

FESTSKRIFT
TILL
ÖRJAN
EDSTRÖM

Skrifter från juridiska institutionen
vid Umeå universitet / Nr 41

Skrifter från Juridiska institutionen
vid Umeå universitet

Nr 41



UMEÅ UNIVERSITET





UMEÅ UNIVERSITET

Festskrift till Örjan Edström

Juridiska institutionen
Umeå 2019

Ett stort tack till

Amanda Musco Eklund

för all hjälp med festskriften

© Författaren 2019

This work is protected by the Swedish Copyright Legislation (Act 1960:729)

ISSN: 1404-9198

ISBN: 978-91-7855-078-4

Ev. info om Omslag/sättning/omslagsbild:

Elektronisk version tillgänglig på <http://umu.diva-portal.org/>

Tryck/Printed by: Cityprint i Norr AB

Umeå, Sverige 2019

Förord

Professor Örjan Edström är en mycket uppskattad och omtyckt kollega vid Juridiska institutionen, Umeå universitet. Vi, och många med oss, har haft förmånen att både som doktorander och sedermera kolleger diskutera teorier och metoder med honom. Otaliga är de seminarier, internat och forskningsmöten där Örjan på ett förtjänstfullt och mycket varsamt sätt lyft fram olika metodologiska och teoretiska aspekter på ofärdiga – och möjligen också ogenomtänkta – forskningsidéer och utkast. Insiktsfullt, och med ansvar för både forskare och miljö, har Örjan lyckats förmedla kritik, såväl positiv som negativ, på ett sätt som stärkt enskilda och gruppen. Örjan är också den som i slutet av doktorandernas studier kan ge konstruktiv och utvecklande kritik som hjälper doktorander att slutföra sina projekt.

Örjan inleddes sin bana vid institutionen år 1988 genom en anställning som universitetsadjunkt, för att kort därefter påbörja sina forskarstudier. Han disputerade år 1994, och arbetade sedan under ett flertal år som forskare och lärare vid institutionen. År 2001 blev han docent och år 2003 tillträdde han som professor.

Sedan snart 20 år tillbaka leder Örjan det ämnesöverskridande forskningstemat Rätten, arbetsmarknaden och välfärden vid institutionen. Inom ramen för forskningstemat står den kollektiva och individuella arbetsrätten, tillsammans med välfärdsfrågor kopplade till arbetsmarknad och socialförsäkring, i fokus. För Örjans del har analyser utifrån internationaliseringen inom området, inte minst till följd av EU-rättens inverkan på frågor om likabehandling och fri rörlighet, varit framträdande. Och hans forskning har bland annat medfört att han verkat som nationell expert med uppdrag från EU-kommissionen under ett flertal år. Trots intresset för EU-rättens utmaningar för svensk arbetsrätt, står Örjan dock fast förankrad i de nationella arbetsrättsliga diskussionerna. Det märks inte minst i ett nyligen utarbetat remissyttrande på ett förslag om inskränkt strejkrätt, där Örjan tillsammans med kollegor inom forskningstemat ställt sig kritisk till förslaget och dess konsekvenser. Förutom arbetet med forskning vid Juridiska institutionen är Örjan också aktiv i ett nationellt arbetsrättsligt nätverk, inom vilket han under flera år publicerat forskningsresultat och rättsliga analyser. Han har även fungerat som styrelseledamot i forskningsrådet Forte.

Det är emellertid inte endast inom forskningen som Örjan lämnar avtryck. Under åren 2001–2004 var han en uppskattad prefekt vid institutionen. Efter avslutad prefektperiod, fortsatte Örjan att bidra till såväl Juridiska institutionen som den samhällsvetenskapliga fakulteten, genom att han bland annat varit ordförande för

institutionens forskningsutskott och forskarutbildningsansvarig, samt ledamot i fakultetens anställningskommitté för professorer och docenter. Örjan är också en mycket omtyckt lärare, och under många år var han kursansvarig för termin nio på juristprogrammet, där han ansvarat för både den inledande metodkursen och ett genomgripande arbete med att höja kvaliteten på studenternas examensarbeten. Han har även varit starkt bidragande till inrättandet av magisterprogrammet i arbetsrätt vid Umeå universitet, som är en både välsökt och omtyckt utbildning.

Det är aldrig lätt att ge en rättvisande bild av en kollega som både bidragit inom samtliga centrala områden för ett universitet – forskning, utbildning och samverkan – och varit en högt värderad arbetskamrat. Genom den här festskriften vill dock såväl medarbetarna vid Juridiska institutionen som andra kollegor och vänner visa sin uppskattning för Örjan, med förhoppning om hans fortsatta medverkan i forskning och utbildning under många år framöver.

Umeå den 29 april 2019

Ruth Mannelqvist

Staffan Ingmanson

Carin Ulander-Wänman

Innehållsförteckning

Förord	5
Innehållsförteckning	7
KERSTIN AHLBERG	
<i>Fackligt veto vid offentlig upphandling – funkar det?</i>	11
PER BERGLING	
<i>Historiska massövergrepp: Att tala är silver, att tiga är guld?</i>	21
NIKLAS BRUUN	
<i>Information och samråd vid kollektiva uppsägningar inom EU – reflektioner kring rättsutvecklingen</i>	39
CATHARINA CALLEMAN	
<i>När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?</i>	55
LAURA CARLSSON	
<i>Rethinking Equal Pay in Sweden In Light of the Transparency Approaches in the UK and Iceland</i>	77
MATTIAS DERLÉN & JOHAN LINDHOLM	
<i>What Happened to the Revolution? One Decade with Trailers and MEQRs</i>	91
SUSANNE FRANSSON & EBERHARD STÜBER	
<i>Nya metoder för jämställda löner – insyn, rapportering och certifiering</i>	109
GÖREL GRANSTRÖM	
<i>Hur fungerar hatbrottslagstiftningen?: En omöjlig forskningsfråga</i>	123
PÄR HALLSTRÖM	
<i>Klausuler för mänskliga rättigheter i EU:s avtal med tredje länder</i>	135
PETRA HERZFELD OLSSON	
<i>Något om betydelsen av anställningsvillkor i utlänningslagens mening</i>	149

MATTIAS HJERTSTEDT	
<i>Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: Om innehållet i metodavsnitt vid användningen av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt</i>	165
FANNY HOLM	
<i>Om den internationella straffrättens ändamål i Sverige</i>	175
JOHAN HOLM	
<i>Ingen eld utan rök: Brandmäns arbetsförmåga och arbetsgivarens skyldighet till arbetsanpassning</i>	193
HÅKAN HYDÉN	
<i>Arbetsrätt på pappret och i verkligheten - några reflektioner och exempel</i>	205
ANDREAS INGHAMMAR	
<i>Komparativ arbetsrätt – långt borta, men ändå nära</i>	225
STAFFAN INGMANSON	
<i>Vad hände med unionsmedborgarskapet?</i>	243
JENNY JULÉN VOTINIUS	
<i>Kollektivavtal i ett längre arbetsliv</i>	259
LENA LANDSTRÖM & KAJSA HENNING MÄKI	
<i>Slumpmässiga arbetsplatsinspektioner: Fler ”verktyg” i Polisens låda – utan rättslig kontroll</i>	275
JAN LEIDÖ	
<i>Lex mercatoria, PICC och självreferensens paradox</i>	293
TOM MADELL & HANS SUNDBERG	
<i>Det är ingen annans fell: Några anteckningar om ett avgörande från Högsta domstolen</i>	317
JONAS MALMBERG	
<i>Några anteckningar om begreppet arbetsolycksfall</i>	329
RUTH MANNELQVIST	
<i>Kraven på läkarintyg för sjukpenning: En lagstridig begränsning av den allmänna sjukförsäkringen?</i>	337

BERNARD JOHANN MULDER	
<i>Arbetstagarinflytande i Norge och i Sverige</i>	345
ANN NUMHAUSER-HENNING	
<i>Sexuella trakasserier – hederskränkning eller diskriminering?: En kommentar i #metoo uppropets kölvatten</i>	361
BIRGITTA NYSTRÖM	
<i>Sambällsfarliga konflikter i svensk arbetsrätt</i>	373
MIA RÖNNMAR	
<i>Akademiska karriärvägar och arbetsrätt</i>	387
CLAES SANDGREN	
<i>Ekonomisk belöning som incitament för visselblåsare?</i>	405
EVA SCHÖMER & LINNÉA OLSSON	
<i>Arbetstagares villkor i skymundan vid upphandling av sociala välfärdstjänster</i>	417
NIKLAS SELBERG	
<i>God fackföreningsled?: Något om fackföreningarnas uppgifter, intern föreningsrätt och organiserade arbetstagares rättsliga ställning vis-à-vis sin arbetstagarorganisation</i>	435
ERIK SJÖDIN	
<i>EU-rättsligt arbetstagarinflytande och genomförandestrategier i medbestämmandelagen</i>	457
MARIA STEINBERG	
<i>Employees' rights to influence the work environment and some challenges</i>	469
CARIN ULANDER-WÄNMAN	
<i>The Swedish occupational pension scheme ITP2 can be discriminatory on elderly workers</i>	485
SÖREN ÖMAN	
<i>Statsanställdas förtroendeskadliga bisysslor</i>	501

Fackligt veto vid offentlig upphandling – funkar det?

KERSTIN AHLBERG¹

1 Inledning

I takt med att offentlig verksamhet i allt större utsträckning läggs ut på privata utförare har de fackliga organisationernas intresse av att förhindra att konkurrensen om de offentliga kontrakten sker på arbetstagarnas bekostnad blivit allt mer uttalat.² Genom inflytandereglerna i medbestämmandelagen,³ MBL, och arbetsmiljölagen,⁴ AML, har lokala fackliga företrädare i stat, kommuner och landsting en möjlighet att få ett ord med i laget när arbetsgivaren planerar upphandlingar som kan få betydelse för de egna medlemmarnas arbets- och anställningsvillkor. Det ger dem också möjligheter att bevaka villkoren för de anställda hos den leverantör som till sist tilldelas kontraktet.

I 38–40 §§ MBL finns några regler som kan tyckas ha särskild betydelse i sammanhanget. Det är reglerna om entreprenadförhandlingar och fackligt veto, som ytterst ger den fackliga organisationen möjlighet att hindra arbetsgivaren från att anlita en ”oseriös” leverantör.

I den här artikeln argumenterar jag för att denna vetorätt är i stort sett oanvändbar i samband med upphandling. Upphandlingslagarna innehåller dock regler om uteslutning av leverantörer och förkastande av onormalt låga anbud som kan tjäna samma syften som vetorätten och som tycks vara enklare att använda.⁵

¹ Jur.dr. h.c., föreståndare för Institutet för social civilrätt, Stockholms universitet.

² Exempelvis har Offentliganställdas förhandlingsråd (OFR) i början av 2019 tagit fram en handbok som ska uppmontra medlemsförbundens lokala fackliga företrädare att utnyttja de möjligheter till inflytande över upphandlingarna som arbetsrätten ger.

³ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

⁴ Arbetsmiljölagen (1977:1160).

⁵ Sedan 2016 gäller lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Jag kommer enbart att referera till LOU; i de avseenden som den här artikeln behandlar innehåller de likadana regler.

2 Vetorätten ”sista chansen”

Först finns det emellertid anledning att påpeka att MBL:s entreprenadregler och LOU:s bestämmelser om uteslutning av leverantörer och förkastande av onormalt låga anbud inte kommer in förrän i slutstadiet i upphandlingen. De är, så att säga, sista chansen att sortera bort oseriösa leverantörer. Redan i förfrågningsunderlaget kan man försöka göra klart att det inte är någon idé för sådana att ens lämna in anbud. Det gör man till exempel genom att informera om vilka lagar och regler som leverantören måste följa, och ställa upp arbetsrättsliga kontraktsvillkor som leverantören blir tvungen att tillämpa.⁶ Sedan beskriver man på vilket sätt leverantören ska rapportera hur den uppfyller villkoren liksom hur myndigheten kommer att följa upp att detta, och till sist vilka sanktioner som gäller om leverantören bryter mot kontraktet.⁷ Om myndigheten tänker tillämpa någon av de uteslutningsgrunder i upphandlingslagarna som inte är obligatoriska utan fakultativa (jag återkommer till dem), ska också det stå i förfrågningsunderlaget.⁸

Det är alltså först när anbudstiden har löpt ut och anbudena öppnas som MBL:s entreprenadregler och LOU:s bestämmelser om uteslutning av leverantörer och anbud aktualiseras. Vad innebär då dessa?

3 MBL:s entreprenadregler

En kort repetition av vad 38–40 §§ MBL innebär:

När arbetsgivaren planerar att låta någon utföra arbete för ”hans” (som det heter i lagar från 1970-talet) räkning eller i hans verksamhet, utan att denne ska vara arbetstagare hos honom, ska arbetsgivaren enligt 38 § på eget initiativ förhandla med den fackliga organisationen, förutsatt att de har kollektivavtal med varandra för arbetet.⁹

Arbetsgivaren är då skyldig att lämna den information om det tilltänkta arbetet som den fackliga organisationen behöver för att kunna ta ställning ”i förhandlingsfrågan”. Och förhandlingsfrågan är ifall arbetsgivaren ska kunna anlita *en viss* entreprenör och eventuellt också på vilka villkor.¹⁰ Frågan om arbetet över

⁶ Sedan den 1 juni 2017 är upphandlande myndigheter i vissa fall skyldiga att kräva att leverantören ska ge dem som ska utföra arbetet under kontraktet lön, arbetstid och semester enligt riksavtalet för branschen. Det är fullt möjligt att ställa upp sådana kontraktsvillkor även när det inte är obligatoriskt.

⁷ Se t.ex. Osund konkurrens i offentlig upphandling Om lagöverträdelse som konkurrensmedel Konkurrensverkets rapportserie 2013:6 s. 40 ff.

⁸ A.a. s. 42.

⁹ Från regeln finns några undantag som är utan betydelse för den fråga som intresserar oss här.

¹⁰ Proposition 1975/76:105 Bilaga 1 med förslag till arbetsrättsreform m.m., s. 497 f, se också SOU 1982:60 MBL i utveckling, s. 175.

huvud taget ska läggas ut på entreprenad eller om det är lämpligare att bedriva det i egen regi hör inte hemma här. Det är en fråga för vanliga samverkansförhandlingar enligt 11 § eller 12 § som bör vara avklarade när entreprenadförhandlingarna blir aktuella. Syftet med den här förhandlingen är att komma fram till om det är en seriös entreprenör och kanske också om arbetsgivaren ska ställa några särskilda krav på den tilltänkta entreprenören för att kunna anlita denne. Ytterst är frågan om den fackliga organisationen har anledning att lägga in veto mot åtgärden enligt 39 § MBL, ifall arbetsgivaren inte låter sig övertygas av de fackliga argumenten?

Beslut om vetoförklaring kan enbart fattas av den centrala arbetstagarorganisationen. Förutsättningen är att den åtgärd som arbetsgivaren planerar ”kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde”. Det handlar alltså om att göra antaganden om något som kan komma att hända.

MBL 39 § innehåller dock en särskild begränsning av vetorätten vid offentlig upphandling. Vid offentlig upphandling får ett veto enbart grunda sig på någon av de grunder för uteslutning av leverantörer som är angivna i upphandlingslagarna, i LOU närmare bestämt i 13 kapitlet. Andra grunder för veto som kan tänkas vara tillåtna enligt 39 § kan alltså inte åberopas vid offentlig upphandling.

Om den fackliga organisationen sålunda har förklarat att arbetsgivarens planer kan antas att få sådana konsekvenser som nämns i 39 §, får arbetsgivaren inte genomföra dem. Förbudet gäller dock inte om organisationen har saknat fog för sin uppfattning, eller (i samband med upphandling) har grundat sin vetoförklaring på andra omständigheter än dem som anges i upphandlingslagarnas avsnitt om uteslutning av leverantörer.

Båda parter handlar under ett skadeståndsansvar som upprätthåller ett slags terrorbalans. Den fackliga organisationen kan bli skadeståndsskyldig om den genomdriver ett veto utan att ha fog för det, medan arbetsgivaren kan bli skadeståndsskyldig om den inte respekterar ett veto som är befogat.¹¹

4 Uteslutning av leverantörer och anbud enligt LOU

LOU innehåller dels regler om uteslutning av leverantörer, som alltså rör anbudsgivarna själva och deras vandel, dels regler om förkastande av anbud ifall de är onormalt låga. Bådadera kan tjäna samma syften som entreprenadreglerna i MBL, men ansvaret för att tillämpa dem ligger på den upphandlande myndigheten.

¹¹ AD 1978 nr 109 (Tipp & Kran) och AD 1979 nr 31 (Steamex).

4.1 Uteslutning av leverantörer

Reglerna om uteslutning av leverantörer finns i kapitel 13 LOU. I vissa fall är myndigheten skyldig att utesluta en leverantör, i andra fall är det frivilligt.

Obligatoriska uteslutningsgrunder är att leverantören, genom en lagakraftvunnen dom, är dömd för något av de allvarliga brott som räknas upp i 13 kap. 1 §. Det är framför allt ekonomiska brott, exempelvis sådana som innefattar organiserad brottslighet, mutbrott, vissa typer av bedrägerier, penningtvätt eller finansiering av terrorism, men också människohandel.

Det är också (i princip) obligatoriskt att utesluta en leverantör som inte har fullgjort sina skyldigheter att betala skatt eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, förutsatt att detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft. Det är dock inte nödvändigt att det finns något sådant lagakraftvunnet beslut för att leverantören ska kunna uteslutas. Det är möjligt att göra det också om myndigheten på "ett annat lämpligt sätt" kan visa att leverantören inte har fullgjort dessa skyldigheter.

Reservationen "i princip" ovan beror på att det i 13 kap. 5 § finns ett undantag. Om leverantören senare har betalat de skatter och socialförsäkringsavgifter som den var skyldig, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om att betala, ska leverantören inte uteslutas.

I 13 kap. 3 § räknas en lång rad omständigheter upp som kan leda till uteslutning av leverantörer, men där det inte är obligatoriskt. Myndigheten bestämmer alltså själv. Först på listan, och särskilt intressant ur facklig synvinkel, står att en leverantör kan uteslutas om myndigheten "kan visa" att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Innan myndigheten beslutar att utesluta en leverantör ska den ge leverantören tillfälle att yttra sig. Om denna då kan visa att den är tillförlitlig, exempelvis genom att den har ersatt de skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet eller vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra en upprepning, ska den inte uteslutas. När myndigheten bedömer om åtgärderna är tillräckliga ska den ta hänsyn till hur allvarligt brottet eller missförhållandet var och de särskilda omständigheterna kring dessa. Påföljden, det vill säga en uteslutning, ska alltså inte vara oproportionerlig i förhållande till vad leverantören har gjort sig skyldig till.

4.2 *Onormalt låga anbud*

Reglerna om onormalt låga anbud finns i kapitel 16 om Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt. Om ett anbud förefaller lägre än normalt ska myndigheten, enligt 16 kap. 7 §, begära att anbudsgivaren förklarar hur priset kan vara så lågt. Bland annat kan den fråga hur leverantören tänker fullgöra sina miljö- social- eller arbetsrättsliga skyldigheter under kontraktet. Om leverantören inte kan ge en tillfredsställande förklaring ska anbudet förkastas. I paragrafens sista stycke framhålls särskilt att det ska förkastas om myndigheten finner att det låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

5 Hur användbar är vetorätten?

Under de första tio åren efter att MBL hade trätt i kraft avgjorde Arbetsdomstolen tio mål om vetorätten, och efter 1987 har AD inte haft fler än två sådana mål. Rättspraxis är alltså sparsam men gör ändå klart att vetorätten har begränsad användbarhet. Bara en enda gång under de drygt 40 år som MBL har existerat, har AD kommit fram till att den fackliga organisationen haft fog för ett veto.

5.1 *Vetot obefogat trots att entreprenören brutit mot arbetstidsreglerna*

Det allra första målet, AD 1978 nr 109, blev ett ordentligt bakslag för den fackliga sidan. Inte bara var vetot obefogat, Handelsanställdas förbund hade gjort en så klar och tydlig missbedömning att förbundet dömdes att betala skadestånd trots att det också fanns förmildrande omständigheter.

Upprinnelsen till tvisten var att VVS-företaget Ahlsell AB ville lägga ut transporter som dittills skötts av företagets egna anställda på åkeriföretaget Tipp & Kran. Arbetet omfattades av kollektivavtalet för lagerpersonal och chaufförer inom grosshandeln. Som stöd för sitt veto mot åtgärden åberopade Handels två omständigheter som gjorde det antagligt att entreprenaden skulle komma att bryta mot lag och kollektivavtal för arbetet. För det första hade Tipp & Kran vid tre tillfällen de senaste två åren anmälts till åtal av Yrkesinspektionen för att ha brutit mot reglerna om arbetstid vid vägtransporter och vissa andra trafikföreskrifter. För det andra skulle det vara omöjligt att utföra frakterna på det sätt som det var tänkt utan att bryta mot arbetstidsreglerna i lag och kollektivavtal.

Inget av detta räckte, enligt AD. När det gällde trafikförseelserna bestod ett fall i att chauffören inte hade arbetstidsbok med sig, i ett annat fall saknades både arbetstidsbok och färdskrivare, och även i det tredje fallet saknade chauffören

arbetstidsbok, och hade dessutom försummat att byta diagramblad i färdskrivaren. På grundval av dessa förseelser var det ”uppenbarligen” inte möjligt att dra några slutsatser om huruvida Tipp & Kran kunde antas åsidosätta arbetstidsreglerna i fortsättningen om man betraktade dem som enstaka isolerade händelser. Enligt AD stod det klart att det var så de hade uppfattats vid den rättsliga prövning som hade skett. Ett fall hade lett till åtalseftergift, i ett annat fall till 100 kr i böter för företaget och 400 kr för chauffören. Det tredje fallet hade ännu inte prövats slutligt. För att kunna anta att dessa förseelser var ett uttryck för att Tipp & Kran regelmässigt bröt mot arbetstidsreglerna hade det behövts ytterligare utredning än de tre rapporterna från Yrkesinspektionen.

När det gäller uppläggningsen av transporterna resonerar AD på ett liknande sätt om möjligheter att dra slutsatser för framtiden av de omständigheter som den fackliga organisationen pekade på. Frågan för AD var om den tilltänkta uppläggningsen av transporterna verkligen skulle leda till att Tipp & Kran mer frekvent skulle komma att bryta mot arbetstidsbestämmelserna, och domstolen besvarar den nekande. Om förbundet skulle ha rätt sin kritik mot upplägget skulle visserligen de ekonomiska kalkyler som låg till grund för entreprenadavtalet visa sig felaktiga. Detta skulle dock inte göra det sannolikt att Tipp & Kran skulle komma att överträda arbetstidsreglerna istället för att modifiera systemet är AD:s slutsats.

Domen illustrerar vad jag uppfattar som stötestenen i vetorätten, nämligen svårigheterna med att förutsäga hur en aktör ska uppträda i fortsättningen enbart utifrån vad den har gjort tidigare.

5.2 Vetot befogat trots att entreprenören inte bröt mot lagen

AD:s andra avgörande om vetorätten, AD 1979 nr 31 är det enda hittills där domstolen ansett ett veto befogat. Målet skilde sig från det föregående på så sätt att de omständigheter som Byggnadsarbetareförbundet åberopade för att lägga in veto förelåg samtidigt som arbetsgivaren, AB Steamex, tog upp entreprenadförhandlingarna.

Steamex ville anlita det finska företaget PPTH för rörinstallationer vid kärnkraftverket Forsmark II. Byggnads lade in veto med motiveringen att den tilltänkta entreprenaden skulle stå i strid mot lagen om olaga arbetsförmedling (det vill säga ut- och inhyrning av arbetskraft), men Steamex bröt igenom vetot.

Arbetsdomstolen konstaterade att förbundet måste kunna visa på positiva omständigheter som talar för att entreprenaden skulle komma att strida mot lagen om olaga arbetsförmedling. Det räcker inte med lösa antaganden, men det krävs inte heller att förbundet visar att den faktiskt strider mot lagen. Det rör sig om

svårbedömbara förhållanden och arbetstagsarsidan måste ges en inte alltför snäv marginal för sin bedömning, om inte syftet med reglerna ska gå förlorat.

Byggnads hade pekat på tre omständigheter. För det första var entreprenadavtalet utformat på ett sätt som kunde tyda på att det handlade om uthyrning av arbetskraft, vilket AD höll med om. När förbundet lade in sitt veto visste det för det andra att det pågick en polisutredning mot PPTH om ett tidigare misstänkt brott mot lagen om olaga arbetsförmedling. För det tredje hade företrädare för förbundet rådgjort med Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) innan vetoförklaringen skickades iväg och AMS gjorde senare preliminärt samma bedömning som Byggnads. Därmed var vetot befogat – trots att AD så här i efterhand kunde konstatera att entreprenaden (som ju hade genomförts trots vetot) inte stred mot lagen.

5.3 Brottet måste ha samband med arbetet och entreprenaden

Ytterligare ett avgörande om vetorättens gränser är värt att nämna, AD 1983 nr 2, Svenska arbetsgivareföreningens allmänna grupp mot Svenska industritjänstemannaförbundet (SIF).

Bakgrunden var att Sveriges television (SVT) planerade att samproducera en serie program om musikkulturen i ”tredje världen” med ett utomstående produktionsbolag. Den del av produktionen som produktionsbolaget skulle stå för skulle bekostas med ett bidrag från SIDA. SIF lade in veto mot arbetsgivarens planer med motiveringen att det skulle strida mot radiolagens krav på opartiskhet att låta SIDA bekosta en del av programmet.

SVT hävdade i AD att radiolagen inte är en sådan lag som 39 § MBL syftar på. Genom entreprenadreglerna har lagstiftaren velat komma till rätta med kringgående av arbetstagarbegreppet och de oseriösa entreprenörerna, och frånsatt skattelagstiftningen syftar 39 § enbart på lagar som har arbetsrättslig anknytning, menade SVT.

Det höll domstolen i och för sig inte med om, men kom ändå fram till att vetot saknade fog. Radiolagen handlar nämligen enbart om sändningen av programmen, inte om hur de ska produceras. Det lagbrott som SIF ansåg skulle bli konsekvensen hade därmed inte något sådant samband med arbetet eller det faktum att SVT anlidade ett utomstående företag som 39 § förutsätter. Det eventuella lagbrottet skulle uppstå först när programmen sändes. Om en facklig organisation skulle ha rätt att lägga in veto i ett sådant fall skulle den ha befogenhet att rent allmänt övervaka lagenligheten av arbetsgivarens verksamhet via vetorätsreglerna. En sådan allmän övervakningsuppgift kan inte grundas på MBL:s vetorätsregler, slog domstolen fast.

6 Entreprenadreglerna och reglerna om uteslutning av leverantörer och anbud

Av genomgången ovanför bör det ha framgått att det är en grannläga uppgift för den fackliga organisationen att avgöra om det är möjligt att utnyttja vetorätten enligt MBL 39 §. Det är svåra bedömningar som går ut på att spå hur en tilltänkt entreprenör kan komma att handla (är det en förhärdad fifflare eller har den lärt sig en läxa av att ha åkt fast?) och bedömningen görs under skadeståndsansvar. Så hur ska en offentliganställd facklig företrädare tänka om hen vill förhindra att ett offentligt kontrakt tilldelas en oseriös leverantör?

Till att börja med gäller det att inte stirra sig blind på vetorätten. Även om den inte är så användbar förefaller förhandlingsrätten enligt 38 § MBL faktiskt vara ett ändamålsenligt verktyg. Genom att utnyttja förhandlingsrätten kan den fackliga organisationen begära att arbetsgivaren skaffar fram sådana upplysningar som den behöver för att kunna avgöra om leverantören är seriös eller ej. Kanske kan facket i sin tur bidra med information som de som ansvarar för upphandlingen inte känner till om hur leverantören sköter sina åligganden mot de anställda. På så sätt kan arbetsgivaren bli tvungen att göra kontroller som inte hade blivit av annars – vetorätten finns ju ändå där som ett abstrakt hot.

I den bästa av världar slutar förhandlingen med att parterna blir överens om bedömningen av den tilltänkta leverantören. Om slutsatsen är att denne bör uteslutas från upphandlingen finns det ingen anledning att grubbla på om den fackliga organisationen kan ha fog för att lägga in veto. Då stöder man sig i stället på upphandlingslagarnas regler om uteslutning av leverantörer.

Ur facklig synvinkel har det flera fördelar. En är förstås att den fackliga organisationen då slipper ta ansvar för att bedömningen är riktig. Det ansvaret ligger på den upphandlande myndigheten. En annan fördel är att det tycks enklare att utesluta en anbudsgivare med stöd av upphandlingsreglerna än med stöd av vetorätten. Här behövs inga antaganden om vad som kan tänkas inträffa om arbetsgivaren fullföljer sina planer, här räcker det som utgångspunkt att kunna visa att leverantören gjort sig skyldig till brott eller någon annan regelöverträdelse. Leverantören kan visserligen undgå uteslutning om den sedan har bättrat sig, men bevisbördan för det ligger på leverantören själv.

Men låt säga att förhandlingen enligt 38 § MBL slutar i oenighet. Den fackliga organisationen anser att leverantören bör uteslutas, men de som ansvarar för upphandlingen håller inte med. Då återstår inget annat än vetorätten. När den fackliga organisationen då överväger ifall den ska utnyttja vetorätten har den särskild anledning att fundera på hur mycket det ligger i arbetsgivarsidans argument. En vetoförklaring i samband med offentlig upphandling får ju inte grunda sig på andra

omständigheter än dem som anges i upphandlingslagarnas regler om uteslutning av leverantörer – och arbetsgivaren anser att omständigheterna inte är sådana.

Till sist ska tilläggas att vetorätten i samband med offentlig upphandling enbart kan grunda sig på de omständigheter som anges i upphandlingslagarnas regler om uteslutning av *leverantörer*. Reglerna om förkastande av *onormalt låga anbud* kan aldrig åberopas som stöd för fackligt veto. Ett beslut om att förkasta ett anbud för att det är onormalt lågt kan bara den upphandlande myndigheten fatta.

Historiska massövergrepp: Att tala är silver, att tiga är guld?

PER BERGLING¹

1 Varför händer detta nu?

Att ansvariga stater förväntas hantera sin skuld och bidra till gottgörelse och återupprättelse efter allvarliga övergrepp, till exempel genom officiella ursäkter och liknande åtgärder är inget nytt, snarare en etablerad del av internationell politik (bilden av den tyska förbundskanslern Willy Brandts *Kniefall von Warschau* den 7 december 1970 är ikonisk). Sådana åtgärder är också föremål för mycket forskning.² Men att även ”oskyldiga” stater uppmanas att officiellt bekräfta (eller erkänna, men denna term antyder en roll i förloppet och leder således tankarna fel) att olika

¹ Professor i rättsvetenskap, Juridiska institutionen, Umeå universitet.

Författaren vill uttrycka sin stora tacksamhet till Pablo de Greiff, Tibi Galis, Agné Oseckyté och Amanda Musco Eklund, vilka har läst, kommenterat och på olika andra sätt hjälpt till att göra denna text bättre.

² Officiella ursäkter har blivit allt vanligare i samband med att många auktoritära stater demokratiserats, sanningskommissioner och internationella domstolar upprättats, brottsoffers politiska och rättsliga behov uppmärksammas och övergångsrättvisa etablerats som akademiskt område. Red. Mark Gibney m.fl., *The Age of Apology: Facing up to the past* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2008); red. Roy L. Brooks, *When Sorry Isn't Enough: The Controversy over Apologies and Reparations for Human Injustice* (New York: NYU Press, 1999); Melissa Nobles, *The Politics of Official Apologies* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008); Theo van Boven, 'Victims' Rights to a Remedy and Reparation: The New United Nations Principles and Guidelines,' i *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity: Systems in Place and Systems in the Making*, red. Carla Ferstman, Mariana Goetz och Alan Stephens (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009); International Center for Transitional Justice (ICTJ), *More Than Words: Apologies as a Form of Reparation* (December 2015); Girma Negash, *Apologia Politica: States & Their Apologies by Proxy* (Lanham, MD: Lexington Books, 2006).

övergrepp långt borta och för länge sedan faktiskt inträffat, eller var av en specifik rättslig kategori, är ett nytt och annorlunda fenomen.³

Sådana uppmaningar kommer inte endast eller övervägande från stater, utan ofta från olika etniska eller nationella intressegrupper och organisationer med anknytningar till händelsen i fråga, och ibland från allianser mellan stater, intressegrupper och internationella organisationer. Intresset av bekräftelse synes inte försvagas bara för att åren går, utan snarare öka med tiden och kulminera än mer i samband med minnesceremonier, diskussioner om medlemskap i internationella organisationer och liknande begivenheter.⁴ Kanske spelar sociala media en roll; det är nu mycket enklare att hålla minnet levande, organisera sig kring frågan och skapa opinion.

Ofta underbyggs begäran med moraliska argument, till exempel om plikt och anständighet. Allt oftare hörs antaganden härledda från området övergångsrättvisa, bland annat att bekräftelse skulle vara en förutsättning för rättvisa, återupprättelse, försoning och icke-upprepning.⁵ I vissa fall finns nog också en förväntan att bekräftelse ska fungera som en hävstång gentemot faktiskt ansvariga stater som vägrar erkänna sin skuld och axla sitt ansvar.⁶

Men oskyldiga stater, däribland de mest hängivna till mänskliga rättigheter och övergångsrättvisa, vill mycket sällan efterkomma deras önskemål, eller ens lyssna. Även de mest kända och dokumenterade massövergreppet innan Förintelsen – det armeniska folkmordet 1915–1918 – har blivit föremål för entydig och officiell

³ Termen ”oskyldig” till uppkom i brist på bättre begripliga alternativ. Det kan naturligtvis argumenteras, åtminstone i relation till nutida händelser, att ingen stat är helt oskyldig och att alla stater har förpliktelser att ingripa, vilket kommer att diskuteras vidare nedan.

⁴ Se Christopher Daase, Stefan Engert och Judith Renner, introduktion till *Apology and Reconciliation in International Relations: The Importance of Being Sorry*, red. Christopher Daase m.fl. (New York; London: Routledge, 2016), 18, 22; Stefan Engert, ‘Germany-Namibia: The belated apology to the Herero,’ i red. Daase m.fl., *ibid.*, 128; ICTJ, se not 2 ovan, 7.

⁵ Krav på officiella ursäkter motiveras ofta med liknande argument, se Göran Collste, *Global Rectificatory Justice* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015), 119; Emanuela Fronza, ‘The Punishment of Negationism: the Difficult Dialogue Between Law and Memory,’ *Vermont Law Review* 30 (2006): 609–626. Gällande normbekräftelse, se Michel-André A. Horelt, ‘Serbia-Croatia, Bosnia and Herzegovina: Different Apology Packages, Different Successes,’ i red. Daase m.fl., se not 4 ovan, 165.

⁶ Ett antal organisationer och Republiken Armenien arbetar systematisk för att övertyga andra stater att sätta press på Turkiet att erkänna och ta ansvar för det armeniska folkmordet. Gabriel Goltz, ‘Das Jahr 2005: Ein Meilenstein in der Debatte in der Türkei über das Schicksal der Armenier im Osmanischen Reich 1915/16,’ i *Der Völkermord an den Armeniern, die Türkei und Europa*, Hans-Lukas Kieser (Zürich: Chronos Verlag, 2006), 33.

bekräftelse av endast ett fåtal stater.⁷ Vissa stater har till och med sagt att detta inte kommer på frågan.⁸ Tystnad och tvetydighet råder också vad gäller de storskaliga massakrerna under stamkrigen i södra Afrika 1815– 1840 (Difaquane eller Mfecane), den avsiktliga svälten i Ukraina 1932– 1933 (Holodomor) och Kazakstan 1931– 1933 (Goloshchekin), utplånandet av en stor del av Herero- och Namafolken i dåvarande Tyska Sydvästafrika 1904–1908 liksom många andra mer eller mindre välkända historiska övergrepp med återverkningar idag.

Denna text handlar om anledningarna till denna egendomliga tystnad. Analysen omfattar folkrättsliga krav och begränsningar (inklusive mänskliga rättigheter), förhållandet mellan officiella sanningar och grundläggande värderingar samt inverkan av olika effektivitets- och resursrelaterade överväganden. Kapitlet diskuterar också risken att tystnad tolkas som likgiltighet, tvivel eller förnekelse, eller utnyttjas för att dölja eller förvränga viktiga händelser och förlopp.

Frågorna diskuteras endast i relation till övergrepp som inträffade innan andra världskriget, Förintelsen, Nürnberg- och Tokyorättegångarna, liksom *FN-stadgans* och *Folkmordskonventionens* tillkomst. Termen ”övergrepp” används i den ungefärliga betydelsen av de nutida brotten folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser. Diskussionen omfattar inte ”strukturella” företeelser såsom kolonialism och totalitarianism *per se*, men det är underförstått att även dessa ofta inneburit och förutsatt den typ av övergrepp som nämnts ovan.⁹

⁷ Det finns ingen officiell eller allmänt accepterad redogörelse för antalet bekräftelser av det armeniska folkmordet eller andra massövergrepp i historisk tid. Däremot sammanställer olika intresseorganisationer uppgifter om enskilda händelser som ligger dem nära. Se till exempel Armenian National Institute, ”Countries That Recognize the Armenian Genocide,” http://www.armenian-genocide.org/recognition_countries.html (hämtad 7 juni 2018). Det är inte ovanligt att sådana sammanställningar innehåller överdrivna uppgifter om antalet officiella bekräftelser. Även obundna sociala media missar ibland att uppmärksamma den viktiga skillnaden mellan officiella bekräftelser av regeringar och politiska meningssyftningar av parlament, parlamentariker och andra. Se t.ex. Wikipedia, ”Armenian Genocide Recognition,” https://en.wikipedia.org/wiki/Armenian_Genocide_recognition (hämtad 7 juni 2018).

⁸ Den 22 februari 2018, omedelbart innan ett beslut av det nederländska parlamentet om bekräftelse av det armeniska folkmordet, sa den nederländska utrikesministern Sigrid Kaag till nederländsk tv att ”[t]he government will not follow the judgment of the parliament” och uppmanade till ”utmost caution when applying the term ‘genocide’ to past events.” Stephanie van den Berg, ”Dutch Parliament Recognizes 1915 Armenian Massacre as Genocide,” *Reuters*, 22 februari 2018, <https://www.reuters.com/article/us-netherlands-turkey-armenia/dutch-parliament-recognizes-1915-armenian-massacre-as-genocide-idUSKCN1G62GS> (hämtad 7 juni 2018).

⁹ Se David Maybury-Lewis, ”Genocide against Indigenous Peoples,” i *Annihilating Difference: The Anthropology of Genocide*, red. Alexander Laban Hinton (Berkeley: University of California Press, 2002), 43– 57; Collste, se not 5 ovan, 66– 71.

Att officiella bekräftelser är ett tämligen nytt fenomen innebär att det finns lite specifik litteratur. Det finns dock verk inom områdena övergångsrättsvisa, historisk rättvisa och minneslagstiftning som belyser vissa aspekter av frågan.¹⁰ Det finns också några institutionella rapporter och studier av relevans.¹¹

2 Folkrätt, mänskliga rättigheter och institutionella normer

Stater som överväger att bekräfta en historisk händelse är naturligtvis intresserade att veta om det finns några folkrättsliga eller andra rättsliga krav eller begränsningar att beakta. Det kan till och med vara så att stater önskar de vore begränsade av sådana krav och begränsningar, såsom förevändningar att inte gå vissa politiska krav till mötes.

Men folkrätten beskär inte på något väsentligt sätt stater utrymme att fatta beslut efter eget tycke och smak. Principen om icke-intervention (som framgår av bland annat *Förenta Nationernas stadga* och Generalförsamlingens 1970 års *Friendly Relations Declaration*) förbjuder inte kritik av eller meningsyttringar om olika omständigheter eller händelser i andra stater.¹² De mänskliga rättigheterna och medlemskap i olika internationella organ (bland annat FN:s råd för de mänskliga rättigheterna) har också skapat ett särskilt utrymme, och i vissa fall en förpliktelse, att påtala allvarliga överträdelser av folkrättsliga normer och mänskliga rättigheter. Många anser till och med att sådan kritik ofta kan vara en förutsättning för dessa viktiga normers upprätthållande.

¹⁰ Se Danielle Celermajer, *The Sins of the Nation and the Ritual of Apologies* (New York: Cambridge University Press, 2009); Brooks, se not 2 ovan; red. Daase, m.fl., se not 4 ovan; Gibney, se not 2 ovan; Jennifer Lind, *Sorry States: Apologies in International Politics* (Ithaca; London: Cornell University Press, 2008), 14; Nobles, se not 2 ovan. Gällande minneslagstiftning (eng. 'memory law'), se Uladzislau Belavusau och Aleksandra Gliszczynska-Grabias, introduktion till *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, red. Uladzislau Belavusau och Aleksandra Gliszczynska-Grabias (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 1–26; Eric Heinze, 'Epilogue: Beyond 'Memory Laws': Towards a General Theory of Law and Historical Discourse,' i red. Belavusau och Gliszczynska-Grabias, *ibid.*, 413–434; Emanuela Fronza, *Memory and Punishment: Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, International Criminal Justice Series 19 (2018).

¹¹ T.ex., International Center for Transitional Justice, *The Applicability of the UN Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events which Occurred During the Early Twentieth Century* (januari 2002); Pål Wrange, *Historiska massövergrepp – förhållningsätt och benämningar*, rapport beställd av det svenska utrikesdepartementet, <http://www.assyriatv.org/wp-content/uploads/2017/06/Masso%CC%88vergrepp.pdf> (hämtad 20 juli 2018).

¹² Det bör dock noteras att en bekräftelse som kan anses uppmana till nya övergrepp sannolikt skulle vara förbjudna enligt Folkmordskonventionens art. III (c) om ”omedelbar och offentlig uppmaning till folkmord”.

Det kan samtidigt konstateras att det inte finns någonting inom folkrätten eller de mänskliga rättigheterna som förpliktigar stater att bekräfta eller kategorisera olika övergrepp för länge sedan. De bindande instrument som introducerade eller kategoriserade de aktuella brotten och koncepten, inklusive 1948 års *Folkmordskonvention*, 1949 års *Genèvekonventioner*, 1966 års *FN-konvention om medborgerliga och politiska rättigheter* och 1998 års *Statgan för den internationella brottmålsdomstolen* antogs först efter händelserna ägt rum, och den folkrättsliga utgångspunkten är att de då inte ska tillämpas (såvida inte en annan avsikt framgår av det särskilda fördraget eller kan fastställas på annat sätt,¹³ men så är inte fallet i fråga om dessa instrument).

Inte heller statsansvarsreglerna har någon uppenbar relevans för frågan om tredjepartsbekräftelse. FN:s folkrättskommissions *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* från 2001 anger tydligt att det bara är stater som begått en internationellt otillåten handling som har skyldigheter, och att staten måste ha varit bunden av skyldigheten i fråga vid tidpunkten för handlingens utförande.¹⁴ Att effekterna består har heller ingen betydelse.¹⁵ Sedvanerätten innehåller ingenting om tredjeparts ansvar för händelser för länge sedan.¹⁶ Det har föreslagits att de av Generalförsamlingen antagna 2005 års *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, vilka också kan härledas från statsansvarsreglerna, skulle kunna innebära att tredje stater omfattas av vissa bindande skyldigheter relaterade till gottgörelse, till exempel att bekräfta ett visst förhållande eller en viss händelse.¹⁷ Men detta argument är svårt att förlika med den kategoriska angivelsen av vilka som har juridiskt ansvar och inte i *Articles on Responsibility of States*. Den vidaste rimliga tolkningen av dokumentet är att en stat som på något sätt var indirekt ansvarig för en otillåten handling – till exempel genom att tillhandahålla vapen eller andra nödvändiga medel – borde vara politiskt och moraliskt skyldig att tillhandahålla någon form av gottgörelse.¹⁸

¹³ Wienkonventionen om traktaträtten, *antagen* 23 maj 1969, *trädde i kraft* 27 januari 1980, U.N. Doc. A/CONF. #/27 (1969), art. 28.

¹⁴ *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, UN Doc A/56/10 (2001), art. 13, 33:1.

¹⁵ *Ibid.*, art. 14:1.

¹⁶ Gällande ursäkter och sedvanerätt, se Mark Gibney och Erik Roxström, "The Status of State Apologies," *Human Rights Quarterly* 23, no. 4 (2001): 911-939.

¹⁷ van Boven, se not 2 ovan. *Principles and Guidelines*-dokumentet nämner inte specifikt bekräftelse, utan "truth seeking" och "public apologies" under rubriken "Satisfaction".

¹⁸ Se Collste, se not 5 ovan, 121-122; Robert A. Kahn, "Banning Genocide Denial – Should Geography Matter?" i red. Belavusau och Gliszczynska-Grabias, se not 10 ovan, 330-331.

Det har också föreslagits att ”rätten till sanning” skulle omfatta en skyldighet för stater att bekräfta vissa händelser eller omständigheter. Denna rättighet – som har sina rötter i den *Internationella konventionen om politiska och medborgerliga rättigheter* – föreslogs ursprungligen för den specifika företeelsen påtvingade försvinnanden och har kodifierats i 2006 års *Konvention till skydd för alla människor mot påtvingade försvinnanden*.¹⁹ Men även bland de ratificerande staterna är det långt ifrån accepterat att alla överlevande, efterlevande eller samhället i stort har rätt att få veta allting om alla kränkningar av de mänskliga rättigheterna, eller att det skulle finnas en motsvarande skyldighet för alla stater att bevara minnet av alla kränkningar eller av historien i stort.²⁰ Den gängse tolkningen är snarare att staten har en skyldighet att utreda och berätta sanningen om kränkningar av de mänskliga rättigheterna på eget territorium eller där staten utövat effektiv kontroll, och enbart rörande händelser efter det att den *Internationella konventionen om politiska och medborgerliga rättigheter* (och dess relevanta tilläggsprotokoll) tillträtts.²¹

Skulle då medlemskap i internationella organisationer som Förenta nationerna, Europeiska unionen eller Europarådet innebära att stater måste rätta sig efter några institutionella normer, policy eller praxis av betydelse? Den så kallade *Whitakerrapporten om folk mord* från 1985 var aldrig tänkt att vara bindande för FN:s medlemsstater och är numera väsentligen obsolet.²² Mer relevant är då United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protects vägledande dokumentet *When to Refer to a Situation as “Genocide”* från 2015. I detta dokument uppmanas till allmän försiktighet i fråga om terminologianvändning och kategorisering, och särskilt vad gäller användande av termen folk mord ”because it is frequently misused” av vad som beskrivs som emotionella eller politiska skäl.²³ När det gäller ”historiska” fall noteras att sådana kan synas falla under den definition som framgår av 1948 års Folkmordskonvention, men att fastställandet av huruvida en

¹⁹ Konventionen till skydd för alla människor mot påtvingade försvinnanden, antogs 20 december 2006, trädde i kraft 23 december 2010, E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/Rev.4.

