607.

³³ Punkt 7.3, ITP1.

av kollektivavtal oavsett om deras arbetsgivare gjort en försäkringsanmälan eller inte. Är arbetsgivaren inte kollektivavtalsbunden gäller däremot försäkringen som huvudregel från den dagen då ansökan om försäkring angavs till försäkringsbolaget.

Försäkringsvillkoren får också begränsa parternas möjlighet att säga upp försäkringsavtalet. Enligt 20 kapitlet 8 § FAL är det tillåtet att komma överens om att försäkringen inte kan upphöra på grund av uppsägning så länge arbetsgivaren enligt kollektivavtal är skyldig att hålla försäkringen. Vad gäller förändringar i försäkringen under försäkringstiden får förändringar till den försäkrades nackdel endast göras efter arbetsmarknadens parter godkännande. Sådan reglering finns i punkt 2.2 i ITP1.

Slutligen nämns den så kallade garantiregeln i 20 kapitlet 1 § stycke 3 FAL. Av lagtexten framgår inte att försäkringsvillkoren måste innehålla en garantiregel men om de gör det ska utbetalad ersättning från försäkringsbolaget också anses som ersättning från en kollektivavtalsgrundad försäkring. Detta får betydelse i förhållande till den försäkrades borgenärer (jämför 20:14 och kapitel 15 FAL).

ITP-planen innehåller en garantiregel. Den framgår av punkt 14 i ITP1 och punkt 15 i ITP2. Enligt garantiregeln ska en arbetstagare tillgodoräknas avgifter och förmåner i samma utsträckning som om arbetsgivaren fullgjort sina skyldigheter enligt planen. Det innebär att en arbetstagare som omfattas av kollektivavtal inte kan gå miste om sina förmåner, trots att arbetsgivaren inte fullgjort sin förpliktelse och antingen låtit bli att teckna pensioneringsavtal eller försummat att betala in avgifter. Kollektivavtalsgarantin administreras av Collectum och finansieras genom medel från garantistiftelsen bildad av Alecta.³⁴ Som följd av garantiregeln kan skadestånd på grund av kollektivavtalsbrott inte krävas av arbetsgivaren.³⁵ Trots att en arbetsgivare som försummat att betala in pensionsavgifter bryter mot kollektivavtalet kan inte fackförbundet väcka talan enligt MBL. Försummelsen sköts istället inom ramen för ITP-planens struktur genom att arbetstagaren får tillgodo-

³⁴ Förhandlingsprotokoll mellan Svenskt Näringsliv och PTK, (20160318). Garantistiftelsen började finansiera kollektivavtalsgarantin 1 januari 2017. Innan dess finansierades den genom garantifonden som förvaltades av Alecta.

³⁵ Punkt 14.2 ITP1 och punkt 15.2 ITP2.

räkna sig avgifter och förmåner finansierade av arbetsgivarkollektivet och utbetalade av Collectum. Den enskilde arbetsgivarens skyldighet att stå för kostnaden blir istället en fråga mellan arbetsgivaren och Collectum.

6 Avslutande kommentarer

Den kollektivavtalade tjänstepensionen baseras på en avancerad avtalsfigur som, förutom arbetsmarknadens parter omfattar administrationsorgan och försäkringsbolag. Vad gäller ITP-planen behåller parterna på huvudorganisationsnivå kontroll över tjänstepensionen genom kollektivavtalsreglering som, åtminstone efter inkopplingsförfarandet, omfattar alla medlemsförbund, och deras medlemmar, men kontroll utövas dessutom genom att parterna äger administrationsorganet Collectum och representeras genom ITP-nämnden. Lagstiftningen på området har också anpassats efter hur parterna valt att organisera sin verksamhet. Detta kan dels skönjas i hur medlemsbundenheten hanterats vid kollektivavtal på huvudorganisationsnivå, dels i hur försäkringsavtalslagens reglering av kollektivavtalsförsäkring utformats och tolkats.

Sedan den avgiftsbaserade pensionen blivit vanligare har överenskommelser om pension blivit vanligare på förbunds nivå, särskilt för tjänstemän och inom vissa lönsamma branscher. Förhandlingar om sådana överenskommelser ska genomföras under fredsplikt, något som ger ITP-planen en liknande ställning i relation till förbundsavtal som lokala kollektivavtal i relation till löneavtalen. Det kan ifrågasättas om det är rimligt med tanke på den ställning parterna på förbunds nivå har vad gäller att förhandla om hur löneutrymmet ska disponeras och att vidta stridsåtgärder för att sätta press i sådana förhandlingar.

International Financial Institutions and Labour Law: An Enigmatic Encounter?

Mpoki Mwakagali

1 Prelude

1.1 Introduction

Times have indeed changed when one addresses issues concerning labour law today. This is not to imply that such changes are of negative impacts in their entirety. Despite the positive ghist that comes with the advancements in technology, globalization, increased movement of labour, capital and actors in the international arena that wield influence and power, labour law as we know it faces various challenges.

In general, labour law has traditionally been perceived as having the function to be a countervailing force, counteracting the inequality of bargaining power inherent in the employer-employee relationship.¹ It is a means to regulate, support and restrain the power of management and power of organised labour² and a brokerage of power that is distributed between labour and capital.³ In essence, labour law is meant to protect both the workers and employers at the workplace whilst providing for adequate working conditions.

¹ D. Davis, The function of labour law, 13 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 1980 p. 212.

² K. Freund, *Labour and the law* (1972) p. 5, 8.

³ G. Mundlak, The third function of labour law: Distributing labour market opportunities among workers, in *The Idea of Labour Law* (2011) p. 316.

At the international level, the necessity for cooperation between states in the international regulation of working conditions was triggered mostly by industrialization in the 19th century which entailed poor working and living conditions.⁴ In addition, economic concerns that countries with protective labour legislations would be disadvantaged if other countries did not adopt labour legislation could be put to rest by international standards of labour which would guarantee against unfair competition due to inferior conditions of labour.⁵ Moreover, a link between protection of workers and social peace was established on the political front where international regulation of working conditions was seen as means to prevent social mayhems.⁶

The centrality of both levels of labour regulation is three parties; the employers and workers as parties and the governments as the regulator. This traditional perception of labour law or labour standards has today been affected by other forces, especially in the international arena. These include multinational corporations, international non-governmental organizations, paramilitary groups and international financial institutions, to mention but a few.⁷ Although these entities do not fit into the traditional picture of industrial relations, their activities have increasingly had an impact on international and national labour standards.

This chapter is on the activities of international financial institutions and how they have increasingly become actors in the international arena that impact labour standards, particularly freedom of association and collective bargaining. It explores the concept of conditionality – the use of financial leverage in combination with conditions attached to financial assistance to effect policy reforms in recipient countries –

⁴ H. Sauer, International labour organization in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2014) § 1.

⁵ M. Mwakagali, International financial institutions and labour standards: A legal study into the role of these institutions in the promotion and implementation of freedom of association and collective bargaining (2018) p. 111. See also N. Valticos, *International labour law* (1979) p. 17.

⁶ *Id.*

⁷ See Y. Dahan, Shared responsibility and the international labour organization (2013) p. 678; International Labour Organisation, *Equality at work: Tackling the challenges* (2007) § 323–339.

as a major means through which IFIs affect labour standards.⁸ It also sets forth the legal implications of conditionality on collective labour rights at both the national and international levels.

1.2 The Context

International financial institutions (IFIs), such as the World Bank (WB), the International Monetary Fund (IMF), the African Development Bank (AfDB) and the European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) provide financing to member states, usually in the form of loans for economic development activities which can include building hospitals, railways, highways, dams as well as reforming or adjusting national institutions and structures such as the administration, judicial reforms etc. The financial assistance is usually tied to conditions that provide various measures the recipient state must take in order to receive or continue to receive the financing. These conditions originally focused on macroeconomic policy, but with time expanded to typical domestic policies such as labour market, tax, trade, budgetary and fiscal policies. This expansion has brought the financing activities of the IFIs face to face with the recipient countries' human rights obligations. In this particular case is the human rights obligations emanating from the International Labour Organisation's (ILO) international labour standards, which are a comprehensive system of international legal instruments on work and social policy.⁹ The practice of using their leverage as well as conditionality as a tool to affect change in national labour laws has raised concerns on the human rights obligations of these institutions, the expansion and legitimacy of their activities and the legal implications that their lending activities have on international labour standards.

How international financial institutions affect labour law at the national and international levels has become a pressing issue, particularly during and in the aftermath of the European economic and financial crisis. The impact of financing packages offered by these institutions

⁸ For a detailed discussion on the concept of conditionality, see M.Mwakagali (2018) p. 76–100.

⁹ See ILO, Rules of the game: A brief introduction to international labour standards (2009) p. 10.

which come along with or are tied to conditions on structural adjustment, various reforms ranging from tax law and investment law reforms, to labour market reforms and other reforms form the core of the concerns this chapter highlights. The problems affiliated with this can be seen in both a theoretical and practical context. Theoretically, international labour standards are a state-based Westphalian system of international standards,¹⁰ meaning that they primarily create obligations for member states. Therefore, the standards are not easily weaved with IFIs, which are not states and do not form part of the framework, making it difficult to impose any direct obligations emanating from the international labour standards framework. Practically, the IFIs command huge resources and influence than any one member state, making those states that seek financial assistance from these institutions more vulnerable to their influence and leverage and placing them at a bargaining disadvantage to some extent.

It is important to state that conditionality has in some instances proven to be a useful tool in directing various countries towards respect for international labour standards. However, in order to fully appreciate the legal implications of the financing activities of the international financial institutions, it is important to comprehensively look into the way in which IFIs use conditionality, in the light of their mandates, to affect labour standards in recipient countries.

1.3 The International Legal Framework

Labour rights are part and parcel of the general international human rights framework. The United Nations (UN) instruments such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966¹¹, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966¹², the Universal Declaration on Human Rights (UDHR), 1948¹³ and the Convention on the Rights of the

¹⁰ A. Trebilcock, Due diligence on labour issues – opportunities and limits of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, in *Research handbook on transnational labour law* (2015) p. 94.

¹¹ See article 22 on freedom of association.

¹² See article 8 on freedom of association.

¹³ See article 23 on the right to work, the right to equal pay for equal work, the right to just and favourable remuneration, the right to freedom of association.

Child (CRC), 1989¹⁴, contain labour rights. In addition, regional human rights instruments also encompass various aspects of labour rights. These are complemented by monitory bodies that interpret the clauses in the treaties and preside over complaints submitted on the event of breach or violation of the treaties. However, it is crucial to state that these instruments provide for labour rights in more general terms, as they each cover a wide spectrum of human rights, both individual and collective.

The International labour standards framework, also referred to as the ILO system, on the other hand, is composed of comprehensive international legal instruments drawn up and adopted by the ILO constituents, that is employers', workers' and government representatives, on labour issues coupled with a supervisory system. International labour standards consist of conventions, which are legally binding international treaties ratified by member states and recommendations which are non-binding instruments that serve as guidelines on how to apply various conventions.¹⁵ In addition to the binding instruments is a supervisory system which consists of periodic reports by member states on measures taken to implement ratified conventions which are also scrutinised by workers' and employers' organisations. The reports are examined by a committee which evaluates the reports, making comments and observations. In addition is a special supervisory system consisting of a complaints mechanism and an additional procedure for complaints pertaining to freedom of association and collective bargaining. The systems together have, over the years, produced a rich jurisprudence on labour rights.¹⁶

In addition to conventions and recommendations, the ILO has adopted various declarations, each carrying its own significant theme. For example, the Declaration on the Fundamental Principles and Rights at Work of 1998 categorises eight conventions which encompass the four principles incorporated in the ILO Constitution as core

¹⁴ See article 32 on child labour.

¹⁵ ILO, *Rules of the game* (2009) p. 14.

¹⁶ L. Swepston, *International labour law*, in *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economies* (2015) p. 161–162; M. Pittard and S. Butterworth, *The rich panoply of sources of labour law: National, regional, international*, in *Comparative labour law* (2015) p. 51.

labour standards, which are binding on member states regardless of ratification. What is interesting about the ILO organs' jurisprudence is that it brings the letters of the law in the conventions to life by applying them more practical situations. The Committees have even provided for the interpretation of labour rights in times of conflict as well as financial crises, to mention but a few. The Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) and the Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98) are the core conventions that provide for labour rights on freedom of association and collective bargaining.

2 International Financial Institutions: An Overview

2.1 The Ever-Expanding Mandates

The IFIs' constituent documents, the Articles of Agreement, lay down their primary mandate, which is to finance development activities, as previously pointed out.¹⁷ A common connotation of this mandate was that only economic considerations determined the viability of the recipient country and not the political condition of such. This went hand in hand with the IFIs denying any human rights responsibilities, save for the EBRD which has a clear human rights mandate. A turning point for this approach in development finance, also known as project-lending, came with the realization of weaknesses, especially the necessity of having conducive policy environments for development. Policy-based lending, whereby financing is provided in exchange for agreement by the recipient state to undertake particular policy reforms,¹⁸ thus rose to prominence. It is this shift in lending that led to the IFIs expansion in mandates from purely project lending to policy reforms covering areas such as tax reforms, cuts in government expenditure, privatization, trade liberalization, governance, labour market reforms etc. This expansion in the interpretation of the

¹⁷ See, for example, Article I, International Bank for Reconstruction and Development Articles of Agreement, 1944.

¹⁸ R. Nelson, Multilateral development banks: overview and issues for congress in financial institutions and services: Multilateral development banks and international finance (2010) p. 3.

mandates of the IFIs without changing the Articles of Agreement has been termed as “mission creep”.¹⁹

In the specific case of labour rights, the 1990s saw a surge in the encompassment of labour rights in IFIs conditionality, especially in the World Bank and IMF, where recipient countries were required to implement labour law reforms. Such phrases as “labour market flexibility” and “wage freeze” and “rigidities in the labour laws” repeatedly appeared in conditionality calling for labour law reforms as part of various policy and structural adjustment measures required by the IFIs. It is in this context that this chapter examines such conditionalities and the impact they have on labour rights.

2.2 Conditionality: A Tool for Change

A crucial aspect in as far as IFIs lending activities are concerned is *conditionality*. The term refers to the policy conditions or requirements by the IFIs that the borrowing state or recipient is required to meet in order to receive or continue receiving financial assistance.²⁰ Therefore, conditionality is the link between two crucial elements: *the normative*-meaning influence over economic, political and social organisation and policy in recipient countries- and *the operational*, which means the finance, technical assistance, infrastructural development and emergency financial assistance.²¹ Bearing in mind that the conditionality for financing is formed by agreement between the recipient government and IFIs, thus skipping the conventional democratic processes through which laws and policies are usually made, it has been established that conditionality is a form of “regulation by appropriation” whereby “regulatory norms are *inserted* into a jurisdiction” through conditions of financial disbursement.²²

It is important to state that, although a country voluntarily requests for financial assistance from IFIs and voluntarily accepts conditional-

¹⁹ J. Einhorn, *The World Bank's Mission Creep* (2001) p. 22–26.

²⁰ For further details see M. Mwakagali, *International Financial Institutions and Labour Standards* (2018) p. 77–79.

²¹ J. Degenbol-Martinussen and P. Engberg-Pedersen, *Aid: Understanding international development cooperation* (2003) p. 96.

²² See D. Kalderimis, *IMF conditionality as investment regulation: A theoretical analysis* (2004) p. 105.

ities tied thereto – despite the difference in negotiating power – there are various mechanisms and safeguards that the IFIs use to ensure that the recipient countries comply with the conditionality. These include suspension of financing²³, signaling²⁴, surveillance²⁵, debt relief,²⁶ etc. Therefore, although the policy conditionalities do not amount to legal contracts, and defaulting recipient countries do not face legal consequences as would be the case in a legal contract²⁷, the safeguards are a form of an enforcement mechanism.

2.3 International Financial Institutions as Normative Actors

From a legal point of view, the way in which IFIs are normative actors is rather unique. As opposed to other international organisations such as the UN or ILO, which have been crucial in the creation of international human rights and labour rights standards respectively, the IFIs have a rather peculiar means of creating and transforming norms. In the specific context of the IFIs, their normative creation functions are best explained by extra-legal theories, that is, theories that originate from other disciplines and outside legal doctrine. Examples are theories from international relations and political science, which provide better insights.²⁸

The ability of IFIs to create norms stems from their ability, as international organisations, to “fix meaning” to the social context by naming and labeling it and thus creating the parameters and boundaries of acceptable action. From a constructivist’s point of view, such organisations play a crucial role in creating as well as transmitting norms, where

²³ J. Head, *Global implications of the Asian financial crisis: banking, economic integration and crisis management in the new century* (1999) p. 939.

²⁴ See R. Brown, *the IMF and Paris Club debt rescheduling: A conflicting role?* (1992).

²⁵ C. Gola and F. Spadafora, *Financial sector surveillance and the IMF*, Working Paper No. WP/09/247 (2009) p. 3.

²⁶ See for example IMF, *Debt relief under the heavily indebted poor countries (HIPC) initiative: A factsheet* (2009).

²⁷ See M. Mwakagali, *International financial institutions and labour standards* (2018) p. 89–93.

²⁸ For further details, see M. Finnemore, *International organisations as teachers of norms* (1993) p. 570; M. Mwakagali, *International financial institutions and labour standards* (2018) p. 68–70.

norms are considered as “collectively held ideas about behaviour”²⁹ or “shared expectations about appropriate behaviour held by a community of actors”.³⁰ This is to say that IFIs have the ability to create rules in their financing activities which are adopted by states, which are the main actors in development finance. Therefore, evolution of norms is a result of long term interaction between the community of actors, that is IFIs and member states, and the treatment of these norms as rules of regular behaviour.³¹ In a more practical sense, IFIs create normative and procedural expectations for members as well as staff through the incorporation of policy requirements and operational standards into loan conditions for recipient states to fulfill, thus creating a process of “normative forging”.³² In addition to this, various measures and safeguards to prevent non-compliance makes these forged norms enforceable.³³ It is vital to bear in mind that the forged norms may have a bearing on existing norms or the manner in which other norms in international law evolve, whether directly or indirectly and whether such bearing is positive or negative, as the proceeding sections will elaborate.

An interesting exemplification of the IFIs as normative actors is that of anticorruption. In the time before the World Bank highlighted the “cancer of corruption” as a “major barrier to sustainable and equitable development”³⁴, the Bank had avoided dealing with corruption on the ground that it fell outside its Articles of Agreement as it involved internal and political affairs of members. However, the period proceeding this statement involved the Bank tackling corruption, which was then perceived as a part of the holistic approach to development, leading

²⁹ M. Finnemore, *National interests in international society* (1996) p. 23.

³⁰ Y. Komori, *The asian development bank: Joining the fight against corruption? in Global economic governance and the development practices of the multilateral development banks* (2016) p. 23.

³¹ See M. Klamberg, *Power and law in international society* (2015) p. 43.

³² B. Chazournes, *Policy guidance and compliance: The World Bank operational standards in commitment and compliance: The role of non-binding norms* (2000) p. 289.