²⁰ Antoon de Baets, ‘The United Nations Human Rights Committee’s View of the Past,’ i red. Belavusau och Gliszczynska-Grabias, se not 10 ovan, 41; Patricia Naftali, ‘The ‘Right to Truth’ in International Law: The ‘Last Utopia?’ i red. Belavusau och Gliszczynska-Grabias, se not 10 ovan, 71.

²¹ Naftali, se not 20 ovan, 84; de Baets, se not 20 ovan, 43.

²² United Nations Economic and Social Council Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, thirty-eighth session, Item 4 of the provisional agenda, E/CN.4/Sub.2/1985/6 (2 juli 1985).

²³ United Nations Office on the Prevention of Genocide and the Responsibility to Protect, *Guidance Note 1, When to Refer to a Situation as “Genocide”*, <http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/GuidanceNote-When%20to%20refer%20to%20a%20situation%20as%20genocide.pdf> (hämtad 7 juni 2018).

situation faktiskt utgör folkmord eller inte är ”*actually and legally complex and should only be made following a careful and detailed examination of the facts against relevant legislation by a competent international or national court of law with the jurisdiction to try such cases, after an investigation that meets appropriate due process standards.*” Beträffande sådana uttalanden som redan gjorts av nationella lagstiftare och verkställande myndigheter – till exempel att en händelse eller våldsamma period utgjorde ett folkmord – så framhåller dokumentet att dessa inte bör betraktas som officiella eller bindande.²⁴

De institutionella normerna är mer utvecklade på europeisk nivå. En förklaring är naturligtvis behovet av att minnas och lära av Förintelsen. Av de instrument som härrör från Europeiska unionen är Europeiska rådets *rambeslut 2008 om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen* förmodligen det mest kända och debatterade debatterade.²⁵ Detta uppmanar medlemsstaterna att förbjuda sådana former av historisk förnekelse (”historical denialism”) som utgör uttryck för rasdiskriminering. Att rambeslutets upphovsmän ansåg förnekelse av Förintelsen höra hemma i denna kategori är uppenbart, men hur rambeslutets och påföljande nationell lagstiftning förhåller sig till andra händelser i den nära och fjärran historien är mycket komplicerat och kontroversiellt.

De svåraste problemen återfinns i förhållande till den starkt skyddade yttrandefriheten.²⁶ Kort efter antagandet av rambeslutet noterade FN:s kommitté för mänskliga rättigheter att

“[L]aws that penalize the expression of opinions about historical facts are incompatible with the obligations that the [ICCPR] imposes on State parties in relation to the respect for freedom of opinion and expression. The Covenant does not permit general prohibition of expressions of an erroneous opinion or an incorrect interpretation of past events.”²⁷

²⁴ Se not 23.

²⁵ Europeiska unionen: Europeiska unionens råd, Rådets rambeslut 2008/913/RIF av den 28 november 2008 om bekämpande av vissa former av och uttryck för rasism och främlingsfientlighet enligt strafflagstiftningen, OJ L 328, 6.12.2008, p. 55–58, <http://www.refworld.org/docid/493e8fea2.html> (hämtad 8 juni 2018).

²⁶ För diskussion och analys, se Luigi Cajani, ‘Legislating History: The European Union and Denial of International Crimes,’ i red. Belavusau och Gliszczynska-Grabias, se not 10 ovan, 130, 134, 136.

²⁷ FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, *General comment no. 34, Article 19, Freedoms of opinion and expression*, CCPR/C/GC/34 (12 september 2011), <http://www.refworld.org/docid/4ed34b562.html> (hämtad 8 juni 2018), § 49.

Åsikter om ”historiska fakta” [förf. översättning] borde i sammanhanget förstås som omfattande både kontroversiella tolkningar av tidigare händelser och moraliska, politiska och rättsliga bedömningar av olika personers handlande.²⁸

Frågan om nationella ”sanningslagars” laglighet och räckvidd har också vid flera tillfällen prövats i konstitutionella och regionala domstolar. Det franska Konstitutionsrådet bedömde redan år 2012 att den så kallade Boyerlagen, vilken utvidgade det straffbara området utöver förnekelse av Förintelsen till även omfatta andra övergrepp för länge sedan, stred mot den franska konstitutionen. Tyska och spanska domstolar har bedömt nationell lagstiftning med liknande brett tillämpningsområde på liknade sätt. Under senare tid har också tydliga signaler om behovet av att avgränsa omfattningen och räckvidden av sådan lagstiftning kommit från överstatlig nivå. I det viktiga målet *Perinçek mot Schweiz* från år 2015, där den klagande hade ifrågasatt om grymheterna mot armenier i det sönderfallande Osmanska riket 1915–1918 kunde benämnas folkmord, begränsade den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna det tillåtna utrymmet för kriminalisering av andra händelser än Förintelsen genom att besluta att den schweiziska lagstiftningen som inskränkte Perinçeks yttrandefrihet inte var nödvändig i ett demokratiskt samhälle.²⁹ Dessa auktoritativa avgöranden och uttalanden har naturligtvis noga noterats, och lagstiftare och rättstillämpare inom Europeiska unionen synes nu vara av uppfattningen att officiella utsagor om historiska händelser och förlopp är både juridiskt och politiskt problematiska i en modern demokrati av europeiskt snitt.³⁰ Den i Polen nyligen (år 2018) genomförda kriminaliseringen av uttalanden som tillskriver den polska nationen kollektivt ansvar för förintelserelaterade brott har också mött stark kritik från både EU-kommissionen och medlemsstater.³¹

²⁸ de Baets, se not 20 ovan, 39.

²⁹ En turkisk medborgare dömdes i schweiziska domstolar för att ha förnekat det armeniska folkmordet (han hade inte ifrågasatt att händelserna ägt rum, utan om de kunde benämnas folkmord). I sin överklagan till den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna hävdade han att hans yttrandefrihet kränkts då begränsningen av yttrandefriheten i den schweiziska lagstiftningen inte tjänade ett legitimt syfte eller kunde anses vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle. *Perinçek mot Schweiz*, no. 27510/08, Eur. Ct. H. R., 15 oktober 2015; Paolo Lobba, ”Testing the ‘Uniqueness’: Denial of the Holocaust vs Denial of Other Crimes before the European Court of Human Rights,” i red. Belavusau och Gliszczyńska-Grabias, se not 10 ovan, 109, 125.

³⁰ Se Fronza, se not 10 ovan.

³¹ Genom ändringen av den polska lagen om institutet för nationell åminnelse (Institute of National Remembrance). Se Rick Noack, ”Poland’s Senate Passes Holocaust Complicity Bill despite Concerns from U.S., Israel,” *The Washington Post*, 2 februari 2018, <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2018/02/01/polands-senate-passes->

Stater kan också tänkas överväga konsekvenserna av bekräftelse. Vissa tycks dra snabba paralleller till officiella ursäkter och befara anspråk på ekonomisk ersättning till efterlevande och andra.³² Andra stater är mer oroade för okontrollerbara politiska kedjereaktioner i FN och andra internationella fora. Men det finns liten anledning att befara några sådana återverkningar. En stat har alla möjligheter att göra klart för alla inblandade för vilket syfte en bekräftelse görs, till exempel som ett symboliskt bidrag till gottgörelse och upprättelse, liksom att formulera så att den inte kan förstås på något annat sätt.³³ Situationen kan naturligtvis vara annorlunda om bekräftelsen är avsedd som medgivande av något slags delat eller indirekt ansvar för övergreppet i fråga, men även i dessa fall finns möjlighet att förklara vad som avses. Ett politiskt medgivande av någon form av kvardröjande moraliskt ansvar grundar inte automatiskt några rättsliga skyldigheter enligt dagens normer.

Det finns dock andra återverkningar som är betydligt svårare att överblicka och bemästra, främst på det bräckliga politiska samförstånd som råder kring vissa fundamentala folkrättsliga regler och principer. Stater vet att nya och ”kreativa” tillämpningar av etablerade termer och koncept, även i informella och noggrant avgränsade sammanhang, noteras, sprids vidare och så småningom jämförs med tidigare uttalanden och relevanta fördragsdefinitioner. Stater vet också att avvikelser med stor sannolikhet kommer att återopas av olika intressenter för oväntade politiska ändamål (se nedan). Det upplevs därför finnas skäl för stor försiktighet även när fakta synes klara och de moraliska argumenten starka. Detta förhållande förklarar också varför de flesta stater är noga med att inte avvika från den terminologi och de kategoriseringar som den Internationella domstolen, Internationella brottmålsdomstolen och andra domstolar och tribunaler använder för att beskriva nutida och sentida händelser.³⁴

holocaust-complicity-bill-despite-concerns-from-u-s-israel/?utm_term=.8e642cd192a0 (hämtad 9 juli 2018).

³² I sitt tal vid hundraårsminnelse av den så kallade Hereromassakern år 1905 i dåvarande Tyska Sydvästafrika medgav den tyska ministern för ekonomiskt samarbete och utveckling tysk politisk och moralisk skuld: ”*We Germans accept our historical and moral responsibility and the guilt incurred by Germans at that time*”. Men hennes tal innehöll också ett indirekt avvisande av alla former av juridiskt ansvar, särskilt gällande brottet folkmord: ”*The atrocities, the murders, the crimes committed at that time are today termed genocide – and nowadays a General von Trotha would be prosecuted and convicted and rightly so*.” Citat hämtat från Engert, se not 4 ovan, 136.

³³ John Torpey, ”The Political Field of Reparations,” i *Historical Justice and Memory*, red. Klaus Neumann och Janna Thomson (Wisconsin: University of Wisconsin Press, 2015), 63, 65.

³⁴ De gärningarna som begicks av serbiska styrkor i området Srebrenica 1995 kallas följaktligen ”folkmord”, i linje med ICTYs dom i Kristić-målet och efterföljande mål. *The Prosecutor v. Radislav Kristić*, no. CC/P.I.S./839-E, ICTY, 19 april 2004.

3 Politiken och praktiken

Hittills har diskussionen visat att varken folkrätten, de mänskliga rättigheterna eller bindande institutionella normer väsentligen begränsar staters handlingsutrymme när det gäller bekräftelse av händelser för länge sedan. Men vilken roll spelar då politiska, resursekonomiska och praktiska faktorer för staters beslut?

De flesta stater skulle anse att en bekräftelse är en åtgärd som kan ha direkt eller indirekt inverkan på förbindelser med andra stater. Frågan kategoriseras därför nästan per automatik såsom utrikespolitisk. I de flesta statsystem är det regeringen (mer specifikt utrikesdepartementet eller utrikesministern) som ansvarar för detta politik- och policyområde.³⁵ Det är också regeringen och de partier som finns representerade i denna som skördar de politiska 'vinsterna' eller bär de politiska 'kostnaderna' av olika beslut.³⁶ När stater överlägger sinsemellan eller söker gemensamma ståndpunkter är det likaså en dialog mellan regeringar eller departement. Andra delar av staten, i synnerhet parlament och olika myndigheter, kan givetvis ha åsikter i frågan liksom formella och informella medel för att påverka regeringen, men sällan befogenhet att faktiskt avgöra saken.³⁷ Det bör noteras att uttalanden och andra kommunikationer av parlament inte anses återspegla statens officiella ståndpunkt i de flesta internationella och transnationella sammanhang (men kan fylla andra viktiga funktioner, vilket kommer att diskuteras nedan). Det inledningsvis nämnda uttalandet av den nederländska utrikesministern – att det nederländska parlamentets nära förestående beslut om bekräftelse av det armeniska folkmordet inte bör förstås som en officiell nederländsk ståndpunkt – illustrerar situationen.³⁸ Denna viktiga aspekt av officiell representation och beslutsfattande missförstås ofta i debatten om bekräftelse och erkännande, särskilt i sociala media, vilket också förklarar varför antalet bekräftelser (eller erkännanden) ofta förstås eller påstås vara högre än vad det egentligen är.

³⁵ Många nationella system har uttryckliga rättsliga bestämmelser eller praxis som placerar ”makten över utrikesfrågor”, ”utrikespolitiken” eller ”folkrätt” inom statens verkställande gren. För Sveriges del framgår detta av 10 kap. regeringsformen (1974:152). Se även Republiken Polens konstitution från 1997 (art. 133), Konungariket Spaniens konstitution från 1978 (art. 97), Republiken Litauens konstitution från 1992 (art. 84) och Republiken Kroatens konstitution från 1990 (art. 99).

³⁶ Gällande de ”politiska kostnaderna” i samband med ursäkter och liknande åtgärder, se Frank Schimmelfennig, Heiko Knobel och Stefan Engert, *International Socialization in Europe: European Organizations, Political Conditionality and Democratic Change* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2007).

³⁷ Mattias Derlén, Johan Lindholm och Markus Naarttijärvi, *Konstitutionell rätt*, Institutet för rättsvetenskaplig forskning, Stockholm: Wolters Kluwer Sverige, 2016, s. 130–131.

³⁸ van den Berg, se not 8 ovan.

Hur enskilda regeringar väger de olika politiska argumenten för och emot bekräftelse varierar naturligtvis. Denna process är också svår att kartlägga och beskriva då det sällan finns offentliga nedteckningar över regeringars och dess rådgivares överläggningar i känsliga utrikespolitiska frågor. Men som redan antytts och lätt inses, så är det högst troligt att det upplevda förhållandet till den specifika händelsen eller platsen är en väsentlig faktor.³⁹ Det kan också förmodas att ju svagare förbindelse eller ”nexus”, ju mindre benägenhet att agera, och vice versa. Samtidigt är det allt svårare för stater att säga att en händelse helt saknar beröringspunkter. Fenomen som starkare internationella och transnationella beroenden, ökad användning av sociala medier och i synnerhet storskalig migration suddar snabbt ut konventionella distinktioner mellan ”våra” och ”andras” erfarenheter och angelägenheter, varför helt nya frågor snabbt och oväntat kan hamna på den politiska dagordningen.⁴⁰ Föga förvånande är folkvalda och andra representativa församlingar ofta mer villiga att beakta ett bredare spektrum av erfarenheter och intressen än regeringar och andra verkställande myndigheter. Historikern Timothy Garton Ash har retoriskt frågat vad som ska följa på det franska parlamentets initiativ att kriminalisera förnekelse av det armeniska folkmordet: ”[t]he Irish parliament criminalis[ing] denial of the horrors of the Spanish Inquisition?”⁴¹ Meningsskiljaktigheter mellan olika delar av staten kan också förklara förekomsten av motstridiga budskap från representanter för samma stat.⁴²

Geopolitiska överväganden kan också förekomma och är då omgärdade av särskilt hemlighetsmakeri. Men ibland är egenintresset mer eller mindre uppenbart. Detta gäller bland annat när Israel, trots den definierande erfarenheten av Förintelsen, valde att varken bekräfta eller förneka det armeniska folkmordet. Här var det de goda förbindelserna med den viktiga allierade Turkiet som låg i andra vågskålen.⁴³ Ett annat exempel är Storbritanniens, Frankrikes, Italiens, Spaniens, Portugals och Nederländernas ovilja att stödja Herero- och Namafolkens krav på gottgörelse för de övergrepp som utfördes av tyska trupper i dåvarande Tyska Sydvästafrika. Här var det sannolikt förklaringen oro för liknande krav gällande

³⁹ Kahn, se not 18 ovan, 330–331.

⁴⁰ Ibid., 332, 335, 338, 340–341.

⁴¹ Timothy Garton Ash, “This Is the Moment for Europe to Dismantle Taboos, Not Erect Them,” *The Guardian*, 18 oktober 2006, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2006/oct/19/comment.france> (hämtad 6 juli 2018).

⁴² Se Daase, Engert och Renner, se not 4 ovan, 6-7.

⁴³ Michael A. Moodian, ‘Why Does Israel Refuse to Recognize the Armenian Genocide?’, *The Huffington Post*, 7 december 2017, https://www.huffingtonpost.com/michael-a-moodian/why-does-israel-refuse-to_b_9775078.html?guccounter=1 (hämtad 8 juni 2018).

händelser i den egna koloniala historien.⁴⁴ Det har också förekommit antydningar att en bidragande anledning till att några av den Europeiska unionens medlemsstater valde att inte efterkomma begäran om bekräftelse av det armeniska folk mordet inför hundraårsminnelse 2015 var de samtidigt pågående förhandlingarna om en ny gränskontrollmekanism med Turkiet. Författaren, som vid denna tid arbetade vid utrikesdepartementet, kan dock inte erinra sig att denna omständighet nämndes i något sammanhang där frågan diskuterades.

En besläktad fråga är om bekräftelse kan ge stöd för oskäligen eller illegitima politiska krav gentemot andra stater, grupper eller världssamfundet.⁴⁵ Det är känt att officiellt sanktionerade beskrivningar av både nutida och historiska händelser vid flera tillfällen använts av olika aktörer för att legitimera ändringar av befintliga gränser, secession och för att tvinga människor från hem och hemländer.⁴⁶ Det kan också finnas oro för oväntade distributiva effekter, även sådana med konfliktpotential. I den nämnda debatten om ekonomisk gottgörelse till Hererofolket påtalas ofta att Ovambo, den nu största och politiskt mäktigaste folkstammen i Namibia, inte stödjer några sådana krav, förmodligen därför att det skulle kunna göra Hererofolket rikare och mer inflytelserikt än det är idag.⁴⁷

De olika frågorna om fakta och kausalsamband tillhör en egen och särskilt besvärlig kategori. Ingen ansvarskännande stat eller regering torde vilja riskera sin inhemska eller internationella trovärdighet genom att fatta dåligt grundade eller felaktiga beslut.⁴⁸ Många stater har också noterat att flera antaganden om samband mellan bekräftelse och liknande åtgärder och fred, rättvisa, försoning, icke-återuppreppning och andra önskvärda resultat inte går att belägga. Jennifer Lind visade redan år 2008 att det finns få empiriska bevis att ursäkter från ansvariga stater, och än mindre liknande åtgärder från oskyldiga stater, skulle befrämja internationell försoning.⁴⁹ Peter Novick har besvarat frågan huruvida det finns ett samband mellan minneshållande ("memorization") och "aldrig igen" med ett tydligt nej.⁵⁰ Flera andra

⁴⁴ Engert, se not 4 ovan, s. 135.

⁴⁵ Celermajer, se not 10 ovan, s. 26.

⁴⁶ Regeringar är medvetna om att anspråket inte nödvändigtvis behöver vara helt ogrundat. Ett viktigt rekvisit vid tillämpningen av principen om självbestämmande är att den grupp som söker självständighet ska ha utsatts för förföljelse inom gränserna för den befintliga staten.

⁴⁷ Engert, se not 4, s. 138–139.

⁴⁸ Segermakternas insisterande på erkännande av tysk "krigsskuld" vid första världskrigets slut har i efterhand kritiserats av många forskare, både för att vara felaktigt i sak och för att ha banat vägen för Hitler, andra världskriget och Förintelsen. Lind, se not 10 ovan, s. 1.

⁴⁹ Ibid., s. 3.

⁵⁰ Peter Novick, *The Holocaust in American Life*, Boston: Houghton Mifflin, 1999, s. 257.

studier visar på liknande resultat.⁵¹ Det finns även flera studier som antyder att utomstående engagemang för att få andra att erkänna och be om ursäkt snarast leder till svårhanterliga politiska motreaktioner, inklusive kategorisk förnekelse och isolationism.⁵² Ett aktuellt exempel är Armeniens och diverse stater och internationella organisationers misslyckade försök att få Turkiet att ändra sin syn på ”händelserna 1915–1918” med hjälp av negativa (”shaming”) och positiva (EU-medlemskap) incitament, vilka snarast synes ha befast uppfattningen i Turkiet att landet är utsatt för en orättvis och provocerande internationell kampanj.⁵³

4 Tystnadens pris

Det är begripligt att kombinationen av osäkra orsakssamband och upplevda risker ofta leder stater till tystnad, tvetydighet eller användning av alternativ terminologi: massmord, tragiska händelser, hemskheter och så vidare.⁵⁴ Frågan måste därför ställas hur sådana svar eller icke-svar förhåller sig till problematiska och som det verkar all mer utbredda, företeelser såsom förnekelse av historiska fakta och konstruktion av historiska myter.⁵⁵

⁵¹ Se Kora Andrieu, "Sorry for the Genocide": How Public Apologies Can Help Promote National Reconciliation," *Millennium - Journal of International Studies* 38, no. 1 (2009): s. 3; Renée A. Hill, "Compensatory Justice: Over Time and between Groups," *The Journal of Political Philosophy* 10 (2002): 398; David Mendeloff, "Truth-Seeking, Truth-Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm?," *International Studies Review* 6, no. 3 (2004): 361-375; David Rieff, *In Praise of Forgetting: Historical Memory and Its Ironies* (New Haven: Yale University Press, 2017); Jeffrey Blustein, "How the Past Matters – On the Foundations of an Ethics of Remembrance," i red. Neumann och Thomson, se not 33 ovan, s. 79.

⁵² Gällande ursäkter och "the dangers of contrition", se Lind, se not 10 ovan, s. 4, 93, 182; ICTJ, se not 2 ovan, s. 5; Lind, se not 10 ovan, s. 94, 194-195 nämner som exempel att den amerikanska kongressens House Resolution 121, vilken uppmanar Japan att be om ursäkt till de "tröstekvinnor" som kidnappades och användes som sexslavar under den japanska ockupationen av bland annat Taiwan och Korea, drev dåvarande premiärminister Shinzo Abe att tvärt om förneka all japansk skuld för detta brott.

⁵³ Goltz, se not 6 ovan, s. 33; Daase, m.fl., se not 4 ovan, s. 20; Engert, se not 4 ovan.

⁵⁴ Detta gäller även i fråga om senare händelser. Uttrycket "dödens fält" används ofta i förhållande till massmorden utförda av Khmer Rouge-regimen i Kambodja på 1970-talet, etc. United Nations Office on the Prevention of Genocide and the Responsibility to Protect, se not 23 ovan, s. 2-3.

⁵⁵ Historisk förnekelse ("historical denialism") är en strategi för manipulativa syften, men måste särskiljas från historierevisionism, som går ut på att revidera bekräftade eller etablerade historiska förhållanden på basis av nya uppgifter, vittnesmål, dokument och tolkningar. Så länge denna process inte blandar fakta med förfälskning är det en legitim del av historisk forskning. Fronza, se not 10 ovan, 9; Deborah Lipstadt, *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory* (New York: Free Press, 1994), s. 8-12.

De flesta liberala och demokratiska stater skulle nog hävda att deras tystnad inte är resultatet av en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, utan en funktion av en linje att aldrig uttala sig om händelser i vilka de inte hade någon roll, eller som hände för länge sedan. Rimligen borde också detta argument något minska risken att vissa grupper eller individer känner sig mistrodda eller förbisedda, särskilt om staten i fråga redan ses som en allmänt hängiven och konstruktiv aktör inom t.ex. mänskliga rättigheter och övergångsrättvisa.⁵⁶ Men för att vara verkligt övertygande måste argumentet också stödjas av en faktiskt existerande policy eller tydlig praxis. Än mer effektivt kan argumentet förmodligen vara om den relevanta policyn omfattar mer än bara frågan om bekräftelse, gärna hela spektrumet av frågor omkring massövergrepp, dess följder och förebyggande. I sådana fall kan instrumentet bland annat hjälpa olika intressenter att förstå hur staten uppfattar sin egen roll i fråga om olika händelser i det förflutna, vilka krav som rimligen kan ställas och komma att efterkommas samt hur olika allianser och samarbeten för åminnelse, försoning med mera kan byggas och drivas.⁵⁷

Stater har också anledning att snabbt visa på hela paletten av långsiktiga och pågående initiativ för åminnelse, försoning och förebyggande, och särskilt på initiativ som på något sätt uppmärksammar den specifika händelsen. Nationella historiska museer, dokumentationscentra och andra liknande institutioner spelar en mycket viktig roll. I vissa länder finns även myndigheter, stiftelser och likande med specifikt uppdrag att förmedla kunskap om massövergrepp och dess följder, såsom svenska Forum för levande historia, norska Senter for studier av Holocaust og livssynsminoriteter och nederländska Institutet för krigs-, Förintelse- och folkmordsstudier. Ett ytterligare mycket viktigt instrument och manifestation är nationella läroplaner och läroböcker, som visar på vad staten anser att alla unga människor bör känna till och konkret bidrar till att forma ett gemensamt medvetande.

Stater kan också initiera och driva olika internationella strategier och projekt. När det är politiskt möjligt kan det handla om gemensamma eller partssammansatta undersökningskommissioner, gränsöverskridande forskningsprogram eller

⁵⁶ Neta Crawford, 'The Passion of World Politics: Propositions on Emotion and Emotional Relationships,' *International Security* 24, no. 5 (2000): 134-135.

⁵⁷ Det schweiziska utrikesministeriet nämner hantering av det förflutna som ett särskilt policy- och verksamhetsområde. Verksamheten utgår från fyra huvudprinciper: rätten att veta, rätten till rättvisa, rätten till gottgörelse och garantier för icke-återupprepning. Dessa principer anses också definiera den schweiziska statens motsvarande förpliktelser. <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home/foreign-policy/human-rights/peace/dealing-with-past.html>.

inrättande av gemensamma dokumentationscentra.⁵⁸ Men som redan nämnts är sådana strategier förknippade med vissa uppenbara svårigheter och erfarenheterna har inte alltid varit goda. Ett välkänt exempel är det internationella och bilaterala stödet för den Turkisk-Armeniska försoningskommissionen (Turkish Armenian Reconciliation Commission) och framför allt för dess initiativ att uppdra åt International Center for Transitional Justice (ICTJ) att slutgiltigt och objektivt svara på frågan om 1948 års *Folkmordskonvention* är tillämplig på händelserna 1915–1918.⁵⁹ Här räckte det att ett antal bidragande stater omnämnde åtgärden i allmänt positiva termer för att etablera en uppfattning i Turkiet och Armenien att utredningen inte kunde förväntas vara oberoende eller objektiv. Kort därefter lämnade också flera viktiga armeniska och turkiska medlemmar kommissionen.

Ett alltmer använt alternativ för att nå ut till olika intressegrupper är att utnyttja de kunskaper, nätverk och andra resurser som finns hos olika icke-statliga organisationer. En ofta anlita aktör är Auschwitz Institute for Peace and Reconciliation, vilket arbetar specifikt med att motverka de olika hot mot global fred och säkerhet som Förintelsen och andra folkmord och massövergrepp fortfarande aktualiserar. Bland annat ordnar Institutet utbildningar och sammankomster för regeringstjänstemän och politiska beslutsfattare i syfte att sprida kunskap om de långvariga effekterna av händelser för länge sedan och om hur tendenser till förnekelse och manipulation av historiska fakta och händelser bäst kan motverkas idag.

Men stater kan också överväga och genomföra mer inofficiella och diskreta åtgärder för att nå ut med olika budskap.⁶⁰ Kända personer i gränslandet mellan det offentliga och privata, såsom tidigare ministrar, akademiska auktoriteter och företrädare för olika trossamfund kan t.ex. uppmuntras göra offentliga uttalanden, skriva artiklar och delta i seminarier där de ger uttryck för allmänna uppfattningar utan politiska och protokollära betänkligheter. Det finns forskning som antyder att sådana individuella och spontana initiativ har långt större betydelse är hittills uppmärksammas. Litteraturen inom området övergångsrättvisa har under senare tid särskilt uppmärksammat den viktiga roll som olika initiativ inom den kulturella sfären (konst, litteratur, film, fotografi, musik etcetera) har spelat för att förmedla och bearbeta varierade erfarenheter av övergrepp, och för att underlätta det som

⁵⁸ Heinze, se not 10 ovan, 420.

⁵⁹ International Center for Transitional Justice, se not 11 ovan.

⁶⁰ Se Pablo de Greiff, 'On Making the Invisible Visible: The Role of Cultural Interventions in Transitional Justice Processes,' i *Transitional Justice, Culture and Society*, red. Clara Ramirez-Barat (New York: International Center for Transitional Justice, Advancing Transitional Justice Series, 2014), 13.

kallas ”social remembering”.⁶¹ Forskningen om den speciella företeelsen officiella ursäkter visar också att kulturella interventioner ofta har varit mer effektiva än officiella uttalanden när det gäller att förmedla budskap om verkliga känslor och övertygelser.⁶²

5 Några slutsatser

Det ökande och alltmer systematiska lobbyarbetet för bekräftelse och kategorisering av olika händelser för länge sedan har gett upphov till ett antal nya frågor. Vissa av dem är relativt enkla att avfärda eller besvara. De rättsliga problemen är till exempel inte så svåra eller avgörande som ofta antas eller antyds. De relevanta internationella instrumenten, däribland Folkmordskonventionen, de viktigaste konventionerna om mänskliga rättigheter och reglerna om statsansvar, ålägger inte tredje part att bekräfta eller på annat sätt kategorisera historiska händelser. Regelverket lägger heller inte några hinder i vägen för en stat som av någon anledning önskar göra just detta. Det är likaså tydligt att några internationella rättsliga konsekvenser inte skulle följa av en sådan meningsyttring.

De politiska spörsmålen är fler och mer komplicerade. Vissa handlar om rena lämplighetsbedömningar, till exempel om rimligheten i att staten plötsligt tar ställning i fråga om en mer eller mindre känd händelse långt bak i tiden när inte nutida och en mer kända övergrepp alltid hanterats på motsvarande sätt, eller om det vettiga i att staten axlar rollen som historieskrivare.

Det finns också svåra frågor av kunskapsmässig och empirisk natur. En sådan är huruvida en bekräftelse eller liknande åtgärd kan förmodas leda till avsedda eller önskvärda resultat, till exempel försoning, eller om åtgärden snarare kan ha motsatt effekt. Forskning och senare tids erfarenheter visar att svaret är högst osäkert.⁶³

Den mest avgörande faktorn är av principiell och inrikespolitisk natur, och rör relationen mellan officiella sanningar och grundläggande värden och rättigheter, i första hand yttrandefriheten. I synnerhet europeiska stater är medvetna att många

⁶¹ Louis Bickford, 'Memoryworks/Memory Works,' i red. Ramirez-Barat, se not 62 ovan; Carlos Thiebaut, 'Literature and Experiences of Harm,' i red. Ramirez-Barat, se not 62 ovan; ICTJ, se not 2 ovan. För ett praktiskt exempel, se Biblioteken i Södertälje, 'Folkmorden 1915,' <https://bibliotek.sodertalje.se/web/arena/folkmorden-1915>.

⁶² Horelt, se not 5 ovan, 164. Lind, se not 10 ovan, 156, nämner att trots att Tyskland länge tvekade att be Frankrike om ursäkt för övergrepp begångna under andra världskriget så kom Frankrike snabbt att betrakta den uppriktiga nationella debatten i Tyskland som en tillräckligt tydlig manifestation av statens och befolkningens känsla av skuld och ånger.

⁶³ Se t.ex. Lind, se not 10 ovan, 4, 93-94, 182, 195-195; ICTJ, se not 2 ovan, 5.

försök att stipulera hur vissa händelser ska minnas eller förstås har mött allvarlig och artikulerad kritik, inte minst för att staten i sina ansträngningar att etablera eller skydda historiska sanningar också utsätter just dessa sanningar för risken att förlora sin trovärdighet och legitimitet.⁶⁴ Naturligtvis har det också noterats att flera sådana initiativ visat sig stå i strid med överordnade konstitutionella och människorättsliga normer.

Frågan är då vilka åtgärder stater kan och bör vidta för att undvika att deras valda tystnad eller medvetna tvetydighet gör efterlevande och andra berörda onödigt besvikna, eller än värre, utnyttjas av aktörer med intresse att dölja eller förvränga saker som uppenbarligen hänt. Det ofta använda ”policyargumentet” – att tystnaden inte är ett resultat av övervägande i det enskilda fallet utan av en ”linje” att inte uttala sig om händelser för länge sedan över huvud taget – har både förtjänster och begränsningar. En förtjänst är att ingen grupp eller erfarenhet blir mindre trodd än någon annan. En annan är att en tydlig linje kan hjälpa till att moderera överdrivna förväntningar. Men för att vara övertygande måste argumentet understödjas av en faktiskt existerande, allmänt känd och konsekvent tillämpad policy. Detta är inte alltid fallet. Argumentet är också mycket effektivare om det är del i ett genomtänkt och sammanhängande ramverk för hantering av alla former av massövergrepp, dess efterverkningar och förebyggande.

Ytterligare åtgärder är också påkallade. Stater kan och bör naturligtvis visa på olika institutioners och organisationers kontinuerliga och långsiktiga arbete för att uppmärksamma olika massövergrepp och dess effekter. De kan också uppmuntra olika ”mellanhänder” att uttrycka saker och ståndpunkter som de själva anser sig förhindrade att säga. En ytterligare möjlighet är att utnyttja hela spektrumet av individuella och spontana initiativ för kunskapssökande, åminnelse och medvetandegörande. Senare tids erfarenheter från området övergångsrättvisa visar att inte minst initiativ inom litteraturen, konsten och filmen ofta varit oant effektiva för att nå och engagera nya och viktiga grupper, sannolikt just på grund av deras varierade perspektiv och utgångspunkter och avsaknad av anspråk på absolut sanning.

⁶⁴ Se t.ex. Timothy Garton Ash, ‘A Blanket Ban on Holocaust Denial Would Be a Serious Mistake,’ *The Guardian*, 18 januari 2007, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2007/jan/18/comment.secondworldwar> (hämtad 9 juli 2018); ‘Historiker Jäckel: Holocaust-Leugner mit Ignoranz strafen,’ *Deutschlandradio*, 1 februari 2007, https://www.deutschlandfunkkultur.de/historiker-jaeckel-holocaust-leugner-mit-ignoranz-strafen.945.de.html?dram:article_id=132449 (hämtad 23 juli 2018); Cajani, se not 26 ovan, 141.

Information och samråd vid kollektiva uppsägningar inom EU – reflektioner kring rättsutvecklingen

NIKLAS BRUUN²

1 Inledning

Örjan Edström har allt sedan sin doktorsavhandling om medbestämmandeavtal hyst ett intresse för kollektiv arbetsrätt och medbestämmandefrågor. Efter det svenska EU-inträdet har också EU-arbetsrätten legat inom hans centrala intresseområden. Det ter sig därför i en festskrift till Örjan minst sagt lämpligt att behandla några aktuella frågor som gäller tolkningen av direktivet om kollektiva uppsägningar och dess föreskrifter om information och samråd.

Jag avser att behandla några frågor som nyligen varit uppe till prövning i EU-domstolen och som är av principiell betydelse också i en svensk kontext, där man i samband med regeringsbildningen i januari 2019 har kommit överens om att lagen (1982:80) om anställningsskydd LAS ska ändras genom tydligt utökade undantag från turordningsreglerna samt genom att lägga förslag som, särskilt för mindre företag, innebär lägre kostnader vid uppsägningar samtidigt som rättssäkerhet och skydd mot godtycke upprätthålls.³ Också den överenskomna strävan att generellt särskilt beakta de små och medelstora företagens behov av

¹ Jag tackar *Petra Herzfeld Olsson*, *Erik Sinander* och *Erik Sjödén* för nyttiga kommentarer till ett artikelutkast, men svarar själv för artikelns slutliga innehåll.

² Niklas Bruun är professor (emeritus) vid Hanken i Helsingfors och gästprofessor vid Stockholms universitet, där han medverkar i det av Svenska vetenskapsrådet finansierade projektet ”An inclusive and sustainable Swedish labour law – the ways ahead (2017-031349). I projektet analyseras bl.a. de frågeställningar som tas upp i denna artikel.

³ Sakpolitisk överenskommelse i januari 2019 mellan Socialdemokraterna, Centerpartiet, Liberalerna och Miljöpartiet de gröna (det sk. januariavtalet). Se <https://www.socialdemokraterna.se/globalassets/aktuellt/utkast-till-sakpolitisk-overenskommelse.pdf>.

flexibilitet kan tänkas leda till krav på särbehandling av småföretag vid kollektiva uppsägningar. Framställningen koncentreras på kollektiva uppsägningar, men den har i viss mån relevans även för medbestämmandefrågor mer generellt.

2 Rättsutvecklingen och direktivets ställning inom EU-rätten

Direktivet tillkom som känt redan 1975 som ett av de tre 70-talsdirektiven för att samordna vissa aspekter av arbetsrätten inom EU.⁴ De två andra direktiven gällde arbetstagarnas ställning vid företagsövertalelser och arbetsgivares insolvens. Direktivet reviderades 1992 och konsoliderades 1998, då det nu gällande direktivet 98/59 EG antogs.⁵

Det ursprungliga förslaget motiverades med två centrala målsättningar som var intimt kopplade till varandra.⁶ Å ena sidan ville man skydda arbetstagarna och ge dem rätt till information och förhandling i övertalighetssituationer. Å andra sidan betonade man att regleringen i olika EU-länder på detta område var olika, att den ekonomiska integrationen hotade att försämra arbetstagarnas ställning och underminera sociala framsteg och en balanserad allmän och regional utveckling inom EU. Syftet är inte att förhindra ekonomisk omstrukturering utan att skapa lämpliga skyddsgarantier för de anställda för att stöda dem i friställningssituationer, men också att skapa en ram för omskolning, yrkesmobilitet och i sista hand geografisk rörlighet genom stöd från EU:s sociala fond samt genom att arbetskraftsmyndigheternas samarbete på den inre marknaden successivt har utvecklats till att även stöda gränsöverskridande mobilitet inom EU.⁷

⁴ Det ursprungliga direktivet (75/129/EEG) om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar antogs 17.2.1975. Angående utvecklingen av EU-arbetsrätten på 1970-talet, se närmare Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten (5. Uppl, 2017) s. 52 ff.

⁵ Direktivet 75/129/EEG reviderades genom direktiv 92/56/EEG som trädde i kraft den 26.8.1992. Direktivet konsoliderades 1998 och gäller som rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998.

⁶ Se COM (72) 1400, Brussels, November 8, 1972, Proposal for a Council Directive on the harmonization of the legislation of the Member States relating to redundancies, Explanatory Statement s. 1-3.

⁷ Mobiliteten stöds sedan år 1994 av samarbetsnätverket EURES som ska främja fri rörlighet för arbetstagare i de 28 EU-länderna samt Schweiz, Island, Liechtenstein och Norge. Nätverket består av Europeiska samordningsbyrån, nationella samordningskontor, Eurespartner och associerade Eurespartner. Partner i nätverket kan vara offentliga arbetsförmedlingar, privata arbetsförmedlingar, fackföreningar, arbetsgivarorganisationer och andra relevanta aktörer på arbetsmarknaden. Dessa olika partner tillhandahåller information, placeringar och rekryteringstjänster till arbetsgivare och jobbsökande.

Direktivet antogs som ett så kallat inre marknadsdirektiv i en situation där gemenskapens kompetens på socialpolitikens område var ytterst begränsad, men dess syftemål att garantera ett minimiskydd för arbetstagare i form av en rätt till information och samråd i samband med kollektiva uppsägningar var klar. Detta kom till klart uttryck i direktivets ingress där man inledde med en hänvisning ”särskilt” till artikel 100 i fördraget om upprättandet av den europeiska ekonomiska gemenskapen, samtidigt som man i ingressen betonade att lagstiftningsharmoniseringen bör ”främjas samtidigt som det sker en fortlöpande förbättring i enlighet med artikel 117 i fördraget”.⁸ Samma upplägg har bevarats i det konsoliderade direktivet 98/59/EG där punkt 7 i ingressen hänvisar till artikel 117. Det står alltså klart att artiklarna 100 och 117 var centrala vid direktivets tillkomst. EU-domstolen uttalade i *Rockfon*-målet att direktivet antogs på grundval av artiklarna 100 och 117 i EEG-fördraget, men har i andra sammanhang såsom i målet *Nolan* karakteriserat direktivet som ett inre marknadsdirektiv som antagits med stöd av artikel 100 EG.⁹

Den något olika betoningen av den rättsliga grunden kan hänga samman med att EU-domstolen i flera sammanhang har prioriterat en lagstiftningspolicy, som utgår från att endast en rättslig grund skall anges då rättsliga instrument antas inom EU. Då olika rättsliga grunder i fördraget föreskriver olika lagstiftningsprocesser står det klart att endast en rättslig grund som anger det huvudsakliga syftet med lagstiftningsåtgärden anges.¹⁰ Till och med när det är fråga om en åtgärd som har flera målsättningar eller innehåller flera beståndsdelar, vilka är oskiljaktigt förbundna med varandra, utan att den ena är underordnad den andra, har domstolen slagit fast att när olika fördragsbestämmelser är tillämpliga skall en sådan åtgärd endast i undantagsfall antas med stöd av de bägge möjliga rättsliga grunderna.¹¹

När det gäller direktiv 98/59/EG ligger det nära till hands att hävda att detta utgör ett direktiv där den socialpolitiska målsättningen är ”oskiljaktigt förbunden” med målsättningen att främja den inre marknaden. Det framgår klart att en förbättring av arbetstagarnas ställning och ökade krav på information och samråd anses vara ägnade att främja den inre marknaden. Direktivet har som

⁸ Rådets direktiv 75/129/EEG. Artikel 100 motsvaras i dag av artikel 115 i FEUF, medan artikel 117 motsvaras av artikel 151 FEUF.

⁹ Se mål C-449/93 (7.12.1995) *Rockfon A/S* p. 29 samt målet C-583/10 (18.10.2012) *USA v. Nolan* p. 38-40.

¹⁰ Se Sjödin, Erik, *Ett europeiserat arbetstagarinflytande*, Iustus 2015. s. 85 ff och där angiven rättspraxis.

¹¹ Se mål C-130/10, (19.7.2012) *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd* som gällde ogiltigförklaring av en rättsakt, p. 44-45.

framgick ovan en indirekt innehållsmässig koppling till arbetskraftens fria rörlighet, eftersom nationella arbetskraftsmyndigheter skall informeras om arbetskraftsnedskärningar och förhandlingar enligt direktivet i syfte att kunna vidta åtgärder för att sysselsätta och vid behov omskola friställd personal. För en sådan tolkning talar också det faktum att EU-domstolen explicit uppfattat direktivet som baserat på såväl artikel 100 som 117 i fördraget samt det att rätten till information och samråd både i EU:s deklaration om arbetstagarnas grundläggande rättigheter från 1989 och i den numera bindande EU-stadgan, som utgör en del av Lissabonfördraget, uppfattas som en grundläggande arbetstagar rättighet på den inre marknaden och som en central beståndsdel av unionsbyggets fundament, en social marknadsekonomi (FEU 3 (3)).¹² Frågan om hur man i detta hänseende uppfattar direktivet är inte enbart en akademisk fråga, utan den kan också komma att påverka tolkningen av direktivet i enskilda fall så som nedan framgår.

3 Arbetstagarbegreppet enligt direktivet

Medan begreppet arbetstagar klart definierats av EU-domstolen då det gäller att fastslå vilka personer som skall omfattas av rätten till fri rörlighet för arbetstagar inom EU samt av rätten till lika behandling och icke diskriminering har situationen varit annorlunda då det gällt direktiv som harmoniserar arbetsförhållandena. Dessa direktiv utgår i flera fall från att begreppet arbetstagar skall definieras enligt nationell rätt. Detta är i många fall naturligt eftersom genomförandet av direktiven i medlemsstaterna därigenom underlättas. Samtidigt kan en sådan lagstiftningsstrategi leda till skilda resultat i olika länder beroende på hur brett man definierat gruppen arbetstagar.

I motsats till exempelvis EU-direktivet om företagsöverlåtelser 2001/23/EG, som också hör till 70-talets ursprungliga samordningsdirektiv, innehåller direktivet om kollektiva uppsägningar ingen uttrycklig hänvisning till att begreppet arbetstagar skall bedömas enligt nationell rätt. Under en lång tidsperiod rönt frågan ringa uppmärksamhet. I flera medlemsländer utgick man i doktrin och praxis från att ett nationellt arbetstagarbegrepp kunde användas.

¹² Mot denna bakgrund förefaller Sjödens (s. 87) påstående om att om ”EU-domstolen i ett mål om ogiltighet skulle upprätthålla det syfte (att stärka arbetstagarnas skydd vid kollektiva uppsägningar NB) som den angett i *Rockfon*” skulle ”direktivet ha antagits på fel rättslig grund” som alltför schematiskt eftersom han tycks utgå från att det a priori råder ett motsatsförhållande mellan arbetstagarnas skydd och målsättningen att främja den inre marknaden.

I målet *Balkaya*¹³ ställdes frågan om hur arbetstagarbegreppet enligt direktivet skulle tolkas för första gången på sin spets. Fallet gällde ett tyskt bolag som uppsade anställningsavtalen för nitton av sina anställda utan att göra en anmälan till den kompetenta arbetskraftsmyndigheten om den planerade kollektiva uppsägningen. Bolaget ansåg att antalet uppsagda arbetstagare understeg gränsen enligt lag och direktiv, nämligen 20 anställda. En av de uppsagda Mr. Balkaya hävdade att ytterligare två personer som var anställda vid företaget måste räknas in i gruppen anställda, då man beräknade huruvida kravet på 20 anställda hade uppfyllts. Den ena av dem var herr M.L., som verkade som medlem i företagsledningen, men som inte ägde några aktier i företaget och som var underställd ett annat organ i företaget. Den andra personen var en kvinnlig praktikant S, som gjorde praktiktjänstgöring inom företaget med stöd av ett statligt praktikantstipendium, men som inte erhöll någon lön från företaget där praktiken gjordes.

Mr. Balkaya hade i tysk domstol hävdat att lagstadgade krav på kollektiva uppsägningar inte uppfyllts av arbetsgivaren samt hävdat att antalet arbetstagare normalt var fler än det tröskelvärde på 20 personer, som föreskrivs i tysk lag (17 § 1.1 KSchG) och att bolaget därför, enligt bestämmelsens lydelse, var skyldigt att uppfylla de krav lagen ställde på sådana företag. Den tyska domstolen skickade en förfrågan till EU-domstolen, som gällde huruvida dessa ovannämnda två personer kunde anses som arbetstagare i direktivets mening och mera specifikt i enlighet med artikel 1 (1) (a) i direktivet om kollektiva uppsägningar.

EU-domstolen gjorde i målet ett viktigt principavgörande då den konstaterade att begreppet arbetstagare i artikel 1 (1) (a) i direktiv 98/59/EG inte kan, i motsats till vad bolaget hade hävdat i målet, definieras med hänvisning till medlemsstaternas lagstiftning, utan detta begrepp ska ges en självständig och enhetlig tolkning i unionens rättsordning.¹⁴ I annat fall skulle medlemsstaterna kunna ändra beräkningsreglerna för de tröskelvärden som föreskrivs däri, och följaktligen tröskelvärdena, vilket således skulle innebära att medlemsstaterna kunde ändra direktivets tillämpningsområde och därmed frånta direktivet dess fulla verkan. Domstolen konstaterade också att det framgår av domstolens fasta praxis att begreppet arbetstagare ska definieras enligt de objektiva kriterier som kännetecknar ett anställningsförhållande, med beaktande av inblandade parter rättigheter och skyldigheter. Det grundläggande kännetecknet för ett

¹³ Mål C-229/14 (9.6.2015) *Ender Balkaya*. Se även Kontouris, Nicola, *The Concept of "Worker" in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*. Industrial Law Journal Vol. 47, 2018, s. 204.

¹⁴ Här hänvisade domstolen analogt till målet C-55/02, kommissionen mot Portugal, p. 49.

anställningsförhållande i detta sammanhang är att en person under en viss tid utför arbete åt en annan person och under dennes ledning och att förstnämnda person får ersättning för detta arbete.¹⁵

EU-domstolen motiverade sin slutsats med att unionslagstiftarens avsikt genom harmoniseringen av de bestämmelser som är tillämpliga vid kollektiva uppsägningar har varit att både säkerställa ett jämförbart skydd för arbetstagarnas rättigheter i de olika medlemsstaterna och ett tillnärmande av de kostnader som detta skydd innebär för företagen i Europeiska unionen.

Vidare motiverade EU-domstolen användningen av en vidsträckt definition av begreppet arbetstagare med att en sådan tolkning även stöds av direktivets syfte, vilket, såsom framgår av skäl 2 i detsamma, bland annat är att ge arbetstagare större skydd vid kollektiva uppsägningar. I enlighet med det syftemålet ska de begrepp som definierar direktivets tillämpningsområde, inbegripet begreppet arbetstagare i artikel 1.1 a i samma direktiv, inte definieras snävt.

EU-domstolen gick sedan in på att pröva om de två utpekade personerna kunde omfattas av EU-rättens arbetstagarbegrepp. Då det gällde företagsledaren konstaterade EU-domstolen för det första att det framgår av domstolens fasta praxis att frågan huruvida ett rättsförhållande enligt nationell rätt är ett anställningsförhållande saknar betydelse vid bedömningen av om en person ska kvalificeras som arbetstagare i unionsrättslig mening. Detta gäller alltså också det faktum att en företagsledares anställningsförhållande såsom i det aktuella målet, särskilt regleras av ett tjänsteavtal för företagsledare, vilket enligt tysk rättspraxis inte utgör ett anställningsavtal.

Domstolen fortsatte och konstaterade att härav följer att besakföheten av det rättsliga band som binder en person till den andra parten i ett anställningsförhållande saknar betydelse för tillämpningen av direktiv 98/59, i den mån som personen i fråga uppfyller de kriterier EU-rätten uppställer.

Vidare konstaterade EU-domstolen att det följer av den praxis från domstolen som är tillämplig i samband med direktiv 98/59, att den omständigheten att en person är medlem i ett ledningsorgan i ett bolag med begränsat ansvar inte i sig innebär att det är uteslutet att personen i fråga befinner sig i en underordnad ställning i förhållande till bolaget. Härvid ska omständigheterna i samband med denne medlems rekrytering, vederbörandes uppdrag, det sammanhang i vilket uppdragen utförs, omfattningen av dennes befogenheter, den kontroll som han

¹⁵ Se närmare Risak, Martin och Dullinger, Thomas, *The concept of "worker" in EU law. Status quo and potential for change*. Report 140, ETUI. Brussels 2018.

eller hon är föremål för från bolagets sida och de omständigheter under vilka han eller hon kan entledigas beaktas.

Domstolen finner under dessa omständigheter att även om en sådan medlem i företagsledningen i ett bolag med begränsat ansvar vid utförandet av sina arbetsuppgifter har ett utrymme för skönsmässig bedömning, som i synnerhet går utöver det utrymme som en arbetstagare har enligt tysk rätt – vilken, såsom den nationella domstolen har påpekat, kan få detaljerade anvisningar av arbetsgivaren om de särskilda uppgifter som denne ska utföra och sättet som de ska utföras på – är det inte desto mindre så, att vederbörande befinner sig i en underordnad ställning i förhållande till bolaget enligt EU-domstolens relevanta rättspraxis. Vidare konstaterade domstolen att en sådan företagsledare som den som är i fråga i det nationella målet får ersättning som vederlag för sitt arbete. Slutsatsen blev därför att en sådan medlem i företagsledningen i ett bolag med begränsat ansvar som den som är i fråga i det nationella målet, ska kvalificeras som ”arbetstagare” i den mening som avses i artikel 1.1 a i direktiv 98/59 och ska således beaktas vid beräkningen av de tröskelvärden som föreskrivs däri.

Den andra frågan gällde huruvida artikel 1.1 a i direktiv 98/59 ska tolkas så, att en person, såsom den som är i fråga i det nationella målet, som utför ett praktiskt arbete inom ett företag i form av praktiktjänstgöring utan att få ersättning från sin arbetsgivare, men som får ekonomiskt stöd från det offentliga organ som har ansvar för främjande av arbete, ska anses vara arbetstagare i den mening som avses i bestämmelsen.

EU-domstolen hänvisade till sin fasta praxis att begreppet arbetstagare inom unionsrätten omfattar personer som fullgör förberedande praktik eller lärlingstid inom ett yrke – en tid som kan betraktas som en praktisk förberedelse för själva utövandet av det aktuella yrket – eftersom den tiden har fullgjorts på de villkor som utmärker faktiskt och verkligt avlönat arbete för en arbetsgivares räkning och under dennes ledning. Domstolen har understrukit att denna slutsats inte vederläggs av att den berörda personen uppvisar en låg produktivitet, inte har en full tjänst och därför endast arbetar ett begränsat antal timmar per vecka och således endast uppbär en begränsad ersättning för sitt arbete. Slutsatsen blev att artikel 1.1 a i direktiv 98/59 ska tolkas så, att en person, såsom den som är i fråga i det nationella målet, som utför praktiskt arbete inom ett företag i form av praktiktjänstgöring utan att få ersättning från sin arbetsgivare, men som får ekonomiskt stöd från det offentliga organ som har ansvar för främjande av arbete för denna aktivitet, ska anses vara arbetstagare i den mening som avses i bestämmelsen.

Målet *Balkaya* bygger vidare på en rad domar från EU-domstolen som vill stänga möjligheten att genom nationella regler begränsa tillämpningsområdet för

direktivet.¹⁶ Det är också den första domen där man uttryckligen konstaterar att man vid tillämpning av direktivet skall tillämpa en gemensam EU-rättslig bred arbetstagardefinition för att förhindra att direktivets genomslag begränsas. Domen är också intressant mot bakgrund av att man vid samma tidsperiod avgav domar där man krävde en enhetlig tillämpning av direktivets definition på arbetsplats, men där kraven de facto ledde till att direktivets genomslag begränsades.

4 Begreppet arbetsplats enligt direktivet

Direktivets reglering. Begreppet arbetsplats ("establishment") har en viktig betydelse för tillämpningsområdet för direktivet om kollektiva uppsägningar. Direktivet ger medlemsländerna två alternativ vad gäller utformningen av direktivets tillämpningsområde. I artikel 1 föreskrivs att

I detta direktiv avses med

a) kollektiva uppsägningar: uppsägningar från arbetsgivarens sida av ett eller flera skäl som inte är hänförliga till berörda arbetstagare personligen och då, efter medlemsstaternas val, antalet uppsägningar är

i) antingen under en period av 30 dagar

- minst 10 på arbetsplatser med normalt fler än 20 och färre än 100 arbetstagare,

- minst 10 % av antalet arbetstagare på arbetsplatser med normalt minst 100 men färre än 300 arbetstagare,

- minst 30 på arbetsplatser med normalt minst 300 arbetstagare,

ii) eller, under en period av 90 dagar minst 20, oberoende av det normala antalet arbetstagare på arbetsplatsen i fråga.

Rättsfallen Rockfon och Athinaiki. Redan EU-domstolens tidiga domar kom att handla om tolkningen av begreppet arbetsplats. I *Rockfon*¹⁷ ingick enheten Rockfon med 162 anställda i Rockwool-koncernen som hade 1435 anställda i Danmark.

¹⁶ Se t.ex. mål C-385/05 (18 januari 2007), CGT där franska regler om att undanta vissa kategorier av arbetstagare vid beräkning av tröskelvärdena underkändes.

¹⁷ Mål C-449/93 (7.12.1995) *Rockfon A/S*.

Mellan den 10 och 28 november 1989 sade Rockfon upp 24 eller 25 personer av de 162 som var anställda vid denna tidpunkt. Någon föregående överläggning mellan Rockfon och de berörda arbetstagarna hade inte förekommit och den behöriga myndigheten hade inte heller skriftligen underrättats om uppsägningarna. Detta berodde på att antalet uppsagda var mindre än 30 på "arbetsplatsen" Rockwool, som hade över 300 anställda (situation 3 i direktivet 1 (a) i). Som argument för att Rockfon inte skulle uppfattas som en separat arbetsplats användes även argumentet att Rockfon inte hade en ledning som självständigt kunde besluta om kollektiva uppsägningar och därför inte kunde betraktas som en arbetsplats i direktivets mening. Kriteriet med självständigt beslutsfattande hade även stöd i dansk lagstiftning.

Tolkningsen av begreppet "arbetsplats" blev därför central i EU-domstolens dom. Här framhölls att begreppet "arbetsplats" inte definierats i direktivet, men att begreppet utgör ett gemenskapsrättsligt begrepp som inte kan definieras genom hänvisningar till nationell rätt i medlemsstaterna. EU-domstolen betonade vidare direktivets syfte att stärka arbetstagares skydd, man betonade att storföretag inte bör kunna kringgå direktivets bestämmelser genom att anförtro beslutanderätten om kollektiva uppsägningar till särskilda organ.

EU-domstolen kom därför fram till att begreppet "arbetsplats" enligt artikel 1.1 a i ovannämnda direktiv avser den enhet där de arbetstagare som berörs av uppsägningarna utför sina arbetsuppgifter. Det är inte avgörande för definitionen av begreppet "arbetsplats" att enheten har en ledning som självständigt kan besluta om uppsägningarna. Direktivet skyddade sålunda rätten till information och samråd för de 24 eller 25 personer vid Rockfon som sagts upp. Domstolens tolkningslinje och argumentationsmönster i *Rockfon* bekräftades sedermera i målet *Athinaiiki*.¹⁸ Där bestod företaget Athinaiki Chartopoiia AE av tre separata produktionsenheter på tre olika orter. En av enheterna som hade 420 anställda lades ner, de anställda uppsades och inga förhandlingar fördes. Detta motiverades med en regel i grekisk rätt som baserade sig på en upphävd direktivbestämmelse om att direktivet inte skall tillämpas på nedläggning av ett företags verksamhet till följd av ett rättsligt beslut. Här var dock inte fråga om något rättsligt beslut och den nedlagda enheten var utan tvekan en arbetsplats i direktivets mening.

Rättsfallen Lyttle och USDAW. Dessa rättsfall handlade om stora företagsnedläggningar eller omstruktureringar i Storbritannien och Nordirland. Under det senaste decenniet har det som följdverkningar efter den ekonomiska krisen förekommit omfattande företagsnedläggningar och omstruktureringar i

¹⁸ Mål C-270/05 (15.2.2007) *Athinaiiki*.

Storbritannien. Woolworths stängde i januari 2009 varvid 27.000 anställda friställdes, Comet stängde 236 butiker år 2012 varvid 6985 arbetsplatser försvann.¹⁹

I målet Lyttle²⁰ gällde frågan butikskedjan Bonmarché. I januari 2012 hade Bonmarché 394 klädbutiker med ca 4000 anställda. I Nordirland och Isle of Man som tillsammans utgjorde en administrativ enhet hade Bonmarché då 20 butiker med 180 anställda. Bonmarché försattes i konkurs och verksamheten överläts till Bluebird våren 2012. Bluebird genomförde omfattande uppsägningar våren 2012 varefter Bonmarché hade 265 butiker med ca 2900 anställda. I Nordirland minskade butikerna till 8 med 75 anställda. Personalminskningen genomfördes utan något informations- och samrådsförfarande i enlighet med direktivet om kollektiva uppsägningar. De fyra sökandena i målet Lyttle ingår i en grupp med 19 anställda i Bonmarché i Nordirland som sades upp under våren 2012 och har väckt talan i en arbetsdomstol i Nordirland. De hade arbetat i fyra olika Bonmarché-butiker på olika platser i Nordirland. Samtliga butiker hade färre än 20 anställda.

I målet USDAW²¹ hade flera tusen personer sagts upp som en följd av att företagen Woolworths och Ethel Austin gjort konkurs. Med stöd av lagen TULRCA skyddades anställda som hade arbetat vid arbetsplatser med över 20 anställda, medan 4500 uppsagda anställda som arbetat på arbetsplatser inom företaget med färre än 20 anställda inte fick några förmåner bl.a. beroende på regleringen i den engelska TULCRCA, som utformats i syfte att implementera direktiv 98/59/EG.²²

¹⁹ Se Butler, Mark, A *"Pick and Mix" Approach to Collective Redundancy:USDAW*, Industrial Law Journal Vol 47, No 2, 2018, s. 297.

²⁰ Mål C-182/13 (13.5.2015) *Lyttle*.

²¹ Mål C-80/14 (30.4.2015) *USDAW*.

²² Förenade kungarikets skyldigheter enligt direktiv 98/59 har genom Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (TULRCA) införlivats med rättsordningen i England och Wales samt Skottland. I § 188.1 i TULRCA föreskrivs att när en arbetsgivare föreslår att säga upp 20 eller fler arbetstagare såsom övertaliga vid en arbetsplats inom en period av 90 dagar eller färre, ska arbetsgivaren överlägga om uppsägningen med de personer som är behöriga representanter för de anställda som kan komma att beröras av de föreslagna uppsägningarna eller som kan komma att beröras av åtgärder som vidtas i samband med dessa uppsägningar. Om en arbetsgivare inte följer kraven i § 188 i TULRCA kan en arbetsdomstol meddela ett skyddsföreläggande enligt § 189.2 som, enligt § 189.3, är ett föreläggande varigenom arbetsgivaren åläggs att betala ersättning under den skyddsperiod som anges i § 189.4. Se närmare generaladvokat Wahl i målen C-182/13, C-392/13 och C-80/14 (5.2.2015), gemensamt utlåtande för all tre mål.

Den rättsliga problematiken. I rättsfallen aktualiserades det faktum att direktivet om kollektiva uppsägningar, som ovan framgått, erbjuder två olika möjligheter att definiera vad som är kollektiva uppsägningar på vilka direktivet och nationell lag blir tillämpligt. Storbritannien hade valt alternativ två, dvs. minst 20 uppsägningar under 90 dagar, oberoende av det normala antalet arbetstagare på arbetsplatsen i fråga. Andra medlemsländer som t.ex. Danmark (*Rockfon*) har valt alternativ 1. Vid en analys av de olika alternativen framkommer klart att tolkningen av begreppet arbetsplats är central i bägge alternativen, men att en inskränkande tolkning gynnar arbetstagarna i alternativ 1 (i) och en utvidgande tolkning i alternativ 2 (ii).²³

- (i) En inskränkande tolkning av begreppet ”arbetsplats” ökar antalet nedläggningsbeslut som täcks av direktivet, eftersom det finns en koppling mellan antalet uppsagda och antalet anställda på arbetsplatsen i alternativ 1. Ju färre arbetstagare som normalt arbetar på arbetsplatsen, desto lättare är det att uppnå det behövliga antalet arbetstagare som sägs upp (som lägst 10).
- (ii) En inskränkande tolkning av alternativ 2 leder till att det blir svårare att uppnå minimiantalet anställda d.v.s. 20. Som framgår i fallen *Lyttle* och *USDAW* kan det leda till att kedjor inom detaljhandeln i hög utsträckning kan undvika att hamna inom tillämpningsområdet för direktivet, någonting som ter sig minst sagt svärförenligt med direktivets syften då vi talar om massuppsägningar av tusentals anställda. Om däremot begreppet ”arbetsplats” ges en utvidgande tolkning så att exempelvis samtliga butiker inom ett visst område ses som en arbetsplats kan resultatet bättre överensstämma med direktivets syftemål.

EU-domstolen befann sig alltså i ett svårt predikament i fallen *Lyttle* och *USDAW*. Domstolen kunde välja mellan att konsekvent ge det autonoma EU-rättsliga begreppet ”arbetsplats” samma innehåll i varje del av direktivets artikel 1 som är rubricerad ”Definitioner och räckvidd” och därigenom urholka arbetstagarnas skydd eller att argumentera för en särskild tolkning under Art 1 (a) (ii). Begreppet ”arbetsplats” hade i domen *Athinaiki* hade domstolen slagit fast att begreppet ”arbetsplats”, inom ett företag, bland annat kan ”omfatta en separat enhet med en viss varaktighet och stabilitet som ska utföra en eller flera

²³ Butler, Mark s. 308-310 belyser problematiken med de olika tolkningsalternativen.

bestämda uppgifter och som förfogar över en arbetsstyrka, tekniska medel och en viss organisationsstruktur för att fullgöra dessa uppgifter.”²⁴

Domstolen valde den lösning som förespråkades av generaladvokat Wahl, nämligen en konsekvent begrepps användning. Han konstaterade att den snäva innebörd som begreppet getts i domarna *Rockfon* och *Athinaiki* skall ges generell tillämpning: ”Det skulle vara orimligt att föreställa sig en varierande tolkning av ett begrepp som underbygger en bestämmelse i en avdelning med rubriken ”Definitioner och räckvidd”. Artikelns skulle då förlora sitt syfte och knappast vara förenlig med rättssäkerhetsprincipen.”²⁵

Wahls argument är enligt min mening fullt relevant. Om han själv och domstolen hade konstaterat att vi här måste göra en avvägning mellan direktivets syfte att skydda arbetstagarna och kravet på en konsekvent och förutsebar rättstillämpning och att det sistnämnda kravet väger tyngre än skyddsaspekten hade domsluten *Lyttle* och *USDAW* knappast väckt stor uppmärksamhet. Domstolen (och generaladvokaten) valde dock att komma upp med rad faktiska och rättsliga argument för sin lösning som ter sig mer eller mindre förfelade.

För det första citerade man tidigare domar där man angett att direktivets syfte förutom att skydda arbetstagare även är att ”säkerställa ett jämförbart skydd för arbetstagarnas rättigheter i alla medlemsstater, dels att de kostnader som detta skydd medför för företagen i unionen ska bli jämförbara”. Detta citat, som tidigare har använts då man betonat direktivets status som tvingande minimidirektiv är här minst sagt malplacerat eftersom domstolens tolkning ju förefaller leda till att arbetstagarnas rättigheter i det Förenade kungariket blir svagare än i övriga länder och kostnaderna lägre trots att domstolen – utan att ange något underlag för sin uppfattning – hävdar motsatsen. Domstolen hävdar också att en utvidgande tolkning av begreppet ”arbetsplats” i ett ytterlighetsfall kunde leda till att endast en enskild arbetstagare på en arbetsplats skulle kunna beröras av en kollektiv uppsägning, vilket enligt dess mening vore orimligt. Domstolen verkar också betona att direktivet särskilt skall beakta de socioekonomiska effekter som kollektiva uppsägningar kan få i ett bestämt lokalt sammanhang, vilket tycks tala emot ett bredare perspektiv (regionalt, nationellt eller på den inre marknaden).²⁶

Argumentationen i *USDAW* och *Lyttle* verkar utvisa att EU-domstolen i ringa utsträckning förstått syftet och innehållet i kravet på information och samråd i samband med kollektiva uppsägningar. Det står klart att domstolen menar att det

²⁴ *Athinaiki*, p. 27.

²⁵ Se generaladvokat Wahls ovan angivna utlåtande s. 38.

²⁶ Se domarna i målen *USDAW* mål C-80/14 p. 64 och mål C-182/13 *Lyttle* p. 32.

vore absurt om en kollektiv uppsägning i ett särskilt fall kunde avse endast en enskild arbetstagare på en arbetsplats – eventuellt belägen i ett avskilt område långt ifrån andra arbetsplatser inom samma företag. Domstolen tycks liksom generaladvokaten utgå från att direktivet framförallt avser de socioekonomiska effekter som kollektiva uppsägningar kan få i ett bestämt lokalt sammanhang och en lokal miljö.²⁷

Domstolens uppfattning verkar svår att förena med direktivets innehåll och den roll och det mandat som arbetstagarrepresentanterna (inte arbetstagarna) har enligt direktivet. Skyldigheten att inleda förhandlingar gäller ju enligt direktivet artikel 2 (1) arbetsgivaren och ingalunda arbetsplats-ledningen. Arbetstagarrepresentanterna skall informeras och arbetsgivaren skall med dem inleda förhandlingar. Det finns inget som säger att dessa förhandlingar inte kan gälla enskilda arbetstagare eller att de skall inskränkas till ett lokalt perspektiv. Enligt artikel 2 (2) skall dessa förhandlingar (överläggningar) omfatta olika möjligheter att undvika kollektiva uppsägningar eller att minska antalet berörda arbetstagare samt att lindra konsekvenserna av uppsägningarna genom arbetsmarknadspolitiska åtgärder i synnerhet i syfte att bistå med omplacering eller omskolning av övertaliga arbetstagare. Detta innebär att informations- och samrådsförfarandet inte endast gäller de socioekonomiska effekterna av kollektiva uppsägningar utan innehållet i själva uppsägningsbeslutet som sådant.²⁸ Slutligen kan man i ljuset av domstolens tidigare praxis i *Rockfon*, *CGT* och *Balkaya*, där domstolen uttryckligen sökte lösningar som förhindrade kringgående av arbetsgivarskyldigheterna, fråga sig om domstolen inte i *Lyttle* och *USDAW* beslut öppnat upp för en möjlighet att kringgå direktivet (och TULRCA) genom att organisera verksamheten i enheter som omfattar mindre än 20 arbetstagare.²⁹

²⁷ Både domstolen och generaladvokat Wahl (p. 49) hänvisar här till mål C-270/05 *Athinaiki* p. 28 där det lokala sammanhanget betonades som en faktor som stödde möjligheten att en lokal enhet kunde anses vara en arbetsplats i direktivets mening varigenom arbetstagarnas rätt till information och samråd stärktes.

²⁸ Detta framgår även klart av EU-domstolens dom i målet *Junk*, se mål C-188/03 (27.1.2005) *Junk*.

²⁹ I målet C-392/13 (13.5.2015) *Canas* hänvisade domstolen åter till en lösning som syftade till att förhindra ett kringgående av direktivets krav i spansk lagstiftning. Här hade "företaget" införts som enda referensenhet i stället för "arbetsplatsen" på ett sätt som gjorde att direktivet inte blev tillämpligt. Detta ansåg domstolen att stod i strid med artikel 1.1 första stycket a i direktivet 98/59/EG.

5 Information och samråd som en grundläggande arbetstagarrättighet i EU-rätten

Det är något förvånande att EU-domstolen i målen *USDAW* och *Lyttle* överhuvudtaget inte omnämnde artikel 27 i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, som föreskriver att ”Arbetstagarna eller deras representanter ska på lämpliga nivåer garanteras rätt till information och samråd vid lämplig tidpunkt, i de fall och på de villkor som föreskrivs i unionsrätten samt i nationell lagstiftning och praxis”. Detta stadgande är numera en bindande del av EU-fördraget.³⁰

EU-domstolen hade ett halvt år innan man avkunnade domar i målen *USDAW* och *Lyttle* tagit ställning till tolkningen av artikel 27 i målet *AMS*.³¹ I det målet hade den franska Cour de Cassation undrat huruvida Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och särskilt dess artikel 27, när deras innehåll har preciserats i ett direktiv, kan åberopas i förhållande mellan enskilda. EU-domstolen besvarade frågan nekande och konstaterade att artikel 27 för sig eller tillämpad gemensamt med ramdirektivet 2002/14/EG ska tolkas så, att ”om en nationell bestämmelse genom vilken direktivet införlivas, såsom artikel L. 1111-3 i den franska lagen om arbete, visar sig oförenlig med unionsrätten, kan denna artikel i stadgan inte åberopas i en tvist mellan enskilda i syfte att denna nationella bestämmelse ska sättas åt sidan”.³²

Det förefaller alltså som om EU-domstolen utgår från att artikel 27 innehåller en i EU-stadgan artikel 51 avsedd princip, inte en rättighet.³³ Mark Butler har noterat detta och samtidigt påpekat att domstolen i målet *AMS* tolkade artikel 27 i EU-stadgan, medan den inte tog ställning till frågan om rätten till information och samråd som en EU-rättslig princip kunde vara av så grundläggande konstitutionell karaktär att den därför borde ges företräde framom nationell rätt

³⁰ Domstolen hänvisade inte heller till det allmänna ramdirektivet 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen, som innehåller samma begränsningsmöjlighet som direktivet om kollektiva uppsägningar.

³¹ Mål C-176/12, (15.1.2014) *Association de médiation sociale* (AMS).

³² Mål C – 176/12 p. 51. Jfr dock generaladvokat Pedro Cruz Villalon, som kom till motsatt åsikt i sitt förslag till avgörande.

³³ Se närmare om distinktionen i EU-stadgan Karlander, Lars, *The ECJ's Adjudication of Fundamental Rights Conflicts. In Search of a Fair Balance*. Uppsala University 2018. s. 86 ff. Se även diskussionen i Herzfeld-Olsson, Petra, *Possible Shielding Effects of Article 27 on Workers Rights to Information and Consultation in the EU Charter of Fundamental Rights*. IJCLIR Vol 32, issue 2 June 2016. 251 – 273.

som inte uppfyller EU-rättens krav.³⁴ Butler drar en parallell till målen *Mangold*³⁵ och *Küçükdeveci*³⁶ i vilka EU-domstolen hävdade att skyddet mot åldersdiskriminering på direktivnivå utgjorde en manifestation av en konstitutionell princip som existerade från tidigare inom EU-rätten.³⁷ Det finns goda argument för att rätten till information och samråd är en fundamental konstitutionell princip i EU-rätten.³⁸ Den finns manifesterad i artikel 152 FEUF, som reglerar den sociala dialogen på EU-nivå, men också i artikel 154 FEUF, som reglerar EU-kommissionens skyldighet att samråda med arbetsmarknadsparterna vid lagberedning. Vidare finns förutom ramdirektivet³⁹ för information och samråd (2002/14/EG) en rad särskilda direktiv där rättigheten/principen regleras. Direktivet om kollektiva uppsägningar utgör ett sådant direktiv.

Det är också skäl att peka på Petra Herzfeld Olssons analys av artikel 27 i stadgan. Hon hävdar att undantagen till denna bestämmelse måste tolkas strikt.⁴⁰ En tolkning som gör att stora arbetstagargrupper i storföretag utestängs från information och samråd kan i sin förlängning anses strida mot artikel 27 i stadgan. Konsekvensen av detta kunde vara att reglerna i direktiven om information och samråd, som leder till dessa orimliga resultat, kunde förklaras ogiltiga av EU-domstolen.

6 Avslutning

Det framstår som något paradoxalt att EU-domstolen, som under många år hävdat tolkningar som syftar till att begränsa medlemsstaternas möjligheter att kringgå direktivet om kollektiva uppsägningar, efter det att artikel 27 i EU stadgan blivit bindande primärrätt är beredd att godkänna domslut som de facto

³⁴ Butler s. 310 ff.

³⁵ Mål C-144/04, (22.11.2005) *Mangold*.

³⁶ Mål C-555/07 (19.1.2010) *Küçükdeveci*.

³⁷ Butler s. 310 f. Se även Walkila, Sonya, *Horizontal Effect of Fundamental Rights. Contributing to the "Primacy, Unity and Effectiveness of European Union Law"*. Helsinki 2015. s. 241 ff.

³⁸ AMS-målet handlade om hur man i Frankrike skulle beräkna antalet anställda inom ett företag för att uppnå tröskelgränsen 50 anställda, som utlöser rätten att tillsätta en arbetsplatskommitté och en facklig representant. EU-domstolen hävdade att omständigheterna i AMS-målet skilde sig från dem i *Küçükdeveci* men till denna del är argumentationen inte helt övertygande, se även Butler s. 312.

³⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information och samråd med arbetstagarare i Europeiska gemenskapen.

⁴⁰ Herzfeld Olsson s. 267 ff.

urholkar rättigheten till information och samråd till ett tomt skal i situationer där förhandlingar behövs allra mest.

Direktiven om information och samråd har också utvärderats inom EU redan år 2013 varvid man ansåg att de uppfyllde sitt syfte och att den kritik som förekom mot att direktiven kunde kringgås och att trösklarna för dess tillämpningsområde var för höga inte nödvändigtvis krävde lagstiftningsåtgärder.⁴¹

Domsluten i målen *USDAW* och *Lyttle* innebär att planerade och genomförda massuppsägningar av tusentals anställda inom ett och samma företag faller utanför arbetsgivarens skyldigheter till information och samråd. Detta rättsläge står i bjärt kontrast mot synen på rätten till information och samråd som en grundläggande arbetstagarrättighet inom EU och underminerar helt de uttalade ekonomisk- och socialpolitiska målsättningarna gällande hanteringen av strukturomvandlingar på den inre marknaden. Den gör också att utvärderingen från år 2013 förefaller helt överspelad.

Frågan är vad som kan göras för att åtgärda den otillfredsställande situationen. Det finns enligt min mening tre alternativa möjligheter:

I första hand kunde man pröva förenligheten av tröskelvärdena i direktiven om information och samråd med EU stadgan artikel 27 i synnerhet i ljuset av sådana situationer som uppstått i fallen *USDAW* och *Lyttle*.

För det andra kan man föra fram den ofta framställda tanken på att konsolidera reglerna om information och samråd som finns i direktivet om kollektiva uppsägningar, direktivet om företagsöverlåtelse och ramdirektivet om information och samråd. I samband med en sådan konsolidering kunde även en nödvändig revidering äga rum.

Om ingendera av dessa två åtgärder vidtas förefaller det rimligt att kräva att den nya tillträdande EU-kommissionen skyndsamt initierar en revision av direktivet om kollektiva uppsägningar, så att en rimlig nivå på medbestämmande kan garanteras i hela EU.

⁴¹ Se Commission Staff Working Document ”Fitness check” on EU law in the area of Information and Consultation of Workers. Brussels 26.7.2013. SWD (213) 293 final.

När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?

CATHARINA CALLEMAN¹

I en tid när företagsformer och anlitandeformer blivit alltmer komplicerade och rättsregler blivit svåröverskådliga och svårtillämpade, har intresset ökat för de yttre gränserna för arbetsgivarens bestämmanderätt, för grundläggande principer och mänskliga rättigheter i arbetslivet. Ett sådant allmänt handlingsmönster, som kan begränsa arbetsgivarens bestämmanderätt, är god sed på arbetsmarknaden.

Vad betyder då god sed på arbetsmarknaden? Enligt Tore Sigeman är god sed på arbetsmarknaden ett ”sådant mer *allmänt faktiskt praktiserat beteende* som representerar en viss yrkesetisk eller allmänt *moralisk nivå*. En oskriven princip som upprätthålls särskilt beträffande arbetsgivarens rätt att utöva arbetsledningen är att avtalspart inte får utnyttja honom eljest tillkommande befogenheter på ett sätt som strider mot goda seder”.²

I den här artikeln undersöker jag hur Arbetsdomstolen (AD) har använt principen om god sed på arbetsmarknaden som gräns för det tillåtna i fråga om uppsägningar. Andra uttryck som t.ex. ”strider mot allmänna rättsgrundsatser”, ”är otillbörlig”, eller ”är rättsstridig” kan vara avsedda att ha liknande innebörd, med den skillnaden att de enligt lydelsen betecknar en avvikelse från ett rättsligt mönster i stället för ett faktiskt allmänt godtagat mönster. I flera tidiga domar används några av dessa olika uttryck omväxlande med varandra. Med tiden verkar dock god sed ha etablerats som vedertaget uttryck för ett ”allmänt faktiskt praktiserat beteende som representerar en viss yrkesetisk eller allmänt moralisk nivå”. I denna artikel avgränsas undersökningen till situationer där Arbetsdomstolen har använt sig av just begreppet god sed för att bedöma tillåtligheten av uppsägningar. I den inledande historiken har dock även liknande

¹ Professor emerita, kollega med Örjan vid Umeå universitet under åren 1992 – 2010.

² Tore Sigeman i Löntagarrätt, Juristförlagen, Stockholm 1994, s. 27.

uttryck använts. Den centrala frågan i undersökningen är vilken betydelse principen har för anställningsskyddet.

Artikeln inleds med en kort historik över den betydelse för anställningsskyddet som Arbetsdomstolen gett principen om god sed på arbetsmarknaden från sin första tid och fram tills anställningsskyddslagen trädde i kraft 1974. Därefter följer en genomgång av rättspraxis i samma fråga efter 1974 vad gäller uppsägningar från arbetsgivarens sida. Först diskuterar jag betydelsen av principen om god sed vid uppsägningar av personliga skäl för de kategorier som omfattas av anställningsskyddslagen och sedan betydelsen för de kategorier som inte omfattas av lagen. Därefter görs en genomgång av betydelsen av god sed på arbetsmarknaden vid uppsägningar på grund av arbetsbrist. Sist följer en redogörelse för den betydelse Arbetsdomstolen har gett principen vid uppsägningar från arbetstagarens egen sida, där uppsägningen haft samband med arbetsgivarens handlande.

1 Historik

Genom den så kallade decemberkompromissen mellan LO och SAF år 1906 godtog LO efter ett lockouthot från arbetsgivarnas sida § 23 i Svenska Arbetsgivareföreningens stadgar. Paragrafen (som senare blev § 32) löd:

Med iakttagande av avtalets bestämmelser i övrigt äger arbetsgivaren rätt att leda och fördela arbetet, att fritt antaga eller avskeda arbetare samt att använda arbetare, oavsett om dessa är organiserade eller ej.³

Under Arbetsdomstolens första år verkar rättsläget trots överenskommelsen ha varit oklart vad gäller uppsägningsrätten, vilket framgår av att domstolen ibland gick in på en prövning av grunden till uppsägningar (se t.ex. AD 1 931 nr 74 och 1932 nr 51).⁴ Redan i AD 1932 nr 100, som gällde en arbetsgivare som hade den ovan nämnda klausulen intagen i kollektivavtalet, gjorde domstolen dock ett uttalande om rättsläget vid uppsägning. AD uttalade att ”som huvudregel vid ett icke tidsbestämt arbetsavtal gäller, att arbetsgivare lika väl som arbetare, kan fritt uppsäga avtalet utan anförande av skäl – vilket sistnämnda innebär att det bakomliggande motivet icke heller får rättsligen efterforskas.” AD uttalade emellertid också att uppsägningsrätten inte fick begagnas för ett syfte som stred

³ Fortsättningen, som rör föreningsrätten, utelämnas här.

⁴ Se vidare Catharina Calleman, Turordning vid uppsägning (akad. avh.), Rättsvetenskapliga institutionen vid Umeå universitet, 1999, s. 46 f.

emot lag och goda seder och inte heller i strid med uttryckliga avtalsbestämmelser.

I AD 1935 nr 110 prövades gränserna för den fria uppsägningsrätten. En lastbilschaufför hade vägrat ta med otillåtet tung last och hade därför blivit avskedad. Kollektivavtalet innehöll en klausul om rätt att fritt avskeda arbetare. Arbetsdomstolen menade att arbetsgivaren vid utövande av den fria uppsägningsrätten måste iaktta de inskränkningar som kunde följa av *allmänna rättsgrundsatser*. Det kunde inte anses tillåtet att avskeda en arbetstagare endast därför att han krävde att föreskrifter i lag skulle iakttas, vilka kunde medföra ansvar för honom själv. Arbetsgivaren blev skyldig att återta arbetstagaren och betala ersättning för förlorad arbetsförtjänst.

I två andra fall där förbundet ansett att en uppsägning stred mot god sed, ansåg AD att arbetsgivaren gjort uppsägningar/avskedat⁵ av andra skäl än de som organisationen påstått. I AD 1936 nr 121 hade en tillverkare av likkistor sagt upp en arbetstagare därför att dennes son bedrev konkurrerande verksamhet med bolaget. Arbetsdomstolen framhöll att uppsägningsrätten inte fick användas på ett sätt som stred mot *det allmänna rättsmedvetandet*, men den ansåg samtidigt att uppsägningen egentligen skett på grund av risken för att den anställde skulle yppa företagshemligheter och ogillade yrkandet om återanställning. I AD 1937 nr 80 hade en bageriarbetare blivit uppsagd efter att ha anmält till Hälsovårdsnämnden, att bagaren använde jäst som var oduglig som människoföda. Domstolen menade att det inte rådde någon tvekan om att en uppsägning på den grunden skulle vara otillåten, men att uppsägningen i själva verket hade skett därför att arbetsgivaren omöjlig kunde samarbeta med arbetstagaren och ville skapa arbetsro. Förbundets talan kunde inte bifallas.

Också andra domar, där förbundens invändningar om att uppsägningar stred mot god sed ogillades, tyder på att domstolen ansåg att arbetsgivarens uppsägningsrätt skulle vara mycket vidsträckt. I AD 1946 nr 67 hade en telefonist sagts upp efter att ha vägrat övertidsarbete. Hon hade arbetat till klockan tre en morgon och vägrat börja igen förrän klockan sexton. Arbetsdomstolen ansåg att snäva gränser måste dras upp för undantag från den fria uppsägningsrätten. Arbetsgivaren skulle visserligen enligt lag och avtal ha kunnat sakna rätt att ta ut det arbete som begärdes, men detta kunde inte medföra att avskedandet skulle vara rättsstridigt eller strida *mot allmän moral*. I AD 1948 nr 30 hade en arbetstagare förklarat sig av hälsoskäl inte kunna delta i visst arbete utan andningsmask. AD framhöll att inga bestämmelser eller annat förelåg som medgav inskränkning i

⁵ Uttrycket avsked används synonymt med uppsägning vid denna tid.

den fria uppsägningsrätten. Domstolen ansåg sig inte heller kunna gå in på frågan om arbetaren hade bort avskedas ur allmänna skälighetssynpunkter.

Dessa domstolens snäva gränser för vad som skulle anses rättsstridigt fick Geijer att 1958 sammanfatta rättsläget som att ”Arbetsdomstolen har ställt mycket stora krav på en tillämpning av ”säkerhetsventilen” god sed, så stora att den i praktiken ej fått någon större betydelse.⁶

År 1964 infördes i huvudavtalet mellan LO och SAF en befogenhet för Arbetsmarknadsnämnden att pröva om det förelegat saklig grund för uppsägning på grund av en enskild arbetares förhållanden och att i så fall tilldöma arbetstagaren skadestånd. Om en uppsägning av en anställd skulle ha vidtagits i syfte som *stred mot lag och goda seder*, kunde liksom tidigare (med hänvisning till AD 1935 nr 110) arbetsgivaren förpliktas både att återta den uppsagde arbetstagaren i sin tjänst och att utge skadestånd till honom (AD 1967 nr 17).

I slutet av 1960-talet omfattades en stor andel av alla arbetstagare av kollektivavtal, som inskränkte arbetsgivarens fria uppsägningsrätt.⁷ I en rad domar på 1960-talet prövades om uppsägningar stred mot god sed. Alla dessa tvister gällde uppsägningar av personliga skäl och uppsägningsrätten var som ska framgå fortfarande mycket vidsträckt:

En arbetstagare som var lettisk flykting, ansåg att han blivit trakasserad av sina arbetskamrater, att den fackliga organisationen hade orsakat att han blivit uppsagd och att uppsägningen stred mot god sed. AD ansåg att utredningen visat att uppsägningen närmast orsakats av ett mycket spänt förhållande mellan arbetstagaren och hans arbetskamrater. Risker var att dessa skulle säga upp sig. Uppsägningen ansågs inte ha stridit mot god sed (AD 1962 nr 34). En lagerarbetare i skobranschen hade blivit uppsagd därför att han vägrade upphöra med en bisyssla som han utförde nattetid. Förbundet menade att det stred mot god sed att säga upp en arbetstagare av det skälet att han inte ville upphöra med en sysselsättning på sin fritid som inte skadade arbetsgivaren. Arbetsdomstolen menade att uppsägningen visserligen kunde framstå som obillig med hänsyn till att arbetstagaren hade lång anställningstid och inte hade misskött sitt arbete, men att bolaget hade rätt att utöva sin fria uppsägningsrätt (AD 1963 nr 18). En arbetstagare hade varit fackligt aktiv och menade att detta hade väckt irritation bland hennes arbetskamrater och orsakat uppsägningen av henne. Förbundet ansåg dock att hennes uppsägning inte hade att göra med den fackliga

⁶ Lennart Geijer och Folke Schmidt, *Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte: en studie i rättsbildningen på arbetsmarknaden*, Lund 1958, s. 135. De hänvisar också till AD 1933 nr 120 där AD uttalat att med en åtgärd som strider mot god sed åsyftas endast fall där det är fråga om ett verkligt omoraliskt handlande från arbetsgivarens sida.

⁷ Ann Henning, *Tidsbegränsad anställning*, Juridiska föreningen, Lund 1984, s. 79 ff.

verksamheten. Enligt AD hade ingenting förekommit som visade att bolaget inte tillvaratagit arbetstagarens behöriga intressen. Uppsägningen ansågs inte strida mot *god sed* på arbetsmarknaden (AD 1967 nr 17).

I två domar ansågs dock andra intressen väga tyngre än uppsägningsrätten och det är också tydligt att ett nytt synsätt började växa fram. I AD 1967 nr 22 (liksom i AD 1935 nr 110) hade arbetsgivaren krävt att arbetstagaren skulle bryta mot vägtrafikförordningen genom att köra för tung last och denne hade dömts till böter för detta. Kollektivavtalet innehöll en regel om att arbetsgivare inte fick ålägga arbetare att utföra arbete som innebar brott mot föreskrifter i lag, något som tyder på att detta ännu inte var en självklarhet. Arbetsdomstolen menade att bolaget hade begagnat den fria uppsägningsrätten i ett syfte som stred mot lag och goda seder och samtidigt mot kollektivavtalet. Förbundet tilldömdes ett högt skadestånd för det ”synnerligen allvarliga brott mot kollektivavtalet” som ordern om lastning och därefter avskedandet utgjorde.⁸

I ett annat fall hade en arbetstagare blivit uppsagd efter att ha besvarat frågor från yrkesinspektionen. Arbetsdomstolen uttalade att den fria uppsägningsrätten begränsades av vissa lagar⁹ och inte heller fick begagnas för ett syfte som stred mot lag och goda seder. Den uttalade vidare att den tidigare dragit snäva gränser för inskränkningarna i den fria uppsägningsrätten, men att den gränsdragningen kunde påverkas av förändringar av rättsuppfattningen på arbetsmarknaden. Även arbetarskyddets betydelse ur allmän synpunkt betonades. Också denna uppsägning ansågs strida mot *god sed* (AD 1967 nr 26).

2 Uppsägningar från arbetsgivarens sida

2.1 *Av personliga skäl.*

Uppsägningar *av personliga skäl* från arbetsgivarens sida prövas sedan anställningsskyddslagens ikraftträdande 1974 normalt utifrån om de har saklig grund.¹⁰ *God sed* har därmed ingen betydelse som normerande handlingsmönster vid uppsägningar av personliga skäl för de kategorier arbetstagare som omfattas av anställningsskyddslagen.

⁸ Talan för arbetstagaren själv var preskriberad.

⁹ T. ex. på grund av arbetstagarens värnpliktstjänstgöring, äktenskap eller havandeskap.

¹⁰ Lennart Lunning menade 2002 att det inte var alledeles klart vad som menades med att en uppsägning stred mot *god sed* jämfört med att den inte var sakligt grundad. Ofta rörde det sig enligt Lunning om samma sak, särskilt om det gällde ett fall som inte hade behandlats i anställningsskyddslagens förarbeten. Lunning, Anställningsskydd, åttonde upplagan 2002, s. 273.

Ett undantag och ett mycket speciellt fall av åtgärd från arbetsgivarens sida, som har ifrågasatts utifrån om den dels utgjort ett avskedande, dels stridit mot god sed på arbetsmarknaden, var domen AD 1993 nr 19. En barnmorska hade där förlorat sin befattning som basenhetschef efter en reform inom landstinget, som innebar att en mödravårdscentral skulle stå under en chefsöverläkares ledning. Arbetsdomstolen menade att anställningen inte förändrats på ett sådant sätt att barnmorskan därmed fått en ny anställning och detta innebar att hon inte blivit avskedad genom landstingets beslut. Landstinget borde visserligen ha hållit arbetstagaren underrättad om de överväganden som gjorts innan hon meddelades beslutet, men åtgärden kunde inte anses strida mot god sed på arbetsmarknaden och därmed inte heller mot de principer som AB 89 vilade på.

När begränsningarna i uppsägningsrätten blev kodifierade 1974 i och med anställningsskyddslagens krav på saklig grund, var det att vänta att tillämpningsområdet för ett allmänt handlingsmönster skulle krympa väsentligt. Reinhold Fahlbeck menade 1989 att grundsatsen att en uppsägning inte fick strida mot ”lag och goda seder” numera gällde jämsides med LAS, men att AD:s praxis knappast var av intresse för personer som omfattades av LAS. För de kategorier arbetstagare, som var undantagna från LAS, kunde AD:s praxis ha viss betydelse. AD:s praxis visade emellertid att arbetstagare som var undantagna från LAS endast hade ett ytterst ringa skydd.¹¹

Frågan är då om Arbetsdomstolen har ansett att en uppsägning av en person, som tillhör någon av de kategorier som faller utanför anställningsskyddslagen, kan anses strida mot god sed på arbetsmarknaden och att principen därmed kan fungera som ett skydd för dem.