³³ *Id.*

³⁴ See speech by James Wolfensohn: 9th President of the World Bank Group, 1995–2005, available at <http://www.worldbank.org/en/about/archives/history/past-presidents/james-david-wolfensohn>.

to the emergence of the global anticorruption norm, which has been adopted not only by other IFIs, but has been used by other international organisations such as the EU in its accession and neighborhood policy.³⁵ More relevant to the topic at hand is the norm of labour market flexibility, a norm that emanates from the World Bank and IMF's prescriptions for economic development and promotes deregulation of labour and decentralization of collective labour structures.³⁶ Today, labour market flexibility norms are increasingly promoted and reflected in legal and institutional structures at the national and international levels³⁷; indeed the European economic and financial crisis demonstrates this. This norm has a negative bearing on international labour standards which promote labour law protections. The two norms represent two distinct normative visions as to the structure and operation of the labour market³⁸ from economic development and human rights perspectives respectively.

In addition to the role of IFIs in creating or “forging” norms on the international plane is the transmission of such norms, which can be done through various means. In the specific case of the IFIs, such norms are typically spread through conditionality and policy leverage where countries that are recipients of financing by the IFIs are required to adopt policies and take various other measures encompassing these norms. Again, such leverage can be exercised in co-financing or institutional cooperation with other institutions.³⁹

³⁵ For a detailed discussion of the role of the World Bank in the emergence of the international anti-corruption norm, see M. Mwakagali, *International financial institutions and labour standards* (2018) p. 72–74.

³⁶ *Id* at 233–236.

³⁷ K. Rittich, *Core labour rights and labour market flexibility: Two paths entwined?* in *Labour law beyond borders: ADR and the internationalization of labour dispute settlement* (2003) p. 162.

³⁸ *Id*.

³⁹ M. Mwakagali, *International financial institutions and labour standards* (2018) p. 74.

2.4 Practical Perspectives: Direct and Indirect Effects of Conditionality

2.4.1 Introduction

Having explored how IFIs have the ability to not only forge or create norms, but also to transmit these norms through conditionality, it is important to look into some practical examples of the manner in which IFIs affect labour standards in their lending activities. The legal implications of conditionality on labour standards can be considered in two ways; the direct effects of conditionality and the indirect effects of conditionality. The direct effect refers to conditionality that affects labour standards directly. This is in a situation where conditionality touches upon the national legal system in the recipient country so as to affect (change or reform) the labour rights directly. On the other hand, the indirect effect of conditionality is where conditionality for finance does not target the labour rights in the recipient country per se, but rather inadvertently affects the rights as “collateral damage”.⁴⁰

2.4.2 The Direct Effect of Conditionality

When it comes to the direct effect of conditionality, the European economic and financial crisis has brought to the fore solid examples, although this existed long before in developing countries. A repeating labour reform policy that the World Bank and IMF have used for many years is that of labour market flexibility. This reform is aimed at deregulating labour rights by removing protective legislation and is associated with more flexible forms of work such as atypical work and casual work.⁴¹ This allows more discretion to employers in hiring and firing workers while relaxing restrictions on use of non-permanent labour contracts. Conditionality in finance arrangements in Mozambique and Kyrgyz Republic with the IMF required that the government take measures to address rigidities in the labour market and improve labour flexibility in the countries respectively.⁴²

⁴⁰ *Id.*, at 228.

⁴¹ B. Caruso, The concept of flexibility: The Italian case in the European context, Working Paper No. 22/2004 (2004) p. 2.

⁴² See IMF, Mozambique memorandum of economic and financial policies for the fourth review under the PRGF arrangement, April 3, 2006, para 25, available at <http://>

An even more concrete example is offered by the World Bank and IMF stance on collective bargaining, where the IFIs have taken a stance that collective bargaining is to have positive effects if it takes place at the enterprise level. Consequently, conditionality in various countries has contained clauses requiring states to decentralize bargaining structures. This has a negative bearing on existing international labour standards, which provide that the level at which collective bargaining is to take place is to be determined by the parties themselves.⁴³ In Zambia, the World Bank required that the government submit to parliament an amendment to the labour code permitting enterprise level collective bargaining as opposed to sectoral level bargaining.⁴⁴ In context of the economic and financial crisis in Europe, Greece received extensive conditionality from the IMF, which included requirements to give firm level collective agreements precedence over sectoral agreements.⁴⁵

What is interesting is that on the contrary, the EBRD has a different approach to labour reforms. The Bank, which has a clear human rights mandate, unlike the other IFIs, has repeatedly used its leverage to influence compliance with the (ILO) international labour standards. The core labour standards are actually encompassed in the Bank's operational policies. The Bank's requirements for Ukraine and Georgia, as examples, demonstrate how the EBRD has pushed for compliance with ILO standards by highlighting inconsistencies of national legis-

www.imf.org/external/np/loi/2006/moz/040306.pdf; IMF, Kyrgyz Republic, staff report for the 2006 article IV consultation, third review under the Poverty Reduction and Growth Facility, and request for waiver of structural performance criterion (2007), 30, available at <http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=20619.0>.

⁴³ See article 4, Right to organise and collective bargaining convention, 1949 (No. 98); Committee of experts on the application of conventions and recommendations (Observation) adopted 2013, published 103rd ILC session (2014) on Turkey; ILO, Freedom of association: Digest of decisions and principles of the freedom of association committee of the governing body of the ILO (2006) para 1086.

⁴⁴ World Bank, Implementation completion report (Zambia) Second economic and social adjustment credit, 25 June 1998.

⁴⁵ IMF, Memorandum of economic and financial policies (Greece), 8 December 2010, 18.

lation on collective bargaining, among others, with the ILO standards.⁴⁶ Contrary to the cases of the World Bank and IMF, the EBRD operational policy has a positive bearing on the international labour standards.

These IFIs and the exemplary cases reflect the complicated nature of the conflicting effects that the use of conditionality as a means to transmit the IFIs' "norms" can bring, particularly when the institutions have different approaches to the existing labour standards.

2.4.3 The Indirect Effect of Conditionality

As previously stated, the indirect effect of conditionality has to do more with coincidental effects of conditionality that does not target labour rights, but affects them as a result of other reforms and policies. A good example is reorientation or cuts in government spending, which has often been a policy prescription in World Bank and IMF programs. Although the aim of this reform is to close the gap between a government's revenues and expenditure, a starting point is usually wages for public sector employees, where a freeze on wages, without using collective bargaining channels, is typical.⁴⁷

Privatisation of public enterprise is another example of policy reform that affects workers' rights. Although it is argued to increase efficiency, competitiveness and productivity, thus positively affecting a country's economic growth, it is also affiliated with downsizing, wage reductions, private employer assaults on unions etc.⁴⁸ In the Democratic Republic of Congo, the government refused to consult or discuss issues relating to privatization, a result of an undertaking with the World Bank, with trade unions, which resulted in strikes. Subsequently, trade union officers were arrested, imprisoned and were

⁴⁶ EBRD, Strategy for Georgia approved by the Board of Directors, 14 December 2016, 35, 31; European Bank For Reconstruction and Development, Strategy for Ukraine (2011–2014) approved by the Board of Directors, 12/13 April 2011.

⁴⁷ See for example World Bank, Country economic memorandum (Jamaica): The road to sustained growth, Report No. 26088-JM, 4 December 2003, 16.

⁴⁸ For a detailed discussion, see M. Mwakagali, International financial institutions and labour standards (2018) p. 264–265.

summarily dismissed.⁴⁹ This was contrary to the ILO standards that require that where there is restructuring in the public sector, it is necessary for the social partners to be consulted as it undeniably has impacts on trade union matters.⁵⁰

2.5 Potentials and Risks

IFIs do have the ability to create and transmit internal norms in their lending activities, particularly because of the leverage and influence they enjoy over member states, and especially those in need of development financing in whatever form. However, their role as normative actors yields both positive and negative outcomes in as far as international labour standards are concerned. The advantage is that these institutions can play a crucial role in promoting and implementation of international labour standards. However, it is crucial to note that this can only be the case when the IFIs' own "norms" are consistent with the existing international standards. This is demonstrated by the EBRD.

A key concern that arises when one considers IFIs as normative actors is adverse standards setting. This is to say that the standards that the IFIs set, which are not the same in nature as those of the ILO but nevertheless have a normative dimension and transmit through conditionality, can be adverse to existing internationally agreed labour standards that are legally binding. The World Bank and IMF standards have, in many cases, been a driving force for undermining international labour standards in recipient countries.⁵¹ The dismantling of collective bargaining structures in recipient countries provides an example of this. In addition, the IFIs "norms" that are inconsistent with international labour standards have been a direct cause of member states' non-compliance with international labour standards. This is particularly the case where conditionality has pushed states to amend

⁴⁹ See Committee on freedom of association, 305th report, case no. 1870 (Congo), November 1996.

⁵⁰ *Id.*, at para 142.

⁵¹ See M. Mwakagali, *International financial institutions and labour standards* (2018) p. 284–286.

or repeal national labour laws, causing them to deviate from the international standards.

3 Conclusion

Labour rights today are affected by numerous and various actors, as this chapter has demonstrated. Although this has caused challenges, it does not infer that the involvement of various actors in the international arena with international labour standards is undesirable *per se*. Indeed, these actors can be a propelling factor in the promotion and implementation of international labour standards. In the specific case of IFIs, conditionality can be a useful tool in the advancement of international labour standards. However, this can only be attained where there is cooperation and policy coherence between IFIs and human rights organisations such as the ILO and UN as well as respect for human rights obligations of member and recipient states. After all, the goals of human rights and development are inextricably linked and mutually reinforcing⁵², meaning that one cannot be attained without the other. A promising approach to conjoin these goals is the human rights-based approach to development, which combines development and respect for human rights.

⁵² UN, report of the united nations high commissioner for human rights (2005) § 2.

Diskrimineringsersättning som påföljd i och utanför arbetsrätten

Sabina Hellborg

1 Inledning

I samband med att en ny, sammanhållen diskrimineringslag (2008:567 DiskL) trädde i kraft i Sverige år 2009 introducerades den nya ersättningsformen diskrimineringsersättning.¹ Diskrimineringsersättningen, som regleras i 5 kap. 1 § DiskL, syftar till att ersätta den diskriminerade för den kränkning som diskrimineringen innebär samt att motverka överträdelser av lagens förbud.

Eftersom det rör sig om en ideell ersättning är det inte fråga om att beräkna ett skadestånd i exakta mått, vilket påverkar möjligheten att ersätta, kompensera för, kränkningen. Detta är inget främmande för det arbetsrättsliga sanktionssystemet. I arbetsrättsliga sammanhang finns det en *acceptans* av att *konsekvenserna av vissa kränkningar inte kan mätas i pengar*, vilket (något grovt uttryckt) medfört att några detaljer i ersättningsbestämningen inte brukar ges när allmänt skadestånd bestäms.

Det arbetsrättsliga ersättningssystemet, om man kan tala om ett sådant, vilar även sedan länge på tanken om prevention och avskräckning. Utöver det ekonomiska skadeståndet som utdöms för att ersätta

¹ Angående den terminologiska ändringen från skadestånd till diskrimineringsersättning se H. Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer Bok III (2017) s. 1012; S. Hellborg, Diskrimineringsansvar – en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering (2018) s. 102 f.

eventuella ekonomiska förluster, kan allmänt skadestånd utges för själva överträdelsen av en lagregel eller ett avtal.² Det är många som omnämnt det allmänna skadeståndet som ett privaträttsligt straff,³ beroende på att det syftar till att inskräpa respekten för gällande lagregler och för kollektivavtalet. Preventionen, avskräckningen, är en del av modellen som ger den kraft och tyngd.

Prevention är som sagt även ett av syftena med diskrimineringsersättningen, men med anledning av det nyss sagda är *preventionstanken inte något främmande i arbetsrätten*. Frågan om *hur* prevention ska uppnås i diskrimineringssammanhang har dock varit föremål för diskussion både i och utanför arbetsrätten.⁴ En vanlig fråga är om ersättningsbeloppen är tillräckligt höga för att uppnå en eftersträvad effektivitet.

Diskrimineringsersättningen är, sammanfattningsvis, i sig inte någon svårhanterlig konstruktion i det arbetsrättsliga systemet – den kan smälta in, anpassas och ta efter. Eftersom det rör sig om en ersättningsform som tar sikte på ett *problem som sträcker sig över och bortom gränserna mellan olika rättsområden* medför den dock en del nya inslag. En särskildhet med diskrimineringslagen som brukar uppmärksammas i arbetsrättsliga sammanhang är avvikelserna från kategoriseringen i arbetstagar- respektive arbetsgivarintressen. Diskrimineringslagen skyddar vissa specifika egenskaper, diskrimineringsgrunder, och tar avstamp i skyddet mot diskriminering som en mänsklig rättighet snarare än värnandet av arbetstagar-kollektivets intressen.⁵ Man brukar i det

² Se T. Sigeman, Bot, plikt och skadestånd, i Vänbok till Adlercreutz (1983) s. 320. Se även S. Friberg, Kränkningersättning – skadestånd för kränkning genom brott (2010) s. 450 ff.

³ Se M. Glavå & M. Hansson, Arbetsrätt (2016) s. 73 f.; K. Källström & J. Malmberg, Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten (2016) s. 54 f.

⁴ De skyddade grunderna är, enligt 1 kap. 1 § DiskL, kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder. Det genom diskrimineringslagen starka skyddet för dessa grunder kan jämföras med avsaknaden av civilrättsliga sanktioner vid andra former av kränkningar (liksom arbetsmiljöfrågor i allmänhet), som inte har koppling till en diskrimineringsgrund. Se vidare P. Andersson, Om kränkande särbehandling som arbetsmiljöbrott, i Festskrift till Calleman (2014).

⁵ Se vidare S. Hellborg, Diskrimineringsansvar – en civilrättslig undersökning av

avseendet ange diskrimineringslagen som exempel på en individualisering av arbetsrätten.

När det gäller diskrimineringsersättningen medför den även en interaktionsaspekt, eftersom såväl allmänna domstolar som Arbetsdomstolen kan utdöma påföljden enligt lagen. I beskrivningen av förhållandet mellan de två instanserna som en fråga om interaktion, och inte en konflikt som går att lösa en gång för alla, erkänns och uppmärksammas diskrimineringsrättens (och även, vilket är relevant för detta sammanhang, arbetsrättens⁶) blandade bakgrund i rättskälhänseende.

Den här artikeln syftar till att beskriva diskrimineringsersättningen som arbetsrättslig påföljd, med tonvikt vid vilka faktorer som inverkar på ersättningsbestämningen. Såväl det preventiva som det kompenserande syftet kommer att uppmärksammas. Detta kommer att ske dels genom analys av Arbetsdomstolens ersättningsbestämning i diskrimineringsmål sedan diskrimineringsersättningens införande, dels mot bakgrund av den utveckling som skett på området även *utanför* arbetsrätten. En viktig påverkande faktor i sammanhanget är EU-rätten, varför en inledande bakgrund i vilka EU-rättsliga krav som ställs i fråga om sanktioner vid diskriminering ges. Därefter diskuteras vilka faktorer som inverkat på Arbetsdomstolens ersättningsbestämning samt i vilken utsträckning det preventiva syftet beaktats. I efterföljande avsnitt görs en utblick till andra förbudsområden och jämförelser med ersättningsbestämningen i allmänna domstolar. En fråga är därvid i vilken utsträckning de högsta instanserna kommunicerar med varandra i diskrimineringsrättsliga frågor. Avslutningsvis görs några iakttagelser om utvecklingen på området.

2 Den EU-rättsliga kontexten

Diskrimineringslagen bygger på EU-direktiv. Vikten av ett effektivt diskrimineringskydd, fordrat från EU-rättsligt håll och nationellt, har inverkat i hög grad på diskrimineringsersättningens utformning – en

förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering (2018) s. 92 ff., om parterna i diskrimineringsmål som representanter för kollektiv.

⁶ Jfr inledningskapitlet om den polycentriska arbetsrätten.

utveckling som kan tydliggöras genom en kort tillbakablick: Skadestånden enligt 1980-års jämställdhetslag, den första lagen innehållande civilrättsliga förbud mot diskriminering, skulle vara "symboliska" och ligga på en "måttlig nivå".⁷ Det ansågs inte finnas något egenvärde i att skadeståndsbeloppen blev höga, utan det viktiga var att markera att någon (typiskt sett arbetsgivaren) hade gjort fel, som förbisett någon med bättre meriter av skäl som kunde hänföras till personens könstillhörighet. Beloppen skulle relateras till de belopp som utgavs i mål om föreningsrättskränkning enligt lagen om medbestämmande i arbetslivet (MBL), eller överträdelse av lagen om anställningsskydd (LAS). I samband med implementeringen av nya diskrimineringsdirektiv i början av 2000-talet markerades skyddet mot diskriminering som en mänsklig rättighet, och vikten av effektiva och avskräckande sanktioner betonades alltmer.⁸ I ersättningsbestämmelsen i den nuvarande diskrimineringslagen kommer detta till uttryck direkt i lagtexten, som ett led i att uppfylla de EU-rättsliga kraven på *effektiva, proportionerliga* och *avskräckande* sanktioner.⁹

När det gäller de krav som ställs från EU-rättsligt håll är det värt att notera att några specifika belopp inte anges; varken i diskrimineringsdirektiven eller i EU-domstolens praxis. Medlemsstaterna har, i enlighet med principen om processuell autonomi, möjlighet att själva utforma påföljderna – så länge de efterföljer vissa grundläggande principer.¹⁰ Sanktionerna ska vara likvärdiga med sanktioner av rättigheter som skyddas i nationell rätt, i enlighet med den så kallade *likvärdighetsprincipen*.¹¹ En likvärdig sanktion är dock inte alltid tillräcklig,

⁷ Se prop. 1978/79:175 s. 70.

⁸ Se prop. 2007/08:95 s. 588.

⁹ Se exempelvis artikel 25 i direktiv (2006/54/EG) och artikel 17 i direktiv (2000/78/EG).

¹⁰ Angående begreppet processuell autonomi, se C. F. Bergström & J. Hettne, *Introduktion till EU-rätten* (2014) s. 425 f.; P. Craig & G. De Búrca, *EU Law* (2015) s. 227.

¹¹ Se P. Craig & G. De Búrca, *EU Law* (2015) s. 227 och 246 f. Se även C-326/96 *Levez*.

utan måste därtill vara effektiv enligt vad som brukar benämnas *effektivitetsprincipen*.¹²

Men vad avses med ett effektivt rättsmedel? Frågan är omfattande, och nyanserna i den diskussion som förts på temat kan inte redogöras här, men några utgångspunkter ska ges. För det första ska sanktionen, för att vara effektiv och möjliggöra en avskräckande verkan, *åtminstone ge kompensation för de förluster som den diskriminerade drabbats av*.¹³ Det innebär, för det andra, att påföljden *inte ska vara rent symbolisk*, och att några *på förhand bestämda takbelopp* inte får anges.¹⁴ Sammantaget signalerar det sagda bland annat att schablonersättningar bör utvärderas successivt i nationell rätt, och att omständigheterna i det enskilda fallet har betydelse i så måtto att konsekvenserna för den enskilde ska beaktas vid ersättningsbestämningen. Det föranleder därtill en reflektion kring effektivitetskravet. Effektivitet i EU-rättslig mening synes inte vara synonymt med prevention, utan i lika hög grad – och i viss mån oskiljbart från preventionstanken – ger effektivitetskravet uttryck för en strävan efter full kompensation för diskriminerings negativa verkningar. Med anledning därav motiverar det även att rättstillämpningen analyseras utifrån kompensationsaspekten; som ett led i att leva upp till effektivitetskraven.