I en utförlig genomgång av branschpraxis och av AD:s praxis vad gäller undantaget från kravet på saklig grund för arbetstagare med företagsledande eller därmed jämförlig ställning, nämns inte principen god sed på arbetsmarknaden.¹² Fahlbeck menar där att Arbetsdomstolen inte har ställts inför frågan om det analogivis krävs saklig grund för uppsägning av en företagsledare: Så snart styrelsen förlorar förtroendet för sin verkställande direktör anses det föreligga en uppsägningsrätt. I AD 1979 nr 146 som gällde en verkställande direktör, uttalade domstolen också att det saknades rättslig möjlighet att förklara den omtvistade uppsägningen ogiltig.

¹¹ Reinhold Fahlbeck, *Praktisk arbetsrätt*, 1989, s. 322 (m. hänvisning till Lunning, *Anställningsskydd*, s. 37 ff. och 179 f.).

¹² Reinhold Fahlbeck, *Firing the boss*, i festskrift till Hans Stark, red. Ronnie Eklund, *Jure förlag*, Stockholm 2001.

Vad gäller undantaget för arbetstagare som tillhör arbetsgivarens familj har Arbetsdomstolen inte någon gång använt sig av sin möjlighet att begränsa arbetsgivarens bestämmanderätt genom att göra bedömningen att en uppsägning strider mot god sed på arbetsmarknaden (se t.ex. AD 1992 nr 84, där detta verkar ha kunnat vara ett alternativ).¹³

Också arbetstagare som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll är undantagna från anställningsskyddslagen och kan därmed sägas upp utan krav på saklig grund. Men detta innebär enligt förarbetena inte att en arbetstagare i husligt arbete kan sägas upp av vilken anledning som helst. Också i det husliga arbetet anses det nämligen gälla att en uppsägning inte får göras i strid med lag och goda seder.¹⁴ Något exempel på uppsägningar i strid med goda seder på området nämns dock inte i förarbetena och det finns inte heller någon AD-dom i ämnet.

Frågan om uppsägningsskydd för arbetstagare, som har anvisats beredskapsarbete, skyddat arbete eller arbete i ungdomslag,¹⁵ berördes i AD 1985 nr 80. Där hade en arbetstagare vid en skyddad verkstad avskedats efter att ett flertal gånger ha varit våldsam eller uttalat hot om våld. Förbundet yrkade på ogiltigförklaring och skadestånd och grundade detta på kollektivavtalet, det enskilda anställningsavtalet och på god sed på arbetsmarknaden. Arbetsdomstolen menade att arbetstagarens misskötsamhet gick utöver vad en arbetsgivare var skyldig att tåla och att förbundets åsikt att skiljandet från tjänsten stod i strid mot god sed på arbetsmarknaden saknade fog. Arbetsgivaren hade rätt att upplösa anställningsförhållandet.¹⁶

Sammanfattningsvis har begreppet god sed i stort sett ingen betydelse vid uppsägningar av personliga skäl i och med att dessa efter 1974 bedöms utifrån om de har saklig grund vad gäller de kategorier som omfattas av anställningsskyddslagen. I fråga om de kategorier som är undantagna från anställningsskyddslagen har Arbetsdomstolen helt avstått från att använda sig av principen om god sed på arbetsmarknaden för att begränsa arbetsgivarens uppsägningsrätt

¹³ Se Catharina Calleman, Om familjebandet i arbetsrätten - "Ett förträffligt korrektiv mot missbruk" i TfR 3/2004, s. 318–364.

¹⁴ Prop. 1974:88, s. 116 och 236. Se även Catharina Calleman, Ett riktigt arbete, Om regleringen av hushållstjänster, PANG förlag, 2007, s. 157 f.

¹⁵ Detta var lydelsen 1985. Idag är lydelsen ”arbetstagare som är anställda med särskilt anställningsstöd, i skyddat arbete eller med lönebidrag för utveckling i anställning”.

¹⁶ Liknande i AD 2005 nr 43 men utan referens till god sed på arbetsmarknaden.

2.2 På grund av arbetsbrist

Frågan är därefter vilken betydelse handlingsmönstret god sed på arbetsmarknaden har i fråga om uppsägningar på grund av arbetsbrist i den mening som är vedertagen, nämligen uppsägningar som *inte* hänför sig till arbetstagaren personligen. Sådana uppsägningar anses av AD vanligen i sig ha saklig grund, men prövningen mot god sed kan gälla enskilda led i den komplicerade process som en uppsägning på grund av arbetsbrist numera kan vara.¹⁷ Ifrågasättanden av om arbetsgivarens handlande är i enlighet med god sed har gällt gränserna 1/ för arbetsgivarens rätt att göra uppsägningar som en följd av att arbetstagare inte accepterat försämringar av sina anställningsvillkor, 2/ för omplaceringar enligt 7 § anställningsskyddslagen till nackdel för personer med företräde enligt turordningsreglerna i 22 § och 3/ för turordningsöverenskommelser.

En arbetstagare som inte accepterat försämringar av sina anställningsvillkor kan riskera att bli uppsagd på grund av arbetsbrist och sådana uppsägningar har prövats utifrån om de strider mot god sed på arbetsmarknaden. I AD 1993 nr 61 uttalade arbetsdomstolen att en lönesänkning (indragning av bilförmån) inte fick genomföras i diskriminerande syfte eller i strid med god sed. Uppsägningarna i målet, som gjordes enligt reglerna för uppsägning på grund av arbetsbrist, var dock enligt AD sakligt grundade. I AD 1997 nr 121, som också gällde lönesänkning, hade en säljledare fått ett förslag om att i stället arbeta som säljare. Han hade avböjt, eftersom förändringen skulle innebära kraftigt försämrade inkomster. Han sades då upp på grund av arbetsbrist och menade senare att lönesänkningen stred mot god sed på arbetsmarknaden. Arbetsdomstolen uttalade att enbart det förhållandet att en arbetstagare räknat med att i framtiden få högre inkomster till följd av en anställning kunde inte innebära att en uppsägning stred mot god sed.¹⁸

Frågan om omplacering enligt 7 § anställningsskyddslagen prövades i AD 2011 nr 30. I samband med en driftsinskränkning på en ort hade ett företag lämnat omplaceringserbjudanden enligt 7 § anställningsskyddslagen till vissa arbetstagare om likvärdigt arbete på en annan ort. Erbjudandena hade inte

¹⁷ Se Mats Glavå, *Vägval för anställningsskyddet*, Bokförlaget BAS, Göteborg 2018.

¹⁸ Mats Glavå menar i 30 år med anställningsskydd – och med myter, i *Liber amicorum Reinhold Fahlbeck*, red. Birgitta Nyström, Annamaria Westregård, Hans-Heinrich Vogel, Juristförlaget, Lund 2005 s. 9, med hänvisning till AD 1997 nr 121, att det formalistiska synsättet att verksamhetsrelaterade uppsägningar har saklig grund har lett till att arbetstagersidan har argumenterat utifrån god sed på arbetsmarknaden, vilket skulle innebära att en sakligt grundad uppsägning skulle kunna strida mot god sed.

lämnats i turordning enligt 22 § anställningsskyddslagen. Frågan gällde bland annat om företaget därmed hade handlat i strid mot grunderna för anställningsskyddslagen eller mot god sed på arbetsmarknaden. AD fann att det inte var fråga om någon skenkonstruktion, något kringgående¹⁹ eller handlande från ag:s sida som stred mot god sed.

Turordningsöverenskommelser har ett antal gånger prövats utifrån om de stridit mot god sed. Den enda typ av begränsning i kollektivavtalsparternas rätt att göra avsteg genom avtal från lagens turordningsregler som nämndes i förarbetena, var överenskommelser som endast gick ut på att slå ut andra organisationers medlemmar eller oorganiserade arbetstagare från arbetsplatsen. Sådana överenskommelser betecknades i propositionen som rättsstridiga.²⁰ Frågan om oorganiserades ställning i turordningsöverenskommelser har behandlats i ett par fall: Två oorganiserade arbetstagare hävdade att en överenskommelse om turordning var ogiltig, eftersom det inte förelåg sakliga och objektiva skäl för avvikelserna i den från anställningsskyddslagens regler. AD menade att redan det att flera andra oorganiserade arbetstagare hade fått behålla sina anställningar, måste betyda att organisationstillhörigheten inte hade tillmätts någon avgörande betydelse. Överenskommelsen framstod inte som ett sådant missbruk av avtalsfriheten att den skulle anses strida mot god sed eller eljest vara otillbörlig (AD 1983 nr 112). (Se även nedan AD 2002 nr 37)

Arbetsdomstolen har senare ansett att det finns ett visst utrymme för en domstol att ingripa mot en turordningsöverenskommelse, om den helt eller delvis framstår som otillbörlig, till exempel därför att den innebär en direkt diskriminering av vissa arbetstagare. I AD 1983 nr 107 hade ett rederi kommit överens med Svenska Sjöfolksförbundet om uppsägningar på grund av arbetsbrist av nitton arbetstagare. Fyra separata turordningslistor efter yrkesgrupper hade upprättats, där arbetstagare som bara talade finska placerades efter andra arbetstagare. Arbetsdomstolen ansåg att kravet på kunskaper i svenska språket inte var motiverat av säkerhetsskäl och att turordningsöverenskommelsen innebar diskriminering av den enbart finstalande personalen. Överenskommelsen ansågs strida mot god sed på arbetsmarknaden.

I AD 2002 nr 37 aktualiserades både diskriminering och oorganiserades ställning. Anställda på en resebyrå med relativt långa anställningstider hade blivit uppsagda i enlighet med en turordningsöverenskommelse mellan resebyrån och

¹⁹ För att ett handlande skall anses innebära ett kringgående krävs både att ett syfte med åtgärden måste anses ha varit att undgå tillämpning av ifrågavarande lagregler och att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet framstår som otillbörligt (AD 1986 nr 50).

²⁰ Prop. 1973:129 s. 233.

HTF. AD menade att arbetstagarerna inte hade visat tillräckliga skäl för att avtalsurlistan skulle anses strida mot god sed vare sig när det gällde diskriminering av oorganiserade arbetstagarer eller av arbetstagarer med lång tjänstetid och hög ålder.

I och med att lagstiftning mot diskriminering har införts, prövas frågor om diskriminering i förhållande till den lagstiftningen och principen om god sed på arbetsmarknaden har därmed förlorat självständig betydelse. Se t.ex. AD 2011 nr 37, där DO inte hade åberopat att åtgärderna stred mot god sed på arbetsmarknaden som självständig grund för talan men framhöll att överenskommelsen i och med att den var diskriminerande även hade varit i strid med god sed på arbetsmarknaden.

Några fall har gällt om parterna tagit ”ovidkommande hänsyn” och liknande vid turordningsöverenskommelser. I AD 1996 nr 114 hade en oorganiserad växeltelefonist med relativt lång anställningstid, som ansågs ha samarbetsproblem, blivit uppsagd genom en turordningsöverenskommelse. AD uttalade att en avtalsurlista inte kunde fränkännas verkan endast därför att parterna vid vägningen mellan skilda omständigheter tillmätt en viss faktor större betydelse ”än vad en utomstående betraktare till äventyrs skulle finna motiverat.” En avtalsurlista blev utan verkan i den mån den var diskriminerande eller innebar att ovidkommande hänsyn tagits eller att någon annan omständighet förelåg, som gjorde att det skulle te sig stötande att tillämpa listan. AD kunde inte finna att överenskommelsen stred mot god sed på arbetsmarknaden eller eljest var otillbörlig. I AD 2004 nr 52 menade Sif att avsteg från anställningsskyddslagens turordningsregler för en viss arbetstagarer gjorts av andra skäl än sådana som normalt beaktades i en avtalsurlista. Bolaget hade beaktat både den illojalitet som arbetstagareren påstods ha gjort sig skyldig till och hans psykiska hälsotillstånd. AD fann emellertid att det avsteg som gjorts från lagens turordningsregler hade haft stöd i kollektivavtal. Det förelåg inte heller några omständigheter som medförde att avtalet stred mot god sed på arbetsmarknaden eller var oskäligt enligt 36 § avtalslagen. I AD 2005 nr 53 uteblev en sjukskriven cateringarbetare från ett rehabiliteringsmöte och blev i nära anslutning till det uppsagd genom en lokal överenskommelse. Som skäl för uppsägningen angavs arbetsbrist. AD ansåg att avtalet inte stred mot god sed på arbetsmarknaden eller annars var otillbörligt, trots att de lokala parterna utan att kontrollera detta hade utgått från att arbetstagareren önskade lämna sin anställning.

Sammantfattningsvis har uppsägningar på grund av arbetsbrist ansetts strida mot god sed bara i ett fall, nämligen det mycket kända AD 1983 nr 107, *Svea Corona*, och det fallet gällde diskriminering. Inte i något fall som inte har gällt diskriminering, har Arbetsdomstolen ansett att en turordningsöverenskommelse

stridit mot god sed på arbetsmarknaden. Det är svårt att tänka sig en turordningsöverenskommelse som skulle strida mot god sed utan att samtidigt vara diskriminerande. Ett exempel skulle kunna vara om en arbetstagare har vägrat utföra en uppgift som skulle innebära en brottslig gärning och av det skälet placeras bland dem som sägs upp genom ett lokalt avtal. En sådan överenskommelse skulle möjligen kunna anses strida mot god sed i och med att den strider mot lag. Något liknande fall har emellertid inte prövats. Det är tydligt att det i rättspraxis återkommande uttrycket att arbetsgivarens handlande (ibland med tillägget "självfallet") inte får strida mot lag och goda seder främst fyller en legitimerande funktion.

3 Uppsägning från arbetstagarens sida

I propositionen till 1974 års anställningsskyddslag framhölls att en arbetstagare som säger upp sig inte behöver visa saklig grund för uppsägningen. Det kunde emellertid förekomma att en uppsägning formellt gjordes av den anställde själv, men i realiteten hade föranletts av arbetsgivaren. Arbetsgivaren kunde t. ex. ha hotat med uppsägning men förklarat sig vilja ge arbetstagaren tillfälle att säga upp sig själv. Det kunde också tänkas att en uppsägning från arbetstagarens sida föranletts av trakasserier från arbetsgivaren. Visade det sig att en arbetsgivare *genom otillbörligt handlande* hade förmått en anställd att själv säga upp sig, var situationen helt jämförbar med den som förelåg när en arbetsgivare sade upp en arbetstagare utan saklig grund.²¹

I ett ganska stort antal mål har det prövats om arbetsgivarens beteende i samband med arbetstagarens egen uppsägning står i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Det kan ha gällt arbetsgivarens beteende *före* uppsägningen, förfarandet *vid* själva uppsägningen eller *vägran att låta arbetstagaren återta sin uppsägning*. Dessa olika fall behandlas i den ordningen här nedan, men skiljelinjen mellan dem är inte alltid skarp och mer än en av situationerna kan behandlas i samma dom (till exempel AD 1991 nr 33, 2001 nr 55, 2006 nr 114 och 2013 nr 73).

3.1 *Har arbetstagaren blivit provocerad att säga upp sig?*

Här behandlas först provocerad uppsägning i betydelsen att arbetsgivaren *före* arbetstagarens uppsägning har handlat på ett sätt som föranlett arbetstagaren att

²¹ Prop. 1973:129, s. 128 f. Här används uttrycket otillbörligt handlande. När uttalandet senare citeras i AD:s domar används vanligen i stället i strid med god sed.

säga upp sig. Arbetstagarens avslutande av anställningen kan då jämföras med att arbetsgivaren avslutat anställningen utan någon giltig grund. Om arbetstagaren *frånträtt* anställningen jämföras detta med ett avskedande från arbetsgivarens sida. Om arbetstagaren *sagt upp* sin anställning, jämföras detta med en uppsägning från arbetsgivarens sida.

En rad domar om provocerad uppsägning har gällt att arbetsgivaren ansetts ha trakasserat arbetstagaren.²² Det första fallet efter anställningsskyddslagens ikraftträdande, där arbetsgivarens handlande *före* uppsägningen ansågs strida mot god sed, var AD 1985 nr 65. Det gällde en arbetstagare som hade varit tjänstledig för att föda och vårda barn. Hon hade vägrats deltidsarbete, hade hotats med uppsägning på grund av arbetsbrist och utsatts för trakasserier, vilket tillsammans hade lett till att hon lämnat anställningen. AD framhöll att det inte krävdes att arbetsgivaren direkt syftat till att förmå arbetstagaren att lämna sin anställning. För att arbetstagarens åtgärd skulle jämföras med en åtgärd från arbetsgivarens sida – uppsägning eller avskedande – var det tillräckligt att arbetsgivaren *insett* att han genom sitt handlande framkallat en svår situation för arbetstagaren och därmed *en risk* för att arbetstagaren ska välja att lämna sin anställning. I fallet i fråga ansåg Arbetsdomstolen att arbetsgivaren avsiktligt hade överdrivit sin kritik av arbetstagaren, hade gett henne anledning att känna sig oönskad och hade gett henne godtagbar grund för att omedelbart frånträda anställningen. Bolagets handlande bedömdes som otillbörligt och stridande mot god sed på arbetsmarknaden.

I ett annat fall hade arbetsgivaren beslutat att en portvakt som tjänstgjorde i centralvakterna vid en klinik inte längre skulle ha tillgång till centralvakternas lokaler och hade också satt upp ett anslag i lokalerna om oegentligheter från arbetstagarens sida. Speciella förhållanden rådde emellertid på så sätt att arbetstagaren inte hade lämnat sin anställning utan var sjukskriven. AD menade emellertid att en trakasseriåtgärd kunde angripas med rättsliga medel även om arbetstagaren inte hade förmåtts lämna sin anställning. Saken skulle också kunna uttryckas så att arbetsgivarens uppträdande var sådant att det förr eller senare skulle leda till att arbetstagaren måste lämna sin anställning om en ändring inte kom till stånd. AD ansåg att omständigheterna gav stöd för antagandet att arbetsgivaren direkt eller indirekt syftat till att skilja arbetstagaren från

²² Inte alla domar om provocerad uppsägning innehåller bokstavligen uttrycket god sed, men den återkommande definitionen gör det.

arbetsplatsen och att arbetsgivarens beteende låg uppenbart utanför vad som kunde accepteras på en arbetsplats (AD 1985 nr 112).²³

Också arbetsgivarens handlande i AD 1991 nr 93 kan liknas vid trakasserier. En ung arbetstagarare i ett bageri hade hävt sitt anställningsavtal på grund av hur arbetsgivarens ställföreträdare hade framfört kritik mot honom. Han hade upprepade gånger skällt ut arbetstagararen på ett bryskt sätt och hotat honom med uppsägning. AD menade att bolaget inte visat att det förelåg saklig grund för uppsägning av arbetstagararen och framhöll att bolagets ställföreträdare måste ha insett att han genom sitt beteende försatte arbetstagararen i en så svår situation att denne sett sig nödsakad att lämna sin anställning. Ställföreträdarens beteende ansågs strida mot god sed och arbetsgivaren ansågs ha skilt arbetstagararen från anställningen. Också AD 2002 nr 18 gällde kritik av en arbetstagarare. Ett privat gymnasium hade tilldelat en av sina anställda, som var facklig förtroendeman, en skriftlig varning för att han förtalade skolan och varit illojal. Arbetsdomstolen menade att kritiken, som varit starkt formulerad och byggde på rykten, var obefogad och satte arbetstagararen under otillbörlig press. Arbetsgivaren måste ha insett att agerandet ledde till en svår situation för arbetstagararen och till att han kunde välja att lämna sin anställning. Arbetsgivarens handlande var otillbörligt och stred mot god sed.

En anställd på ett solarium hade under månader utsatts för sexuella trakasserier av en ställföreträdare för bolaget och hade därför sagt upp sig. Arbetsdomstolen menade att ett beteende som det beskrivna inte kunde anses godtagbart i något sammanhang och naturligtvis inte heller i ett anställningsförhållande, men att inga regler i jämställdhetslagen eller i kollektivavtalen gav skydd mot sexuella trakasserier.²⁴ Arbetsgivaren måste emellertid ha insett att det fanns en risk att kvinnan skulle lämna sin anställning, när han mot hennes vilja fortsatte att göra närmanden. Domstolen refererade till tidigare domar där arbetsgivaren föranlett en uppsägning genom att handla på ett sätt som stred mot god sed och där arbetstagararen tilldömts skadestånd enligt anställningsskyddslagen. Arbetstagararens frånträdande jämställdes med att bolaget skilt henne från anställningen och hon tilldömdes skadestånd (AD 1991 nr 65). I AD 1993 nr 30 gällde det sexuella trakasserier i form av grovt våld. En tjuugoårig kvinna arbetade på en starkt mansdominerad verkstad och blev utsatt för sexuella trakasserier och våldtäkt från bolagets ägare och en arbetskamrat. Domstolen

²³ Två skiljaktiga ansåg att arbetsgivarens handlande på ett flagrant sätt stred mot god sed på arbetsmarknaden och därmed också mot kollektivavtalet, vilket borde föranleda skadestånd för kollektivavtalsbrott.

²⁴ Ett förbud mot sexuella trakasserier från arbetsgivarens sida infördes först 2005.

kom fram till att kvinnans uppsägning varit föranledd av de sexuella trakasserierna. Bolagets *underlåtenhet att utreda omständigheterna* kring de påstådda trakasserierna stod i strid mot god sed på arbetsmarknaden och arbetstagarens uppsägning måste jämföras med att bolaget sagt upp henne.²⁵

Andra domar har gällt handgripligheter mot män. En arbetstagare hade lämnat sin arbetsplats efter att en ställföreträdare för arbetsgivaren hade tagit ett tag runt hans nacke och föst eller knuffat iväg honom. Arbetsgivaren hade blivit dömd för ofredande i tingsrätten. Arbetsdomstolen uttalade att en arbetstagare inte ska behöva acceptera att bli utsatt för handgripligheter av arbetsgivaren eller en arbetsgivarföreträdare (AD 2005 nr 30). Arbetsgivaren hade handgripligen försökt ta en arbetstagares händer ur fickorna och sedan följt honom ut ur byggnaden. AD jämförde med AD 2005 nr 30 och menade att det var fråga om en mycket kränkande tillrättavisning, inte minst eftersom den skett i andra arbetstagares åsyn. Arbetsgivaren hade också kallat arbetstagaren i fråga kriminell i en tidningsartikel och detta borde under alla förhållanden ha fått arbetsgivaren att inse risken för att arbetstagaren skulle lämna sin anställning. Bolagets agerande stod liksom i den andra domen i strid med god sed på arbetsmarknaden och ansågs dessutom otillbörligt (AD 2006 nr 42).

I en rad andra fall har Arbetsdomstolen ansett att arbetsgivarens beteende *inte* har varit stridande mot god sed och att en uppsägning (eller ett frånträdande) därför har varit att se som gjord av arbetstagaren: En biträdande jurist på en advokatbyrå hade blivit kritiserad av sin arbetsgivare och en fråga i målet var om han hade provocerats att lämna sin anställning eller sagt upp sig själv. AD menade att arbetsgivarens uppträdande inte stred mot god sed (AD 1977 nr 198). En brevbärare hade rivit sönder och slängt bort ett antal försändelser. Sedan detta upptäckts sade han upp sig själv. Det ansågs inte visat att han, genom otillbörligt handlande från Postens sida, försatts i en omöjlig situation som föranlett honom att säga upp sig själv (AD 2001 nr 55). Försvarsmakten hade trott att en kvinna avslutade sin anställning av andra skäl än sexuella trakasserier och kunde därför inte anses ha föranlett uppsägningen (AD 2005 nr 63). I ett mål om etniska trakasserier fann AD att arbetsgivaren inte hade agerat på ett vare sig diskriminerande eller provocerande sätt (AD 2009 nr 27).

Flera av de fall där arbetsgivarens handlande före uppsägningen *inte* ansetts strida mot god sed gäller fördelning av arbetet eller omplaceringar. En arbetstagare hade sagt upp sig efter en omplacering till arbetsuppgifter som han på grund av sitt handikapp inte ansåg sig kunna utföra. Bolaget ansågs då inte ha

²⁵ En skyldighet enligt lag för arbetsgivaren att utreda sexuella trakasserier och vidta åtgärder infördes 1998.

handlat otillbörligt, eftersom det inte var troligt att företaget skulle ha skilt arbetstagaren från hans anställning om han inte hade klarat arbetet vid en viss maskin (AD 1977 nr 200). En grafiker hade först blivit hemskickad efter ett gräl med arbetsgivaren och sedan blivit beordrad att rengöra färgburkar, vilket var en enformig och okvalificerad uppgift. Arbetsdomstolen menade att även om arbetsgivaren hade handlat på ett överilat och olämpligt sätt, kunde hans handlande inte betraktas som otillbörligt eller som stridande mot god sed (AD 2005 nr 24). En lastvagnsmekaniker hade sagt upp sig efter en lång tids sjukdom, då arbetsgivaren inte försåg honom med några lämpliga arbetsuppgifter. AD ansåg att arbetsgivaren inte avsiktligt hade undanhållit honom arbete och det var också oklart om det verkligen fanns något arbete för arbetstagaren (AD 1982 nr 99). I ett liknande fall, AD 2008 nr 106, menade AD att kommunen inte kunde lastas för att genom passivitet i fråga om rehabiliteringsåtgärder ha agerat i strid med god sed på arbetsmarknaden. Detsamma var fallet i fråga om passivitet vid rehabilitering av en arbetstagare i en plastindustri (AD 1996 nr 109). Ett annat slag av passivitet från arbetsgivarens sida behandlades i AD 1993 nr 185. En frisör ansåg sig där ha blivit utsatt för trakasserier och mobbning på sin arbetsplats och menade att arbetsgivaren medverkat genom att inte ingripa utan låtit henne tvingas bort från anställningen. AD ansåg att bolaget inte gick fritt från kritik till exempel för att inte ha försökt förbättra förhållandet mellan de anställda men inte hade handlat på ett otillbörligt sätt eller i otillbörlig avsikt.

Sammanfattningsvis har principen om god sed på arbetsmarknaden en relativt stor betydelse vid bedömningen av om en uppsägning ska anses vara provocerad av arbetsgivaren. Sexuella trakasserier och även på annat sätt kränkande handgripligheter liksom stark och obefogad kritik från arbetsgivarens sida, särskilt när kränkningarna i fråga blir offentliga, har i ett antal fall ansetts strida mot god sed och lett till att en uppsägning ansetts provocerad. Omplaceringar och passivitet från arbetsgivarens sida vad gäller rehabilitering eller att hantera samarbetssvårigheter har däremot inte ansetts strida mot god sed. Bedömningen är sträng om det kan visas att arbetsgivaren direkt eller indirekt har *syftat till* att skilja arbetstagaren från arbetsplatsen, men det är ofta tillräckligt att arbetsgivaren *insett* att handlandet kan göra att arbetstagaren väljer att avsluta sin anställning. Här är det enligt min mening inte klart hur det fastställs att arbetsgivaren har insett eller måste ha insett risken för att arbetstagaren skulle lämna sin anställning. I och med att arbetsgivaren har missförstått situationen eller inte har uppfattat att en arbetstagare känt sig tvingad att säga upp sig, har handlandet inte ansetts strida mot god sed.

3.2 *Har förfarandet vid själva uppsägningstillfället stridit mot god sed?*

Andra fall om god sed vid uppsägning gäller arbetsgivarens förfarande *vid själva uppsägningstillfället*. En arbetstagares uppsägning eller en överenskommelse med arbetsgivaren om att en anställning ska upphöra kan anses vara utan verkan om arbetsgivaren föranlett uppsägningen och uppträtt på ett sätt vid uppsägningen som står i strid med god sed på arbetsmarknaden eller eljest måste anses otillbörligt (AD 1984 nr 102).²⁶

En arbetstagare med alkoholproblem på en 4H-gård hade kallats till ett möte där han kom att skriva under en överenskommelse om sin egen uppsägning utan att innan ha blivit informerad om vad mötet skulle handla om. Något utrymme för att diskutera arbetstagarens fortsatta anställning gavs inte och han ombads skriva under ett avsked utan rådrum eller kontakt med facket. Han sattes under stark press. AD fann sammanfattningsvis att föreningens agerande var otillbörligt och stred mot god sed på arbetsmarknaden (AD 1991 nr 36).

Ett antal liknande fall har det gemensamt att arbetsgivaren har misstänkt att arbetstagaren har begått brott på arbetsplatsen. En busschaufför hade misstänkts för oredlighet vid biljettförsäljning och efter en kontroll tagits till kontoret för förhör. I samband med det hade hon under hot om polisanmälan undertecknat en i förväg utskriven uppsägningshandling. Hon hade inte medgetts rådrum eller uppskov och hon var ensam på sin sida under förhöret. Arbetsgivaren hade inte heller undersökt hennes egen inställning till beskyllningarna. Arbetsdomstolen fann att uppsägningen var gjord under sådana omständigheter att den inte var bindande för henne (AD 1975 nr 74). Två bartenders hade sagt upp sig efter att bolaget vid ett nattligt möte ställt dem inför att säga upp sig själva eller bli avskedade efter att arbetsgivaren upptäckt svinn av öl i restaurangen. Arbetsgivaren krävde besked innan de lämnade mötet och arbetstagarna fick inte ta kontakt med facket eller en advokat. Bolagets handlande ansågs i hög grad otillbörligt och stridande mot god sed (AD 1992 nr 50). AD fann att ett försäkringsbolag agerat på ett sätt som var att likställa med ett otillbörligt avskedande från bolagets sida i och med att ingen tillräcklig utredning hade gjorts och att arbetstagaren utan förvarning hade fått underrättelse om att hon skulle avskedas eller polisanmälas. Hon hade också varit ensam på sin sida under mötet.

²⁶ I dessa fall åberopas ibland även avtalslagens ogiltighetsregler. I AD 1984 nr 102 menade domstolen att det kunde diskuteras i vad mån regeln om god sed var mera långtgående än allmänna avtalsrättsliga ogiltighetsregler. Gemensamt var i allt fall den grundläggande förutsättningen att rättshandlingens skulle ha framkallats genom ett beteende som inte var godtagbart." Se även 2001 nr 55.

Det kunde inte ha undgått arbetsgivaren att de därigenom försatte henne i en svår situation (AD 2001 nr 29).

I många fall har utgången blivit en annan. En arbetstagare hos en handikappförening ansåg att arbetsgivaren länge hade försökt bli av med henne och hade skapat en situation som var ohållbar för henne och pressat henne till en uppgörelse. AD ifrågasatte inte att arbetstagaren hade känt sig pressad, men hon hade *frivilligt och med vetskap om omständigheterna* gått in i uppgörelsen. Det fanns inte belägg för att arbetsgivaren skulle ha uppträtt i strid med god sed (AD 1984 nr 102). En butiksanställd och hennes förbund hade fått veta att arbetsgivaren tänkte avskeda henne därför att hon ansågs ha stulit pengar ur kassan. Hon hade enligt domstolens mening inte på något otillbörligt sätt blivit pressad att säga upp sig själv i stället för att bli avskedad. Till detta kom att föreningen både före en rättegång i tingsrätten, där hon blev frikänd, och efter denna faktiskt hade uppfattningen att hon gjort sig skyldig till brott. Den omständigheten att arbetstagaren inte kom att fällas till ansvar i brottmålet saknade enligt Arbetsdomstolen betydelse för bedömningen av föreningens agerande vid överläggningen. Det hade inte framkommit något som föranledde bedömningen att föreningens agerande stred mot god sed (AD 1997 nr 1). En kyrkoherde hade visserligen känt sig pressad av talet om polisanmälan men hade kunnat konsultera en förtroendeman och hade kunnat avvakta med sitt beslut. Församlingen kunde därmed inte anses ha handlat i strid med god sed på arbetsmarknaden (AD 2013 nr 73).²⁷ I AD 2006 nr 79 menade Arbetsdomstolen att när två representanter för arbetsgivaren har medarbetarsamtal med en ensam arbetstagare, kan kritik mot arbetstagaren framstå som extra allvarlig och svårare att bära, men arbetsgivaren hade inte uppträtt otillbörligt och kritiken var inte något utslag av trakasserier mot henne. Det hade inte visats att bolaget agerat i strid mot god sed på arbetsmarknaden.

Sammanfattningsvis: De fall, där det ifrågasatts om arbetsgivarens agerande vid själva uppsägningstillfället har stridit mot god sed, har ofta rört situationer där arbetsgivaren har misstänkt att arbetstagaren har begått brott på arbetsplatsen. I de fallen har arbetsgivarens handlande ansetts strida mot god sed, om arbetstagaren inte har förberetts på ett möte om oegentligheter etc., om arbetstagaren inte fått rådrudd eller varit ensam på sin sida eller arbetsgivaren inte har undersökt arbetstagarens egen inställning till en förseelse. Naturliga möten eller att arbetstagaren inte har tillåtits kontakta ett ombud eller en företrädare har

²⁷ Två skiljaktiga ansåg att kyrkoherden blivit provocerad att skriva under överenskommelsen och att församlingens agerande inte följt god sed på arbetsmarknaden.

ansetts i hög grad otillbörliga. Också här tillmäts arbetsgivarens *uppfattning* om situationen stor betydelse för utgången.

3.3 *Har det stridit mot god sed att arbetstagaren inte har tillåtit att återta sin uppsägning?*

Huvudregeln om att en uppsägning är omedelbart bindande innebär att en arbetstagare i princip inte kan återta sin egen uppsägning sedan denna en gång är gjord. Undantag kan emellertid göras, om arbetsgivarens vägran att acceptera ett återtagande kan anses strida mot god sed. Handlandet kan då ses som liktydigt med en uppsägning från bolagets sida utan saklig grund, som kan ogiltigförklaras.

I AD 1975 nr 35 hade en arbetstagare vägrat utföra ett arbete som han trodde skulle förvärra hans hörselskada. Han hade uppfattat det som att han måste välja mellan att utföra arbetet och att lämna företaget och valde då att säga upp sin anställning. När han nästa dag ville återta uppsägningen, vägrade arbetsgivaren. Arbetsdomstolen menade att arbetsgivaren borde ha beaktat arbetstagarens ungdom och oerfarenhet på arbetslivets område och att han måste ha varit oförberedd på situationen. Inte heller hade den fackliga företrädaren tillgodosett arbetstagarens intressen eller haft förståelse för hans synpunkter. Uppsägningen var inte bindande för arbetstagaren.²⁸ I AD 1982 nr 117 hade en däckbyggare sagt upp sig i upprört tillstånd efter att ha fått kritik för sin dåliga prestation men återkallat sin uppsägning senare samma dag. Arbetsgivaren vägrade gå med på det. Arbetsdomstolen ansåg att arbetsgivaren genom att inte ge arbetstagaren rådruum för att överväga om han verkligen ville säga upp sig, hade utnyttjat situationen för att bli av med honom, trots att det inte fanns saklig grund för en uppsägning. Arbetsgivaren hade heller aldrig försökt placera om arbetstagaren för att komma till rätta med hans svårigheter. Arbetsgivaren ansågs ha handlat otillbörligt och i strid mot god sed och uppsägningen giltigförklarades.

En 16-årig arbetstagare med ”skört psyke” hade sagt upp sig och uppgett att hon fått jobb på annat håll, men den verkliga anledningen var motsättningar mellan henne och förmannen. En vecka senare ville hon återta uppsägningen. Bolaget vägrade, trots att de då hade kännedom om den verkliga orsaken. Arbetsdomstolen menade att förmannen hade tillrättaviserat arbetstagaren på ett olämpligt sätt, men bolaget hade inte vid detta tillfälle handlat i strid mot god sed och inte heller vid själva uppsägningen men däremot när det vägrat godkänna hennes återtagande (AD 1983 nr 3). En arbetstagare hade varit upprörd efter ett

²⁸ I detta mål använde domstolen uttrycket strida mot de grunder på vilka anställningsskyddslagen vilar.

samtal med ledningen och sagt upp sig men redan nästa arbetsdag ångrat sin uppsägning. Detta godtog dock inte arbetsgivaren. Arbetsdomstolen menade att det inte rådte något tvivel om att arbetstagaren gjort uppsägningen i hastigt mod därför att hon var upprörd. Arbetsgivaren måste enligt domstolens mening ha insett detta. Uppsägningen ogiltigförklarades (AD 2012 nr 30).

I andra fall ansågs arbetsgivaren *inte* ha handlat i strid med god sed genom att vägra ett återtagande: En arbetstagare hade inte blivit överrumplad eller handlat i hastigt mod och hade dessutom mångårig erfarenhet av arbetslivet och var facklig förtroendeman på arbetsplatsen. Uppsägningen ansågs bindande för arbetstagaren (AD 1977 nr 200). Arbetsgivaren hade haft anledning att uppfatta situationen som att en arbetstagare sade upp sig efter ett genomtänkt beslut, som saknade samband med bolagets agerande (AD 1985 nr 84). En arbetstagare hos kommunen hade uppmanats att tänka sig noga för och hade alltså inte handlat i hastigt mod när hon sade upp sig. Kritik kunde riktas mot arbetsgivaren - till exempel för kritik av mer personlig art av arbetstagaren - men det var inte fråga om ett otillbörligt handlande. Kommunen hade även gått in på en prövning av om arbetstagaren ville ändra sitt beteende, innan de tog ställning till ett återtagande, men det hade arbetstagaren inte velat (AD 1991 nr 33). Domstolen yttrade också att en arbetsgivare inte var skyldig att ange några skäl för en vägran att låta arbetstagare återta en uppsägning

En skola hade inte handlat i strid med grunderna för anställningsskyddslagen när den vägrade godta ett återtagande efter tio dagar, i all synnerhet som en ny lärare hade anställts (AD 1995 nr 55). Samma bedömning gjordes i AD 1996 nr 109, där arbetstagaren hört av sig först två veckor efter sin uppsägning och bolaget redan hade tillsvidareanställt andra. Alltför lång tid hade förflutit också i AD 2010 nr 41 och 2013 nr 73.

En arbetstagare hos posten ville återta sin uppsägning med hänvisning till att denna skett oöverlagt och att han vid uppsägningen varit deprimerad. AD drog slutsatsen att arbetstagaren visserligen var deprimerad men inte var oförmögen att förstå innebörden av diskussionerna vid mötet eller betydelsen av uppsägningshandlingen (AD 2001 nr 55). I AD 2006 nr 114 hade bara två dagar gått sedan uppsägningen, men det ansågs inte utrett att bolaget borde ha förstätt att arbetstagaren, som mått dåligt, inte hade varit i stånd att fatta rationella beslut. Företaget hade inte gett honom anledning att tro att han hade rätt att ångra sin uppsägning och det hade också ansetts det angeläget att befattningen tillsattes.

Sammanfattningsvis anses en uppsägning från arbetstagarens sida bindande och en arbetsgivare har ingen skyldighet att acceptera ett återtagande eller att ge något skäl för en vägran. AD har dock i undantagsfall ansett att en vägran kan strida mot god sed. Det kan vara fallet om uppsägningen är gjord i hastigt mod eller i

vredesmod och inte är allvarligt menad, om arbetsgivaren insett eller bort insett detta eller om arbetsgivaren utnyttjat situationen för att bli av med en arbetstagare. I så fall kan det också vara en förutsättning att återtagandet sker relativt omgående: följande dag eller efter ytterligare någon dag, beroende på omständigheterna. Om arbetsgivaren redan anställt en ersättare väger detta tungt. Andra skäl till att arbetsgivaren anses böra tillåta ett återtagande är att arbetstagaren till exempel är ung och oerfaren eller inte haft stöd av facket eller av något skäl inte varit i stånd att fatta rationella beslut, under förutsättning att arbetsgivaren insett detta.

4 Sammanfattning

Historiskt – före anställningsskyddslagens ikraftträdande 1974 – har principen om god sed på arbetsmarknaden haft en viss om än mycket begränsad betydelse för anställningsskyddet. Arbetsdomstolen stödde sig på den principen i stort sett bara i situationer då arbetsgivarens handlande stred mot lag.

Efter kodifieringen av anställningsskyddet 1974 prövas uppsägningar från arbetsgivarens sida som är gjorda *av personliga skäl* normalt utifrån om de har saklig grund, vilket innebär att principen om god sed inte ges någon betydelse för de kategorier som omfattas av anställningsskyddslagen. Frågan kan då uppstå om principen om god sed har någon betydelse för de kategorier som *inte* omfattas. Det visar sig emellertid att Arbetsdomstolen helt avstått från använda sig av principen för att begränsa arbetsgivarens uppsägningsrätt i fråga om dessa kategorier.

Uppsägningar *på grund av arbetsbrist* anses av AD vanligen i sig ha saklig grund, men prövningen mot god sed kan gälla enskilda led i den komplicerade process som en uppsägning på grund av arbetsbrist numera kan vara. Ifrågasättanden av om arbetsgivarens handlande är i enlighet med god sed har gällt gränserna 1/ för arbetsgivarens rätt att göra uppsägningar som en följd av att arbetstagare inte accepterat försämringar av sina anställningsvillkor, 2/ för omplaceringar enligt 7 § anställningsskyddslagen till nackdel för personer med företräde enligt turordningsreglerna i 22 § och 3/ för turordningsöverenskommelser. I bara ett av dessa fall – ett fall som idag istället skulle bedömas enligt diskrimineringslagen – har Arbetsdomstolen ansett att uppsägningarna stred mot god sed. I övrigt har Arbetsdomstolen inte gett principen om god sed på arbetsmarknaden någon betydelse vid uppsägningar på grund av arbetsbrist. Det i rättspraxis återkommande uttrycket att arbetsgivarens handlande inte får strida mot lag och goda seder fyller därför bara en legitimerande funktion i dessa fall.

Kravet på att en uppsägning ska motsvara god sed på arbetsmarknaden har däremot relativt stor betydelse för anställningsskyddet vid så kallade provocerade uppsägningar. Det gäller både då arbetsgivarens handlande före avslutandet och då förfarandet vid själva uppsägningen anses strida mot god sed. Därtill kan en vägran från arbetsgivaren att låta en arbetstagare återta en uppsägning anses strida mot god sed. I ett relativt stort antal mål har Arbetsdomstolen ansett att arbetsgivarens handlande i dessa fall har stridit mot god sed. Det är därmed också den betydelse principen om god sed har för att begränsa arbetsgivarens uppsägningsrätt.

Rethinking Equal Pay in Sweden In Light of the Transparency Approaches in the UK and Iceland

LAURA CARLSSON¹

I first met Professor Örjan Edström in 2004 when working together on the anthology, *Arbetsrätt, rörlighet och tillväxt*.² At the time, I was very much struck by Örjan's integrity, pragmatism and clear-headedness, and that first good impression has simply strengthened. Örjan's topic in the anthology was Swedish law from a European perspective, while I focused on gender equality and parental leave. I have since 2004 addressed different aspects of gender equality, and here would like to explore the topic of pay equity from a (selective) European perspective, examining recent legislative initiatives in Sweden, and the transparency approach to equal pay adopted in the UK and Iceland.

Before going on to the comparison, the initial question can be raised whether there is a need in Sweden to work with issues of equal pay. The gender wage gap (GWG) statistics in Sweden are fairly consistent. According to the OECD gender wage gap 2014, the Swedish GWG is about 14%. According to Eurostat 2016, the Swedish GWG is 13.3 % (placing Sweden 10th among the 28 EU member states). Causes for the Swedish wage gap of 13.3% have been analyzed as 8 % due to occupational segregation and 2 % public employment.³ All indications point to the situation that women are mostly paid the same as men for the same work, but that pay equity issues, equal pay for comparable work are not as squarely addressed, as unions often represent male-dominated or female-dominated sectors in wage negotiations, basically reinforcing pay inequity as seen with from Swedish midwives cases discussed below.

¹ Professor Laura Carlson, Dept. of Law, Stockholm University.

² Rauhut, Daniel, Falkenhall, Björn (eds.), *Arbetsrätt, rörlighet och tillväxt A2005:016*. Institutet för tillväxtpolitiska studier. ITPS, 2006.

³ Leythienne, Denis, Ronkowski, Piotr, *A decomposition of the unadjusted gender pay gap using Structure of Earnings Survey data*. Eurostat, 2018.

1 Equal Pay Historically – Internationally and in Europe

In order to better frame the issue of equal pay (both equal pay for equal work, and equal pay for comparable work, also referred to as pay equity) some familiarity with its treatment historically on the international and European levels is helpful. Discrimination in general and equal pay particularly were brought to the forefront with World War I, with African-Americans and women serving honorably in the war, and the large infusions of women into the workplace in both the United States and Europe to replace those men serving. The 1919 Treaty of Versailles, setting out the terms of the peace, laid the foundations of the International Labour Organization (ILO),⁴ created in recognition of the fact that “conditions of labour exist involving such injustice, hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled.”⁵ Stating in the ILO General Principles that labor should not be regarded merely as an article of commerce, certain issues were deemed of special and urgent importance, including a living wage, limitations as to working times, a right to rest, and the principle that men and women should receive equal remuneration for work of equal value.⁶

The same honorable service by African-Americans and women in the US and Europe led to a renewed focus on equality and specifically on equal pay in the wake of World War II. The recently established United Nations gave recognition to the need for equal pay for equal work in Article 23(2) of the 1948 UN Universal Declaration of Human Rights (UNDHR), stating that “[e]veryone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.” This protection was not limited to sex, but rather under its Article 14, the signatories committed to that “[t]he enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.” ILO Convention No. 100 on the Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value of 1951 was drafted the next year.

⁴ After World War II, the ILO became a specialized agency of the UN in 1946, and currently has 185 members.

⁵ Peace Treaty of Versailles of 28 June 1919, Part XIII. Labour, Section 1, Organisation of Labour, Ingress. See also ILO, *Rules of the Game: a brief introduction to International Labour Standards*. ILO, 2014 at p. 9.

⁶ For the history behind the Treaty of Versailles and the foundation of the ILO, see generally van Daele, Jasmien, *Engineering Social Peace: Networks, Ideas, and the Founding of the International Labour Organization*. IRSH 50, 2005 at pp. 435-466.

This focus on equal pay continued in both Europe and the US as well as internationally. Article 119 of the 1957 Treaty of Rome (presently the Treaty on the Functioning of the European Union, TFEU) specifically addressed equal pay between women and men for equal work as an issue of social dumping.⁷ Article 119 was to be implemented by the Member States by 1961, an optimistic goal. During the 1960's, equal pay protections were also granted under Article 7(d) of the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), arguable for everyone as the language is “[f]air wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work.” Article 4 of the 1961 European Social Charter (retained in the 1996 version) espouses the “right of men and women workers to equal pay for work of equal value.” The 1965 UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) provides for the protection of equal pay regardless of race, colour, descent, or national or ethnic origin for equal work. The UN 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) protects in its Article 11(d) the “right to equal remuneration, including benefits, and to equal treatment in respect of work of equal value, as well as equality of treatment in the evaluation of the quality of work.”