3 Diskrimineringsersättningen i AD:s praxis – påverkande faktorer

3.1 Förlustens omfattning

Influerad av EU-rätten har Arbetsdomstolen utvecklat en praxis, schabloner om man så vill, kring ersättningsnivåerna i likartade diskrimineringsituationer. Arbetsdomstolen har sedan diskrimineringsersättningens införande hanterat ett stort antal mål om diskriminering och därmed (i de fällande domarna) även ersättningens storlek. I det föl-

¹² Se M. Strand, *The Passing-On Problem in Damages and Restitution under EU Law* (2017) s. 28 f., för en diskussion kring effektivitetsbegreppet och hur det används i olika sammanhang.

¹³ Se bl.a. C-14/83 Von Colson p. 23.

¹⁴ Se C-180/95 Draehmpaehl p. 35–37.

jande redogörs för några huvudsakliga aspekter som påverkat de ersättningsbelopp som Arbetsdomstolen utdömt i diskrimineringsmål med 2009 års lag som grund. Först behandlas betydelsen av vilka negativa konsekvenser den enskilde drabbats av.

Innan förlustens omfattning som *ersättningspåverkande* faktor beskrivs, är det relevant att nämna att de negativa konsekvenserna för den enskilde även beaktas vid *ansvarsprövningen*. Samtliga diskrimineringsförbud innehåller krav på någon form av missgynnande, dvs. en objektivt sett negativ effekt – exempelvis förlust av arbete, utsällning ur rekryteringsförfarande, lägre lön eller liknande.¹⁵ Vid ansvarsprövningen har missgynnandekriteriet, särskilt vid tillämpning av förbuden mot direkt och indirekt diskriminering, en nedtonad roll. Det är ofta ganska lätt att konstatera ett missgynnande, och vanligen är det en förutsättning för att någon överhuvudtaget ska initiera en process om diskriminering. Vid ersättningsbestämningen utvärderas dock vidden av de negativa effekterna i högre utsträckning.

En aspekt är i vilken utsträckning missgynnandet består i en konkret och realiserad förlust, eller enbart en risk för en sådan. I situationer där det inte kan konstateras att käranden faktiskt hade fått en tjänst, och därmed inte gått miste om den, ses det exempelvis som en mindre allvarlig form av diskriminering.¹⁶

Ett exempel är *AD 2015 nr 44* (forskningsstödet). En man hade blivit könsdiskriminerad av ett universitet genom att uteslutas från möjligheten att provas för ett visst forskningsstöd. Arbetsdomstolen konstaterade att det *inte gjorts gällande att han kommit ifråga för nämnda stöd* om en prövning hade ägt rum. Konsekvenserna av diskrimineringen, alltså bestående av att initialt uteslutas från möjligheten att provas för stödet på grund av sin könstillhörighet, var begränsade. Mannen hade dessutom tilldelats andra forskningsmedel, som inte hade kunnat komma ifråga samtidigt som det stöd (i form av förlängd forskningstjänst) som var föremål för prövning. En annan aspekt som Arbetsdomstolen framhöll vid ersättningsbestämningen var att arbets-

¹⁵ Se vidare S. Hellborg, *Diskrimineringsansvar – en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering* (2018) s. 241 ff., rörande variationen mellan diskrimineringsförbuden avseende krav på missgynnande.

¹⁶ Jfr EU-domstolens dom i C-180/95 *Draehmpaehl* p. 37.

givaren inte hade någon vilja att kränka mannen samt att sistnämnde varit med och framtagit det aktuella stödet och att stödet inte längre utlystes under samma förutsättningar. Ett, i diskrimineringssammanhang lågt, belopp på 25 000 kr utdömdes. Arbetsdomstolen beaktade även ”de preventiva aspekterna”, utan att närmre precisera vad de innefattar. Möjligen kan det tolkas som att ersättningsbeloppet hade varit än lägre, om det inte vore för hänsyn till syftet att motverka diskriminering.

I *AD 2015 nr 51* (de nekade behovsanställningarna) hade tre arbetstagare nekats rätt till förnyelse av sina behovsanställningar vilket bedömdes ha ett samband med deras ålder. Även därvid tog Arbetsdomstolen hänsyn till att *effekterna av diskrimineringen var begränsade*. Eftersom det rörde sig om tidsbegränsade avtal som inte gav rätt till arbete av viss omfattning, samt att de hade rätt till ålderspension bestämdes ersättningen till 40 000 kr vardera. Frånvaron av avsikt att kränka beaktades därutöver, liksom det förhållandet att arbetsgivaren trodde att agerandet var förenligt med lagstiftningen.

En liknande motivering till ersättningsbeloppet, på 40 000 kr, gjordes i *AD 2018 nr 51* (den handskakningsvägrande kvinnan). En muslimsk kvinna hade blivit diskriminerad genom att arbetsgivaren avbrutit en arbetsintervju med henne på grund av att hon, av religiösa skäl, vägrat skaka hand med personer av motsatt kön. Arbetsdomstolen konstaterade att det inte gick att bedöma om, och i vilken omfattning, hon hade fått arbeta om rekryteringsförfarandet hade fullföljts. Även i det fallet beaktades att syftet inte varit att diskriminera – utan att uppnå jämställdhet mellan könen.

I två fall av avbrutna rekryteringsförfaranden på grund av graviditet har 50 000 kr utgetts, för överträdelser av både diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen.¹⁷ Detsamma gäller en situation, *AD 2013 nr 18* (den uteblivna löneförhöjningen), där en gravid kvinna inte erhållit avtalad löneförhöjning, vilket i effekthänseende inte påverkar anställningen i sig utan villkoren för den – något som tycks ha inverkat på ersättningsbeloppet. Effekterna av dessa diskrimineringsfall har således bestått i en mistad chans till anställning, utan att det gjorts

¹⁷ Se *AD 2014 nr 19* och *AD 2011 nr 23*.

gällande att personerna i fråga hade blivit anställda om det inte vore för särbehandlingen.

Högre nivåer har utgetts i fall där diskrimineringen inneburit en *förlust av anställning*. I dessa situationer är det dock särskilt svårt att urskilja diskrimineringsersättningen från det allmänna skadeståndet för överträdelser av anställningsskyddslagen, och därtill kompenseras den ekonomiska skadan av ersättning i enlighet med 5 kap. 1 § st. 2 DiskL. I *AD 2011 nr 37* (avtalsurlistan) hade 25 kabinanställda över 60 år blivit uppsagda från arbetet hos ett flygbolag, i enlighet med en avtalsurlista. Uppsägningarna konstaterades innebära åldersdiskriminering, och 125 000 kr i diskrimineringsersättning och allmänt skadestånd utgavs. Konsekvenserna för de uppsagda i fallet var påtagliga, genom en förlust av anställningen, vilket torde ha inverkat på det höga beloppet. Arbetsdomstolen framhöll att beloppet skulle vara betydligt högre än vid osaklig uppsägning, dvs. vid liknande situationer av överträdelser av 7 § LAS men utan inslag av diskriminering.

En särskild form av negativ effekt utgör den kränkning, ibland utan ytterligare följder i form av förlust eller risk för förlust som sker vid *trakasserier* och *sexuella trakasserier*. I *AD 2013 nr 29* (underklädesbutiken) hade en kvinna blivit utsatt för sexuella trakasserier bestående av arbetsgivarens uppmaning att hon skulle bära en skylt med sin BH-storlek i arbetet i en underklädesbutik. Med en hänvisning till tidigare praxis utgavs 50 000 kr i ersättning, utan någon ytterligare motivering. I ett annat fall av sexuella trakasserier, *AD 2016 nr 38* (knäfallet), konstaterades det att den diskriminerandes agerande varit allvarligt. En arbetsgivarföreträdare hade under ett samtal med en ung nyanställd person förmått henne att sitta i hans knä, och även vidrört henne på andra sätt såsom att stryka handen över hennes rygg. Agerandet ledde till att kvinnan mårde dåligt och valde att avsluta sin anställning av rädsla för att bli utsatt för liknande närmanden igen. Arbetsdomstolen utgav 50 000 kr i diskrimineringsersättning.

Med ledning av den sistnämnda domen utdömdes ett i storleksordningen likvärdigt belopp (dvs. 50 000 kr) i *AD 2016 nr 56* (bagerifallet), som också handlade om sexuella trakasserier, i form av kommentarer och jargong av sexuell natur. De sexuella trakasserierna ledde till att den trakasserade kvinnan sjukskrev sig och sedermera sade upp sig.

I båda de nyss nämnda trakasserifallen är motiveringen till ersättningsbeloppen knappa, och det kan konstateras att effekterna för de utsatta – trots att själva diskrimineringen inte bestått i en uppsägning eller nekande av anställning – inneburit att *anställningen upphört* på arbetstagarens initiativ.

En närbesläktad situation är när arbetsgivaren säger upp en arbetstagare efter att denne påtalat eller anmält förekomsten av sexuella trakasserier på arbetsplatsen. I *AD 2013 nr 71* (trafikskolan) hade en kvinna med provanställning som receptionist på en trafikskola utsatts för sexuella närmanden av sin chef. Efter att ha påtalat detta för sin arbetsgivare sades hennes provanställning upp, och Arbetsdomstolen fann att arbetsgivaren inte kunde visa att det inte fanns ett samband mellan kvinnans uppmärksammande av trakasserierna och uppsägningen. I det fallet aktualiserades *repressalieförbudet* i 2 kap. 18 § DiskL, som innebär att arbetsgivaren (och därmed likställda, enligt 2 kap. 1 § DiskL) inte får vidta missgynnande åtgärder mot den som anmäler eller påtalar ett agerande i strid med lagen; medverkar i en utredning enligt lagen eller avvisar eller fogar sig i arbetsgivarens trakasserier. Vid ersättningsbestämningen beaktades såväl de sexuella trakasserierna som överträdelsen av repressalieförbudet, och en ersättning på 75 000 kr utgavs.

En skillnad jämfört med de fall då arbetstagaren självant säger upp sig kan alltså märkas vad gäller ersättningsbeloppet. Huruvida de reella skillnaderna för den enskilde motsvarar den beloppsmässiga skillnaden kan man däremot fråga sig. En jämförelse kan även göras med situationer av så kallad provocerad uppsägning, där arbetsgivaren föranlett en arbetstagare att säga upp sig själv – men det på grund av omständigheterna jämföras med en uppsägning från arbetsgivarens sida.¹⁸ Trots vissa olikheter mellan dessa situationer, är konsekvenserna för den enskilde likvärdiga, vilket utgör ett argument för likvärdiga ersättningsbelopp.

3.2 Arbetsgivarens motiv till särbehandlingen

I några fall har Arbetsdomstolen beaktat *frånvaron av syfte* att diskriminera vid ersättningsbestämningen. Det har då påverkat beloppet i

¹⁸ Se prop. 1973:129 s. 128 f.; Ds 2002:56 s. 352.

sänkande riktning.¹⁹ Ett konstaterat diskriminerande syfte kan däremot inverka *höjande* på diskrimineringsersättningen.²⁰

En annan motivrelaterad aspekt som Arbetsdomstolen fäst vikt vid är huruvida diskrimineringsgrunden varit den ensamt avgörande orsaken till den negativa behandlingen, eller om det även funnits andra skäl till det missgynnande som skett. I *AD 2011 nr 2* (den gravida djurskötaren) hade en kvinna nekats anställning efter att hon hade drabbats av missfall under sin praktiktjänstgöring på en lantbrukares gård. Beskedet om att hon inte skulle få fortsätta arbeta på gården kom i nära tidsmässigt samband med att kvinnan berättat om missfallet för sin arbetsgivare. Diskriminering konstaterades, även om det enligt Arbetsdomstolen också framgick att beslutet att inte anställa kvinnan, i betydande utsträckning berodde på att hon inte ansågs vara rätt person för arbetet. Det kan dock vara fråga om diskriminering även om diskrimineringsgrunden endast är en av flera orsaker till ett missgynnande, och eftersom det fanns inspelade samtal där arbetsgivaren uttalade att det skulle bli svårt att anställa kvinnan om hon planerade att bli gravid kunde ett samband med diskrimineringsgrunden konstateras. Vid ersättningsbestämningen beaktades dock att graviditeten *inte varit den enda orsaken* till missgynnandet, då arbetsgivaren hade framhållit att kvinnan saknade arbetskapacitet att ensam utföra arbetet som djurskötare. Arbetsdomstolen beaktade även att arbetsgivaren agerat på inrådan av en representant för arbetsförmedlingen, och sammantaget framhöll Arbetsdomstolen omständigheterna i samband med arbetsgivarens agerande som särpräglade och ett förhållandevis lågt ersättningsbelopp på 30 000 kr utdömdes.

Sistnämnda belopp kan jämföras med det utdömda beloppet i *AD 2015 nr 72* (den gravida chauffören). En gravid kvinna hade diskriminerats genom att inte erbjudas anställning som chaufför hos ett transportföretag som övertagit uppdrag från den tidigare arbetsgivaren. Merparten av de övriga anställda hade erbjudits anställning hos det övertagande företaget och kvinnans graviditet ansågs vara *den avgörande orsaken* till att just hon inte fått samma erbjudande. Diskrimineringsgrundens avgörande betydelse, sammantaget med san-

¹⁹ Se AD 2015 nr 51 och AD 2018 nr 51.

²⁰ Se prop. 2007/08:95 s. 398.

nolikheten att hon hade fått anställningen om hon inte varit gravid, ledde till ett ersättningsbelopp på 75 000 kr – alltså mer än det dubbla jämfört med AD 2011 nr 2 (den gravida djurskötaren) där det även funnits andra orsaker.

3.3 Flera diskriminerande moment respektive samtidiga överträdelser av annan arbetsrättslig lagstiftning

Diskriminering kan förekomma i alla skeden av ett ansökningsförfarande och anställningsförhållande, och ansvaret är långtgående för arbetsgivaren.²¹ Frågan om hur förekomsten av *diskriminering i flera moment i en anställningsprocess* ska inverka på ersättningsbeloppet har fått delvis olika svar i praxis, där man möjligen kan notera en skiftning i Arbetsdomstolens hänsynstaganden. I *AD 2010 nr 91* hade en kvinna åldersdiskriminerats, dels genom att inte kallas till intervju, dels genom att inte erbjudas anställning. I det fallet betonade Arbetsdomstolen att överträdelserna inte kunde hållas åtskilda på ett meningsfullt sätt, utan att den omedelbara innebörden för den diskriminerade skulle vara avgörande för diskrimineringsersättningens storlek. Den omedelbara innebörden var att kvinnan inte hade möjlighet att komma i fråga för anställning. Det slutliga ersättningsbeloppet bestämdes till 75 000 kr, med beaktande av de preventiva aspekterna.

Den nyss nämnda situationen kan skiljas från när det är fråga om *upprepad diskriminering vid flera separata tillfällen*, såsom i *AD 2018 nr 42* (sysselsättningskravet). En kvinna med funktionsnedsättning och nedsatt arbetsförmåga hade vid tre tillfällen blivit indirekt diskriminerad genom att uteslutas ur rekryteringsprocessen i enlighet med ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning som arbetsgivaren uppställt. För detta utgavs 110 000 kr i diskrimineringsersättning, varav 40 000 kr för ett av tillfällena och 70 000 kr gemensamt för två tidigare tillfällen.²² Den upprepade diskrimineringen beaktades således i hög grad, och det kan konstateras att Arbetsdomstolen i detta fall lägger stor vikt

²¹ Se 2 kap. 1 § DiskL; prop. 2007/08:95 s. 138.

²² I detta fall har således Arbetsdomstolen hållit sig inom sin tidigare praxis i situationer där det inte rört sig om ett anställningsbeslut eller en tillsvidareanställning, utan om den diskriminerade kvinnans möjlighet att delta i en uthyrningspool som i sin tur skulle kunna leda till behovsanställningar.

vid faktorer som i förarbetena ansetts vara skäl till högre ersättningsbelopp i syfte att motverka diskriminering. Preventionstanken får ett genomslag genom att varje händelse värderas för sig, och att det slutliga beloppet inte reduceras genom någon sorts mängdrabatt.

En annan faktor som påverkar det totala ersättningsbeloppet, och därigenom även diskrimineringsersättningen, är om det *samtidigt förekommit överträdelser av annan lagstiftning* som påfordrar allmänt skadestånd. Ett exempel på ett sådant fall är *AD 2015 nr 12* (den gravida frisören) där det utdömdes 120 000 kr för överträdelser av anställningsskyddslagen, diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen. En gravid kvinna hade blivit uppsagd från sitt arbete på en frisersalong, och Arbetsdomstolen kom fram till att skälet därtill hade samband med hennes graviditet. Det fanns därmed ingen saklig grund för uppsägning, samtidigt som beslutet att säga upp kvinnan ifråga var i strid med både föräldraledighetslagens och diskrimineringslagens förbud. Beloppet delades inte upp för respektive lagöverträdelse. Liksom i andra fall där den negativa effekten för den enskilde består i förlust av anställning kunde det förväntas ett relativt högt ersättningsbelopp. Den samtidiga överträdelsen av anställningsskyddslagen har, vilket även framgår av ovan nämnda *AD 2011 nr 37* (den åldersdiskriminerande avtalsturlistan), en stor inverkan på beloppet.

3.4 De preventiva aspekterna

I det ovanstående har det noterats att Arbetsdomstolen beaktar diskrimineringsersättningens preventiva syfte genom att nämna att ersättningen bestämts med "hänsyn till de preventiva aspekterna". Arbetsdomstolen har alltså, till skillnad från Högsta domstolen (vilket beskrivs nedan) inte infört något konkret utformat preventionspåslag utan använder sig av en mer generell formulering om preventionens inverkan.

Det finns skäl till den generella och oprecisa formuleringen, mot bakgrund av Arbetsdomstolens tradition av att inte gå in i detaljredogörelser vid ersättningsbestämningen – särskilt gällande allmänna skadestånd. Det finns dock också skäl att ställa sig frågan om "de preventiva aspekterna" är ett *inslag* i det som redan har beaktats, eller ett *påslag* som tillkommer därutöver. Ett exempel är det ovan nämnda *AD 2015 nr 44* (forskningsstödet) där ett lågt ersättningsbelopp utgavs,

på grund av omständigheter kring handlingen. Skulle beloppet ha varit ännu lägre om det inte vore för beaktandet av preventionssyftet, eller har frånvaron av omständigheter som anses motivera prevention föranlett det låga beloppet?

I AD 2018 nr 42 (sysselsättningskravet) kan det noteras att Arbetsdomstolen inte nämner de preventiva aspekterna, utan på ett tydligt sätt redogör för hur det faktum att diskrimineringen varit upprepade gånger påverkar ersättningsbeloppet. Den mer svepande hänvisningen till preventiva aspekter, ersätts alltså i AD 2018 nr 42 med en konkretisering av vilket typ av beteende som ska motverkas. Varje diskriminering ersätts, och det totala beloppet blir ett av de högsta belopp som utdömts i diskrimineringssammanhang.