On the EU level, the focus of equal pay became wages as between women and men, with the other protected grounds eventually addressed in general discrimination prohibitions. The effect of Article 119 and the equal pay principle was uncertain. In *Defrenne II*, the Court gave Article 119 direct effect both vertically and horizontally,⁸ however, not retroactively from 1962 but rather from the date of the judgment, 1976. Almost twenty years after the adoption of the equal pay provision in Article 119, a triad of directives was issued by the Council addressing sex discrimination including the Equal Pay Directive mandating equal pay between

⁷ France worked for the inclusion of Article 119 proscribing equal pay for women and men in the draft of the treaty. France had had equal pay provisions in place since World War II and at that time, had one of the smallest pay differentials between women and men, 7 % as compared to up to 40 % in Italy, see Budiner, Melitta, *Le Droit de la femme a l'égalité de salaire et la Convention No. 100 de l'organisation internationale du travail*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1975.

⁸ See Judgment of 8 April 1976, *Gabriella Defrenne (No. 2) v. Societe Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena*, C-43/75, ECLI:EU:C:1976:56 at para. 40.

women and men.⁹ The 2006 Discrimination Directive¹⁰ now governs sex discrimination, with its title II including the principle of equal pay. The most recent EU instrument taking up equal pay is the 2012 Charter of the Fundamental Rights of the European Union, which prescribes in its Article 23 that “[e]quality between women and men must be ensured in all areas, including employment, work and pay.” In summary, international efforts can be seen as looking at equal pay from several different grounds, such as sex and race, while European efforts narrowed the focus of equal pay to sex.

2 Equal pay historically in Sweden

The Swedish legislator closely followed the international developments with respect to discrimination protections, at least on the basis of sex. Legislation mandating equal pay between women and men for equal work in the Swedish state public sector was passed already in 1948. The question of whether Sweden should ratify the 1951 ILO Convention No. 100 on equal remuneration, and the 1958 ILO Convention No. 111 on discrimination (employment and occupation) was raised already in the 1950’s. Both the social partners and parliament opposed ratification as they did not wish to depart from the generally accepted model in the labor market of self-regulation. The social partners, employee organizations, employers and employer organizations, through freely contracted negotiations, were to have the fairly unrestricted right to enter into agreements as to wage conditions without the interference or influence of the state. Different wage tariffs for men and women had existed in the collective agreements since the beginning of the 1900’s.¹¹ The central parties, SAF and LO, entered into an agreement that all such wage tariff differentials would be phased out over a period of five years beginning in 1960 to prevent legislation in the area. Based on these efforts, the Government found that the conditions required to ratify the conventions existed in 1962, with parliamentary consent that same year despite continued opposition by LO and SAF. This voluntary

⁹ Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women The Equal Pay Directive is now superseded by the 2006 Discrimination Directive.

¹⁰ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

¹¹ For example, see Verkstadsavtalet 1960, a collective agreement in which there are different tariffs for male and female workers, with male workers having six categories and females four, reprinted in Edlund, Sten, *Twisteförhandlingar på arbetsmarknaden*. Lund, 1967 at pp. 363-366.

phasing out of wage differences based on sex, however, did not effect a resolution of the wage differences between women and men. The designations of male and female employees in the collective agreements were often simply substituted with the new designations, such as “A” and “C”, or “skilled” and “unskilled” workers respectively, with the A or skilled workers having more sophisticated and numerous categories allowing for greater wage development, and the C or unskilled having fewer categories in the collective agreements and less potential for wage development.¹²

The 1970’s was the decade of change for women in Sweden with the political campaign of *jämställdhet* and the transition to the economically independent working woman. Employment during the decade had increased by 390 000 jobs, of which 380 000 were held by women.¹³ Half of all women working did so part-time, in contrast with 5 % of men, and many women were working in the rapidly expanding lower paid public sector. The level of occupational segregation was (and still is¹⁴) high as were wage differences between women and men, at least in part a relic of the different tariffs that had explicitly existed in certain collective agreements until the mid-1970’s. Women still had almost total responsibility in the private sphere for home and the care of children. The word *jämställdhet* began to be used in earnest, coined to denote a demarcation from equality in society as whole, *jämlikhet*. *Jämställdhet* focused exclusively on equality between the sexes, marking a shift from women’s issues to societal issues between women and men. Theoretically this was to free both sexes from the roles that society historically had placed on them, giving women and men equal rights as well as equal responsibilities. To this end, one of the first acts with respect to *jämställdhet* was the transition from family-based to individual income taxation in 1972, a process completed by 1991. The second step were amendments to the Marriage Code and the virtual repeal of spousal maintenance after marital dissolution, reflecting in part an ideological shift from the

¹² See Roseberry, Lynn, Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia, in *Stability and Change in Nordic Labour Law*, 42 Scandinavian Studies in Law 223. Stockholm, 2002. These reclassifications have repercussions even today with respect to achieving pay equity as jobs held by men are categorized to a greater degree and number than jobs held predominantly by women, resulting in very different wage developments, see Självkritisk LO-bas lutar åt lagstiftad jämställdhet – För stark tro på reformer enligt Wanja Lundby-Wedin. SvD Näringsliv, 10 April 2005 at p. 1. For this history, see Fransson, Susanne, Löne diskriminering. Iustus, 2000 and Svenaeus, Lena, Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män. Lund, 2017.

¹³ See Legislative Inquiry 1978:38 39 and Legislative Bill 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m. pp. 13-15.

¹⁴ For these statistics, see Statistics Sweden, Women and Men in Sweden 2018, pp. 38 and 66, available as a pdf at scb.se.

single breadwinner provider to a two-income household. The objective set out in the Marriage Code is that spouses are to be economically self-sufficient.¹⁵ A right to spousal maintenance still technically exists,¹⁶ but the dividing line between awarding spousal maintenance or not is basically destitution, the driving force being that the state should not then have to support a former spouse. Spouses have no right to claims of maintaining the same standard of living upon dissolution.¹⁷ These limited rights as to the marital estate are only granted to married spouses or registered partners, while almost one-third of the couples in Sweden cohabit and consequently fall outside these limited rights.¹⁸ It can also be added that the removal of spousal maintenance and family taxation occurred prior to any employment protections being legislated with respect to sex discrimination. The focus of equality in the 1970's was on women simply working, not on women having careers.

The issue of whether employment legislation should be used as a means to promote equality between women and men had been the object of general debate during the entirety of the 1970's. An Equality Delegation was appointed, presenting its conclusions in 1975 that legislation could easily freeze the current injustices in

¹⁵ Under the Marriage Code, each spouse has legal control over her or his property and is responsible for her or his own debts. Spouses have a legal duty to provide each other with the information necessary for assessment of the family's financial condition but not much more. In the event a spouse is not able economically to support his or her own personal needs during the marriage, the other spouse has a legal duty to provide that which is reasonably needed. Marital property is to be shared equally upon dissolution due to marital divorce or death, unless the property is designated as individual property. Individual property is either defined by law or declared as such by the spouse, employer or any donor of gifts and as a rule, incomes, insurances and pensions are individual property. The other spouse can make no claim on individual property, or on any future income. Individual property is not included in the marital estate, and the only deviation allowed from a 50/50 division of the marital property is one in favor of the wealthier spouse, as he or she should not be forced to contribute more than found reasonable according to the Marriage Code. Swedish law does not recognize joint tenancy property ownership, only tenants in common.

¹⁶ See Legislative Bill 1978/79:12 om underhåll till barn och fränskilda, m.m. The obligation as to spousal maintenance arguably never took root in the Swedish case law even when it did exist. Already at the beginning of the 1970's when the wage gap between women and men was significant and many women did not yet work or only worked part-time, spousal maintenance was awarded on a national average in one out of ten cases, and half of these for a period of four years or less, see Agell, Anders, *Äktenskap, samboende, partnerskap*. Iustus 3rd ed., 2004 at p. 54.

¹⁷ It was noted at the time of the passage of these amendments that the economic situation of women after divorce was worse, see, e.g., Legislative Bill 1978/79:12 70. The economic repercussions of this system combined with employment rates are most palpable with pensions. Many, if not most, Swedish women take most of the extended parental leave, working part-time usually after. In 2016, women had 67% of men's pensions, see Statistics Sweden at scb.se.

¹⁸ As to property regimes based on marriage or cohabitation in Sweden and the United States, see Lind, Göran, *Common Law Marriage: A Legal Institution for Cohabitation*. Oxford, 2008.

the system and impede more active equality measures.¹⁹ The delegation found overwhelming reasons against adopting employment legislation similar to that in the United States. The statutory regulation of discrimination in the private sector was also long fought by both employer and employee organizations. The social partners argued that discrimination did not and should not differ in any aspect from other employment issues as already falling within their self-regulation under the labor law model.²⁰ Labor law historically until EU membership in 1995 was the predominant approach with respect to discrimination issues (as opposed to a human rights approach)

Sweden participated in the first United Nations World Conference of Women in 1975, resulting in another international push towards Swedish employment legislation prohibiting sex discrimination. Another Equality Committee was appointed with a mandate based on the conviction that a law prohibiting sex discrimination was significant as one of several societal mechanisms for bringing about societal change.²¹ In response, the social partners entered into an Equality Agreement in 1977 covering large segments of the private sector, all areas except transportation in an effort to prevent later regulation by legislation or by the Equal Opportunity between Women and Men Ombudsman (*JämO*). The social partners then argued that these agreements should be given time to assess their effectiveness prior to any adoption of legislation. In the alternative, the social partners argued that legislation would impede work with equality and increase bureaucracy.²²

2.1 *The 1979 Equality Between Women and Men Act*

The second Equality Committee issued its report in 1978 and the Government thereafter presented a first legislative bill with respect to prohibiting unlawful sex discrimination in employment. Only a “half-law” was initially passed by the parliament with a vote of 155 to 150, namely simply the paragraphs in the legislative bill containing the general prohibition against discrimination.²³ The proposed parts

¹⁹ Dept. of Justice Inquiry Ds Ju 1975:7 PM till frågan om lagstiftning mot könsdiskriminering.

²⁰ Legislative Bill 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m. 25. All the social partners were negative to the proposal with the exception of SACO/SR, id. 196.

²¹ See Legislative Inquiry 1975:58 Målet är jämställdhet.

²² See Legislative Bill 1978/79:56 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, pp. 9 and 196.

²³ See Legislative Inquiry 1978:38 Jämställdhet i arbetslivet med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet; Legislative Bill 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan

covering the Equal Opportunity Ombudsman, *JämO*, as well as active measures, were not adopted. Strong resistance existed as to placing collective agreements within the jurisdiction of *JämO*. A second legislative bill, largely identical to the first, was adopted in its entirety in 1979, passing by only one vote.²⁴ After decades of discussion and debate, the first Swedish act prohibiting unequal treatment of women and men in work finally came to pass, effective 1 July 1980.²⁵

The 1979 Equal Treatment Act had three components: discrimination prohibitions, active measures to be taken by employers, and enforcement mechanisms and procedures, including the establishment of *JämO*. The social partners could derogate from the statutory active measures through collective agreements. Damages could be awarded for violations of the Act with a “group rebate” created in the event an employer discriminated against more than the one person, the damages then were to be assessed for one person to be shared equally by the group. The Act contained no express provisions concerning equal pay, instead the issue was treated under the general sex discrimination prohibition.

2.2 *The 1991 Equal Treatment Act and EU Membership*

The results of a ten-year evaluation of the 1979 Equal Treatment Act formed the bases for the 1991 Act Concerning Equal Treatment Between Women and Men at Work.²⁶ The 1991 Act retained much of the former act, particularly its layout and enforcement mechanisms. However, the order was changed, beginning with the sections on the duty to take active measures, followed by the discrimination prohibition, then the third section still regarding enforcement and *JämO*. A very central aspect of the Swedish Model was kept, namely that central collective agreements could replace the Act’s provisions on active equality measures. The burden of proof that plaintiff demonstrate that she was better objectively qualified was retained. A prohibition against harassment based on a refusal of sexual advances or a reporting of a sex discrimination claim was now explicitly included.

The legislative preparatory works to the 1991 Act pointed out that the wage gap between men and women was increasing, and that only one case of wage discrimination had been heard by the Labour Court.²⁷ Discrimination was

kvinnor och män i arbetslivet, m.m.; and Lag (1979:503) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.

²⁴ Legislative Bill 1979/80:56 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.

²⁵ Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.

²⁶ Jämställdhetslag (1991:433).

²⁷ See Fransson at 288.

consequently defined in § 18 of the 1991 act as where an employer gave lower wages or employment benefits to an employee than for a person of the opposite sex for work that is considered equal or comparable in the labor market. The caveat “in the labor market” was removed in 1994 as inconsistent with EU law. The requirement was also added in 1994 that employers had to do wage analyses as to the wages paid between women and men. Sweden became a EU member in 1995, entailing the obligation now of loyally implementing EU law.

JämO litigated two cases raising claims of pay equity, that midwives should be paid the same as clinical technicians, AD 1996 no. 41 and AD 2001 no. 13. The Labour Court found in the first case that the comparator’s job description was not sufficient enough on which to base a comparison. In the second case after having received a more detailed job description of the comparator, the Labour Court found that the difference in wages was motivated by the fact that the comparator could receive higher wages in the private sector. Basically, the Labour Court allowed the differences in market wages to justify the difference in wages, rejecting any type of pay equity analysis.

The legislative requirement of employer wage analyses was heightened again in 2000 with the requirement that all sex wage differentials had to be abolished within three years. *JämO* audited 500 employees in 2003 and found that the heightened requirements had little effect.²⁸ Over 10,000 employees were audited by *JämO* in 2005 with some progress noted.²⁹

2.3 *The 2008 Discrimination Act*

The flurry of EU directives adopted in the 1990’s addressing discrimination issues led to a corresponding flurry of legislative acts in Sweden. By 2006, Sweden had eleven legislative acts covering different grounds of discrimination in different settings, and the Swedish legislator decided a rehaul was needed. The 2006 parliamentary committee charged with overhauling the discrimination legislation began by asserting that discrimination constitutes a violation of fundamental human rights and that legislation is one of several means of combating discrimination and thereby supporting these rights, citing the 1948 UNDHR, 1965 ICERD, 1966 ICCPR and ICESCR, 1979 CEDAW, 1989 CRC, Article 14 ECHR, ILO Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), as well

²⁸ See Jämställhetsombudsmannen, Lönekartläggning, analys och handlingsplan för jämställda löner. JämO, 2003.

²⁹ See Jämställhetsombudsmannen, Effekterna av 2001 Års Bestämmelser om Lönekartläggning. JämO, 2005.

as EU instruments. The paradigm of discrimination issues being treated simply as labor law issues was being replaced by the approach of discrimination issues as human rights issues.

A universal act was passed two years later, the Discrimination Act (2008:567) that came into effect 1 January 2009.³⁰ The Act forbids unlawful discrimination on the basis of sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation or age. Transgender identity or expression as well as age are new protected grounds under the Act. Three protections remain outside the act in separate acts, protections as to part-time and fixed-term workers, parental leave and the use of genetic information. The Act explicitly states that it is mandatory, and that any agreements in contravention of the rights or obligations afforded under the act are void.

The 2008 Act has expanded the protected grounds, the duty bearers and the scope of fields covered, employment (both private and public), education, labor market policy, starting a business and professional recognition, membership in organizations such as labor unions, housing, the provision of goods and services both as provider and as customer, social benefits, social insurance and military service. Unlawful discrimination is defined as direct and indirect discrimination, harassment, sexual harassment and instructions to discriminate. Direct discrimination is where a person is treated less favorably than another is, has been or would have been treated in a comparable situation, provided that the difference in treatment is based on sex, sexual identity, ethnic background, religion or other religious belief, disability, sexual orientation or age. Indirect discrimination occurs with the application of a provision, criteria or procedure that appears neutral but is likely to disfavor someone of a particular sex, sexual identity, ethnic background, religion or other religious belief, disability, sexual orientation or age, unless the provision, criteria or procedure can objectively be supported by a lawful objective and the means to achieve it are appropriate and necessary. Remedies under the act can be damages (compensatory, nominal or discrimination damages) and the voiding of certain employment decisions. Damages can be reduced to zero if such is deemed fair. The discrimination prohibitions are now placed first in the statutory text.

Equal pay is addressed specifically with respect to active measures, the second prong of equality work in Sweden. Employers are to prepare annual equal treatment plans for their work with active measures to achieve equal rights and opportunities

³⁰ Diskrimineringslag (2008:567). The 2008 Discrimination Act replaced eight of the discrimination acts listed above, with the exception of the 1995 Parental Leave Act, the 2002 Act Prohibiting Discrimination on the Basis of Part-Time and Fixed-Term Work, and the 2006 Act on Genetic Integrity, which are still separate acts. An English translation of the 2008 Discrimination Act is available Equality Ombudsman of Sweden website, do.se.

in working life, regardless of sex, sexual identity, ethnic background, religion or other religious belief, disability, sexual orientation or age. Under § 3:8 of the Act, employers were required to conduct gender wage gap analyses every third year. The 2008 Act was amended in 2017 to strengthen the wage audit requirements. The wage audits are now to be held annually. Comparable work is now specifically defined in § 3:10 as work that taking into consideration knowledge, skills, responsibility and efforts can be seen to be comparable. There are also now requirements that employers maintain records with respect to the wage audits. There are no published judgments by the Labour Court applying these new requirements to date.

3 Transparency in Equal Pay in the UK

Legislation addressing issues of equal pay was enacted in the United Kingdom almost two decades prior to Sweden. The Equal Pay Act was passed in 1970³¹ and the Sex Discrimination Act in 1975. Given space constraints, the focus here is only on the most recent legislative amendments dealing with transparency in equal pay. The Equality Act 2010 is the United Kingdom's current discrimination legislation. Under the Equality Act 2010 (Gender Pay Gap Information) Regulations 2017 (SI 2017/172), governing the private sector in effect 2017, and the Equality Act 2010 (Specific Duties and Public Authorities) Regulations 2017 (SI 2017/353), governing the public section in effect 2018, all large private, voluntary and public sector employers (over 250 employees as of a certain date) must publish details of their Gender Pay Gap on both their own website and a designated government website at gov.uk. The regulations set out very specific requirements as to the content of the wage audits and six calculations that must be included:

- the average Gender Pay Gap as a mean average, expressed as a percentage;
- the average Gender Pay Gap as a median average, expressed as a percentage;
- the average bonus Gender Pay Gap as a mean average, over a period of 12 months, expressed as a percentage;
- the average bonus Gender Pay Gap as a median average, over a period of 12 months, expressed as a percentage;

³¹ The 1970 Equal Pay Act never came into force in 1975 as a schedule to the 1975 Sex Discrimination Act.

- the proportion of male and female employees receiving a bonus payment over a period of 12 months; and
- the proportion of male and female employees in each of the four quartile pay bands.

Requiring employers to publish their mean and median calculations is intended to give greater depth and transparency to the employer's analysis. The reports that are published are to be signed by upper management, and then published on both the employer's and the government website. The information is to be accessible to all employees and the public, for a period of at least three years.

The website, gender pay gap, gov.uk contains this required information as well as allows for a comparison to be automatically generated between different employers. These transparency regulations were enacted to address in part the problem of employers not taking the results of the gender pay gap audits seriously.³² Transparency with respect to the results of the publication in a first assessment appears to reinforce taking the gender wage gap plans more seriously and involving a wider range of corporate stakeholders. The tentative results are that the publication of results is beneficial to employers, employees and the public.

4 Transparency in Equal Pay in Iceland

Iceland has also recently chosen a transparency approach, but from a different path. Iceland was one of the first countries to enact equal wage legislation already in 1961. Amendments to § 19 of the 2008 legislation on equal position and equal rights of females and males now makes it mandatory for all firms and institutions with 25 or more full-time employees to obtain a "Pay Equality Certification" (*Jafnlönnavottun*). The largest workplaces (with 250 or more employees) had until December 2018 to obtain their certification, whereas smaller workplaces are staggered by size over a period of time, with the smallest having until 31 December 2021 to obtain the certification.

The required certification is based on the ISO "Equal pay management system - Requirements and guidance" (ÍST 85:2012) which in its turn is based on ISO 14001 Environmental management systems. Under the Icelandic legislation, wage reports are to be submitted to professional certifiers, who are to review the reports, approving or rejecting, then submitting them to the public agency, Centre for Gender Equality (*Jafnréttisstofa*). The Centre is to inform those employers failing as

³² Murray, James, Rieger, Paul, Employers' Gender Pay Gap Action Plans. Government Social Research, Research Report 2019.

to the corrective measures necessary to take in order to receive the certification. If passed, the certification will have to be renewed every three years. Those employers who have received a certification are listed in a public register and can use the specific designation mark indicating that they are an equal wage employer.

5 Transparency in Equal Pay in Sweden

Both the UK and Iceland have long histories of working legislatively and actively with equal pay issues with more or success. Comparatively, Sweden is statistically not too far at least from Iceland when it comes to the gender wage gap. In the OECD 2014 statistics, the UK GWG was about 18 %, Iceland 13 % with Sweden in between these two. Eurostat 2016 showed the UK GWG as 21 %, Sweden 15.3 % and Iceland 16 %. The push for greater transparency from the UK perspective can be rationalized as more necessary given the higher gender wage gap, however, the same push by Iceland cannot be as easily rationalized away given the very similar position Iceland has to Sweden statistically.

The Swedish 2016 legislative amendments were radical on a Swedish scale, with annual wage audits now instead of every three years, a definition of comparable work and record-keeping requirements for employers. However, in a sense, it is still the same which has proven to not be very effective, largely due to the deep occupational segregation existing in Sweden. The recent Swedish amendments were necessary, but perhaps not the only tools needed to reach pay inequity. The deep occupational segregation in Sweden is mirrored in the labor unions, the primary negotiators with respect to wages and in the collective agreements. This bolder approach of greater transparency with respect to wages may be the type of push needed to start reaching the heart of the problem in Sweden, which in essence can be seen as the low paid female-dominated public sector that is supporting the Swedish welfare system.

What Happened to the Revolution?

One Decade with *Trailers* and MEQRs

MATTIAS DERLÉN & JOHAN LINDHOLM¹

1 Introduction

Many important European historic events originated in Italy, including religious, cultural and political developments. Italy's importance holds true also when it comes to the law, as the Roman legal system has constituted the basis of much of continental European law. The Italian legislation banning the use of trailers with motorcycles might appear prosaic against this historical background. However, it is not the first time that seemingly minor events in Italy have shaped the course of the European Union. Who would have guessed that the refusal to pay an electrical bill would give rise to the principle of supremacy of EU law,² that the non-implementation of a directive would lead to the creation of the principle of state liability³ or that the question whether wool was an animal product would result in the most infamous decision concerning preliminary rulings?⁴

In response to Italy banning use of motorcycle trailers, the Court of Justice of the European Union (CJEU) delivered its judgment in the so-called *Trailers* case in February 2009.⁵ In the judgment, the CJEU offered a new perspective on the enigmatic ban on measures having an equivalent effect to a quantitative restrictions (MEQRs) in Article 34 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). For this reason, we welcomed the Court's decision in *Trailers* when it was first delivered as a positive, even necessary, development in an area fraught with

¹ Professors of Law at the Department of Law at Umeå University.

² Case 6/64, *Costa v. E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

³ Joined Cases C-6/90 & C-9/90, *Francovich & Bonifaci et al. v. Italy*, EU:C:1991:428.

⁴ Case 283/81, *Srl CILFIT & Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health*, EU:C:1982:335.

⁵ Case C-110/05, *Commission v. Italy*, EU:C:2009:66 (henceforth *Trailers*).

complications.⁶ However, we also noted that the case left us with many questions as to the future direction of the CJEU. *Commission v. Italy* was an opportunity for the CJEU to clean house with regard to its case law on MEQRs, but it remained to be seen whether the CJEU would seize this opportunity. One decade on, and after several notable judgments, we are now in a position to return to those questions and to make some conclusion as to the continued relevance of the seminal cases *Dassonville*, *Cassis de Dijon* and *Keck*.⁷

2 Trailers – A Summary

The *Trailers* case concerned an Italian ban on motorcycle trailers. However, the legislation in question did not ban the import or sale of the trailers, only their use. This only seemed to occur to the Court rather late in the process. The case started out in the third chamber, with no oral argument and with an opinion given by Advocate General Léger. However, instead of issuing a judgment the third chamber decided to refer the case back to the Court to be decided by the Grand Chamber.⁸ The Grand Chamber then re-opened the oral argument and invited the Member States to make their positions known on the applicability of Article 34 TFEU to rules on use, such as those in question.⁹ Obviously, the third chamber, as well as the Grand Chamber, found that rules on use constituted a new category, whose inclusion as MEQRs merited further discussion. This is somewhat odd, given that it was far from the first time that the CJEU treated a rule on use as an MEQR.¹⁰ While this amnesia on the part of the Court is surprising, it served as an opportunity to revisit and clarify its case law on MEQRs. After referring to *Dassonville*, *Cassis* and *Keck*, the Court offered a new, three-part definition of when national measures constitute MEQRs that distinguishes between (1) discriminatory rules, (2) product requirements and (3) other obstacles to market access.¹¹ Advocate General Bot has since referred to this as the “standard formula” used by the Court in its Article 34

⁶ Mattias Derlén & Johan Lindholm, “Article 28 E.C. and Rules on Use: A Step Towards a Workable Doctrine on Measures Having Equivalent Effect to Quantitative Restrictions”, *Columbia Journal of European Law* vol. 16(2) pp. 191–231 (2010).

⁷ Case 8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville*, EU:C:1974:82; Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, EU:C:1979:42; Joined cases C-267/91 & C-268/91, *Criminal proceedings against Keck & Mithouard*, EU:C:1993:905.

⁸ *Trailers*, paras. 13–14.

⁹ *Ibid.*, para. 15.

¹⁰ Case C-473/98, *Kemikalieinspektionen v. Toolex Alpha AB*, EU:C:2000:379; C-265/06, *Commission v. Portugal*, EU:C:2008:210.

¹¹ *Trailers*, para. 37.

case law.¹² The Court implies that this definition follows from the previous cases, but it has the potential to consolidate and simplify the approach to MEQRs. We argued that there are numerous advantages to this new test:¹³

1. The definition of MEQRs in *Dassonville*, in many ways the original sin, can finally be left behind. Its extensive, all-encompassing definition has created all manner of problems and can be abandoned in favour of the three-part definition of MEQRs introduced in *Trailers*.
2. Instead of choosing either a discrimination or a market access approach, *Trailers* combined the approaches, creating a test where relatively straightforward situations (discriminatory measures and product requirements) are classified as MEQRs directly, saving the more complex market access test for other, more difficult situations.
3. The complex – and arguably fundamentally flawed – discrimination analysis in *Keck* can finally be dispatched. As it turned out, selling arrangements are not unique. The three-part test handles selling arrangements together with rules on use and all other measures that are neither discriminatory nor product requirements. Consequently, while we still need *Cassis* (product requirements), we do not need *Keck* (selling arrangements).

However, a number of questions remained after *Trailers*:

1. Would the new, three-part definition of MEQRs be generally applicable, or confined to rules on use and similar “exotic” rules? While the wording and structure of *Trailers* imply that the test is general, the impression lingers that it does not affect the separate doctrine for selling arrangements created in *Keck*.
2. What does the discrimination test, the first part of the three-part definition, entail? We have argued in favour of limiting the test to direct discrimination, i.e. distinctly applicable rules, to avoid overlap with the second and third leg of the definition,¹⁴ but how will the test be administered in practice by the CJEU?

¹² AG Bot’s opinion in Case C-333/14, *Scotch Whisky Association, spiritsEUROPE & Comité de la Communauté économique européenne des Industries et du Commerce des Vins, Vins aromatisés, Vins mousseux, Vins de liqueur et autres Produits de la Vigne (CEEV) v. Lord Advocate & Advocate General for Scotland*, EU:C:2015:527, para. 58.

¹³ See further Derlén & Lindholm 2010, pp. 227–231.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 215–217.

3. When does a measure prevent market access? The idea of market access has long been discussed in the EU law context, but we have inadequate practical information on its application. The Court gave very limited guidance on the use of market access in *Trailers*, as the Italian rule constituted a total ban on use. Consequently, we need significant more information to be able to use the third part of the new definition on MEQRs.
4. Will the issue of justification stabilize to a more normal level, as compared to *Trailers* and the immediately following cases? We have detected somewhat of a honeymoon for the Member States, giving them a lot of leeway in the justification discussion.¹⁵ We would expect this to be a temporary deviation and the Court of Justice to return to a stricter level of review as time passes and the novelty of rules on use dissipates.

We will spend the remainder of the article addressing these opportunities and questions raised by *Trailers*, starting with the future for the seminal cases *Dassonville*, *Cassis* and *Keck*.

3 *Dassonville* – A Lingering Formality

The CJEU made its first serious attempt to define MEQRs in 1974. In *Dassonville*, a case concerning national legislation requiring imported goods bearing a designation of origin must be accompanied by an official document issued by the government of the exporting Member States, the CJEU formulated the arguably broadest definition of MEQRs conceivable:¹⁶

All trading rules enacted by member states which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.

The *Dassonville* formula has become redundant with the launch of a new, practical definition of MEQRs in *Trailers*. In fact, to continue to use the *Dassonville* formula only creates confusion as its definition of MEQRs is more extensive than the one provided in *Trailers*: a measure that marginally restricts market access might fall within the former but outside the latter. Such a gap cannot have been intended by the CJEU, as the three-part definition of MEQRs in *Trailers* is presented as a summary of previous case law, including *Dassonville*. Consequently, *Trailers* must be

¹⁵ Derlén & Lindholm 2010, pp. 220–223.

¹⁶ *Dassonville*, para. 5.

understood as taking its starting point in the *Dassonville* formula, but the *Dassonville* formula as adapted through subsequent case law. Even in older (pre-*Keck*) case law measures with only a very limited or indirect effect on market access were held not to be MEQRs, despite the wording of *Dassonville*.¹⁷ Thus, the *Dassonville* formula should have no independent meaning after *Trailers*.

However, the CJEU continues to cite the *Dassonville* formula, even after *Trailers*. There is no doubt that *Dassonville* is alive and well. The case is routinely cited as part of an opening statement concerning Article 34 TFEU and MEQRs, often together with other cases as forming “settled case-law”.¹⁸

However, this does not mean that *Dassonville* is part of the operative discussion concerning the status of the national rule and the precise meaning of Article 34. In fact, it is questionable whether *Dassonville* has ever been used in such a manner.¹⁹ The primary function of *Dassonville* has been and presumably remains political, as it serves to establish the jurisdiction of the CJEU and the wide scope of Article 34 TFEU. However, this is bound to create uncertainty. Take *Ker-Optika*, to which we will return below, where *Dassonville* is used in the manner described above, that is in the opening statement (and only there) as “settled case-law”. However, in *Ker-Optika* it is used together with *Trailers*, as the source for the *Dassonville* formula.²⁰ The Court then moves on to the three-part definition of prohibited measures from *Trailers*. How can this be reconciled? Both are described as limiting the discretion of the Member States. After setting forth the *Dassonville* formula, the CJEU first concludes that measures defined by the formula are MEQRs and “on that basis” prohibited by Article 34 TFEU. Immediately after this, the Court sets out the three-part test, describing it as an addition, and concludes that it “is also apparent from settled case-law that Article 34 reflects the obligation...”. The wording, and the continued use

¹⁷ See for example Case C-69/88, *H. Krantz GmbH & Co. v. Ontvanger der Directe Belastingen and Netherlands*, EU:C:1990:97, para. 11, where a Dutch law, which authorized the collector of taxes to seize goods found on the premises of a taxpayer, even if those goods were from a supplier established in another Member State who had sold them on instalment terms with reservation of title, was not considered an MEQR because its effect on trade was “too uncertain and indirect”.

¹⁸ See for example Case C-108/09, *Ker-Optika bt v. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézeté*, EU:C:2010:725, para. 47; Case C-484/10, *Asociación para la Calidad de los Forjados (Ascafor) & Asociación de Importadores y Distribuidores de Acero para la Construcción (Asidac) v. Administración del Estado and Others*, EU:C:2012:113, para. 52; Case C-333/14, *Scotch Whisky Association et al. v. The Lord Advocate & The Advocate General for Scotland*, EU:C:2015:845, para. 31; Case C-114/15, *Association des utilisateurs et distributeurs de l’agrochimie européenne (Audace) et al.*, EU:C:2016:813, para. 66; Case C-481/12, *UAB “Juvelta” v. VI “Lietuvos prabavimo rūmai”*, para. 16; Case C-221/15, *Criminal proceedings against Etablissements Fr. Colruyt NV*, EU:C:2016:704, para. 33.

¹⁹ See further Derlén & Lindholm 2010, pp. 225–226.

²⁰ *Ker-Optika*, para. 47.

of *Dassonville*, is unfortunate, as it indicates a lingering, wider prohibition compared to the one established in *Trailers*. This has not created any practical problems, as *Dassonville* is not used in an operative way, but the Court has missed the opportunity to retire *Dassonville* altogether. Instead, the Court continues to formally salute the grand old man of Article 34 case law, giving a doff of the cap before moving on to the application of the test established in *Trailers*.

4 *Cassis de Dijon* – An Unexpected Challenge

Trailers clearly challenged two of the three pillars of the pre-2009 case law on MEQRs: *Dassonville* and *Keck*. However, the third pillar, *Cassis de Dijon* and the case law on product requirements, seemed perfectly safe. The *Trailers* decision confirmed that product requirements would remain part of the definition of MEQRs and we predicted no clouds on the horizon for *Cassis de Dijon*. In fact, we applauded the continued use of product requirement as part of a workable, practical approach to Article 34. By removing measures that are (relatively) easy to identify (discriminatory rules, product rules) the complex market access test can be saved for the most difficult situations.²¹

Some cases decided after *Trailers* appear to confirm the continued relevance of *Cassis de Dijon*, not only quoting the three-part test of *Trailers* but also applying the mutual recognition requirement when relevant. For example, in *Elenca* the Court concluded that Italian legislation requiring CE-marking of construction products violated Article 34, as those products were lawfully marketed in other Member States.²²

However, recent events have somewhat challenged the future of *Cassis de Dijon* as an independent test. In two of several vehicle-related cases the CJEU examined Polish and Lithuanian rules requiring the steering wheel to be moved on imported vehicles with right-hand steering.²³ On its face, this kind of rule is a textbook example of product requirements: the rules concern the product itself and require that the product is modified in order to be sold or used. Advocate General Jääskinen agreed, and treated the national rules as product requirements, violating Article 34 TFEU.²⁴ The Court agreed, as expected, on the existence of an MEQR and a prima

²¹ Derlén & Lindholm 2010, pp. 224–225.

²² Case C-385/10, *Elenca Srl v. Ministero dell'Interno*, EU:C:2012:634, para. 24.

²³ Case C-639/11, *Commission v. Poland*, EU:C:2014:173; Case C-61/12, *Commission v. Lithuania*, EU:C:2014:172.

²⁴ Opinion of Advocate General Jääskinen in *Commission v. Poland* and *Commission v. Lithuania*, para. 73, emphasising that a national rule restricting goods lawfully manufactured and marketed in other

facie violation of Article 34, but chose not to treat the rules as product requirements. Instead, the Court concluded that they restricted market access for vehicles with right-hand steering. This could be seen as an indication that even the product requirement test will have to step aside for a more general market access test.²⁵

We certainly would not dismiss this possibility; *Commission v. Poland* and *Commission v. Lithuania* might well be a storm crow, announcing the diminishing importance of *Cassis de Dijon* and the rise of market access. It fits with other, less obvious examples, where the Court could reasonably have used *Cassis de Dijon* but refrained from doing so. For example, in *Ascafor* Spanish rules went beyond the minimum standards established by the Union concerning reinforcing steel, requiring goods already approved by other Member States to fulfil further requirements. However, instead of discussing mutual recognition, the Court turned to market access, concluding that the Spanish rules discouraged import and thus constituted an MEQR.²⁶

However, it is not yet time to give up on *Cassis de Dijon*. In particular, *Commission v. Poland* and *Commission v. Lithuania* should be read with caution. Importing new vehicles was already subject to harmonization, and it was practically a foregone conclusion that the Court would not allow the same restrictions regarding used vehicles.²⁷ The discussion as to the existence of a restriction is thus rather brief. Furthermore, *Cassis* is cited, despite the emphasis on market access. Similar caveats hold true for *Ascafor*, where the issue was also closely related to harmonization. There is still the possibility that these cases were aberrations, not the basis for a new doctrine. We argue strongly against giving up *Cassis*, as this would present unnecessary complications. There is simply no need to discuss whether a product rule restricts market access, it does so per definition. If a product, lawfully produced and marketed in one Member State, cannot be sold in another Member State without

Member States constitutes an MEQR. As observed by Lianos, the Advocate General emphasises the disparate impact on imported cars, and that this places them at a disadvantage as compared to domestic production. *Ibid.*, paras. 74–77; Ioannis Lianos, “In Memoriam Keck: the reformation of the EU law on the free movement of goods”, *European Law Review* vol. 40(2) pp. 225–248 (2015), at pp. 235–236. However, we understand this discussion to be part of a product requirement approach, rather than a refusal to classify the relevant rules as product requirements, rules on use or selling arrangements, as argued by Lianos.

²⁵ Lianos argues that the market access approach by the Court is so broad that it would capture any obstacle to trade, as was the situation before *Keck*. Lianos 2015, pp. 236–237. This is an interesting discussion, but the abruptness of the reasoning of the Court makes it difficult to evaluate.

²⁶ *Ascafor*, paras. 52–57.

²⁷ See further Phil Syrpis, “The Relationship Between Primary and Secondary Law in the EU”, *Common Market Law Review* vol. 52, pp. 461–488 (2015), at pp. 473–477.

modification, this will restrict market access to a greater or lesser extent. Mutual recognition is a powerful message, one that has no need for market access elaboration. In the same vein, as discussed further in Chapter 6 below, there is no need to equate product rules with discrimination. In many situations product requirements could be seen as de facto discrimination, favouring domestic goods, but again this would be an unnecessary complication. Product rules are problematic in themselves on a free, internal market, we need not worry about whether they are also inherently discriminatory. The beauty of *Trailers* is that the three legs of the test – non-discrimination, mutual recognition and market access – are separate, as clearly emphasised by the Court in later cases.²⁸ Allowing the market access test to consume the other two would be a most unfortunate development, in particular as the market access test is not yet stable.²⁹

5 *Keck* – Time to Say Goodbye?

The most obvious challenge in *Trailers* was to *Keck* and the idea of selling arrangements. The discussion leading up to the judgment, including the opinions solicited from the Member States and the academic discussion, cantered around whether the preferential treatment of selling arrangements should be extended to rules on use or not.³⁰ However, the result was far more interesting, amounting to a fundamental challenge to *Keck* itself. Selling arrangements are no longer singled out; they are simply one type of measures that must be examined using the market access test.³¹ This is most welcome, as it cuts to the core of what *Keck* was really about: ensuring market access. Despite using the language of discrimination, the more difficult questions turned on market access.³²

However, the question remained if the CJEU would follow through and actually give up on *Keck*, or fall back into old, familiar patterns. The early days post-*Trailers* indicated the latter. For example, in *LIBRO* the Court found the national measure to constitute an MEQR based on a traditional application of *Keck* (discriminatory selling arrangements).³³ While the CJEU did reference *Trailers* in *LIBRO*, it did not

²⁸ See for example *Ker-Optika*, para. 48.

²⁹ See the discussion in Chapter 7 below.

³⁰ See Derlén & Lindholm 2010 for further discussion.

³¹ Unless they are discriminatory in nature.

³² See for example the discussion regarding the Swedish ban on advertising for alcohol in Case C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB*, EU:C:2001:135.

³³ Case C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft v. LIBRO Handelsgesellschaft mbH*, EU:C:2009:276, para. 20.

mention the part containing the new definition of MEQRs.³⁴ As recent as 2015, in *Visnapuu*, the CJEU explicitly relied on *Keck* and the test laid out therein to analyse whether Finnish legislation requiring that sellers established in other Member States hold a license in order to import alcoholic beverages to Finland.³⁵ *LIBRO* and *Visnapuu* give the impression that *Trailers* was directed solely at rules on use and other “exotic rules”, while *Keck* and its approach to selling arrangements was unaffected.

However, other CJEU decisions cast doubt on this. The CJEU provided a more nuanced picture in *Ker-Optika*. The case concerned national rules prohibiting the sale of contact lenses over the Internet, the kind of rule that has typically been deemed a selling arrangement.³⁶ The Court discussed *Keck*, concluding that the national rule was not de jure discriminatory but, by depriving exporters of a particularly useful channel of distribution, constituted de facto discrimination.³⁷ More interesting is the part where the Court noted that selling arrangements that are neither de jure nor de facto discriminatory under *Keck*³⁸ do not hinder market access as defined by *Trailers*.³⁹ Thus, the Court has (somewhat belatedly) explained the silence on selling arrangements in *Trailers*. The market access test and the de facto discrimination test are substitutes. From the direction of *Keck* this actually follows directly from its sadly neglected paragraph 17, stating that non-discriminatory selling arrangements will, by their very nature, not hinder market access.

More recently, the CJEU appears to have abandoned *Keck* and the special status it affords to selling arrangements. One example of this is *Scotch Whiskey*. Through legislation a minimum price per unit (MPU) of alcohol that all licensed retailers had to observe had been implemented in Scotland. A rule like the one examined in *Scotch Whiskey*, that govern selling prices and that apply equally to all goods and traders regardless of origin, constitutes a selling arrangement under *Keck*. In fact, this was the type of measure examined in *Keck* itself. However, the CJEU did not follow or cite *Keck*. Instead, the Court cited *Trailers*, and other CJEU decisions that are based

³⁴ Ibid., para. 17.

³⁵ Case C-198/14, *Visnapuu v. Kihlakunnansyyttäjä (Helsinki) & Suomen valtio – Tullihallitus*, EU:C:2015:751, para. 103. That remains however the most recent instance of the CJEU referring to *Keck*.

³⁶ See for example Case C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV & Waterval*, EU:C:2003:664, paras. 66–76.

³⁷ *Ker-Optika*, paras. 52–56.

³⁸ *Keck*, para. 16.

³⁹ *Ker-Optika*, para. 51.

upon it, and assessed whether the measure constituted an MEQR using a market access analysis.⁴⁰

A second example is *Colruyt* where a Belgian corporation contrary to Belgian regulations was selling tobacco products at prices lower than those indicated on the revenue stamp. The national court having jurisdiction over the subsequent criminal proceeding asked the CJEU to clarify whether the national regulation constituted an MEQR. Considering that the facts in *Colruyt* are very similar to those in *Keck*, it would be obvious for the Court to use the latter decision as the basis for its response. However, *Keck* does not appear anywhere in *Colruyt*. Instead, the CJEU relies heavily on *Trailers*, concluding that the measure is neither discriminatory nor a product requirement and therefore proceeds to consider whether the rules hindered products originating in other Member States from accessing the Belgian market.⁴¹ Although the CJEU uses the term “selling arrangements” to describe the Belgian regulations, it does in fact apply the test laid out in *Trailers*.

The measures examined in *Scotch Whiskey* and *Colruyt* fall squarely under *Keck*,⁴² and there is little doubt that the CJEU would have relied on that decision and the test laid out therein to resolve these cases pre-*Trailers*. The fact that it did not do so must be interpreted as a conscious effort on behalf of the Court to abandon *Keck* in favour of the approach established in *Trailers*. Indeed, it is quite possible that *Keck* itself would be decided differently if it appeared before the Court after these decisions.⁴³

6 What Discrimination?

The aspect of MEQRs perhaps most overlooked in the discussion is the ban on discriminatory rules. This aspect of the MEQR definition might appear simple and uncontroversial, but it is not without challenges. The main question concerns what discrimination is included in the standard description “measures adopted by a Member State the object or effect of which is to treat products coming from other Member States less favourably”.⁴⁴ Does this phrase capture only directly discriminatory measures, i.e. de jure discriminatory rules imposing specific requirements on imported goods, or also indirectly discriminatory measures, treating

⁴⁰ *Scotch Whiskey*, para. 32.

⁴¹ *Colruyt*, paras. 35–37.

⁴² See also AG Bot’s opinion in *Scotch Whiskey*, para 63.

⁴³ See below Chapter 7.

⁴⁴ See *Trailers*, para. 37; *Ker-Optika*, para. 49.

domestic and imported goods the same de jure but not de facto?⁴⁵ The wording, in particular the “object or effect”, might be seen as indicating a broad approach to discrimination, including measures that indirectly favour domestic goods.

We have argued in favour of limiting the use of the non-discrimination principle as part of the application of Article 34 TFEU to directly discriminatory measures,⁴⁶ mainly to simplify the MEQR analysis and avoid overlap. As already discussed, the main advantage of the new MEQR definition in *Trailers* is the falling order of ease of detection of the three aspects. Direct discrimination is obvious, easy to detect and a clear violation of the fundamental idea of the internal market. Extending the non-discrimination principle to indirectly discriminatory measures would create unfortunate and unnecessary overlap with the principles of mutual recognition and market access.

Recent case law indicates that the CJEU has limited the reach of the non-discrimination principle in MEQR cases.⁴⁷ This is illustrated by *Bonnarde* concerning a French law granting ecological subsidies to vehicles fulfilling certain requirements, one of which being that the registration document should explicitly state that the vehicle was a “demonstration vehicle”.⁴⁸ The CJEU concluded that even though the rule in question applied without distinction to both domestic and foreign vehicles it could in practice affect imported vehicles differently, since all Member States might not require the registration document to contain the relevant information.⁴⁹ This appears to be a discussion of indirect discrimination, but the Court then turns to market access, stating that the French rules “may influence the behaviour of consumers and, consequently, affect the access of those vehicles to the market of that Member State”.⁵⁰ Consequently, the practical difficulties were regarded as part of the market access discussion rather than the discrimination analysis.

Similarly, in *Commission v. Belgium*,⁵¹ the Court eschewed discrimination analysis in favour of market access examination. Here Belgian rules required vehicles to fulfil a roadworthiness test prior to registration, without taking into account a

⁴⁵ These are sometimes also referred to as distinctly and indistinctly applicable measures. To simplify we will use the terms directly and indirectly discriminatory in the following discussion.

⁴⁶ Derlén & Lindholm 2010, pp. 215–217.

⁴⁷ A rather particular example, pointing in the other direction, is provided by the CJEU’s above-mentioned decision in *Visnapuu*. In this case, the CJEU performed a traditional *Keck* analysis, including the discrimination test which is part of the *Keck* doctrine. See *Visnapuu*, paras. 104–106.