4 Utblick

4.1 Diskrimineringsersättningen som gemensamt problem – AD och HD i interaktion?

Preventionshänsyn i arbetsrättsliga sammanhang är, som sagt, inte något nytt. I relation till den allmänna skadeståndsrätten har däremot införandet av ersättningsformen och särskilt dess betonade avskräckande syfte varit främmande och utmanande. Den tanke om skadeståndets huvudsakliga funktion, som reparation av en liden skada, har med tydlighet frångåtts.²³ Även för icke-ekonomiska skadestånd – däribland diskrimineringsersättningen – anses värdet av identifiering av ersättningsposter och bedömningsgrunder för en normstyrd rättstillämpning (ersättningsbestämningen inkluderad) vara stort.²⁴

²³ Angående skadeståndets reparativa funktion se B. Bengtsson & E. Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar (2018) s. 22 f.; J. Hellner & M. Radetzki, Skadeståndsrätt (2018) s. 36 f. Jfr M. Schultz, Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation (2007) s. 111 f., om de förändringar som diskrimineringslagarna medför för synen på skadeståndsrättens funktioner. Se vidare H. Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer Bok I (2013) s. 45 ff., som betonar samspelet mellan skadeståndets många divergerande och delvis motstridiga funktioner.

²⁴ Se B. Bengtsson & E. Strömbäck, Skadeståndslagen: en kommentar (2018); NJA 2014 s. 499 I p. 34.

I *NJA 2014 s. 499 I och II* (bussfallet respektive vårdcentralsfallet), utvecklar Högsta domstolen en modell för diskrimineringsersättningens bestämmande.²⁵ I det första fallet hanterade Högsta domstolen ersättningens dubbla syfte genom att dela in ersättningen i två komponenter; en upprättelseersättning och ett preventionspåslag.²⁶ Upprättelseersättningen ska bestämmas i enlighet med ersättningsbestämningen vid kränkning enligt 2 kap. 3 § skadeståndslagen (SkL), och baseras på en bedömning av gärningens allvar. Preventionspåslaget ska anknyta till det belopp som nyss nämnda värdering av kränkningen leder till, och utgöras av ett motsvarande belopp – dvs. en dubbling av upprättelseersättningen. Utgångspunkten är graden av klander i gärningen, bestämt med ledning av gärningens allvar.

Arbetsdomstolen har uppmärksammat Högsta domstolens uppdelning i flera fall,²⁷ men som sagt inte anammat modellen för ersättningsbestämning. Istället har Arbetsdomstolen tagit hänsyn till det dubbla syftet med ersättningen genom att beakta ”de preventiva aspekterna.”²⁸ Här bör det även tilläggas att Arbetsdomstolen i många fall har att bestämma en ersättning inte bara utifrån en överträdelse av diskrimineringslagstiftningen, utan även andra kränkningar av arbetsrättslig lagstiftning såsom anställningsskyddslagen eller föräldraledighetslagen. Diskrimineringen ersätts, ofta som ett sammanslaget belopp, tillsammans med det allmänna skadeståndet.²⁹ Jämförelser

²⁵ Det första fallet handlade om ett utländskt par som blivit trakasserade på grund av sin etnicitet av chauffören under en bussresa. Det andra fallet handlar om en homosexuell kvinna som blivit hänvisad till en specialmottagning då hon sökte vård i samband med en fertilitetsutredning, och genom denna hänvisning även blev nekad vård på den vanliga vårdcentralen.

²⁶ Se vidare H. Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer bok III (2017) s. 900 ff., 961 ff. och 979 ff., som belyser hur ersättningsbestämningen kan nyanseras utifrån upprättelse- respektive preventionshänsyn inom varje led i prövningen av beloppens storlek (som enligt Andersson består av: (1) en typiserad ersättning, (2) individuella hänsyn och (3) jämkning).

²⁷ Se AD 2014 nr 19, AD 2015 nr 44 och AD 2015 nr 51.

²⁸ Jfr S. Fransson, Preventionspåslag och upprättelseersättning – nya konstruktioner av ersättning i diskrimineringsvister, i Festskrift till Evju (2016) s. 233.

²⁹ Se vidare L. Carlson, Discrimination Damages – Promoting or Preventing Access to Justice? (2017), i festskrift till Numhauser-Henning s. 136 ff., med redogörelser

mellan diskrimineringsersättningens storlek i olika situationer samt mellan diskrimineringsersättning och allmänt skadestånd vid andra överträdelser, präglas av denna brist på tydliga uppdelningar i olika ersättningsposter.

Detta har föranlett kritik i doktrinen, med uttryckta önskemål om att Arbetsdomstolen ska vara tydligare med åtminstone vilken del av beloppet som hänför sig till vilken lagöverträdelse. Ett skäl därtill skulle vara att det möjliggör jämförelser mellan olika diskriminerings-situationer, på olika områden, samt att det i högre grad går att utvärdera utvecklingen av diskrimineringsersättningens storlek över tid.³⁰ Samtidigt har de särskilda situationer som uppstår i arbetslivet, men inte på andra områden, framförts som ett skäl till att olikheter mellan de två högsta instanserna även fortsättningsvis kommer att existera.³¹

Det kan också tilläggas att eventuella ekonomiska förluster vid diskriminering kan ersättas enligt 5 kap. 1 § st. 2 DiskL, i vissa angivna situationer, exempelvis för utebliven lön eller uteblivna inkomster vid diskriminerande uppsägningar. Däremot kan ekonomisk ersättning inte utges i samband med diskriminering vid tjänstetillsättning eller befordran, utan då är den ideella diskrimineringsersättningen den enda tillgängliga skadeståndspåföljden.

Eftersom, vilket beskrivits ovan, diskrimineringslagstiftningen är avsedd att tillämpas på ett enhetligt sätt, och diskrimineringsersättningen är en del av lagens genomförande, uppmanas de två högsta instanserna till någon form av kommunikation. Med det sagt är det dock, med anledning av olikheterna på områdena, inte möjligt eller rimligt att i alla lägen jämföra ersättningsbelopp eller omständigheter med varandra. Interaktionen mellan de två högsta instanserna aktualiserar även mer övergripande frågor om huruvida Arbetsdomstolen bör eller måste

för hur Arbetsdomstolen dömt ut sådana ”hybrid awards” i ett flertal av de fall som avgjorts sedan den nya ersättningsbestämmelsen infördes.

³⁰ Se S. Fransson, *Preventionspåslag och upprättelseersättning – nya konstruktioner av ersättning i diskrimineringsvister*, i *Festskrift till Evju* (2016) s. 234; S. Hellborg, *Diskrimineringsansvar – en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering* (2018) s. 371 f.

³¹ Se K. Källström & J. Malmberg, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten* (2016) s. 106.

följa den ersättningspraxis som utvecklats av Högsta domstolen.³² Eller tvärtom, om det är befogat av Högsta domstolen att ta ledning av Arbetsdomstolens avgöranden i diskrimineringsmål – något som ännu inte skett. Frågan kan ses i en vidare kontext, utifrån frågan om kompetensfördelningen mellan Arbetsdomstolen och Högsta domstolen, som bland annat aktualiserats i samband med att Högsta domstolen i NJA 2015 s. 899 funnit sig behörig att pröva tillåtligheten av stridsåtgärder.

Ur ett *arbetsrättsligt* eller *skadeståndsrättsligt* perspektiv kan utvecklingslinjerna i fråga om diskrimineringsersättning dras parallellt med varandra inom respektive område. Ur ett *diskrimineringsrättsligt* perspektiv, med hänsyn till lagstiftningens bakomliggande syfte och blandade bakgrund, är dock dessa utvecklingslinjer sammanflätade med varandra. Likheter och skillnader mellan diskrimineringsprövningens utfall i olika forum förtjänar därför att belysas, vilket kommer att ske i det följande jämförande avsnittet.

4.2 Jämförelser med ersättningsbeloppen på andra förbudsområden

Med samma brasklapp som avseende jämförelser mellan olika fall bedömda i Arbetsdomstolen, dvs. att jämförelser kan vara vanskliga beroende på olikheterna i fallen, ska en utblick göras till andra förbudsområden för en reflektion över helhetsbilden av ersättningsbestämmelsens tillämpning. Några utförligare beskrivningar av fallen kommer inte att göras, utan syftet är att ge en bild av ersättningsnivåerna genom nedslag i Högsta domstolens och underrätternas praxis.

Generellt kan det sägas att effekterna av diskriminering är olika på olika områden; det har bedömts som värre och mer livsingripande att gå miste om att hyra en bostad än att gå miste om ett krogbesök. I de sistnämnda fallen, dvs. *krogdiskriminering*, har det utvecklats en praxis

³² Se vidare N. Selberg & E. Sjödin, Stridsåtgärder i Högsta domstolen, JT 2016–17 s. 906–937, som med anledning av NJA 2015 s. 899 argumenterar för att bedömningen av stridsåtgärders tillåtlighet är en fråga som omfattas av Arbetsdomstolens kompetens och behörighet och därför inte bör prövas av Högsta domstolen. För reaktioner på nyss nämnda artikel, vad avser forumfrågan, se J. Kleineman, Om uppkomsten av allmänna skadeståndsrättsliga principer – exemplet contra bonos mores som dolusprincip i svensk rätt, i Festskrift till Lindskog (2018) s. 393 ff.

där 15 000 kr kan ses som en form av standardbelopp. I fall av *bostadsdiskriminering* genom nekad hyra, högre hyressättning och särbehandling vid besiktning av bostad, har beloppen varierat mellan 8 000 och 30 000 kr. Det högre beloppet, som alltså är i samma storleksgrad som Arbetsdomstolens lägsta nivåer, avsåg diskriminering vid uthyrning av bostad på grund av etnicitet.