⁴⁸ Case C-443/10, *Bonnarde v. Agence de Services et de Paiement*, EU:C:2011:641, paras. 11–17.

⁴⁹ *Ibid.*, paras. 28–29.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 30.

⁵¹ Case C-150/11, *Commission v. Belgium*, EU:C:2012:539.

roadworthiness test carried out in another Member State. The inspection applied when the ownership of a vehicle changed and applied to both domestic and imported vehicles. Thus, the rules were de jure non-discriminatory, but it was clear that imported vehicles were specially affected, in the sense that tests carried out in other Member States were not recognised. However, the Court went straight to a market access discussion. A single meaning sufficed for the Court to define the rules as an MEQR:⁵²

Therefore, that non-periodic test, inasmuch as it is carried out in addition to roadworthiness tests recently effected in other Member States, the results of which are not recognised, may deter certain interested individuals from purchasing such vehicles coming from other Member States.

7 Market Access – But What Does It Mean?

The third and arguably most interesting element of the MEQR definition in *Trailers* is “[a]ny other measure which hinders access of products originating in other Member States to the market of a Member State”.⁵³ This test, the market access test, is obviously able to capture measures that directly target the movement of goods across Member States as MEQRs, for example rules making import dependent on authorisation or notification.⁵⁴ In situations like these, the CJEU has upheld a stringent standard when it comes to market access. An example of this is the *ANETT* case.⁵⁵ The case concerned the Spanish tobacco monopoly system, according to which retail sale of tobacco was limited to authorised retailers. However, the legislation also stated that the retailers had to make their purchases of tobacco from authorised, national wholesalers. The latter was obliged to satisfy requests for tobacco from other Member States, but it could at the very least delay such imports. The retailers were prohibited from importing tobacco products directly from other Member States. The Court concluded that the Spanish rules were neither discriminatory nor product requirements. However, they hindered access to the Spanish market for imported tobacco products as they presented “various

⁵² *Commission v. Belgium*, para. 51.

⁵³ *Trailers*, para. 37.

⁵⁴ See e.g. Case C-472/14, *Canadian Oil Company Sweden AB & Rantén v. Riksåklagaren*, para. 44 (national rules requiring importers to register imported chemicals); *Andave*, para. 67 (national rules requiring authorisation to parallel import veterinary medicinal products).

⁵⁵ Case C-456/10, *Asociación Nacional de Expendedores de Tabaco y Timbre (ANETT) v. Administración del Estado*, EU:C:2012:241.

disadvantages” for the authorised retailers.⁵⁶ In particular, the Court pointed to the fact that the tobacco retailers had “no direct, flexible and quick means of meeting the demands of their own customers”.⁵⁷ This indicates a significantly lower threshold for market access restrictions as compared to *Trailers*. In *ANETT*, delays and inconveniences are deemed sufficient to classify the relevant rule as an MEQR. Presumably, this strict attitude should be understood against the background of the impact on imports, more specifically the fact that the Spanish rule prevented direct imports from other Member States.

A more complicated issue is to what extent the market access test also captures measures that are neither discriminatory, nor product requirements, nor directly affect the ability to import or export goods between Member States. We know from *Trailers* and *Mickelson* that rules on use are capable of failing the market access test, but these decisions left much to be desired in terms of guidance regarding how extensive a rule’s effect on market access must be in order to constitute an MEQR.⁵⁸

The Court’s case law post-*Trailers* has done little to clarify how to answer this difficult question. In 2015–2016, the Court reviewed the market-access effect of three national rules preventing retail sale below certain price using three different approaches. In the aforementioned *Scotch Whiskey* the Court found that the minimum retail price hindered market access and constituted an MEQR. Following the Advocate General’s opinion,⁵⁹ the CJEU reasoned that “the fact that the legislation at issue in the main proceedings prevents the lower cost price of imported products being reflected in the selling price to the consumer means, *by itself*, that that legislation is capable of hindering the access”.⁶⁰ Thus, the rule hindered market access even though importers and retailers had financial incentives to buy cheap alcohol, including from other Member States.

It seems to follow from *Scotch Whiskey* that minimum price rules are inherent MEQRs since price competition is such a fundamental element of a competitive and efficient internal market, even if such rules apply equally to all traders and goods regardless of where they are established and produced. This reasoning is not entirely novel: the CJEU acknowledged in *Keck* that minimum price rules may restrict “the volume of sales of products from other Member States, in so far as it deprives traders

⁵⁶ *Ibid.*, paras. 32–43.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 39.

⁵⁸ Derlén & Lindholm 2010, p. 230.

⁵⁹ AG Bot’s opinion in *Scotch Whiskey*, paras. 59–60.

⁶⁰ *Scotch Whiskey*, para. 32 (emphasis added).

of a method of sales promotion.”⁶¹ However, whereas such a rule does not constitute an MEQR according to *Keck*, it is “by itself” an MEQR according to *Scotch Whiskey*. This is a rather quick and radical turn-around on behalf of the Court. Only six years earlier, in *LIBRO*, the Court concluded that rules setting fixed retail prices for books could only constitute MEQRs if they have “the effect of treating products from other Member States less favourably”.⁶²

Scotch Whiskey can be compared to *Colruyt* where the CJEU found that that the measure in question applied equally to all traders and was “not of such a kind as to prevent access to the Belgian market of tobacco products from another Member State or to impede access any more than it impedes the access of domestic tobacco products” and was therefore not an MEQR.⁶³ The difference with the measure in *Scotch Whiskey*, which also applied equally to all traders and products from all Member States, is not immediately obvious. However, the crucial difference seems to be that in *Colruyt* the minimum retail price of imported goods was fixed, not in law, but by the importer, and it is thus up to importers to determine if the lower price of imported products will be reflected in the consumer price.⁶⁴

The Court took a slightly different approach in *Deutsche Parkinson*. Contrary to German fixed-price rules, a German organisation was cooperating with a Dutch pharmacy to give its members bonuses when they imported prescription drugs from the pharmacy. Looking at *Scotch Whiskey*, decided only ten months earlier, it seems obvious that the national rules in *Deutsche Parkinson* constituted MEQRs as fixed price regulations function as maximum price regulations, as well as minimum price regulations and that the measure, unlike in *Colruyt*, concerned state-fixed consumer retail prices. However, the CJEU did not approach the measure as it had in *Scotch Whiskey*, *Colruyt* or *LIBRO*. Instead, the CJEU conducted a more extensive market access analysis where it compared the impact of price fixing on pharmacies established in Germany and in other Member States. The Court found that mail-order pharmacies have a limited ability to compete with traditional pharmacies when

⁶¹ *Keck*, para. 13. Naturally, the rule in *Keck* was technically a ban on resale at a loss, but in practice this amounts to a minimum price regulation.

⁶² *LIBRO*, para. 22. See also Alberto Alemanno, “Balancing free movement and public health: The case of minimum unit pricing of alcohol in *Scotch Whiskey*”, *Common Market Law Review* vol. 53 pp. 1037–1064 (2016), at p. 1049.

⁶³ *Colruyt*, paras. 38–40 (para. 39 quoted). Similarly, in the area of freedom of establishment the CJEU has concluded that an Italian rule establishing maximum tariffs for lawyers did not prevent market access. Case C-565/08, *Commission v. Italy*, EU:C:2011:188, paras. 41–55.

⁶⁴ Although the Court does not state it, the decision in *Colruyt* in this regard appears to rely on a well-functioning market where price competition between domestically produced and imported goods will be passed on to the consumer, and quite reasonably so.

it comes to services, that the former can primarily compete with prices, and that price fixing therefore has a greater impact on pharmacies established in other Member States, “a fact which could impede market access for products from other Member States more than it impedes such access for domestic products.”⁶⁵ The reasoning in *Deutsche Parkinson* seems unnecessarily complicated considering the Court’s conclusion in *Scotch Whiskey* that a minimum price rule is “in itself” an MEQR. The only obvious difference between the two cases is the location of the retailers which in *Scotch Whiskey* were in the same Member State (United Kingdom) and in *Deutsche Parkinson* in different Member States (Germany and the Netherlands). However, it is unclear why this factual difference would call for a different and under the latter circumstances more lenient market access test.

At the same time, *Scotch Whiskey* and *Deutsche Parkinson* are similar in that they take a rather strict approach to the size of the market access restriction necessary in order for a measure to constitute an MEQR. While decisions like *Colruyt* demonstrate that restricting measures may pass the market access test and consequently not constitute MEQRs, the room for this is narrow and narrower than under *Keck*.

8 Proportionality – Has the Honeymoon Ended?

In *Trailers*, the CJEU applied the proportionality test in a rather generous manner, particularly with regard to the necessity element of the test. The Court first stated that the Member States enjoyed “a margin of appreciation” when it comes to taking measures to ensure road safety and that the extent of such measures may differ between Member States.⁶⁶ The Court then noted that less restrictive, non-ban measures would be able to achieve the aim of road safety. However, according to the Court, Italy did not have to prove “that no other conceivable measure could enable that objective to be attained under the same conditions”⁶⁷ and held “that Member States cannot be denied the possibility of attaining an objective such as road safety by the introduction of general and simple rules which will be easily understood and applied by drivers and easily managed and supervised by the competent authorities.”⁶⁸

At the time, we were somewhat sceptical about the CJEU’s generous approach, which to us seemed like the Court compensating the Member States for the inclusion

⁶⁵ Case C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, paras. 21–27 (para. 26 quoted).

⁶⁶ *Trailers*, para. 65.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 66.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 67.

of rules on use within MEQRs, and called for a normalization of the proportionality scrutiny.⁶⁹ The fact that there have been few pure rules-of-use cases in the decade that has followed complicates assessing whether this is the case.

However, it is quite clear that the easily-managed-and-supervised approach to necessity used in *Trailers* is very much still relevant. The CJEU has subsequently applied this standard as part of the justification analysis across the field of free movement and applied to various legitimate aims.⁷⁰ It seems unlikely that the Court would, generally and as a matter of principle, refuse to use that approach in a case solely on the ground that it concerns rules on use.

On the other hand, in other cases concerning MEQRs we can find examples of the CJEU applying a more traditional, i.e. strict, proportionality discussion. For example, in *Ker-Optika* the Court engaged in a detailed discussion of the Hungarian rules banning sales of contact lenses over the internet, ultimately concluding that the rules were not proportional.⁷¹ *Humanplasma* presents a similar image.⁷² The case concerned Austrian rules banning the import of certain blood related productions, if these were not entirely unpaid. The Court recognized the human health concerns of the Austrian government, but still engaged in a detailed discussion regarding proportionality, ultimately finding the Austrian rules excessive in relation to the objective.⁷³ The above-mentioned cases *Commission v. Poland* and *Commission v. Lithuania* also illustrate a rather strict approach to proportionality. The CJEU found the arguments of the Member States regarding road safety, and the dangers of vehicles with right-hand steering, unconvincing, and pointed to the availability of other, less restrictive, measures.⁷⁴

⁶⁹ Derlén & Lindholm 2010, p. 231.

⁷⁰ See for example Case C-400/08, *Commission v. Spain*, EU:C:2011:172, para. 124 (freedom of establishment and environmental protection, town and country planning and consumer protection); Case C-137/09, *Josemans v. Burgemeester van Maastricht*, EU:C:2010:774, para. 82 (free movement of services and goods and combating drug tourism); Case C-126/15, *Commission v. Portugal*, EU:C:2017:504, para. 84 (cigarette excise duty and preventing tax evasion).

⁷¹ *Ker-Optika*, paras. 57–75.

⁷² Case C-421/09, *Humanplasma GmbH v. Austria*, EU:C:2010:760.

⁷³ *Ibid.*, paras. 31–45.

⁷⁴ *Commission v. Poland*, paras. 58–65; *Commission v. Lithuania*, paras. 63–70. The fact that the CJEU pointed out that the vast majority of Member States accepted the use of right-hand steering vehicles is particularly noteworthy. *Commission v. Poland*, para. 61; *Commission v. Lithuania*, para. 66. As observed by Barnard, this might indicate a majoritarian approach. Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 5th edition, Oxford University Press, Oxford 2016, p. 182.

9. Conclusions – Chi va piano...

CJEU decisions on MEQRs rendered over the last ten years provide us with some answers to the questions that lingered after *Trailers*. First, the three-part definition of MEQRs launched in *Trailers* does not appear limited to rules on use and other similarly “exotic” types of national measures. While it has not – unfortunately – replaced *Dassonville’s* definition of MEQRs, the Court has over the last decade increasingly come to combine the *Dassonville* formula with the definition presented in *Trailers*. The impact of *Trailers* on the doctrine for selling arrangements has been particularly strong. The Court’s recent decisions on selling-arrangement-like measures suggest that *Keck* is in practise obsolete and that at least some measures that would fall outside of that decision’s definition of MEQRs now fall within it. The future of the separate product requirement test, and the *Cassis de Dijon* line of case law, is – somewhat to our surprise – less clear than indicated in *Trailers*.

Second, there are some indications that the discrimination test in *Trailers* has been limited to directly discriminatory measures in later case law, while indirectly discriminatory measures are analysed within the market access doctrine. This, we would argue, is a welcome step, simplifying the MEQR definition.

Third, the Court has still offered limited guidance on how to apply the market access limb, including what constitutes a sufficiently great obstacle to market access or how to assess the size of such obstacles. However, judging from the limited guidance offered it appears as if the bar is low. This is particularly true when the rule is closely connected to imports, as demonstrated by *ANETT*. The only post-*Trailers* example of the Court finding (or even suggesting) that a relevant national measure did not hinder market access was in *Cobruyt*. This shows that there is still room for measures to fall outside of the MEQR definition under *Trailers*, making it more limited than the classic *Dassonville* formula. However, applying a “pure market access test”, as the Court did in *Scotch Whiskey*,⁷⁵ results in a definition of MEQRs that at least for some cases is broader than under *Keck*.

Fourth and finally, the leeway that the CJEU afforded Member States in the justification analysis in *Trailers* does not appear to have gone away. On the contrary, it seems that the approach taken by the Court in *Trailers* has become the new normal when it comes to determining whether obstacles to fundamental freedoms are justified. At the very least, the Court has afforded *Trailers*-like treatment in a diverse range of cases. On the other hand, the existence of other MEQR judgments, with a more traditional proportionality analysis, makes it difficult to come to a clear conclusion regarding the attitude of the CJEU regarding justification.

⁷⁵ Alemanno 2016, pp. 1049–1050.

If *Trailers* was a revolution it was clearly a slow and gradual one. A decade later several questions are still left unanswered, and more guidance is needed from Luxembourg. However, given the complexity of the area this is hardly surprising. We remain convinced that *Trailers* will continue to shape and change the approach to MEQRs in years to come. Slow and steady wins the race.

Nya metoder för jämställda löner – insyn, rapportering och certifiering

SUSANNE FRANSSON¹ & EBERHARD STÜBER²

1 Inledning

Vi har i många år forskat och spridit kunskap om frågor som rör kvinnors och mäns löner. I maj 2018 anordnade Nätverket jämställda löner ett seminarium med rubriken ”Nya möjligheter till samverkan i arbetslivet”. Örjan Edström inledde seminariet som expert på frågor om samverkan, delvis på ny mark.³ Tillsammans skrev vi också en debattartikel publicerad i Dagens Arena.⁴

Ett gemensamt intresse är den svenska arbetsmarknadens funktionssätt och vad som kallas den svenska modellen. Vårt eget fokus är dock särskilt frågan om löner ur ett könsperspektiv. Den svenska modellen har historiskt sett kännetecknats av att löner är en fråga för parterna att förhandla och sluta kollektivavtal om, ett självreglerande system. Lagstiftning om aktiva åtgärder för jämställda löner har vi benämnt som ett ”självsanerande system” där det grundläggande konfliktperspektivet är utbytt mot samförstånd.⁵ Genom ändringarna i de aktiva åtgärderna år 2017 betonas än starkare att arbetsgivare och fackliga organisationer har samma mål och förväntas samverka för att förhindra diskriminering och främja lika rättigheter och möjligheter.⁶

¹ Docent i rättsvetenskap, lektor vid Institutet för socialt arbete, Göteborgs universitet.

² Senior utredare, Jämställdhetsmyndigheten.

³ Edström, Örjan & Holm, Johan, Arbetsmiljöreglering, medbestämmande och kollektivavtal, red. Edström, Lindholm och Mannelqvist, Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år, Umeå universitet, 2017.

⁴ Dagens Arena 2018-05-22, Samverkan för jämställda löner – vad är problemet?

⁵ Se t.ex. Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, Samverkan och lönekartläggning – en rättsutveckling, Arbetsmarknad & Arbetsliv, årgång 10 nr 3, 2004.

⁶ Se Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, Diskrimineringslagen en kommentar. Supplement. Norstedts juridik, Stockholm, 2017.

Bestämmelser om arbetsgivares skyldighet att kartlägga kvinnors och mäns löner ur ett jämställdhetsperspektiv har funnits sedan år 1994 och Sverige anses vara en av pionjärerna på området.⁷ Reglerna har kritiserats som betungande för arbetsgivare och förändringar i kraven har gjorts vid flera tillfällen.⁸ Effekterna är också omdiskuterade. Hur stor betydelse kravet på lönekartläggning har haft för det svenska könslönegapet är svårt att fastställa.⁹ Rapporter visar dock att en stor andel löner har justerats.¹⁰ Samtidigt har få mål om lönediskriminering prövats och resultaten är mätbara, enbart ett och ett halvt mål har vunnits av käranden.¹¹

Frågan om jämställdhet är ett av den Europeiska unionens grundläggande värden och anses vara av avgörande betydelse för ekonomisk tillväxt, välbefinnande och konkurrenskraft.¹² Skillnaden mellan kvinnors och mäns timlöner är mer än 16 procent i medeltal i EU. Trots detta är målet att könslönegapet ska ha slutits år 2020. För att uppnå detta mål har EU-kommissionen rekommenderat medlemsstaterna att införa nya metoder för att öka transparensen gällande lönebildning och lönesättning ur ett könsperspektiv.¹³

Frågan om transparens och nya metoder för att stänga könslönegapet är således vårt fokus i denna text. Vi beskriver först regleringen och utvecklingen i EU och ger därefter exempel från nationell lagstiftning där nya metoder införts i linje med kommissionens rekommendationer. Vi beskriver också en annan metod, certifiering av jämställda löner, och avslutar med att analysera de olika metoderna i relation till svensk lagstiftning och den svenska arbetsmarknadens funktionssätt.

⁷ Eurofound (2018) First movers' experiences with gender pay transparency measures in Europe, Isabella Beletta & Christine Aumayr-Pintar, National Symposium on the Gender Pay Gap, Dublin 2018-01-10.

⁸ Se Fransson, Susanne, Från mål till medel – om utvecklingen av bestämmelserna om aktiva åtgärder, i red, Ahlberg, Olsson och Malmberg, Vänbok till Niklas Bruun, Iustus, Uppsala, 2017.

⁹ I bilaga 1 till SOU 2010:7, Aktiva åtgärder för lika rättigheter och möjligheter, finns en studie av kostnader och effekter av lagstiftningen om aktiva åtgärder.

¹⁰ Effekterna av 2001 års bestämmelser om lönekartläggning, Jämställdhetsombudsmannen (JämO) 2005 samt Miljögranskningen – Resultat av etapp 2 och slutrapport, JämO, 2008.

¹¹ Se Svenaeus, Lena, Konsten att upprätthålla löneskillnader mellan kvinnor och män. En rättssociologisk studie i lag och avtal om lika lön, Lunds universitet, 2017.

¹² Europeiska unionens råd, Rådets slutsatser av den 7 mars 2011 om europeiska jämställdhetspakten (2011-2020), 2011/C 155/02.

¹³ European Commission, Commission Recommendation on strengthening the principle of equal pay between men and women through transparency, COM(2014)1405 final.

2 Jämställda löners reglering och utveckling inom EU

Förbud mot lönediskriminering fanns redan i Romfördragets artikel 119, dock främst av konkurrensmässiga skäl.¹⁴ Det senaste decenniet har fältet vidgats till att handla om ekonomisk ojämställdhet och om att med olika former av verktyg minska och sluta könslönegapet. Såväl Rådet, Kommissionen som Parlamentet har under senare år antagit handlingsplaner, rekommendationer eller resolutioner i syfte att förstärka principen om jämställda löner.

2.1 EU-kommissionens rekommendation 2014

Bakgrunden till kommissionens rekommendation år 2014 är dels att könslönegapet består, dels att förbudet mot diskriminering inte har haft den avsedda effekten.¹⁵ Nya metoder behöver därmed skapas och prövas.

Målet med rekommendationen är ökad insyn i lönesättningen (pay transparency). Genom insyn kan könsrelaterade löneskillnader synliggöras. Anställda, arbetsgivare eller arbetsmarknadens parter kan med denna kunskap vidta lämpliga åtgärder.¹⁶ Ett problem har varit att en tvist i domstol i regel kräver en jämförelseperson av annat kön. Insyn i lönesättning ska därmed underlätta för anställda att väcka talan om lönediskriminering inför nationell domstol.¹⁷

Kommissionens rekommendation innehåller en verktygslåda med specifika åtgärder för att öka insynen i lönesättningen. Verktygen är enkla och ger stort utrymme för olika varianter. De fyra centrala åtgärder som rekommenderas är enskildas rätt till upplysningar om lönesättningen, rapportering på företagsnivå, lönegranskningar (pay audits) och lika lön inom ramen för kollektivavtal. Tanken är att medlemsstaterna ska uppmuntras att genomföra de åtgärder som är bäst lämpade i den nationella kontexten. Kravet i rekommendationen är att minst en av de centrala åtgärderna ska genomföras.¹⁸ Vårt fokus är på det två första åtgärderna, vilka beskrivs närmare.

¹⁴ Se Fransson, Susanne, Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag, Iustus, Uppsala, 2000.

¹⁵ Rekommendationen föregicks av en rapport från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, COM(2013) 861 final.

¹⁶ COM(2014) 1405 final p. 15.

¹⁷ COM(2014) 1405 final p. 8.

¹⁸ COM(2014) 1405 final.

2.1.1 Upplysningar om lönesättning

Anställda ska ha rätt till information om löner för arbetstagare som utför lika eller likvärdigt arbete, om könsfördelning, om lönetillägg och andra typer av förmåner och ersättningar. Syftet är att identifiera oförklarade¹⁹ könslöneskillnader och att skapa grund för att åtgärda dem. Informationen syftar även till att underlätta för arbetstagare att föra talan om lönediskriminering i domstol.²⁰ Tyskland har nyligen infört lagstiftning som ger anställda rätt till denna typ av information.

2.1.2 Rapportering på företagsnivå

Medlemsstaterna ska uppmantras att vidta åtgärder som innebär att arbetsgivare med minst 50 anställda regelbundet informerar de anställda, fackliga företrädare och arbetsmarknadens parter om den genomsnittliga lönen för olika kategorier av anställda eller befattningar.²¹ Könsfördelningen i kategorierna ska framgå av informationen. Syftet är att förbättra insynen i lönesättningen, vilket ska leda till att arbetsgivare vidtar åtgärder för jämställda löner. Tyskland och Storbritannien är exempel på medlemsstater som har infört lagstiftning på detta område.

2.1.3 Utvärderingar av 2014 års rekommendation

Redan år 2017 gjorde Kommissionen en kort utvärdering av hur medlemsstaterna förhållit sig till de rekommenderade metoderna.²² Samma år kom också en rapport från EU:s nationella experter på jämställdhetsfrågor.²³ Kommissionen konstaterar att bara 11 medlemsstater har lagstiftning som möjliggör insyn i lönesättning och de flesta av dem uppfyller bara minsta kravet på en åtgärd. En medlemsstat, Sverige, anges ha ”förankrat alla fyra åtgärderna i sin nationella rättsliga ram”!²⁴ I expertrapporten anges däremot att Sverige enbart uppfyller två av åtgärderna,

¹⁹ Det står oförklarliga i dokumentet, men unexplained i den engelska versionen.

²⁰ COM(2014) 1405 final, punkt 21.

²¹ COM(2014) 1405 final, punkt 17 och II. Wage transparency p. 4.

²² European Commission (2017) Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Report on the implementation of Commission Recommendation on strengthening the principle of equal pay between men and women through transparency, COM (2017) 671 final.

²³ European Commission, Pay transparency in the EU. A legal analysis of the situation in the Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Albertine Veldman & coordinator Alexandra Timmer, 2017.

²⁴ COM(2017) 671 final s. 3.

nämligen lönegranskningar och lika lön inom ramen för kollektivavtal.²⁵ Vi återkommer med kommentarer till detta.

3 EU:s strategier och handlingsplaner för att stänga könslönegapet

EU:s institutioner antar också strategiska dokument och handlingsplaner i syfte att uppnå målet jämställda löner. Den europeiska jämställdhetspakten 2011-2020, antagen av Rådet, är ett sådant dokument där könslönegapet särskilt nämns.²⁶ I EU:s handlingsplan 2017-2019 *Åtgärda lönekyftan mellan kvinnor och män*, konstaterar EU-kommissionen att könslönekyftan består.²⁷ Kommissionen har därmed ett särskilt ansvar för att bedöma om ändringar behöver göras i direktiv 2006/54 för att bland annat göra rätten till information om löner, kravet på rapportering av löner och förtydligande av begreppet likvärdigt arbete, bindande för medlemsstaterna.²⁸ I enlighet med Kommissionens arbetsprogram 2019 ska direktiv 2006/54 utvärderas, vilket kan vara ett steg mot ny lagstiftning.²⁹ Den europeiska ekonomiska och sociala kommittén har i ett yttrande tillstyrkt handlingsplanen för åren 2017-2019.³⁰

Även parlamentet har varit aktivt när det gäller den ekonomiska ojämställdheten. I en resolution, antagen 2017-10-03, om kvinnors ekonomiska egenmakt uttalas att en offentligt tillgänglig ram för kartläggning av löner, innefattande datainsamling, kan ”skapa en ”medveten kultur” som gör att ett könslönegap blir socialt oacceptabelt i en sektor eller ett företag”.³¹ Parlamentet uppmanar, i resolutionen, medlemsstater och företag att införa bindande åtgärder när det gäller transparenta löner.³²

²⁵ European Commission, 2017.

²⁶ Den europeiska pakten för jämställdhet (2011-2020) bilaga p. 1. (2011/C 155/02).

²⁷ Europeiska kommissionen (2017) Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén. EU:s handlingsplan 2017-2019. Åtgärda lönekyftan mellan kvinnor och män, COM(2017) 678 final.

²⁸ Se insats 1, punkt 1 i COM(2017) 678 final.

²⁹ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions. Commission work programme. Delivering what we promised and preparing for the future, COM(2018) 800, Annex II, punkt 10.

³⁰ Europeiska ekonomiska och sociala kommittén (2017) Yttrande. EU:s handlingsplan 2017-2019: Åtgärda lönekyftan mellan kvinnor och män, COM (2017) 678 final.

³¹ Europaparlamentet, Kvinnors ekonomiska egenmakt i den privata och den offentliga sektorn i EU, Europaparlamentets resolution av den 3 oktober 2017 om kvinnors ekonomiska egenmakt i den privata och den offentliga sektorn i EU (2017/2008(INI)), 2017, punkt S.

³² Se Europaparlamentet, 2017, p. 23.

EU-kommissionen har inbjudit till en ”public consultation” under våren 2019 med syfte att få ett bättre genomslag för likalöneprincipen som uttrycks i direktiv 2006/54 samt för att följa upp Kommissionens rekommendation om Pay Transparency från år 2014.³³

Arbetsmarknadens parter på EU nivå har gett uttryck för motsatta positioner vad gäller frågan om pay transparency och initiativen till att omförhandla direktiv 2006/54. De fackliga organisationernas samarbetsorgan ETUC välkomnar ”legally-binding obligations on pay transparency”.³⁴ BusinessEurope ser inget sådant behov, utan menar att likalöneprincipen redan är väl förankrad inom EU och i medlemsstaternas lagstiftning. I ett ställningstagande anförs att ”the lack of transparency is not a widespread phenomenon” och organisationen anför en rad skäl till varför just ökad transparens kring kvinnors och mäns löner är direkt olämplig.³⁵

4 Lagstiftning om insyn i lönesättning

4.1 *Storbritannien*

I april 2017 införde Storbritannien tvingande lagstiftning som innebär att arbetsgivare med minst 250 anställda årligen är skyldiga att publicera uppgifter om det könslönegap som finns i den egna verksamheten.³⁶ Uppgiftsskyldigheten innebär att arbetsgivare måste offentliggöra följande nyckeltal: könslönegap relaterat till medel- och medianlön avseende timlöner, bonuslönegap relaterat till medel- och medianvärden, andelen kvinnor respektive män som erhåller ersättningar i form av bonus samt andelen kvinnor respektive män i organisationens lönestruktur uppdelad på kvartiler.³⁷ Övertidsersättningar ska inte inräknas. Exempel på bonusformer som ska räknas med är vinstandelar och olika former av produktivitets- eller försäljningsbonus. För arbetsgivare som tillhör kategorin business (näringsliv) eller charity (välgörenhetsorganisation) krävs att en person i företagets högsta ledning intygar uppgifternas riktighet.

³³ European Commission Daily News 11/01/2019.

³⁴ <https://www.etuc.org/en/pressrelease/gender-pay-gap-action-plan>.

³⁵ EU Action Plan on tackling the gender pay gap. Position paper May 2018, BusinessEurope.

³⁶ The Equality Act 2010 (Gender Pay Gap Information) Regulations 2017.

³⁷ Medellönen är summan av alla löner i den utvalda gruppen dividerat med antalet personer i gruppen. Medianlönen är den mittersta lönen då alla löner i den utvalda gruppen sorterats i stigande ordning.

Uppgifterna ska publiceras årligen och såväl anställda som allmänheten ska ha åtkomst till uppgifterna. Organisationens webbplats kan fylla en sådan funktion. Uppgifterna måste finnas tillgängliga under minst tre år. Dessutom ska berörda arbetsgivare rapportera in uppgifterna till en särskild on-linetjänst som tillhandahålls av regeringen.³⁸

En första utvärdering av bestämmelserna publicerades i november 2018.³⁹ Av rapporten framgår att 92 procent av de berörda arbetsgivarna hade uppfyllt rapporteringskravet inom föreskriven tid. Efter påminnelse hade samtliga arbetsgivare (cirka 10 500) uppfyllt kravet. Av utvärderingen framgår att reglerna har fått stor medial uppmärksamhet och att de företagsdata som offentliggjorts har fått stor spridning. Vidare framgår att fyra av fem arbetsgivare genomfört ytterligare steg för att undersöka och komma till rätta med det rapporterade lönegapet inom den egna organisationen.

När det gäller sanktioner hänvisas i lagens ”Explanatory Note” till annan lagstiftning. Närmare bestämt till ”unlawful act” och section 34 i Equality Act 2006 (c. 3). Här ges Equality and Human Rights Commission möjlighet att vidta olika typer av åtgärder som att inleda en undersökning eller att vända sig till domstol.

Sammanfattningsvis kan sägas att detta tämligen enkla rapporteringssystem lett till att skillnader i lön och inkomst, mellan kvinnor och män, fått stor uppmärksamhet såväl i den allmänna debatten som inom de företag och organisationer som berörts av den nya lagen. En vanligt förekommande åtgärd som arbetsgivare genomfört är att se över riktlinjer och praxis vid rekrytering.⁴⁰ Den brittiska lagstiftningen kan jämföras med dansk lagstiftning. I den danska likalönelagstiftningen finns bestämmelser som innebär att arbetsgivare är skyldiga att rapportera in lönestatistik uppdelad efter yrkesklassificeringskod.⁴¹ Därefter erhåller arbetsgivaren årligen en sammanställning över könslönegapet, vid lika arbete, i den egna verksamheten.

³⁸ Se punkt 15, Form and manner of publication, The Equality Act 2010 (Gender Pay Gap Information) Regulations 2017.

³⁹ Dromey, Joy & Rankin, Lesley, The Fair Pay Report. How Pay Transparency Can Help Tackle Inequalities, Institute for Public Policy Research, 2018.

⁴⁰ Dromey and Rankin, 2018, s. 17.

⁴¹ Ligelönsloven 5a §.

4.2 Tyskland

Tyskland införde i januari 2018 en lag om lönetransparens.⁴² Den nya lagen ska, precis som den i Storbritannien, förstås som ett komplement till EU-rättens förbud mot lönediskriminering vid lika och likvärdigt arbete. Lagen består av tre delar. Den första delen innebär att arbetstagare hos arbetsgivare med minst 200 anställda har en individuell rätt till information om genomsnittslönen hos andra anställda som utför lika eller likvärdigt arbete. En förutsättning är att det finns minst sex kollegor av motsatt kön som tillhör jämförelsegruppen. Den anställdas begäran riktas i första hand till *Betriebsrat* som är de anställdas förtroendeorgan, som i sin tur har rätt att få nödvändiga uppgifter från arbetsgivaren.⁴³

De andra två delarna gäller arbetsgivare med minst 500 anställda. Dessa arbetsgivare uppmanas att i samverkan med *Betriebsrat* regelbundet göra en genomgång och analys av bestämmelser och praxis för lönesättning, inklusive grunder för arbetsvärdering, samt en bedömning av efterlevnaden av kraven på lika lön vid lika eller likvärdigt arbete. De anställda har rätt att bli informerade över detta så kallade prövningsförfarande.⁴⁴

För vissa arbetsgivare gäller därutöver en *Berichtspflicht*, en offentlig rapporteringsplikt. Rapporten ska omfatta åtgärder för att främja jämställdhet inom organisationen, inklusive främjandet av jämställda löner, samt en redogörelse av effekterna av tidigare beslutade åtgärder. Rapporteringsskyldigheten gäller vart femte år för bolag med kollektivavtalsreglerade lönetariffer och vart tredje år för övriga bolag.

Sammanfattningsvis kan konstateras att majoriteten av Tysklands arbetstagare inte omfattas av den nya lagen på grund av villkoren om minst 200 anställda och förekomsten av en jämförelsegrupp av motsatt kön med minst sex anställda. Arbetsgivaren definierar dessutom i praktiken i vilken mån det finns andra arbeten att jämföra med, då det saknas partsgemensamma strukturer som på företagsnivå definierar vilka arbeten som är lika respektive likvärdiga. Genomslaget för del två av lagen, som innehåller analys och bedömning av hur kravet på jämställda löner efterlevs, kommer även att bli begränsat då enbart stora arbetsgivare omfattas.

⁴² Entgelttransparenzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBI. I S. 2152).

⁴³ Lagstiftning, 2018, om *pay transparency* i provinsen Ontario i Kanada visar på att det till och med är möjligt att gå längre. I lagen ställs bland annat krav på att lönenivå eller lönespann måste anges för varje jobb som annonseras ut offentligt. Dessutom får arbetsgivare inte fråga arbetssökande om deras tidigare lönenivåer och inte vidta åtgärder som hindrar arbetstagare att inbördes diskutera erhållen lön.

⁴⁴ Betriebliches Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit.

Denna del är dessutom formulerad som en ”bör” bestämmelse utan sanktionsmöjligheter.

5 Lagstiftning om jämställda löner med stöd av certifiering

5.1 Island

I den isländska jämställdhetslagen infördes år 2018 bestämmelser om att årligen genomföra en certifieringsprocess för att sluta könslönegapet.⁴⁵ Detta fick stor internationell uppmärksamhet med rubriker som ”Island lagstiftar om jämställda löner”.⁴⁶ Kravet på certifiering utifrån en standard gäller arbetsgivare med minst 25 anställda och införs successivt under en fyraårsperiod med hänsyn tagen till arbetsgivarens storlek.

Bestämmelserna (Íst 85:2012) har en rad likheter med de svenska lönekartläggningsbestämmelserna. Noterbart är att kraven på transparens vid lönesättning är mycket preciserade. Alla beslut om löner och anställningsvillkor ska vara dokumenterade, begripliga och sökbara. Detta gäller såväl lönekriterier, data som ligger till grund för arbetsbeskrivningar och arbetsvärdering, som samtliga beslut som gäller löner eller lönevillkor.⁴⁷

Det isländska regelverket bygger på ett samspel mellan en standard, jämställdhetslagen och gällande kollektivavtal hos varje enskild arbetsgivare. Standarden och lagen ger möjligheter för att en lokal facklig part med stöd av kollektivavtal kan få insyn i den årliga jämställdhetsanalysen av lönestrukturen. Standarden innehåller dock inga garantier för facklig insyn i arbetsgivarens bedömningar av vilka arbeten som är lika respektive likvärdiga eller om lönejusteringar är nödvändiga att genomföra.⁴⁸

Förebilden för denna typ av reglering finns inom produktsäkerhets- och miljölagstiftning.⁴⁹ Kortfattat innebär regleringsmodellen att en nationell myndighet

⁴⁵ Se artikel 19, 4 st. samt artikel artikel 2, punkt 10 i Act on Equal Status and Equal Rights of Women and Men No. 10/2008 inklusive samtliga tillägg t.o.m. No. 56/2017.

⁴⁶ Se t.ex. SvD 2018-01-03.

⁴⁷ Se punkt 4.4.4 i Íst 85:2012.

⁴⁸ Av första punkten, 6 st. i Íst 85:2012 framgår att arbetsgivaren har en möjlighet att välja mellan att själv intyga att standardens krav är uppfyllda, att facklig organisation involveras i processen eller att en extern tredje part utfärdar ett intyg. Jämför även med jämställdhetslagens artikel 19, 8 st. där ”social partners” omnämns.

⁴⁹ Íst 85:2012 har haft ISO och EMAS standarder som förebild. ISO standarder är strukturerade i olika grupper i första hand gällande tekniska krav för produktion samt management och

garanterar att olika oberoende tredjepartsorgan har kompetens, rutiner och metoder för att kunna utföra certifieringar enligt en viss standard. Det är dessa tredjepartsorgan, i regel privata företag, som äger rätten att dela ut certifikat vid överensstämmelse med standarden.

Ett rationellt skäl till att välja denna typ av regleringsmekanism är att standarder på ett smidigare sätt kan anpassas till en kontinuerlig teknisk utveckling jämfört med traditionella lagstiftningsprocesser. Vanligt förekommande är att en produktsäkerhetslag kortfattat anger att en produkt måste vara säker för att få tillträde till en viss marknad.⁵⁰ Närmare detaljer kring vad som avses med en säker produkt framgår genom hänvisning till aktuell specifik standard.⁵¹ En effekt av denna typ av regleringsmekanism, eller möjligen ett underförstått syfte, är att statlig tillsyn kan minimeras och att ackrediterade privata konsultbolag mot ersättning övertar övervakningen.⁵²

5.2 Sverige och certifiering av arbetsmiljö- och jämställdhetsfrågor

Även i Sverige finns exempel på denna metod. Ett exempel är möjligheten till frivillig certifiering av Arbetsmiljöverkets föreskrifter om systematiskt arbetsmiljöarbete (AFS 2001:1) och av SIS-OHSAS 18001 som är ett ledningssystem för arbetsmiljö.⁵³ Ett annat exempel finns i förslagen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster i SOU 2002:30. Betänkandet utmynnade i ett lagförslag bestående av två delar. Den ena delen handlade om jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster. Den andra delen avsåg certifiering av verksamheter i jämställdhetsavseende.⁵⁴ Certifieringen innebar i princip att verksamheterna måste uppfylla jämställdhetslagens krav på aktiva åtgärder inklusive årlig lönekartläggning. En särskild poäng med detta lagförslag var att vissa verksamheter som inte omfattas av krav på aktiva åtgärder, som exempelvis föreningslivet, skulle ges möjlighet till certifiering. Krav på certifikat skulle i sin tur kunna användas vid tilldelning av föreningsbidrag eller liknande.⁵⁵

ledningssystem. EMAS är ett miljöledningssystem som EU-kommissionen utvecklat. I introduktionskapitlet till Ist 85:2012 står uttryckligt att "the Equal Wage Standard is founded principally on international management standards".

⁵⁰ Produktsäkerhetslag (2004:451), 7 §.

⁵¹ Produktsäkerhetslag (2004:451), 11 §.

⁵² Den beskrivna regleringsmekanismen illustreras i SOU 2202:30 s. 307.

⁵³ SWEDAC ackrediterar certifieringsorgan som certifierar enligt dessa standarder.

⁵⁴ SOU 2002:30 Märk – värdig jämställdhet, s.357 f.

⁵⁵ SOU 2002:30, s 359.

De svenska exemplen bygger på idén att ett begränsat antal företag eller organisationer är beredda att betala extra för en certifiering eller för jämställdhetsmärkning av varor och tjänster, för att därigenom ge en signal om specifik kvalitet eller ambition. Tanken är att dessa verksamheter dessutom kan fungera som lärande exempel och utvecklingsagenter.⁵⁶ Detta ligger i linje med principen om ständiga förbättringar som genomsyrar hela ISO-systemet.

Sammanfattningsvis kan sägas att i Sverige har certifiering inom arbetsrättens område hittills hanterats som ett komplement till traditionell partssamverkan i kombination med myndighetstillsyn. På Island framstår införandet av en certifieringsordning som grundmodellen för att åstadkomma jämställda löner.

6 Avslutande summering och diskussion

De beskrivna nya normerna om insyn, rapportering och certifiering är en viktig delaspekt i en större diskussion om nödvändigheten av att finna effektiva medel för att åstadkomma jämställda ekonomiska villkor i samhället. En annan viktig aspekt är att det behövs strukturer och normer som underlättar och främjar ett jämställt föräldransvar. Detta ansvar, som i hög grad ligger hos kvinnor, är ytterligare en förklaring till det ”envisa” könslönegapet.⁵⁷ Det bör därför tilläggas att denna aspekt också är en uppmärksammas del i arbetet på EU-nivå.⁵⁸

Hur står sig då den svenska lagstiftningen vid jämförelse med Kommissionens rekommendation från år 2014? Vi kan konstatera att utropandet av Sverige som bäst i klassen måste bygga på ett grovt missförstånd. Vår kunskap leder oss till bedömningen att ett av kraven är uppfyllt, nämligen kravet på *pay audits* genom bestämmelserna i diskrimineringslagen om lönekartläggning. De andra tre verktygen som rekommenderas, enskildas rätt till upplysningar om lönesättningen, rapportering på företagsnivå och lika lön inom ramen för kollektivavtal, ser vi få spår av. I vart fall är de inte ”förankrade i den nationella rättsliga ramen” i meningen att öka transparensen i lönesättningen relaterat till kvinnors och mäns löner.⁵⁹

⁵⁶ I SOU 2002:30, s. 295 beskrivs jämställdhetsmärkningen som ett medel att driva på utvecklingen mot ett jämställt samhälle, men även som en konkurrensfaktor för näringslivet.

⁵⁷ Se exempelvis Angelov, Nikolay, Johansson, Per och Lindahl, Erica, Det envisa könsgapet i inkomster och löner - Hur mycket kan förklaras av skillnader i familjeansvar? IFAU rapport 2013:2. Se även Hald Andersen, Signe, Paternity leave and the gender wage gap: New causal evidence, The Rockwool Foundation Research, Study Paper No. 118, 2017.

⁵⁸ COM(2017) 253 final. Förslag till direktiv om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhängvårdare.

⁵⁹ COM(2017) 671 final s. 3.

I vilken mån likalönelagstiftningen får ett genomslag hänger dock samman med en rad faktorer. En sådan faktor handlar om tillsyn. Under åren 2002-2008 korrigerades tusentals anställdas löner som en följd av Jämställdhetsombudsmannens (JämO) tillsyn.⁶⁰ Sedan Diskrimineringsombudsmannen (DO) år 2009 övertog ansvaret har tillsyner minskat avsevärt.⁶¹ Endast hälften av Sveriges arbetsgivare anger år 2018 att de jobbar aktivt för jämställda löner.⁶² Antalet anmälningar till Nämnden mot diskriminering, med anledning av att arbetsgivare inte följer lagstiftningen, är färre än en per år.⁶³

En annan viktig faktor handlar om samspelet mellan lagstiftning om jämställda löner och kollektivavtalssystemet. I centrala kollektivavtal beskrivs ofta grunderna för lönesättningen i termer av att lönen ska relateras till arbetets svårighetsgrad och ansvar samt till individens förmåga och skicklighet. Tydliga vägledningar för lokala parter när det gäller att bestämma vilka arbeten som är likvärdiga saknas dock.⁶⁴ Att begreppet likvärdigt arbete förutsätter jämförelser över kollektivavtalsgränser kan vara en delförklaring till denna brist.

Den väg EU nu väljer med ökad transparens vid lönesättning och krav på olika typer av åtgärder för att sluta könslönegapet innebär att parterna på den svenska arbetsmarknaden måste börja förhålla sig till de nya metoderna. Kommissionens rekommendation från år 2014 och de strategiska överväganden som därefter tagits, medför att ändringar av direktiv 2006/54 ligger nära i åtanke. Lagstiftning om metoder för ökad insyn i lönesättningen kan bli resultatet om parterna på arbetsmarknaden inte själva reglerar detta. I Sverige förväntas de lokala fackliga företrädarna i samverkan med arbetsgivaren fylla rollen som garant för att likalöneprincipen efterlevs. Aktivitetsgraden är dock låg. En diskussion behöver föras med fokus på frågan om ökad insyn i lönesättning och medel som rapportering och certifiering, kan utgöra nya verktyg för att sluta könslönegapet också på den svenska arbetsmarknaden.

⁶⁰ I två JämO rapporter från åren 2005 och 2008 anges siffrorna cirka 1000 respektive drygt 1500 anställda som erhållit lönekorrigeringar. Därutöver gjorde JämO ytterligare granskningar under perioden 2002-2008 som inte kommenteras i dessa rapporter. Rapporterna finns under njl.nu/material/rapporter.

⁶¹ Svenaeus, 2017, s. 274-275.

⁶² <https://news.cision.com/se/unionen/r/endast-halften-av-sveriges-arbetsgivare-jobbar-aktivt-for-jamstallda-loner,c2666747>.

⁶³ Fransson & Stüber, 2017, s. 78-87.

⁶⁴ Partsgemensamma initiativ till förbättrat samspel mellan lag och kollektivavtal som beskrivs av JämO (2005), s.42 f. har i princip avstannat. Finansbranschen är ett av få undantag.