I samband med diskriminering vid antagning till *utbildning* har nivåerna varit mer påtagligt lika de utgivna beloppen i arbetslivet; när det kunnat konstateras en förlust av utbildningsplats har 75 000 kr utgetts, medan ett lägre belopp på 35 000 kr utgetts i fall där det inte varit säkert att den diskriminerade hade erhållit platsen.³³ Det kan alltså, även om beloppen i dessa fall utgavs enligt tidigare reglering, noteras att dessa följer samma nivåskillnader som i fall av avbrutna rekryteringsförfaranden respektive mer säkra fall av förlust av anställning.

En särskild situation som bedömts och ersatts inom utbildningsområdet är en överträdelse av förbudet mot *bristande tillgänglighet*. Överträdelsen i fallet bestod bland annat av att en skola underlåtit att installera de rullstolsramper och andra hjälpmedel som en pojke med funktionsnedsättning behövde i sin vardag. Enbart det obehag och oro som pojken upplevt genom kränkningen ersattes i fallet, och det kan tänkas situationer (exempelvis i arbetslivet) där underlåtenhet att vidta tillgänglighetsåtgärder leder till mer ingripande konsekvenser för den som drabbas – vilket torde föranleda högre ersättningsnivåer.

Det finns även situationer där än högre belopp utdömts. Ett fall som sticker ut beloppsmässigt rör förbudet mot diskriminering inom *socialtjänsten*. I RH 2014:20 hade ett föräldrapar fråntagits vårdnaden om sin nyfödde son baserat på en bristfällig utredning om deras föräldraförmåga, med generella antaganden om framför allt moderns funktionsnedsättning. Det höga ersättningsbeloppet, 150 000 kr, motiverades med vikten av korrekt hantering av ärenden som innefattar myndighetsutövning samt de stora och oersättliga förlusterna för familjen.

På vissa områden ligger konsekvenserna för den enskilde nära vad som brukar förekomma i arbetslivet, varför jämförelser är av intresse. I ett hovrättsfall från 2017 hade en man fått sin anvisning till jobb- och utvecklingsgarantin återkallad av arbetsförmedlingen, sedan han av re-

³³ Se NJA 2006 s. 683 respektive RH 2009:90.

ligiösa skäl underlåtit att medverka till att en anställningsintervju kom till stånd.³⁴ Mannen fick 60 000 kr i ersättning, bland annat motiverat av att konsekvenserna varat under en inte obetydlig tid. Ersättningsbeloppet ligger mellan de ersättningsbelopp som utgetts vid diskriminerande uppsägning och avbrutna rekryteringsförfaranden, vilket med anledning av arbetsförmedlingen särskilda ställning i fallet kan tyckas motiverat. I ett annat fall utdömdes 100 000 kr till en man som på grund av sin funktionsnedsättning diskriminerats genom att inte få en individuell prövning i ett dispensärende.³⁵ Konsekvenserna av det var att mannen inte längre kunde utöva sitt yrke som lokförare, varför en jämförelse med Arbetsdomstolens praxis visar att beloppet ligger nära de fall där samtidiga överträdelser av anställningsskyddslagen ersatts med en klumpsumma tillsammans med diskrimineringsersättningen.

5 Iakttagelser

Utifrån de ovan nämnda fallen kan ett antal faktorer som Arbetsdomstolen lägger vikt vid utläsas; effekterna av agerandet, anställningsformen (tillsvidare eller tidsbegränsad) och arbetsgivarens avsikt med agerandet. Innan ytterligare analys tar vid, kan det återigen framhållas att det ofta är svårt att göra jämförelser mellan olika ersättningsbelopp då situationerna varierar. Alla fall är unika. Kombinationen av effekten för den enskilde, vad denne går miste om, hur säker förlusten är samt hur den diskriminerande agerat är vad som slutligen avgjort beloppens storlek. Och, som sagt, är det sällan Arbetsdomstolen hänför en viss omständighet till en viss del av ersättningsbeloppet. Däremot går det att göra några generella iakttagelser.

En iakttagelse är att *omständigheter som inte spelar någon roll vid ansvarsprövningen*, dvs. om det överhuvudtaget föreligger någon diskriminering, *kan få betydelse vid ersättningsbestämningen*. Så skedde i de nämnda fallen av graviditetsdiskriminering, där ansvar inte kunde undgå eftersom arbetsgivaren agerat på ett sätt som visade att det

³⁴ Se Svea HovR, dom 2017-03-22 i mål nr T 777-16. Det förbud som var aktuellt var 2 kap. 9 § DiskL, med förbud mot diskriminering vid arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag.

³⁵ Se Norrköpings TR, dom 2014-04-09 i mål nr T 1003-13.

fanns ett samband med graviditeten – även om det samtidigt fanns andra skäl till att inte anställa; såsom bristande personlig lämplighet i form av otillräcklig arbetskapacitet. Arbetsdomstolen har i de fallen tagit hänsyn till förekomsten av andra faktorer. Detta kan naturligtvis diskuteras; ska ersättningsbestämningen inkludera även dessa andra omständigheter? Är det inte diskrimineringen i sig som ska bedömas? Emot det kan anföras att just förekomsten av andra orsaker kan innebära att konsekvensen likväl hade uppstått, oberoende av graviditeten, vilket innebär att förlusten inte kan konstateras vara lika stor som vid ageranden uteslutande beroende på diskrimineringsgrunden – som i AD 2015 nr 72 (den gravida chauffören), där kvinnan dessutom antogs med stor sannolikhet ha fått tjänsten om det inte varit för hennes tillstånd.

Det sagda kan vara en följd av att *ansvarsprövningen är fokuserad vid överträdelsen* av förbuden, och mindre fokus läggs vid den som utsatts eller andra faktorer som inverkat på den effekt som uppstått; kollektivet är viktigare än individen – vilket också följer av lagens syfte i någon mening.³⁶ När ersättningen ska bestämmas är dock effekterna för den enskilde av stor vikt: *Ersättningsbestämningen är individ- och effektfokuserad*, då det åtminstone som utgångspunkt tycks vara de realiserade effekterna för den enskilde som avgör ersättningsbeloppet. Vad den enskilde gått miste om, eller har riskerat att gå miste om, är något som Arbetsdomstolen tagit stor hänsyn till. En intressant effekt av det sagda är att preventionssyftet – som i högre grad tar sikte på handlingen – riskerar att motverkas av det vid ersättningsbestämningen betonade kompensationssyftet.

En annan iakttagelse kan göras, som rör *variationen i beloppsnivåerna*. Av de fall som analyserats i det ovanstående förefaller det finnas fyra huvudsakliga nivåer: De tydligaste schabloniserade beloppen är 50 000 kr (sex av sjutton fall) respektive 75 000 kr (fyra av sjutton fall), jämte vilka lägre ersättningsbelopp utgetts i särpräglade situationer, och högre när det rört sig om upprepad diskriminering. I de fall 75 000 kr har utgetts, är den gemensamma nämnaren att samtliga

³⁶ Se vidare S. Hellborg, *Diskrimineringsansvar – en civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering* (2018) s. 480 ff. och 484 ff.

de fallen lett till relativt säkra och långtgående negativa konsekvenser för den diskriminerade: uppsägning respektive utebliven anställning med diskrimineringsgrunden som avgörande faktor. I de fall där ersättningen landat på högre belopp, 110 000 till 125 000, har det varit fråga om samtidiga överträdelser av andra arbetsrättsliga lagar och således inte en "renodlad" diskrimineringsersättning. Ett undantag är AD 2018 nr 42 (sysselsättningskravet), där det höga beloppet berodde på upprepade diskriminerande handlingar, vilket särskiljer det fallet. En försiktig iakttagelse (försiktig med anledning av att den baserar sig på ett enstaka fall) är att Arbetsdomstolen frångått en svepande hänvisning till de preventiva aspekterna för en mer konkretiserad ersättningsbestämning. Av de tidigare reaktionerna i doktrinen att döma är en sådan utveckling välkommen.³⁷

Sammanfattningsvis tycks det finnas relativt tydliga standardsummor som utdöms vid diskriminering, med visst utrymme för ned- och uppjustering (även om särskilt högre belopp är svåranalyserade med anledning av sammanslagningen med allmänt skadestånd). Det finns fördelar med standardbelopp eller schabloner, vilket är särskilt framträdande när det gäller ersättning för skador som inte går att mäta i pengar. Strävan efter nyansering och hänsyn till alla aspekter kan göra processen ineffektiv och krånglig, i betydligt högre grad än fördelarna med att försöka uppnå exakthet i något som ändå inte är mätbart.

Däremot finns i ovan nämnda fall exempel på situationer där diskrimineringen lett till förluster, vilka inte beaktats vid ersättningsbestämningen. När en arbetstagare av rädsla för att utsättas för ytterligare kränkningar sjukskriver sig eller säger upp sig från sitt arbete, finns det mot bakgrund av det ovan sagda skäl att överväga jämförelser med ersättningsbeloppen då det diskriminerande agerandet bestått i en uppsägning. Och även om det inte går att utläsa krav på högre ersättningsnivåer generellt i de EU-rättsliga källorna, ger EU-domstolens praxis tydligt uttryck för en grundprincip: *En effektiv ersättning ska åtminstone kompensera den skada som inträffat*. Argument för högre ersättningsnivåer behöver således inte (enbart) hämtas ur abstrakt formulerade idéer om effektivitet eller prevention.

³⁷ Jfr avsnitt 4.1 ovan.