De olika metoder om insyn, rapportering och certifiering som vi har beskrivit har flera saker gemensamt. De bygger på att arbetsgivaren pekats ut som den ansvariga och på en förväntan om självsanering. Frågan om insyn för anställda har som grund att rätten till en rättvis lön, att inte bli diskriminerad, är en individuell rättighet. Denna individuella ingång är i överensstämmelse med hur löner idag sätts på den svenska arbetsmarknaden. Få anställda får sina löner reglerade genom förhandlingar och genom att avtal sluts mellan arbetsgivare och fackliga företrädare. I hög grad är det idag arbetsgivaren som ensam bestämmer lönen.⁶⁵ Något självreglerande system avseende löner existerar inte längre på stora delar av arbetsmarknaden. Detta faktum innebär att när parterna på arbetsmarknaden sjunger kollektivavtalets lov, samtidigt som de kritiserar förslag om nya metoder för att stänga könslönegapet, är klangen svag. Kollektivavtalet är idag inte en garant för jämställda löner, vilket inte innebär att det inte skulle kunna vara ”ett kraftfullt instrument för att stänga könslönegapet”.⁶⁶

⁶⁵ Fransson & Stüber, *Inflytande och makt över lönebildning och lönesättning*, i red. Holmqvist, *Makt och inflytande i arbetslivet*, Premiss, Sthlm, 2016.

⁶⁶ ETUC (2015) Resolution: Collective bargaining – our powerful tool to close the gender pay gap. Adopted at the Executive Committee Meeting of 17-18 June 2015.

Hur fungerar hatbrottslagstiftningen?

En omöjlig forskningsfråga

GÖREL GRANSTRÖM¹

1 Inledning

Att forska om något kan definieras på olika sätt. Mitt barn, som går i mellanstadiet, berättar ibland att de fått i uppgift att forska om ett visst ämne i skolan. När jag frågar hur de gör så får jag veta – med en ton som anger att ”mamma, du fattar ju ingenting” – att de letar sina svar på Internet. De googlar, de skriver in sökord i Wikipedia och de skriver ihop sina rapporter. När jag lite försiktigt säger att ja, jag forskar ju också, men kanske på lite andra sätt, med lite andra källor, möts jag inte direkt av några beundrande blickar av mitt forskningserfarna mellanstadiebarn. Det där med att forska, det har de ju redan gjort i skolan, så hur svårt kan det vara? Behöver en verkligen arbeta på ett universitet för att göra något sådant? Jag tänkte ägna den här texten åt att ge några exempel på hur svårt det faktiskt kan vara att forska, och särskilt att bedriva forskning som på något sätt ska gå ut på att försöka ta reda på hur lagstiftning fungerar. Eller inte fungerar.

Jag har valt att skriva på det här temat utifrån att den här texten ska finnas med i festskriften till min kollega Örjan Edström. Örjan har varit verksam som professor i arbetsrätt vid juridiska institutionen i Umeå sedan år 2003. Men Örjan har inte bara ägnat sig åt arbetsrätt, han har också ansvarat för kurser i rättssociologi, både för våra juriststudenter och för våra doktorander. Jag har haft förmånen att få undervisa tillsammans med Örjan inom en kurs som handlar om rättshistoriska och rättsfilosofiska perspektiv på rätten, och där han ansvarade för ett rättssociologiskt moment som bidrog mycket till kursens popularitet. Jag hoppas därför att han uppskattar mina försök att ge exempel på ett av de grundläggande rättsociologiska begreppsparen; law in books och law in action. Och då i sammanhanget av den forskning som jag bedrivit om rättsväsendets hantering av hatbrott. Den här texten

¹ Docent i rättsvetenskap, verksam vid juridiska institutionen i Umeå.

ska därför handla om hur en kan gå tillväga för att undersöka hur lagstiftningen kring hatmotiverade brott verkar fungera.

2 Vad är ett hatbrott?

Definitionen av vad som utgör ett hatbrott skiljer sig åt mellan olika länders rättsordningar. Ett hatbrott, eller uttryck annorlunda, ett brott där det utöver uppsåt att begå själva den brottsliga handlingen även finns ett särskilt motiv bakom brottet, kopplat till förövarens hat eller fördomar mot det offret representerar, kan regleras på olika sätt. I vissa länder finns särskilda lagregler som kriminaliserar hatbrott, i andra finns möjligheten till straffskärpning när hatmotivet kunnat ledas i bevis, i ytterligare andra finns tvingande regler om att när ett hatmotiv bevisats, då ska ett strängare straff dömas ut.²

Vilka grupper eller egenskaper som skyddas kan också se mycket olika ut. De flesta länder, som har någon sorts reglering av hatmotiverade brott, brukar omfatta skydd för grunder som etnicitet, religiös tillhörighet och sexuell läggning. Några skyddar grunder som funktionshinder, könsidentitet och kön. Vilka grunder eller grupper som skyddas kan ofta härledas till de olika ländernas historia, till de grupper som historiskt sett varit utsatta och ansetts i behov av skydd, eller till aktiva brottsofferrörelser som argumenterat för att få lagstiftaren att inse behovet av skydd för dessa utsatta grupper.

Hur lagstiftningen tillämpas skiljer sig också åt mellan olika länder. I vissa länder finns tydliga riktlinjer för hur rättsväsendets olika aktörer ska agera, i form av ”sentencing guidelines” som informerar domare om hur möjligheten till straffskärpning ska användas i det specifika fallet. I andra länder förs kollegiala diskussioner om möjliga tolkningar av olika stadganden, men i själva hanteringen är det upp till den enskilde åklagaren eller domaren att efter eget skön avgöra, precis som avseende all annan lagstiftning. Vissa länder genomför specifika utbildningsinsatser för hela rättsväsendet, andra anser att det främst är vissa av rättsväsendet aktörer, exempelvis polis och åklagare, som behöver utbildning, men att domaren riskerar sin objektivitet om specifika utbildningsinsatser avseende hatmotiverade brott genomförs.

Av de här beskrivningen kan utläsas att vad gäller hatbrottslagstiftningen så har olika länder olika lagstiftning och gör på olika sätt. Svårare än så är det väl inte? Nej, egentligen är det väl inte svårare än så. Men det blir svårare när det finns ett intresse av att jämföra olika länders sätt att lagföra hatbrott, och dessutom försöka ta reda

² Se t.ex. Hall, Nathan, *Hate Crime*, Second edition, Routledge, Abingdon, Oxon, 2013. Granström, Görel, Mellgren, Caroline, Tiby, Eva, *Hatbrott? En introduktion*, Studentlitteratur, Lund, 2016.

på vilka sätt som verkar fungera och då kanske kunna användas som inspiration för andra länders lagreglering.

3 Ett europeiskt forskningsprojekt om hatbrott

Lite förenklat kan det sägas vara vad forskningsprojektet ”The Lifecycle of a Hate Crime” handlade om. Projektet syftade till att undersöka hur straffrätten och rättssystemet hanterar hatbrott.³ Det var en forskningsstudie som involverade forskargrupper från fem EU-länder och finansierades av EU-kommissionen. Forskningsprojektet undersökte tillämpningen av strafflagstiftning och dömande avseende hatbrott i Tjeckien, Irland, Lettland, Sverige och England. Syftet var att fastställa goda rutiner och arbetssätt i de verktyg som används för att bekämpa hatbrott i Europa, relaterat till rättsliga strategier och tillämpning av dessa regler.

Målet för projektet inkluderade också att ge exempel på den operativa verkligheten för de aktörer inom rättsväsendet som hanterar hatbrott genom att samla erfarenhetsbaserade uppgifter angående den praktiska hanteringen, det vill säga att undersöka vad som händer i praktiken vid tillämpningen av regler och riktlinjer angående hatbrott, med exempel från både rättsliga aktörer, brottsoffer och gärningspersoner. Tanken med projektet var också att presentera ”best practices” utifrån de olika länder som studerades. Vilka goda exempel fanns och hur skulle de kunna implementeras i andra länder?

Varje forskargrupp fick i uppdrag att skriva en rapport utifrån det egna landets lagstiftning och rättstillämpning. Där skulle beskrivas om det fanns lagstiftning som reglerade hatmotiverade brott, hur den såg ut, hur den tillämpades och vilka policydokument eller riktlinjer som kompletterade lagstiftningen. När denna inventering var genomförd vidtog nästa steg, där forskargrupperna genom intervjuer med rättsliga aktörer skulle försöka ta reda på hur det såg ut i praktiken, det vill säga fånga upp professionens uppfattning om vad som fungerade och vad som behövde utvecklas när det kom till hatbrottslagstiftningens tillämpning i respektive land.

Som ett komplement till den informationen intervjuades även ett antal personer som utsatt andra för hatbrott och blivit dömda för det, samt ett antal brottsoffer som blivit utsatta för hatbrott och varit med om en rättegång. Genom intervjuerna med offer och förövare var förhoppningen att fånga upp hur själva rättsprocessen och bemötandet uppfattades av de som stod utanför rättsväsendet.

³ Projektets svenska del genomfördes av mig och min kollega Karin Åström, vi är båda verksamma vid juridiska institutionen, Umeå universitet. Den svenska rapporten har titeln *Lifecycle of a Hate Crime. Country Report for Sweden*. Umeå: Umeå University, Department of Law, 2017.

När de olika forskargrupperna började arbeta med sina rapporter utkristalliserade sig snart ett antal gemensamma problem. Det var svårt att hitta statistik, vissa länder hade inte rättslig reglering av hatbrott, och framför allt visade det sig svårt att finna intervjupersoner. Det kunde handla om att det var svårt att få rättsliga aktörer att ställa upp på intervjuer, antingen för att de inte ansåg sig ha tid, eller för att deras erfarenhet av hatmotiverade brott var begränsad. I några fall var det också så att de antal personer som kunde vara möjliga intervjuobjekt var mycket få, beroende på landets storlek och organisationen av rättsväsendets insatser mot hatmotiverade brott. Det var också svårt att få tag på såväl offer som förövare som var beredda att berätta om sina erfarenheter av att komma i kontakt med rättsväsendet i dessa frågor.

3.1 Resultat av jämförelserna mellan länderna

När de olika länderrapporterna var färdigställda inställde sig nästa problem; vad kunde vi jämföra egentligen? De fem länderna hade valts utifrån att olika rättstraditioner och rättskulturer skulle vara representerade, men det försvårade också möjligheterna till direkta jämförelser. Och det försvårade dessutom möjligheten till att utifrån exempel från en rättstradition lämna förslag till förändringar i andra.

Vi kunde dock konstatera att det fanns rekommendationer och förslag som kunde tas fram utifrån våra respektive länderrapporter, dels för åtgärder på EU-nivå och dels för åtgärder på medlemsstatsnivå. Dessa rekommendationer och förslag presenterades i en komparativ rapport som sammanställdes utifrån de olika länderrapporternas resultat.⁴

Det vi fann var bland annat att definitionen av vad som sågs som ett hatbrott kunde se olika ut i olika delar av rättskedjan i de olika länderna. Det fanns även stora skillnader i möjligheter till utbildning för de rättsliga aktörerna. Det rättsliga stödet till offer för hatbrott skilde sig också mycket åt bland de undersökta länderna. Utifrån dessa resultat konstaterades att det fanns behov av en gemensam definition på EU-nivå av vad som utgör ett hatbrott. En rekommendation var också att det skulle tas fram en EU-gemensam handlingsplan för insatser mot hatbrott, samt att högre krav borde ställas på EU:s granskning av medlemsländernas implementering och efterlevnad av EU:s policies på området.

På medlemslandsnivå rekommenderades att nationella handlingsplaner mot hatbrott skulle tas fram. Dessutom påpekades att lagstiftningens symboliska funktion inte fick underskattas, det vill säga att det fanns behov av lagreglering på

⁴ Schweppe, Jennifer, Haynes, Amanda & Walters, Mark Austin, *Lifecycle of a Hate Crime: Comparative Report*. Dublin. ICCL, 2018.

området på nationell nivå, antingen genom specifika straffstadganden om hatbrott eller genom lagstadgad möjlighet till straffskärpning. Den komparativa rapporten påpekade också behovet av specialiserade enheter inom polis- och åklagarväsendet i respektive land för att hantera hatmotiverade brott, samt behovet av relevant utbildning för de rättsliga aktörerna. Avseende offer för hatbrott konstaterades att de hade behov av rättsligt stöd och hjälp och att medlemsländerna borde se över möjligheterna till detta.⁵

3.2 *Den svenska hatbrottskontexten*

De flesta av rekommendationerna för medlemsstaternas arbete med hatbrott är redan implementerade i den svenska rättsordningen. En nationell handlingsplan mot rasism och hatbrott presenterades år 2016. Där sägs att det övergripande målet för handlingsplanen är ”ett strategiskt, effektivt och samlat arbete mot rasism, liknande former av fientlighet och hatbrott i Sverige.”⁶ Fem strategiska områden för åtgärder identifierades, bland annat att det behövdes mer kunskap, utbildning och forskning avseende såväl rasism som hatbrott. Specifikt för rättsväsendet sades att det krävdes ett mer aktivt rättsväsende. Detta exemplifierades med att polisen skulle verka för förtroendeskapande och trygghetsskapande åtgärder bland annat genom utökad kontakt och dialog med utsatta grupper. Polisen skulle även arbeta med att följa upp anmälda hatbrott och satsa på utbildning av sin personal. Åklagarna skulle se till att utveckla rutiner för hanteringen av hatbrott via sitt utvecklingscentrum i Malmö och ta fram en enhetlig rutin som skulle spridas till samtliga åklagarkammare.⁷

Avseende rekommendationen om specialiserade enheter inom polis- och åklagarväsendet är det svenska åklagarväsendet sedan drygt 20 år organiserat så att det finns speciellt utsedda hatbrottsåklagare vid varje åklagarkammare. Dessa åklagare har ett särskilt ansvar för att handlägga hatbrott.⁸ Åklagarmyndighetens utvecklingscentrum i Malmö ansvarar för tillsyns- och rättsutvecklingsverksamhet och arbetar bland annat med att bevaka praxis. Utbildning och kompetensutveckling genomförs genom en årligt återkommande konferens vars syfte bland annat är att fungera som arena för erfarenhetsutbyte för landets hatbrottsåklagare.

Polismyndigheten har sedan år 2015 inrättat särskilda hatbrottsenheter i de tre storstäderna – Stockholm, Malmö och Göteborg – och det finns särskilt utsedda

⁵ Schweppe, Haynes & Walters, 2018, s. 136 ff.

⁶ Regeringskansliet, Samlat grepp mot rasism och hatbrott. Nationell plan mot rasism, liknande former av fientlighet och hatbrott, 2016, s. 9.

⁷ Regeringskansliet, 2016, s. 62 ff.

⁸ Åklagarmyndigheten, Hatbrott. RättsPM 2016:8, 2016, s. 7.

hatbrottsutredare vid samtliga polisregioner. Polismyndigheten har också sedan år 2015 fått anvisningar i regleringsbrev och i särskilda uppdrag att prioritera arbetet mot hatbrott. Det har genomförts särskilda utbildningsinsatser angående hatbrott via webbutbildningar och hatbrottsutredarna inom myndigheten har också möjlighet att gå en nationell fördjupningsutbildning avseende demokrati- och hatbrott.⁹

Genom åren har det dock riktats kritik mot polisens arbete med hatbrott, både från myndighetens internrevision och från forskarhåll. Kritiken har bland annat gått ut på att det finns brister i polisens utredningsverksamhet, särskilt avseende utredningar av hatbrott på nätet.¹⁰ Polismyndigheten kritiseras också för att det finns brister både i den juridiska och utredningsmässiga kunskapen avseende hatbrott på nätet, men också att det handlar om problem kring grundläggande rutiner, exempelvis att inskickade anmälningar försvinner i hanteringen.

Internrevisionen konstaterade i sin rapport år 2017 att de regionala styrdokument som fanns för hatbrottsarbetet var ändamålsenliga, men att de varken följdes upp eller uppdaterades.¹¹ Uppföljningen av effekterna av regionernas arbete ansågs också bristfällig, och internrevisionen ifrågasatte att olika regioner valt att organisera sina hatbrottsutredargrupper på olika sätt, trots att förutsättningarna i form av inkomna polisanmälningar om hatbrott inte varierade så mycket mellan de olika regionerna. Att då anföra som argument att en särskild utredningsgrupp inte behövde tillsättas, utan att det räckte med enskilda utredare, ansågs inte hållbart av internrevisionen. Det konstaterades också att kvaliteten i de initiala utredningsåtgärderna måste öka, och särskilt då förmågan att tidigt i utredningsprocessen identifiera mängdbrott som i själva verket kan innehålla hatbrottsmotiv.

Enligt Polismyndigheten resulterade internrevisionens kritik i att beslut fattades under senhösten 2017 om att 10 miljoner av polisens budget skulle användas för att förstärka utredningsorganisationen för demokrati- och hatbrott.¹²

Slutligen, avseende rekommendationen om rättsligt bistånd till offer för hatbrott kan konstateras att enligt svensk rätt har de flesta brottsoffer i sin egenskap av målsägande rätt till juridiskt bistånd i form av ett målsägandebiträde. Detta gäller följaktligen också offer för hatbrott.¹³

Men om det svenska rättsväsendets hantering av hatbrott på det stora hela verkar leva upp till de krav och rekommendationer som EU-projektet lämnade, vad finns

⁹ Polismyndigheten, Åtgärder mot hatbrott. Redovisning av regeringsuppdrag, 2019, s. 15 ff.

¹⁰ Se Holgersson, Stefan, Polisens utredningsverksamhet. En studie av polisens arbete med demokrati- och hatbrott på nätet, CARER Rapport Nr 24, 2018.

¹¹ Polismyndigheten, Granskning av polisens arbete mot hatbrott. Internrevisionen, 2017, s. 3.

¹² Polismyndigheten, 2019, s. 7.

¹³ Se t.ex. Landström, Lena, Åklagaren som grindvakt. En rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal av brott, Iustus, Uppsala, 2011.

då för utmaningar i hanteringen av hatbrott i den svenska rättsordningen? Vad hade de rättsliga aktörer som vi intervjuade för tankar om detta?

3.3 Vad ansåg åklagare, försvarare och domare om hur lagstiftningen fungerade?

I den svenska landrapporten intervjuade vi hatbrottsåklagare, advokater som arbetat med uppdrag som försvarare för personer som stått åtalade för brott där det funnits ett hatmotiv och domare som hade erfarenhet av att döma i mål där hatmotivet varit aktuellt. Vi ställde frågor om deras erfarenhet av att hantera hatmotiverade brott, erfarenhet av att arbeta med de andra rättsliga aktörerna och om deras syn på hur lagstiftningen fungerade samt om det fanns behov av utbildning i frågor som handlade om hatmotiverade brott.¹⁴

I intervjuerna framkom bland annat kritik mot polisens hantering av utredningar om hatbrott. Som exempel nämndes att det fortfarande var väl mycket fokus på att utreda vad som hänt, men inte så mycket på varför, och att ett eventuellt hatbrottsmotiv då riskerade att försvinna. Det fanns dock också gott om positiva omdömen angående polisens arbete. Exempelvis framhölls inrättandet av polisens hatbrottsenheter som något positivt och som en kvalitetshöjande komponent avseende utredningarna.

Samarbetet mellan polis och åklagare omnämndes både som väl fungerande och som bristande. Hatbrottsåklagarna påpekade att där det fanns särskilt utsedda hatbrottsutredare inom polisen fungerade arbetet oftast bättre. Åklagarna framförde dock en del kritik mot domstolarna, som de ansåg kunde vara tydligare i hur hatbrottsmotivet hanterats i de avkunnade domarna. Och domarna å sin sida menade att de brister som eventuellt kunde finnas mer handlade om brister i utredningar och yrkanden, det vill säga att de tidigare aktörerna i rättskedjan hade ett ansvar för vad resultatet blev i domstolen. Försvararna, avslutningsvis, hade ungefär samma uppfattning som åklagarna avseende polisens arbete och behovet av tydlighet i domstolsavgöranden.

Vad gäller själva lagstiftningens utformning fanns inte så mycket kritik i de intervjuer vi genomförde med företrädare för rättsväsendet. Det var inte så att det ansågs att reglerna var svåra att förstå, eller att de inte omfattade rätt grunder eller rätt situationer, utan de kommentarer som gavs var mer på temat att det var just tillämpningen av lagstiftningen som uppfattades som en utmaning.

¹⁴ Granström, Görel & Åström, Karin, *Lifecycle of a Hate Crime. Country report for Sweden, 2017*, s. 41 ff.

Det som framför allt lyftes fram av hatbrottsåklagarna och av försvararna var att hanteringen av straffskärpningsregeln kunde vara ett problem. Det upplevdes som att det fortfarande var svårt att definiera vad som krävs för att bevisa att en person haft ett hatmotiv till sina handlingar. Åklagarna menade att möjligheten till straffskärpning sällan används och påpekade också att när möjligheten användes, var det ändå svårt att utläsa av de avkunnade domarna vilken inverkan hatmotivet hade haft på den utdömda påföljden. De intervjuade domarna höll dock inte med i den analysen utan menade att de använde möjligheten till straffskärpning när den var relevant, och att det förstas var åklagarens ansvar att leda i bevis att det fanns ett hatmotiv till den åtalade gärningen.

Både åklagare och försvarare var positiva till de utbildningsinslag som fanns, och menade att framför allt polisen behövde mer utbildning. Några åklagare var också av uppfattningen att domarna kunde behöva mer utbildning. Detta var dock inte en uppfattning som delades av domarna, som tvärtom påpekade att mål där en tillämpning av straffskärpningsregeln kunde bli aktuell inte avvek i någon större omfattning från andra mål, och att de hade tillräcklig kompetens att döma utan någon särskild utbildning om just hatmotiverade brott.

3.4 Vad berättade offren?

Tanken med det här forskningsprojektet var också att försöka skapa en bild av vad de som kom i kontakt med de rättsliga instanserna ansåg om hur de hade blivit bemötta och hur de uppfattade den rättsprocess de hade varit med om. Vi intervjuade därför både förövare av hatbrott, offer för hatbrott och ett antal målsägandebiträden som hade omfattande erfarenhet av att arbeta med offer för hatbrott.

När vi intervjuade brottsoffren om deras erfarenheter fick vi ta del av en mängd olika berättelser om en mängd olika erfarenheter, men några gemensamma teman gick att identifiera. Alla brottsoffer var nöjda med det bemötande de fått av domstolen och av åklagarna, de flesta var nöjda med polisens arbete och några ansåg även att den misstänktes försvarare hade bemött dem med respekt.¹⁵

Den viktigaste rättsliga aktören för brottsoffren var dock målsägandebiträdet. Det var återkommande i brottsoffrens berättelser hur viktigt det hade varit med det stöd de fått av målsägandebiträdet, framför allt det juridiska stödet, men också det mer sociala stödet. Det kunde handla om väldigt konkreta instruktioner om hur brottsoffret skulle hantera att vara i samma lokal som den misstänkte, var de skulle rikta blicken, hur de skulle sitta. De flesta brottsoffer berättade att tiden mellan

¹⁵ Granström & Åström, 2017, s. 57 ff.

brottet och rättegången upplevdes som mycket jobbig. Att det var svårt att vänta, att känna oro inför vad som skulle hända och vetskapen om att de måste möta den misstänkte i rättsalen.

Väl i rättsalen uppfattade de flesta vi intervjuade att de hade blivit respektfullt bemötta. Även om några berättade om försvarare som de uppfattade som nedlåtande, ifrågasättande och oprofessionella var den dominerande bilden att de var nöjda med själva rättegången. De flesta uppgav att de känt att de fått ta plats i rättsalen, att de hade blivit lyssnade på, att de fått utrymme att berätta om vad de hade varit med om.

De flesta sade också att det var viktigt att brottet definierades som ett hatbrott, att de fick erkännandet att det som de blivit utsatta för sågs som ett hatbrott. Men, som flera också sade, än viktigare var att den misstänkte dömdes, att de som offer den vägen fick en bekräftelse på att det som de varit med om hade varit en brottslig handling. Vad gällde själva straffet så var de flesta av uppfattningen att det inte var så viktigt med långa straff, huvudsaken var att den misstänkte fick något sorts straff. Att det sändes en signal om att det som hänt inte var okej.

3.5 Vad berättade förövarna?

Vi intervjuade även förövare av hatbrott. Trots omfattande försök fick vi till slut bara tag på ett mindre antal förövare som var villiga att ställa upp på att bli intervjuade. Men även om berättelserna var få kunde vi även här hitta några gemensamma nämnare för förövarnas erfarenhet av mötet med rättsväsendet i form av rättegång och dom.

De flesta förövare menade att de blivit bra bemötta av de olika rättsliga aktörer de kommit i kontakt med. Deras erfarenhet var dock att de inte fick så många frågor under själva rättegången avseende hatmotivet till brottet, och vad gällde hatmotivets eventuella påverkan på straffets längd och om det fanns en stigmatiserande verkan av att ha blivit dömd för ett brott med hatmotiv svarade de flesta antingen att det inte spelade någon roll att brottet definierades som ett hatbrott, eller tvärtom, att det faktiskt var statushöjande i deras kretsar att ha blivit dömda för hatbrott.¹⁶

De personer vi intervjuade hade alla haft en koppling till olika rasistiska eller vitmakt miljöer. Trots det menade de att polisen inte i någon större utsträckning hade uppmärksammat den kopplingen när de utredde brotten. De flesta vi intervjuade konstaterade att de hade blivit rättvist behandlade i rättegången, men några berättade att de såg polisen som sina fiender och också uppfattade åklagaren som någon som dömt dem redan på förhand. En av personerna vi intervjuade berättade att hen

¹⁶ Granström & Åström, 2017, s. 60 ff.

uppfattat åklagarens agerande som att denne varit väldigt arg under rättegången och att det uppfattades som att det var personligt.

Flera av de vi intervjuade hade erfarenhet av att de som vittnade i rättegången inte ville göra det när de som tilltalade befann sig i samma rum. Detta beskrevs, av några av de vi intervjuade, som något av en ögonöppnare, att de först då förstod hur rädda andra personer kunde vara för dem, och det fick åtminstone några av dem att reflektera över vad de gjort.

Ingen av de vi intervjuade ansåg däremot att rättegången och den fällande domen på något sätt påverkat deras sätt att leva, det vill säga, det var inte den fällande domen som fick dem att sluta tillhöra de grupperingar de tillhörde. Det var också slående att i princip samtliga uppgav att de inte tog något intryck av att det brott de dömdes för definierades som ett hatmotiverat brott. Tvärtom sade de flesta att de inte visste om de blivit dömda till strängare straff på grund av brottets hatmotiv, och att de inte heller trodde att längre straff skulle få dem, eller någon annan, att sluta begå hatmotiverade brott.

Vi genomförde som sagt ett mycket begränsat antal intervjuer med förövare, och det går därför inte att dra några direkta slutsatser av det som framkommit, men vi kan i alla fall konstatera att de intervjuer vi gjorde ger anledning att fundera över vilken effekt möjligheten till straffskärpning kan tänkas ha på den enskilda individen, när hen inte ens har förstått vad den varit med om.

4 Vad kan en säga om hur hatbrottslagstiftningen fungerar?

Brottsförebyggande rådets statistik avseende polisanmälda hatbrott visar att det sannolikt finns ett stort mörkertal vad gäller utsatthet för hatmotiverade brott. I den Nationella trygghetsundersökningen uppskattades för några år sedan att cirka 145.000 av befolkningen blev utsatta för cirka 255.000 främlingsfientliga hatbrott år 2015. Det uppskattas att ungefär 17 % av dessa hatbrott anmäls till polisen. I Brottsförebyggande rådets rapportering om polisanmälda hatbrott, där underlaget visserligen är ett begränsat urval av brottstyper, uppgår antalet identifierade polisanmälda brott med hatmotiv vid den senaste mätningen inte till mer än cirka 6.400.¹⁷

Med utgångspunkt i det här underlaget skulle det alltså gå att komma till slutsatsen att hatbrottslagstiftningen inte verkar fungera, då det uppenbarligen begås långt fler brott än de som sedan polisanmäls och i slutändan lagförs. Samtidigt så vet vi att det inte är så enkelt. Det finns en mängd hinder eller felkällor på vägen. Vet de som

¹⁷ Brottsförebyggande rådet, Hatbrott 2016. Statistik över polisanmälningar med identifierade hatbrottsmotiv och självrapporterad utsatthet för hatbrott. Rapport 2017:11, s. 9.

utsätts för hatmotiverade brott att det finns något som heter hatbrott? Om den kunskapen inte finns, och om inte rätt frågor ställs till den som anmäler ett brott, då är det svårt att identifiera det som hänt som ett hatbrott. Och därför än svårare att lagföra det som hänt som ett hatbrott. Det kan också handla om att offret inte vill anmäla, av en mängd olika orsaker. Inte heller då kommer brottet till polisens och övriga rättsväsendets kännedom.

Men även om ett brott med hatmotiv polisanmäls, och en utredning startas, och åklagare fattar beslut om att väcka åtal, så behöver det inte leda till en fällande dom. Som den här texten har visat finns en mängd utmaningar för rättsväsendets olika aktörer när det handlar om hur hatbrottslagstiftningen ska hanteras och kunna användas. Det handlar både om utmaningar som vi känner till sedan tidigare från andra områden, som bristande resurser, utbildningsbehov, bevisvårigheter och att få olika aktörer att samverka med varandra. Men det handlar också om specifika utmaningar som skulle kunna ses i termer av transparens. I det här fallet att det både för aktörerna i rättsväsendet och för offer och förövare är viktigt att konsekvenserna av att något definieras som ett hatbrott blir tydligare. Oavsett om det handlar om att lyfta fram hatmotivet i domskäl eller att få den som dömts att förstå att hatbrott ska ”kosta” mer i termer av påföljd.

Samtidigt får inte heller en grundläggande aspekt glömmas bort. Varför det finns, i den svenska rättsordningen och i de flesta andra rättsordningar, olika lagar, regler och policier som säger att hatmotiverade brott ska straffas och faktiskt straffas hårdare än ”vanliga” brott. Det handlar om alla människors lika värde, om rätten till likabehandling och om att det inte står i överensstämmelse med en demokratisk rättsstat att någon tar sig rätten att kränka någon annan för att den uppfattas representera något som förövaren hatar, missaktar eller har fördomar mot.

Så, avslutningsvis, att det är intressant att studera hur lagstiftning fungerar, det har förhoppningsvis den här texten visat, men sannolikt har texten också visat att det inte är en helt enkel fråga att besvara, utan kanske rent av omöjlig.

Klausuler för mänskliga rättigheter i EU:s avtal med tredje länder

PÄR HALLSTRÖM¹

När Birgitta Nyström och jag tillträdde våra professurer i rättsvetenskap vid juridiska institutionen vid Umeå universitet hösten 1999, efter att institutionens professor Claes Sandgren fått en professur i civilrätt i Stockholm, kunde vi konstatera tre saker. Institutionen befann sig för det första i ett *take off* skede. Den hade några disputerade medarbetare som meritmässigt, men ännu inte formellt, befann sig på docentnivå, och flera som just hade disputerat eller stod på tröskeln till disputation. För det andra uppvisade flera av institutionens medarbetare meriter som inte var vanliga hos klassiska fakulteter som Lund och Stockholm. De saknade full juris kandidatexamen, men de hade kunnat tillgodoräkna sig kompetens inom statsvetenskap och sociologi. Resultatet av detta var att intresset för rättsvetenskap i bred mening och teori var större än för juridikens ämnesområden, något som återspeglades i livaktiga forskarseminarier. Institutionen var för det tredje inte en isolerad by i de norrländska skogarna. Den var visserligen rätt inåtriktad, men samtidigt i kontakt med fakulteterna både i Sverige, Finland och England genom återkommande gästande professorer som påhejades av den energiske och visionäre, men strax efter vår ankomst pensionerade, docenten Per Falk.

Örjan Edström var en av dessa medarbetare vars meriter snart gav honom en docentur i arbetsrätt; vars kunskaper med bas i sociologin och intresse för teorier alltid förde diskussionerna vid forskarseminarierna ett steg längre; vars öppenhet för impulser utifrån ledde honom också till arbetsrättens europearättsliga och internationella dimensioner; och vars arbeten inom kort även meriterade honom till en professur och till att vara en kunnig prefekt för institutionen. I linje med Örjan Edströms intresse för europeiska och internationella aspekter på arbetsrätt och mänskliga rättigheter kommer detta bidrag till hans festskrift att innehålla några

¹ Professor emeritus, Juridiska institutionen Umeå universitet.

kommentarer till den Europeiska unionens, EU:s, arbete att främja dem i sina internationella förhållanden och särskilt genom sina avtal med tredje länder.

1 Utvecklingen av EU:s utrikespolitik reflekterar utvecklingen av EU:s inre målsättningar och kompetenser

EU:s första grundandefördrag från 50-talet, om den Europeiska Ekonomiska Gemenskapen, EEG, Gemenskapen för Kol och Stål och Atomgemenskapen, innehöll endast bestämmelser om ekonomiskt samarbete, trots att de också syftade till en gemensam marknad med fri rörlighet för arbetstagare och innehöll sociala regler som skulle garantera att den som tar arbete i annat medlemsland inte förlorar sociala förmåner. Lissabonfördraget, som trädde i kraft 2009, manifesterar EU:s utveckling från 50-talets ekonomiska till ett allomfattande samarbete inom en enda institutionell ram dit makten över det fortsatta samarbetet överförs från medlemsstaterna. Intressant för denna uppsats är att denna överflyttning av makt inte enbart gällde internt utan att institutionerna också övertog makt på områdena externt. Medlemsstaterna begränsade och överförde delar av sin makt över sina utrikespolitiska ärenden till EU.

Redan upprättandet av en tullunion har som sin logiska konsekvens att beslut om handelspolitik måste gälla alla medlemmar lika och fattas gemensamt. Artiklarna 110 och 113 i det ursprungliga fördraget om EEG, 1957, bestämde därför att medlemsstaterna skulle upprätta en gemensam handelspolitik och överlämna sin makt på denna till EU:s institutioner.² Men snart blev det klart att institutionernas makt över de yttre förbindelserna inte kunde begränsas till handelspolitiken. De uniforma regler som infördes genom direktiv och förordningar på många områden med avsikt att succesivt realisera den gemensamma marknaden skulle inte kunna nå sin fulla verkan om medlemsstaterna förband sig med internationella avtal på samma områden med tredje länder. EU:s domstol förklarade därför att medlemsstaterna miste också sin internationella kompetens på områden där EU utfärdat tvingande intern EU-rätt.³

Särskilt sedan Maastrichtfördraget införde det Europeiska medborgarskapet 1992, och EU:s verksamhet inriktades på medborgarnas välfärd, omfattar nu den tvingande EU-rätten de flesta områden och inte bara dem av ekonomisk natur. Den omfattar också områden för mänskliga rättigheter. Visserligen har inte EU

² Lissabonfördragets artiklar 206 och 207.

³ Mål 22/70; *AETR*; ECLI:EU:C:1971:32.

kompetens att lagstifta om civila rättigheter,⁴ men däremot hittar vi tvingande EU-rätt, som ger EU extern kompetens, på områden för mänskliga rättigheter i bred mening, såsom många sociala frågor, miljöpolitik, migration eller dataskydd. När gäller mänskliga rättigheter som EU inte får lagstifta om, ingår de antingen i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, av år 2000, vilken är tvingande för EU:s institutioner, eller som allmänna rättsprinciper. Sådana rättigheter i Stadgan och i de allmänna rättsprinciperna har verkan på två sätt. I egenskap av primärrätt kan lagstiftning eller traktat med tredje land upphävas om den strider mot rättigheterna, och, för det andra kan EU förplikta sig på ömsesidig bas i förhållande till tredje land att respektera rättigheterna.

Av särskilt stor betydelse för internationell politik är EU:s handelsavtal. EU håller tätplatserna som världens största importör och exportör tillsammans med Kina och USA, och för vissa länder är EU den överlägset största handelspartnern. Denna ställning ger EU makt att påverka länders både handels- och inrikespolitik. Författarna till Lissabonfördraget var medvetna om det ansvar och den möjlighet till påverkan detta ger och förklarade i artikel 205 Fördraget om EU:s funktionssätt, FEUF, att Unionens åtgärder på den internationella arenan ska utgå från principerna i, eftersträva målen i och genomföras i enlighet med de allmänna bestämmelserna i avdelning V kapitel 1 i fördraget om Europeiska unionen, FEU. I denna nämns (Artikel 21 FEU) demokrati, rättsstaten, de mänskliga rättigheternas och de grundläggande friheternas universalitet och odelbarhet, respekt för människors värde, jämlikhet och solidaritet samt respekt för Förenade nationernas stadga och för folkrätten. Artikeln nämner vidare bl.a. bevara freden, främja hållbar ekonomisk, social och miljömässig utveckling i utvecklingsländerna, bevara och förbättra miljön och främja ett internationellt system som bygger på fördjupat multilateralt samarbete och ett gott globalt styre. I enlighet med detta har EU infogat klausuler om mänskliga och sociala rättigheter och skydd för miljö i sina handels- och samarbetsfördrag.

2 EU:s aktiva bruk av handels- eller samarbetsavtal med klausul om mänskliga rättigheter reflekterar de multilaterala systemens svaghet

EU har slutit bilaterala handels- eller samarbetsavtal med i stort världens alla stater. Många har sitt ursprung i att EU efterträtt sina medlemsstater i deras bilaterala avtal, men som framgår av EUF Artikel 21 uppmanar EU till multilateralt samarbete. Detta gäller inte minst på handelsområde, men multilateralismens forum, World

⁴ Yttrande 2/94, *Gemenskapens tillträde till den Europeiska konventionen om mänskliga fri- och rättigheter*; ECLI:EU:C:1996:140.

Trade Organization. WTO, har visat sig otillräckligt och är i kris, vilket medfört att många av dess medlemmar, och bland dem EU, sett bilaterala avtal som möjligheten att uppnå större liberalisering och säkerhet i handelsutbytet. Dessutom ger det möjlighet för EU att i större utsträckning främja mänskliga rättigheter.

Grundandet av WTO 1995 innebar ett stort steg för liberalisering av världshandeln och att förplikta WTO:s medlemmar till rättsregler. WTO innehåller fasta institutioner, en effektiv tvåinstans tvistlösningsmekanism⁵, och materiella regler fördelade på tre pelare, en första som för in det sedan 1947 existerande GATT om varuhandel under systemet, en andra, GATS, för liberalisering av tjänstehandeln och en tredje pelare, TRIPS, som binder WTO:s medlemmar till WIPO:s upphovsrättsregler och ger dessa regler effektiva sanktionsmöjligheter genom att föra in dem under tvistlösningsmekanismen. Förhandlingarna om WTO avslutades i Marrakech 1994, men redan 2001 startade WTO förhandlingar om ambitiösare regler, Doharundan. Den avslöjade dock snart WTO:s stora svaghet, nämligen att beslut fattas med konsensus av samtliga WTO:s 164 medlemmar, det vill säga med enhällighet utan formella omröstningar, och eftersom överenskommelser dessutom måste gälla hela förhandlingspaketet, och paketet inte kunde delas upp på enskilda frågor, kunde inte medlemmarna enas, och Doharundan rann ut i sanden efter några år.

Striden gällde i synnerhet jordbruksfrågor, där EU varken ville tillåta genmodifierade produkter och klorinkycklingar från USA eller att i större utsträckning reducera sina jordbrukssubsidier för att förbilliga import från u-länder. Men enighet kunde heller inte nås mellan i- och u-länder när gällde förhandlingsfrågor som formulerats i Singapore 1996 och gällde investeringar, konkurrens, förenklingar av tullregler och större öppenhet när gäller offentlig upphandling. Förhandlingarna gällde också elektronisk handel, ökat immaterialrättskydd, grundläggande arbetsrättsliga regler (enligt ILO-konventionerna) och miljö. Följden av att u-länderna inte ville förplikta sig till dessa regler på multilateral, WTO-nivå, blev att de var och en, bilateralt, slöt avtal om dessa med starkare industriländer, såsom EU. Sedan 2017 har WTO dessutom råkat i en mycket alvarlig kris beroende på att konsensusregeln både medfört att nya domare till WTO:s högsta tvistlösningsorgan, appellationsdomstolen, inte kunnat tillsättas, på grund av USA:s vägran, vilket påverkar WTO-rättens tvingande natur, och på att Kinas status och förpliktelser inte motsvarar dess ställning som snart världens största ekonomi.

⁵ Fram till krisen 1917 då USA efter, efter att medlemmar i Appellate Body avgått med pension, vägrade att rösta om deras efterträdare.

Förutom att innehålla de handelsfrågor Doha-rundan misslyckades med att nå en uppgörelse om, kunde EU i sina bilaterala avtal också inbegripa långt mer effektiva klausuler om mänskliga rättigheter än dem som WTO har. WTO har alltså betydelse också när gäller mänskliga rättigheter utan att dess text nämner dessa. Som exempel kan först nämnas att de innehåller undantag som ger medlemmarna rätt att behålla sina regler, men också uppmuntrar till att harmonisera dem med internationella standarder, när gäller människors och djurs hälsa (SPS-avtalet), och samma sak gäller tekniska regler som medlemmarna tillämpar som skydd för hälsa och miljö t.ex. asbest eller elektriska tandborstar (TBT-avtalet). Både GATT och GATS innehåller även generella undantagsregler (GATT Artikel XX, GATS Artikel XIV) som tillåter staterna att begränsa handel för att skydda liv, hälsa, säkerhet och andra värderingar av kulturell eller mänsklig rättighetsnatur. Regler som även tolkats ge rätt att beskydda djur och natur. Dessutom medför en korrekt tillämpning av WTO-avtalen att civila rättigheter och rättsstatsprincipen befördas. De förutsätter självständiga ekonomiska aktörer som inte skall diskrimineras i förhållande till nationella eller utländska, och Artikel X GATT bestämmer t.ex. att avtalsslutande part skall upprätthålla eller inrätta judiciella eller administrativa domstolar och att relevanta lagar, föreskrifter, domstolsbeslut och administrativa avgöranden skall offentliggöras. Detta upprepas och är av största betydelse när gäller äganderätt av immateriell natur, och TRIPS Artikel 42 preciserar att rättighetshavare, även utländska, skall kunna stämma in inför judiciella domstolar där processen är "fair and equitable".⁶

WTO:s påverkan på mänskliga rättigheter är alltså framför allt indirekt och inte helt effektiv, men också de globala reglerna som direkt avser mänskliga rättigheter saknar effektivitet. Det gäller förmågan att kunna upprätthålla dem med sanktioner. Genom att EU lägger till en klausul om mänskliga rättigheter i sina handelsavtal uppnås sanktionsmöjligheter som fattas de globala FN-konventionerna. Detta gäller även dem inom Örjan Edströms specialområde, arbetsrätten, trots att denna mänskliga rättighetsfråga var den första som uppmärksammades, och som med ILO, 1919, fick en organisation som bröt med mellanstatligheten och gav plats för arbetslivets organisationer som parter. De konventioner som förhandlats fram, och som täcker både de flesta av arbetslivets villkor, inklusive föreningsrätt, kvinnor, barn, och nationella minoriteter och urfolk, är dock grundade på mellanstatlighet och deras enda sanktionsmöjlighet ligger i förpliktelsen att regelbundet rapportera om hur landet efterlevt dem.

⁶ Appellate Body Report, *US-Section 211 Appropriations Act (2002)*, para. 207. Peter van den Bossche and Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4th Ed, Cambridge, 2017, p. 1044.

Det är också detta ”name and shame” som är sanktionsmetoden när gäller FN-systemets alla konventioner om mänskliga rättigheter. Därmed är skyddet för alla de omfattande rättigheter som dessa innehåller svagt. Sedan FN antog sin Universella deklaration om mänskliga rättigheter 1948, och de två konventionerna om medborgerliga och politiska rättigheter respektive sociala och kulturella rättigheter undertecknades 1966 omfattar det internationella rättighetsskyddet ett stort antal konventioner och rättigheter. De uppdelas i tre generationer. Den första omfattar de som nämns i konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, såsom icke diskriminering, rätten till liv, till frihet, till rättvis rättegång inför en självständig och opartisk domstol liksom yttranderätt, åsiktsfrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, förenings- och fackföreningsfrihet. Den andra generationen omfattar de rättigheter som omfattas av konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, såsom rätten till ett fritt valt arbete, gynnsamma arbetsvillkor, bilda och ansluta sig till fackföreningar, att strejka, social trygghet, skydd för familj, mödrar, barn, och mot hunger, rätt till hälsa, utbildning och deltagande i kulturlivet. Den tredje generationen omfattar vad man kallar grupprättigheter. Dessa kan tillvaratas kollektivt såsom rätten till självbestämmande, utveckling och miljö. Inom FN:s ram har också antagits omfattande konventioner mot tortyr, rasdiskriminering, diskriminering av kvinnor, om barns rättigheter och om migrerande arbetare. Alla dessa konventioner upprättar kommittéer för att övervaka att de följs, men efterlevnaden är behäftad med många svagheter. Till och med konventionen om folk mord, 1948, och den därtill knutna Internationella straffdomstolen, ICC, upprättad år 2002, med ett välutvecklat sanktionssystem, som inbegriper talerätt för enskilda, har den inte nått sin tilltänkta målsättning.

Till svagheter kan för det första räknas att konventionerna är suddigt skrivna, och därför kan tolkas på många sätt; för det andra att konventionsstater därför kan anse nationell lagstiftning förenlig med konventionerna; för det tredje att konventionerna medger att de kan biträdas bara till vissa delar, och för det fjärde att biträdande stater kan inskränka deras tillämpning genom att göra tolkningsreservationer och reservationer angående suveränitet. Som ett särskilt problem kan betraktas att de visserligen ingås av stater på reciprok bas, men att andra medborgare sällan berörs än dem som tillhör den stat som begått överträdelsen, och att fördragsparterna därför sällan ser det diplomatiskt lämpligt att påtala överträdelser av andra stater, trots att konventionerna medger detta.

Övervakningen av rättigheternas tillämpning är alltså överlämnad kommittéer för de viktigaste konventionerna, som granskar de rapporter som staterna med vissa års intervall skall sända dem. Kommittéerna rapporterar till FN:s Sociala och Ekonomiska Råd och FN:s Generalförsamling. Under förutsättning att de permanenta medlemmarna är överens om att situationen är till fara för internationell

fred och säkerhet, kan FN:s Generalförsamling besluta om sanktioner. Något som hänt några gånger. I regel läggs rapporterna till handlingarna utan åtgärd. Men FN-systemet innehåller också andra organ för övervakning av mänskliga rättigheter. Mest effektiv är the 'High Commissioner for Human Rights', medan FN:s Råd för Mänskliga Rättigheter både har till uppgift att upplysa och utveckla och att övervaka rätten. Det kan också informellt motta klagomål av enskilda individer. Att märka är dock att både Eritrea och Saudiarabien, länder som notoriskt bryter mot mänskliga rättigheter valts in i MR-rådet. Individens möjligheter att övervaka tillämpningen av sina offentliga myndigheter är alltså ofta teoretisk, trots att den uppmuntrats genom att ett frivilligt protokoll antagits och biträtts av flera stater om individuell klagorätt till kommittén för Konventionen om Medborgerliga Fri och Rättigheter.

3 EU:s införande av klausul om mänskliga rättigheter i handels- och partnerskapsavtal har både politiska, juridiska och ekonomiska orsaker

EU:s verksamhet för mänskliga rättigheter och införande av klausuler om detta i sina handels- och samarbetsavtal bör ses mot bakgrund av fyra faktorer. Den första gäller svagheter hos det globala systemet för skydd av mänskliga rättigheter, vilka visats ovan. Den andra utgörs av förpliktelsen i EUF Artikel 21(1) och FEUF Artikel 205 att verka för demokrati, mänskliga rättigheter och folkrätten när gäller sina yttre åtgärder. Den tredje är det faktum att EU sedan slutet av 1960-talet är exklusivt kompetent på handelspolitikens område, och numera är exklusivt kompetent beträffande alla medel utom det militära, som är aktuella när stater vill genomdriva sin politik. Detta gäller även för att genomdriva att stater respekterar demokrati och mänskliga rättigheter. De maktmedel som stater använder består å ena sidan av ekonomiska maktmedel: sanktioner i form av handelsembargo, förbud av import och export; och å andra sidan av finansiella sanktioner, förbud mot transferering av valuta, av lån och av investeringar; de kan även bestå av restriktioner när gäller transportmedel och transporttjänster.⁷ Dessa medel tillämpas mot stater. Sanktioner mot enskilda personer eller företag, s.k. smarta sanktioner, består dessutom av att frysa tillgångar, inreseförbud och visumrestriktioner. Alla dessa ämnen ligger numera inom EU:s exklusiva kompetens. Den fjärde faktorn relaterar till intresset av ekonomisk reciprocitet, vilket behandlas i följande paragraf.

EU:s exklusiva kompetens medför naturligtvis att EU:s medlemsstater inte självständigt kan besluta om sanktioner, trots att beslut om sådana är utrikespolitiska, och därför i princip ligger utanför området för utrikeshandel eller migration och

⁷ Piet Eeckhout, *EU External Relations Law*, 2nd Ed. Oxford 2011, s. 505.

därför utanför FEUF. När gäller rena handelsfrågor, såsom handhavande av handel, betraktas detta som *low politics*, och kan okomplicerat beslutas inom FEUF av kommissionen, eller av rådet med majoritetsbeslut, men redan överväganden om att öppna förhandlingar om handel betyder att man rör sig mot utrikespolitiken, och när man vill använda sig av handel, ekonomi, finans eller visumregler som instrument för att genomföra rent utrikespolitiska målsättningar befinner man sig inom området för *high politics*. Och *high politics* ligger inom FEU:s politiska samarbete. De enskilda medlemsstaterna får alltså inte självständigt besluta i sådana frågor, utan det ska ske av rådet eller Europeiska rådet. Inte heller rådet får dock fatta beslut som begränsar tillämpningen av FEUF.

Redan på 80-talet utvecklades därför en praxis enligt vilken besluten om sanktioner skulle fattas av rådet med konsensus i Maastrichtfördraget andra pelare, och dessa beslut verkställas med ekonomiska instrument i form av förordningar, som beslutas inom ramen för den första, EG-pelaren, på proposition av kommissionen, och beslutas av rådet med kvalificerad majoritet. Därigenom skulle de särskilda egenskaperna av både det politiska samarbetet och det ekonomiska inom EG garanteras. Lissabonfördraget införde och modifierade denna ordning med Artikel 215 FEUF såtillvida att den proposition om att verkställa beslut om sanktioner fattade inom ramen för det politiska samarbetet i FEU skall framläggas både av kommissionen och unionens höga representant för utrikes frågor och säkerhetspolitik, och att rådet efter beslut med kvalificerad majoritet skall informera parlamentet om detta. Artikel 215(2) utvidgar artikelns tillämpning till sanktioner mot personer.

Redan innan EU slöt handelsavtal med klausul om mänskliga rättigheter hade den alltså infört sanktioner som avbrutit eller begränsat handel med länder som gravt brutit mot demokrati, mänskliga rättigheter eller freden. EU har gjort detta både som en del i FN:s sanktionssystem, för att verkställa beslut av Säkerhetsrådet, och självständigt, för att genomföra sin egen utrikespolitik. Sanktionerna innefattar dessutom, och till allt högre grad s.k. smarta sanktioner. De omfattar ett stort antal av världens länder, för närvarande 36 stycken och en rad typer.⁸ När gäller t.ex. Eritrea innefattar FN-sanktionerna förbud mot vapenexport och militär träning, frusna tillgångar för namngivna personer, inspektion av importerat gods och visumförbud för namngivna personer.

⁸ www.sanctionsmap.eu, besökt 2019-01-08.

4 EU:s klausul om mänskliga rättigheter i handels- och samarbetsavtal uttrycker både altruism och önskan att värna om EU:s egen fortlevnad som rättsstatlig, liberal och social välfärdsunion.

Man kan skilja på fem kategorier länder som har mänskliga rättigheter infogade i sina handels- och samarbetsavtal med EU. Den första gäller de länder som kandiderar för medlemskap i EU. Redan de första avtalen på 1990-talet med de öst- och centraleuropeiska länderna innehöll en sådan klausul. Dessa s.k. Europaavtal, upprättade en association mellan EU och varje kandidatland. De förutsåg att länderna succesivt skulle anta hela EU:s regelmassa, EU:s *acquis*, som ju inkluderar både ekonomiska, sociala och kulturella delar, och dessutom en del om utrikes- och säkerhetspolitiskt samarbete. Det tidiga Europaavtalet med t.ex. Rumänien från 1990, betonar att denna process skulle företas inom ramen för en politisk dialog, som beskrivs redan i avtalets inledande del, och dess artikel 6 understryker vikten av att parterna upprätthåller mänskliga rättigheter,⁹ och artikeln etablerar också den för kommande avtal så viktiga satsen att mänskliga rättigheter utgör ett väsentligt element av avtalsförhållandet.

Hänvisningen i Artikel 6 till allmänna europeiska dokument avslöjar att EU i själva verket var oförberedd på omvälvningen i Europas östliga delar och frågan om EU:s utvidgning. Denna skulle i själva verket aktualisera mänskliga rättighetsfrågan inte bara i öst utan också hur den regleras i EU självt. Utvidgningen påskyndade arbetet för en konstitution för Europa och mänskliga rättigheter som en del av denna. EU:s domstol hade redan 1969 förklarat att grundläggande rättigheter utgör för EU tvingande allmänna rättsprinciper,¹⁰ men denna rättspraxis, utökad med demokratiprincipen, blev inskriven i EU:s fördrag först med Maastrichtfördraget 1992.¹¹ I takt med att kandidatländerna närmade sig stadium för medlemskap förtydligades förpliktelserna. För medlemskap fordrades anslutning till den Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, inklusive avskaffandet av dödsstraffet, och för EU-fördragets del kompletterades det av Amsterdamfördraget 1999, vars Artikel 7 införde omfattande regler om sanktioner mot den medlemsstat som bryter mot mänskliga rättigheter. År 2000 utfärdades den Europeiska stadgan

⁹ ”Respect for the democratic principles and human rights established by the Helsinki Final Act and the Charter of Paris for a New Europe, as well as the principles of market economy, inspire the domestic and external policies of the Parties and constitute essential elements of the present association.”

¹⁰ Mål 29/69; *Stander m.Ulmer*, ECLI:EU:C:1969:57.

¹¹ Fördrag om Europeiska unionen Artikel F. Fördragets Artikel J.1 tillade att ett av utrikespolitikens mål var att utveckla och befästa demokratin och rättsstatsprincipen samt respekten för mänskliga rättigheter och de grundläggande friheterna.

om de grundläggande rättigheterna, en omfattande rättighetsförklaring, som blev bindande EU-rätt i och med att Lissabonfördraget antogs 2009. Sedan de flesta central- och östeuropeiska kandidatländerna blivit medlemmar i EU är det nu, förutom sedan länge Turkiet, främst länder i västra Balkan som har associationsavtal av Europaavtalstyp.

Den andra kategorin länder som har klausul om mänskliga rättigheter i sina avtal med EU är de som omfattas av EU:s grannskapspolitik. Dessa inbegriper både länder i östra Europa¹² och på den södra Medelhavsstranden.¹³ Deras associationsavtal syftar inte till medlemskap, men de är grundade på frihandelsområden, och förutom klausulen om mänskliga rättigheter och förpliktelse att ansluta sig till både ILO:s och andra internationella konventioner befördrar de mänskliga rättigheter i bred mening, eftersom de delvis omfattar EU:s *acquis*. EU är deras största handelspartner, vilket gör att de anpassar sina produktstandarder till EU:s för att underlätta export, och associationsavtalen påverkar därigenom deras lagstiftning om miljö och hälsa.

Den tredje kategorin länder utgörs av fattiga länder i Afrika, Asien och Latinamerika. Rådet beslöt i maj 1995 att alla EU:s handels- och samarbetsavtal må innehålla en klausul om mänskliga rättigheter, något som redan existerade i praxis, och bekräftades av Lomé IV-avtalet 1995 med Afrikanska-, Karibiska- och Stillahavsländer.¹⁴ I nyare avtal har mänskliga rättighetsinnehållet vidgats. Frihandelsavtalet med t.ex. Colombia, Peru och Ecuador, 2012 och 2016, innehåller, förutom att klausulen om respekt för mänskliga rättigheter utgör ett väsentligt element, att även förhindrandet av spridningen av massförstörelsevapen är ett väsentligt element i avtalet. Det innehåller också en avdelning om uthållig utveckling, som förpliktar parterna att ansluta sig till, och respektera, både ILO:s grundläggande arbetsrättsliga konventioner och dem på miljöområdet och att verka för biodiversitet, uthålligt skogsbruk och fiske och traditionella livsstilar samt att i sin energipolitik motverka klimatförändringar. Det är osäkert om man ska räkna de s.k. BRICS-länderna¹⁵ till gruppen fattiga länder, eftersom de, och i synnerhet Kina, har ekonomiska sektorer som t.o.m. överträffar EU i konkurrensduglighet, samtidigt som de länge åtnjutit WTO-undantag i egenskap av utvecklingsländer. Dessa länder, utom Sydafrika, motsätter sig en klausul om mänskliga rättigheter men inte helt om investeringar, immaterialrättigheter och om uthållig utveckling. För EU är det också

¹² Armenien, Azerbajdzjan, Moldavien, Ukraina och Vitryssland.

¹³ Algeriet, Marocko, Egypten, Israel, Jordanien, Libanon, Libyen, Palestina, Syrien och Tunisien.

¹⁴ Barbara Brandter och Allan Rosas, *Human Rights and External Relations of the European Community: an Analysis of Doctrine and Practice*, European Journal of International Law, Vol. 9 (1998) No. 3, s. 473 f.

¹⁵ Brasilien, Ryssland, Indien, Kina och Sydafrika.

särskilt nödvändigt att dessa länder inte når orimliga konkurrensfördelar genom att ha omänskliga arbetsförhållanden och låga kostnader för miljöskydd.

Denna konkurrensutjämnande faktor gäller också för den fjärde kategorin. Dessa utgörs av översjöiska industriländer. Avtalen med dem inledde en ny generation av samarbetsavtal, kallade handels- och investeringsavtal eller övergripande, *comprehensive*, handelsavtal. De inleddes med avtalen med Singapore, vars förhandlingar påbörjades 2010 och för första gången omfattade både frihandel och investeringsskydd. I själva verket hade utvecklingen mot denna kategori startats redan med associationsavtalet med Chile 2002, och fortsatt med avtalet med Korea 2011. Singaporepartnerskapet, 2018, grundas på två avtal i ett paket, ett om frihandel och ett om investeringsskydd, vilka hålls samman av likalydande preambelar vilka bl.a. hänvisar till hållbar utveckling och högt miljö- och arbetarskydd samt till FN:s deklaration om mänskliga rättigheter, men de saknar en klausul om att skyddet utgör en väsentlig del av avtalen. Frihandelsavtalet bestämmer om avskaffande av tullar och icke-tariffära hinder för handeln med varor (miljövänliga standarder) och tjänster, skydd för immateriella rättigheter, liberalisering av investeringar, offentlig upphandling, konkurrens och förpliktelser om social utveckling och miljöskydd. Investeringskyddsavtalets materiella bestämmelser ansluter till existerande internationell investeringsrätt, men det upprättar också en domstol för att slita tvister. Preambeln till det övergripande avtalet med Canada, 2017, som både berör frihandel, investeringar och investeringsskydd, innehåller omfattande hänvisningar till mänskliga rättigheter, FN:s deklaration, demokrati, rättsstatsprincipen, kultur, men också till spridning av kärnvapen som ett hot mot internationell säkerhet. Förslaget till frihandelsavtal med Mexiko, 2018, som också innefattar investeringsskydd, saknar ännu en preambel, men fördragstexten innehåller tydligt skydd för miljö och sociala förhållanden. I och med att investeringsskydd ingår i dessa nya avtal, och de materiella bestämmelserna ansluter till existerande investeringsrätt, blir samtidigt *ICSID*:s¹⁶ praxis tillämpbar och påverkar statens förhållande till företagen, inklusive inskränkningar i äganderätten.

EU:s klausul om mänskliga rättigheter medför också förpliktelser för företagen. På grund av att staterna skall ansluta sig till konventioner om mänskliga rättigheter såsom ILO:s om arbetsrätt och dem om miljöskydd, och transformera dessa till nationell rätt blir rättigheterna tvingande att följa för företagen. Bestämmelser om investeringar och investeringsskydd i handelsavtalen involverar också företagens medverkan, något som klargörs av Artikel 13.6 i avtalet med Korea, om uthållig utveckling, som pekar på företagens sociala ansvar, *corporate social responsibility and*

¹⁶ Världsbankens skiljedomstol för tvister mellan företag etablerad utomlands och värdstat.

accountability, (CSR). Senare avtal¹⁷ förpliktar parterna att främja *CRS*, och göra detta i perspektivet internationella värdekedjor, d.v.s. ta ansvar för att också underleverantörer i särskilt Latinamerika och Asien lever upp till dessa FN-, ILO- och OECD-standarder.

5 Skyddet för mänskliga rättigheter i EU:s handelsavtal förstärker det internationella skyddet

Handelsavtal är reciproka och synallagmatiska avtal, och förpliktelserna åligger alltså parterna ömsesidigt i lika mån. Detta skiljer dem från de villkorsklausuler som finns i EU:s unilaterala beslut när gäller generella preferenser, *generalised system of preferences* (GSP).¹⁸ Dessa preferenser grundar sig på WTO:s regler om att tillåta gynnsammare behandling för utvecklingsländer i strid med mest-gynnad-nationsregeln (MFN). EU har ensidigt givit ett 90-tal länder GSP behandling¹⁹ och kan också ensidigt bestämma att upphäva ett lands GSP behandling om det inte uppfyller de villkor EU ställt för denna. Dessa villkor gäller respekt för principerna i de väsentligaste ILO- och FN konventionerna om mänskliga rättigheter. De länder som ratificerar 27 internationella konventioner om mänskliga rättigheter, arbetsrätt, miljö och god förvaltning och godtar att samarbeta med EU kommissionen för att övervaka dessas efterlevnad kan få åtnjuta GSP+ behandling och åtnjuta ytterligare fördelar.²⁰

GSP är handelspolitik och ligger därmed inom området för EU:s exklusiva kompetens, och övervakas av kommissionen. De handels- och samarbetsavtal som innehåller klausuler om mänskliga rättigheter har däremot slutits i form av blandade avtal och kompetensbildningen är mer komplex. EU:s partnerland står på ena sidan, men på den andra står både EU och medlemsstaterna. Det betyder att beslut om sanktioner mot ett av EU:s partnerländer fattas av EU enligt EU:s beslutsordning, men skulle däremot ett partnerland besluta om sanktioner mot EU, måste det först utröna om överträdelsen av förpliktelse ligger inom EU:s ansvarsområde eller inom en medlemsstats. De konventioner om mänskliga rättigheter som parterna skall respektera är för det mesta öppna endast för stater, och EU är då endast indirekt bundet av dem. Enligt ömsesidighetsprincipen och klausulen i ett handelsavtal om att mänskliga rättigheter utgör ett väsentligt element, kan en partnerstat alltså besluta

¹⁷ Med Mexiko och Mercosur.

¹⁸ Förordning (EU) No 978/2012.

¹⁹ GSP behandling är av särskild betydelse för Bangladesh, Pakistan och Sri Lanka, som avsätter lejonparten av sin export av textilvaror till EU.

²⁰ Ionel Zamfir, *Human rights in EU trade policy, Unilateral measures applied by the EU*, European Parliamentary Research Service, PE 621.905 – May 2018.

om sanktioner mot en av EU:s medlemsstater, som inte uppfyllt förpliktelsena i en konvention.

I själva verket har det inte inträffat att ett partnerland riktat sanktioner mot EU eller dess medlemsländer, och EU har bara i relativt få fall gjort bruk av sin makt att rikta sanktioner mot en partner. Icke desto mindre utgör det system för övervakning och genomdrivande, som EU upprättat, ett viktigt komplement till det globala systemet för skydd av mänskliga rättigheter. En viktig punkt i det sammanhanget är att stater som har Europaavtal med EU, eller tillhör den östra grannskapspolitiken, deltar i den Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter (EKMR), och de är också underlagt dess övervakningssystem med individuell klagorätt och domstol. Förpliktelsen i klausulen om mänskliga rättigheter i avtalen mellan EU och dessa länder tolkas ha samma innehåll som den i de Europeiska konventionerna. Förpliktelsen i klausulen i EU:s avtal med utomeuropeiska länder skall däremot ges innehåll enligt allmän folkrätt och tolkas mot bakgrund av t.ex. FN:s konventioner. Förpliktelsena i EU:s avtal är alltså inte större än vad länderna i regel redan påtagit sig genom att ansluta sig till de internationella konventionerna.

Skillnaden ligger i effektivare övervakning och genomdrivande. Övervakningen över att förpliktelsen om mänskliga rättigheter i avtalen följs sker dock inte främst genom individuell klagorätt, som i EKMR, utan enligt ett huvudsakligen mellanstatligt system. Visst parlamentariskt inslag finns dock i vissa avtal och också medverkan av intressegrupper. Den sker i första hand av EU-kommissionens delegationer i partnerländerna, men också paritärt, och då i första hand inom ramen för en politisk dialog mellan å ena sidan representanter för partnerlandet och å andra sidan EU:s höga representant eller dess tjänstemän och kommissionen. När gäller BRICS, med undantag för Sydafrika, vars avtal med EU är svaga, sker övervakningen uteslutande på denna nivå. Handels- och samarbetsavtalen däremot, inrättar formella paritära kommittéer med representanter för EU och partnerlandet på minister- och tjänstemannanivå för övervakning, överläggningar och beslut, men redan de gamla Yaoundéavtalen med Afrikanska-, Karibiska- och Stillhavsländer på 1960-talet upprättade också en parlamentarisk kommitté med representanter för ländernas parlament, vilket ger plats för mer kritiska stämmor när gäller förhållandena i länderna. När gäller uthållig utveckling, *trade and sustainable development (TRD)*, det vill säga arbets- och miljörett och klimatpåverkan, innehåller senare avtal också förpliktelser om organiserat samarbete med det civila samhället. Avtalet med t.ex. Colombia och Peru²¹ ålägger parterna att upprätta nationella kommittéer för arbetsrätt och miljö med rätt att på eget initiativ avge rekommendationer, och dessa

²¹ Artikel 281.

representanter för det civila samhället skall en gång per år delta i en gemensam session i den paritära kommittén för handel.²²

Genom att förpliktelser om mänskliga rättigheter infogades som en del av ett avtal om handel skulle dessa kunna genomdrivas effektivare, eftersom uraktlåtenhet på mänskliga rättighetsområdet kan mötas med suspension av handelsfördelar. EU:s frihandelsavtals delar om mänskliga rättigheter, arbetsrätt och miljö är också underställt avtalens tvistlösningssystem. Enligt dessa skall en stat, innan den vidtar motåtgärder, först föra konsultationer, och därefter kan den klagande parten begära att en opartisk skiljepanel upprättas, som fattar bindande beslut. Sanningen att säga har skiljemännen, och den stat som vidtar motåtgärder, en svår uppgift. Enligt normal praxis när gäller handelsavtal skall först den ekonomiska skadan beräknas, och motåtgärderna skall vara av sådan storlek att parternas jämvikt vad gäller ekonomiska fördelar återställs till hur läget var innan en part vidtog rättsstridiga åtgärder.²³ Det är alltså mycket svårt att använda de gängse kvantitativa ekonomiska kalkylerna för att beräkna skadan av sådana kvalitativa brott som det här är fråga om.

6 Slutord

EU:s villkor om klausuler om mänskliga rättigheter för att ingå frihandelsavtal har kritiserats som att inkräkta på suveräniteten. Denna kritik har inte minst kommit från stater med regeringar som påtvingat sina länder dålig historik på området. För EU:s del är ställningstagandet en konsekvens av den makt som blivit följden av att EU till så stor del övertagit medlemsstaternas utrikeskompetenser. EUF:s Artikel 21 och FEUF Artikel 205 reflekterar medlemsstaternas värderingar; och i en globaliserad värld, där de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter, värdiga arbetsförhållanden, dräglig miljö och hopp om överlevbara klimatförändringar saknar styrka och utmanas av kortsiktighetens diktatur, framstår EU:s politik som en strävan att driva tesen att ekonomiska och sociala framsteg både är avhängig av liberal frihandelsekonomi och människors trygghet i ett samhälle grundat på rättsstatlighet och mänskliga rättigheter, som en strävan att förhindra ett *race towards the bottom*.

²² Kommissionen har också ett aktivt utbyte med ILO, som övervakar hur dess konventioner efterlevs.

²³ Beräkningen tar alltså hänsyn till ekonomiska faktorer, vilket förklarar varför GATT:s skiljepaneller under 50- och 60-talet mest bestod av nationalekonomer.

Något om betydelsen av anställningsvillkor i utlänningslagens mening

PETRA HERZFELD OLSSON¹

1 Inledning

Sverige anses ha ett av de mest öppna systemen för arbetskraftsinvandring inom OECD. Detta liberala system såg dagens ljus 2008 och firade tio-årsjubileum i december förra året. För att en utlänning ska beviljas ett arbetstillstånd krävs ett anställningserbjudande av en arbetsgivare. Innehållet i anställningserbjudandet ska klargöra att:

1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig, och att
2. lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.²

Det unika med det svenska systemet är att det är den enskilda arbetsgivaren som avgör om det finns behov av att rekrytera en arbetstagare från ett så kallat tredje land. Det tillämpas inte någon myndighetsprövning av arbetskraftsbehovet och utgångspunkten vid tillkomsten av 2008 års lag var att alla arbetstagare oavsett kompetens och annan profil skall behandlas på samma sätt. Just likabehandlingsambitionen har fått stryka på foten när ett antal EU-direktiv på området genomförts. Sverige har infört särskilda regler som gäller för högkvalificerade arbetstagare som söker EU-blåkort, för arbetstagare som är föremål för företagsintern förflyttning och för säsongarbetare.³

Öppenheten har inte varit oproblematiske och frågan om hur man ska kunna säkra godtagbara anställningsvillkor i enlighet med lagens krav har gäckat lagstiftaren. Som

¹ Docent och universitetslektor i arbetsrätt vid juridiska institutionen, Stockholms universitet. Den forskning som ligger till grund för artikeln har gjorts med stöd av bidrag från Vetenskapsrådet dnr 2017-03134.

² 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716).

³ 6a-6c kap. utlänningslagen (2005:716).

ett led i att komma till rätta med dessa svårigheter antog lagstiftaren 2014 en bestämmelse om obligatoriskt återkallande av uppehållstillståndet när arbetsvillkoren inte uppfyllt utlänningslagens krav under tillståndets löptid. Migrationsdomstolarnas tillämpning av återkallelsekravet utsattes för massiv kritik. Begränsade, icke uppsåtliga, avvikelser från kollektivavtalade lönenivåer ledde till utvisning och begreppet 'kompetensutvisningar' lanserades. Begreppet hänger kvar och tog sig till och med in i 2019 års regeringsförklaring.⁴ Redan 2017 vidtog emellertid lagstiftaren åtgärder för att lindra de negativa effekterna av återkallelsebestämmelsen. Regelverket mjukades upp ytterligare genom Migrationsöverdomstolens rättstillämpning.

I den här uppsatsen ska något sägas om Migrationsöverdomstolens praxis och dess förhållande till lagstiftaren när det gäller bedömningen av om tillämpade anställningsvillkor uppfyller utlänningslagens krav. Två frågor står i centrum, i vilken mån kan avvikelser från lagens krav på kollektivavtalsenliga villkor och praxis i yrket och branschen tillåtas och vilken nivå är det som ska upprätthållas.

2 Den nya återkallelsebestämmelsen

I 2008 års lagstiftningsärende, som lade grunden till det nuvarande systemet för arbetskraftsinvandring, klaggjorde regeringen att det liksom tidigare ska vara en förutsättning för arbetstillstånd att utläningen erbjudits en anställning i Sverige som han eller hon kan försörja sig på. Det nya systemet skulle därutöver inte underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige. För att beviljas uppehålls- och arbetstillstånd uppställdes därför ett försörjningskrav och ett krav på att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än de som gäller för arbetstagare i Sverige. Svenska kollektivavtal eller vad som gäller i praxis för yrket eller branschen skulle tjäna som vägledning i detta avseende.⁵

Det visade sig emellertid vara svårt att upprätthålla kravet på erforderliga anställningsvillkor under arbetstillståndets löptid. Ett antal åtgärder vidtogs för att komma till rätta med problemet.⁶ Brister som identifierades var bland annat att möjligheten att återkalla arbetstillståndet inte kunde kopplas till brister i efterlevnaden av anställningsvillkoren och att Migrationsverket saknade verktyg för att kontrollera efterlevnaden av utlänningslagens krav på anställningsvillkor under

⁴ Regeringsförklaringen 2019 s. 3.

⁵ Prop. 2007/08:147 s. 27 och s. 59.

⁶ Se t.ex. C. Calleman & P. Herzfeld Olsson, Inledning i C. Calleman & P. Herzfeld Olsson, Arbetskraft från hela världen – hur blev det med 2008 års reform? (DELM I 2015:9) s. 24 ff.

ett arbetstillstånds löptid.⁷ Enligt den svenska modellen är det arbetstagarorganisationerna som ansvarar för att granska att rätt villkor tillämpas på arbetsmarknaden. Deras ansvar och intresse handlar dock i första hand om att säkerställa att rätt anställningsvillkor tillämpas i förhållande till tillämpliga kollektivavtal, anställningsavtal och arbetsrättslig lagstiftning inte att utlänningslagens krav efterlevs. Arbetstagarorganisationer har dock fått en möjlighet att i tillståndsprocessen granska att de erbjudna villkoren motsvarar lagens krav.⁸

Som ett led i att komma till rätta med tillämpningsproblemet införde lagstiftaren en strikt återkallelsebestämmelse när anställningsvillkoren inte uppfyllde utlänningslagens krav under tillståndets löptid.⁹ Dessutom fick Migrationsverket i uppdrag att granska villkorens tillämning under motsvarande period.¹⁰

Återkallelsebestämmelsen fick följande lydelse:

7 e § Ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för arbete för en utlänning som har beviljats arbetstillstånd enligt 6 kap. 2 § första stycket ska återkallas om

1. förutsättningarna för arbetstillståndet enligt 6 kap. 2 § första stycket av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda, [...].

Enligt förarbetena ska om de faktiska anställningsvillkoren är sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen återkallelse ske, oavsett anledningen till att de är sämre.¹¹ Om emellertid anställningsvillkoren har ändrats i förhållande till vad som angavs i ansökningsförfarandet, men fortfarande är i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen ska återkallelse inte ske.¹² Dessutom ska den situationen att de faktiska anställningsvillkoren har försämrats skiljas från det förhållandet att utlänningen har lägre lön på grund av giltig frånvaro till exempel föräldraledighet eller sjukfrånvaro. I dessa fall ska den lägre inkomsten inte leda till återkallelse.¹³

Flera remissinstanser opponerade sig mot en obligatorisk återkallelsebestämmelse. Inte minst eftersom en återkallelse får långtgående

⁷ UM 11281-11 och UM 11284-11; Prop. 2013/14:222 s. 11–14.

⁸ 5 kap. 7a § utlänningsförordningen (2006:97).

⁹ Prop. 2013/14:227 s. 16-21.

¹⁰ Ibid., s. 26-27.

¹¹ Ibid., s. 38.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

konsekvenser för den drabbade arbetstagaren.¹⁴ Regeringen bemötte invändningarna:

Vid en avvägning mellan vikten av att värna det svenska systemet för arbetskraftsinvandring och de konsekvenser som en återkallelse kan få i det enskilda fallet görs bedömningen att det inte bör finnas utrymme för en mer diskretionär prövning av om uppehållstillståndet ska återkallas när förutsättningarna för arbetstillståndet inte längre är uppfyllda. Utgångspunkten bör vara att återkallelse ska ske.¹⁵

3 Tillämpningen

Den nya återkallelsebestämmelsen fick snart genomslag i rättstillämpningen. Migrationsöverdomstolen bedömde att den strikta tillämpning som lagstiftaren gav uttryck för när det gällde om ett uppehållstillstånd skulle återkallas innebar att ett motsvarande förhållningssätt borde gälla om ett arbetstillstånd skulle förlängas och inför beslut om permanent uppehållstillstånd.¹⁶ I två mål som avgjordes 2015 stod försörjningskravet i centrum. I de fallen avvisade Migrationsöverdomstolen att någon helhetsbedömning skulle göras och ansökningarna om förlängning av arbetstillstånd avvisades och arbetskraftsmigranterna utvisades.¹⁷

Av återkallelsebestämmelsens ordalydelse drog både Migrationsverket och Migrationsdomstolarna slutsatsen att någon helhetsbedömning av omständigheterna i fallet inte heller skulle ske när det gällde lagens andra punkt om anställningsvillkor. Migrationsverket avslög exempelvis en ansökan om förlängt arbetstillstånd och beslutade samtidigt att utvisa en arbetstagare eftersom arbetsgivaren av misstag betalat ut 460 kr för lite i lön per månad under en period under den tidigare anställningen, trots att en retroaktiv betalning skedde när misstaget uppdagades och under övriga anställningsmånader en lön utbetalats som motsvarade eller övergick lagens krav. Migrationsdomstolen avslög arbetstagarens överklagan av beslutet.¹⁸

¹⁴ Prop. 2013/14:227, s. 38.

¹⁵ Ibid., s. 18.

¹⁶ MIG 2015:11, MIG 2015:20.

¹⁷ MIG 2015:11, MIG 2015:20.

¹⁸ UM 2255-16.

4 Reaktionerna

Tillämpningen av återkallelsebestämmelsen tilldrog sig intensiv medial uppmärksamhet och kom att få benämningen 'kompetensutvisningarna'.¹⁹ Centrum för rättvisa företrädde ett antal av de drabbade arbetskraftsinvandrarerna och bedrev en intensiv kampanj för att visa att rättstillämpningen saknade stöd i lag.²⁰

Riksrevisionen granskade arbetskraftsinvandringssystemet och identifierade ett särskilt problem när det gällde utlänningslagens lönekrav i förhållande till arbetsplatser som saknade kollektivavtal.²¹ Riksrevisionen påtalade att lagstiftaren inte har givit någon vägledning i dessa fall och att förutsättningar därför saknades för en enhetlig tillämpning.²²

5 Lagstiftarens motåtgärder

Regeringen tillsatte en utredning med uppdrag att överväga åtgärder för att stärka arbetskraftsinvandrarernas ställning på arbetsmarknaden.²³ Utredningen föreslog i återkallandefrågan att återkallelse ej borde ske om arbetstagaren på eget initiativ vidtagit åtgärd som lett till att förutsättningarna för arbetstillstånd enligt 6 kap 2 § första stycket blev uppfyllda.²⁴

Förslaget ansågs otillräckligt av flera remissinstanser. Regeringen bemötte kritiken och motiverade sitt ställningstagande att gå vidare med förslaget på följande sätt:

¹⁹ Tove Lifvendahl, Blott Sverige svenska kompetensutvisningar har, SvD 24 juli 2017, <https://www.svd.se/blott-sverige-svenska-kompetensutvisningar-har>; Louise Wachtmeister, Svenskt Näringsliv, Kompetensutvisningarna är katastrof och komplett vansinne, 31 augusti 2017, https://www.svensktnaringsliv.se/regioner/stockholm/kompetensutvisningarna-ar-katastrof-och-komplett-vansinne_682897.html; Fredrik Voltaire, Almega, Kompetensutvisningarna ett växande problem – regeringen har bollen, 3 november 2017, <https://www.almega.se/2017/11/kompetensutvisningar-ett-vaxande-problem-regeringen-har-bollen/>; Stina Bengtsson Entreprenör, Beslut i dag, kompetensutvisningarna fortsätter, 7 november 2017, https://www.entreprenor.se/nyheter/kompetensutvisningarna/beslut-idag-kompetensutvisningarna-fortsatter_688868.html.

²⁰ Centrum för rättvisa, Arbetskraftsinvandrarernas rättslöshet i Sverige – en rapport om utvisningar med bristfälligt stöd, 2016.

²¹ Riksrevisionen, Ett välfungerande system för arbetskraftsinvandring? RIR 2016:32 (Riksrevisionen).

²² Riksrevisionen s. 114.

²³ Dir. 2015:75.

²⁴ SOU 2016:91 Stärkt ställning för arbetskraftsinvandrare på arbetsmarknaden s. 22, 83ff.

’Regeringen bedömer att en möjlighet att kunna avstå från återkallelse om arbetsgivaren har agerat innan Migrationsverket påpekar bristen eller underrättar arbetsgivaren om att ett ärende om efterkontroll ska påbörjas, inte bör medföra ökade risker för oseriöst agerande och utnyttjande av arbetskraftsinvandrare. Att däremot öppna för en sådan möjlighet även efter påpekande från Migrationsverket kräver andra överväganden för att samma risker ska kunna undvikas. Det kan inte ske inom ramen för detta lagstiftningsärende. Som remissinstanserna anför kan det dock förekomma situationer när en seriös arbetsgivare blir medveten om att han eller hon har begått ett misstag först efter påpekande från Migrationsverket, och där det ändå är rimligt att kunna avstå från en återkallelse. En utredare kommer därför inom kort att få i uppdrag att lämna förslag som stärker proportionaliteten och säkerställer att en arbetskraftsinvandrare inte ska utvisas på grund av att arbetsgivaren utan uppsåt begått mindre eller obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd, även om felet upptäcks efter det att tillståndstiden löpt ut eller om Migrationsverket uppmärksammat det.’²⁵

Lagstiftningsarbetet blev överhuvudtaget dramatiskt. En grupp riksdagsledamöter ansåg, liksom flera remissinstanser, att den av regeringen föreslagna bestämmelsen var otillräcklig och fick stöd i socialförsäkringsutskottet för att försöka driva igenom införandet av en proportionalitetsprincip. Utskottet utarbetade en egen lagrådsremiss med ett sådant förslag.²⁶ Lagrådet kritiserade förslaget av flera skäl. Förfarandet som sådant ansågs inte uppfylla riksdagsordningen beredningskrav (10 kap 4 § första stycket RO) och förslagets innehåll, bedömdes innebära ’en grundläggande förändring av det nuvarande systemet för arbetskraftsinvandring’. Utskottet landade därför i en kompromiss där det antagna lagförslaget skulle följas av ett nytt förslag av regeringen där proportionalitetsprincipen skulle få en mer framträdande roll.²⁷

Undantaget från återkallelsekravet fick följande lydelse:

’Trots vad som anges i första stycket 1 behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpt bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd’.²⁸

²⁵ A.a. s. 10.

²⁶ Socialförsäkringsutskottets Lagrådsremiss, 2017-10-24, Möjlighet att avstå från återkallelse av uppehållstillstånd för arbete.

²⁷ Socialförsäkringsutskottets betänkande 2017/18:SfU7 s. 1, 12-13. Lagrådets yttrande, utdrag ur protokoll vid sammanträde 2017-10-31.

²⁸ 7 kap. 7 e tredje stycket utlänningslagen (2005:716).

Redan under sommaren 2017 hade regeringskansliet emellertid tillsatt ytterligare en utredning som utöver uppdraget att överväga sanktioner mot arbetsgivare och/eller ersättning till arbetstagare för det lidande och de kostnader som indraget tillstånd leder till också skulle överväga förändringar i återkallelsebestämmelsen.²⁹ Utredaren lämnade sitt förslag den 19 december 2017 som innebar att ett tillägg till återkallelsebestämmelsen skulle göras enligt följande kursiverade text.

”Trots vad som anges i första stycket 1 behöver ett tillstånd inte återkallas om arbetsgivaren har avhjälpt bristen utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd eller annars i ringa fall.”³⁰

Förslaget har remitterats men någon ytterligare åtgärd har inte vidtagits.³¹

6 Migrationsöverdomstolen väljer en annan väg

Parallellt med lagstiftningsärendet i återkallandefrågan överklagade arbetskraftsinvandrarerna som skulle utvisas på grund av den uteblivna löneökningen om 460 kr Migrationsdomstolens dom. Detsamma gjordes i ett annat mål där en arbetskraftsinvandrare skulle utvisas på grund av att arbetsgivaren inte tecknat erforderliga försäkringar. Migrationsöverdomstolen beviljade prövningstillstånd i båda fallen. Strax efter det att tillägget till återkallelsebestämmelsen trätt i kraft, avkunnade Migrationsöverdomstolen den 13 december 2017 två domar som kom att kallas Luciadomarna. En ny tolkning av återkallelsebestämmelsens innebörd såg dagens ljus. Händelseförloppet fick omfattande uppmärksamhet.³²

6.1 Luciadomarna

Det första målet (MIG 2017:24) gällde en ansökan om permanent uppehållstillstånd, vilket är möjligt efter fyra års arbete i Sverige.³³ Arbetstagaren hade tidigare begärt och beviljats förlängning av arbetstillståndet vid ett tillfälle. Under den första

²⁹ Se Ds 2017:64 Mindre och obetydliga fel gällande villkoren för arbetstillstånd och Ds 2018:7 Konsekvenser för arbetsgivare vid återkallelse av arbetstillstånd.

³⁰ Ds 2017:64 s. 7.

³¹ Ju2017/09870/EMA, se vidare <https://www.regeringen.se/remisser/2017/12/remiss-ds-201764-mindre-eller-obetydliga-fel-gallande-villkoren-for-arbetstillstand/>.

³² Se t.ex.: <http://www.sydostran.se/ledare/politiken-maste-skynda-annu-fortare/>; https://www.entreprenor.se/nyheter/kompetensutvisningarna/danyar-kan-utvisas-tjanade-460-kronor-for-lite_687775.html; <https://www.svd.se/expert-ny-dom-stoppar-kompetensutvisningar>; <https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/bK5yOI/utvisningsshotade-pizzabagaren-far-stanna-i-sverige>.

³³ 5 kap. 5 § första stycket 1 utlänningslagen (2015:716).

tidsperioden hade arbetstillstånd beviljats för arbete som webbprogrammerare och för den andra perioden som systemutvecklare. Under delar av den första tillståndsperioden saknade arbetstagaren tjänstepensions- och sjukförsäkring. Frågan i målet var om anställningsvillkoren därmed kunde anses ha varit sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen och om arbetstagaren därför inte kunde beviljas det nu sökta tillståndet.

Migrationsöverdomstolen konstaterade i domen att så som bestämmelsen i 6 kap. 2 § första stycket 2 utlänningslagen är utformad får en utlännings anställningsvillkor, bl.a. lön och försäkringsskydd, inte vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Enligt Migrationsöverdomstolen innebär detta att 'man måste göra en *helhetsbedömning* av samtliga anställningsvillkor för att kunna avgöra om dessa är i överensstämmelse med vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen' (kursivering av författare).

Migrationsöverdomstolen väljer här således en annan väg än den lagstiftaren anvisat. Domstolen förklarade vidare vad en helhetsbedömning kan innebära. Exempelvis så ska en något sämre försäkringsskydd kunna kompenseras av högre lön och tvärt om. Domstolens utgångspunkt är 'att så länge som de villkor som erbjuds vid en helhetsbedömning inte kan anses vara sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen bör de kunna godtas'.

Migrationsöversdomstolen motiverade sitt ställningstagande med att när en sådan prövning görs för tidigare anställningsperioder kan bedömningen inte göras månad för månad, eftersom såväl löner som andra villkor ibland avtalas för retroaktiv tid till exempel om avtalsförhandlingarna mellan arbetsmarknadens parter drar ut på tiden. Vidare påtalades att avvikelser av även andra villkor kan av något skäl ha inträffat vid någon tidpunkt. Det får därför ske en prövning av om villkoren över tid har varit likvärdiga med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen eller om de har varit sämre än dessa.

Migrationsöverdomstolen framhöll att olika krav ska ställas på kollektivavtalsbundna arbetsgivare och övriga. Det kan inte krävas att arbetsgivare som inte tecknat kollektivavtal ska erbjuda villkor som helt motsvarar kollektivavtalet. Dessa arbetsgivare måste, enligt Migrationsöverdomstolen, kunna utforma sina villkor på ett sätt som avviker från vad som följer av kollektivavtalet så länge som anställningsvillkoren inte är sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen.

När det gäller utlänningslagens krav på försäkringsvillkor framhålls att merparten av de som arbetar i Sverige och har uppehållstillstånd för en viss tid omfattas av svenska socialförsäkrings- och pensionssystem. Kravet på försäkringsskydd i

anställningsvillkoren, i form av bl.a. tjänstepensions- och sjukförsäkring, är därmed ett tilläggsskydd utöver det allmänna systemet.

I Migrationsöverdomstolens helhetsbedömning beaktas att arbetstagaren har haft en lön som överstiger kollektivavtalet i branschen. Under det första arbetsåret har arbetstagaren vidare under större delen haft ett fullgott försäkringsskydd. När arbetsgivaren upptäckt att arbetstagaren inte omfattades av sjuk- och tjänstepensionsförsäkring åtgärdades felet genom inbetalning i efterhand till tjänstepensionssystemet. Helhetsbedömningen ledde därmed till att lagens krav ansågs uppfyllt.

Migrationsöverdomstolen biföll därmed överklagandet och beslutade att arbetstagaren skulle beviljas permanent uppehållstillstånd.

Det andra målet (MIG 2017:25) gällde den arbetstagare som ansökt om förlängning av arbetstillståndet och som fått 460 kr för lite i lön under ett antal månader under tidigare tillståndperiod. Arbetstagaren hade tidigare beviljats arbetstillstånd under två år som pizzabagare. Frågan i målet var vilken betydelse det skulle ha för bedömningen av om förlängningsansökan kunde beviljas att lönen, under en del av den tidigare tillståndperioden, varit lägre än kollektivavtalsenlig lön.

I denna dom utvecklar Migrationsöverdomstolen sitt resonemang från MIG 2017:24 något. Domstolen framhåller att kravet på att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än vad som gäller arbetstagare bosatta i Sverige har tillkommit för att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft. Bestämmelsens utformning medför enligt Migrationsöverdomstolens uppfattning att det måste göras en helhetsbedömning av samtliga anställningsvillkor i det enskilda fallet för att kunna bedöma att dessa inte är sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Om anställningsvillkoren vid en sådan bedömning inte kan anses vara sämre än vad som gäller för motsvarande arbetstagare bosatta i Sverige bör villkoren kunna godtas.

Som motiv till att en helhetsbedömning måste göras anføres utöver vad som tidigare påtalats att det för vissa arbetstagare är möjligt att ingå enskilda överenskommelser med arbetsgivaren om anställningsvillkor rörande till exempel semester och pensionsinbetalningar.

I detta fall hade arbetstagaren haft en lön som med god marginal överstigit försörjningskravet om 13 000 kr. Lönen var under juli 2013 - maj 2014 i nivå med kollektivavtalsenlig lön och från och med den 1 juni 2015 hade lönen överstigit denna nivå. Lönen hade dock under ett års tid legat under lönenivån i kollektivavtalet. Det fanns enligt Migrationsöverdomstolen inte anledning att betvivla att det berott på ett rent administrativt misstag från arbetsgivarens sida. Arbetsgivaren hade kompenserat detta genom inbetalning av aktuellt belopp

retroaktivt. Att övriga anställningsvillkor hade varit i enlighet med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen hade inte ifrågasatts.

Migrationsöverdomstolen ansåg sammanfattningsvis att helhetsbedömningen utmynnade i att de grundläggande villkoren för arbetstillståndet hade varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Överklagandet bifölls och tidigare dom och beslut ändrades på så sätt att utvisning upphävdes och arbetstagaren beviljades uppehålls- och arbetstillstånd som pizzabagare i ytterligare två år från och med dagen för domen.

6.2 Vad säger oss dessa domar om innebörden av anställningsvillkor i utlänningslagens mening

Att Migrationsöverdomstolen i MIG 2017:24 och MIG 2017:25 så tydligt väljer en annan väg än den som lagstiftaren har stakat ut kan tyckas anmärkningsvärt. Förhållningssättet verkar dock ligga i linje med förvaltningsdomstolarnas tillämpning av proportionalitetsprincipen så som den tillämpades innan dess kodifiering i 2017 års förvaltningslag (2017:900).³⁴

En helhetsbedömning ska alltså göras av de anställningsvillkor som tidigare tillämpats vid beslut om förlängning av arbetstillstånd och vid prövning av permanent uppehållstillstånd efter fyra års tillstånd för arbete. Vad som kan beaktas vid helhetsbedömningen förklaras också det vill säga att olika delar av anställningsvillkoren kan kompensera varandra och ett misstag kan åtgärdas i efterhand. Retroaktivitet kan också godtas av andra skäl. En fråga som uppstår är om helhetsbedömningen också gäller för återkallelsebestämmelsens ursprungliga tillämpningsområde. I Migrationsverkets rättsliga ställningstagande med anledning av dessa domar sägs ingenting om just den saken.³⁵ Det förefaller dock som att det finns starkare skäl att tillämpa en proportionalitetsprincip när det görs ett ingrepp i ett tillstånd (återkallelse) än att bevilja ett nytt tillstånd.³⁶ Det framstår därför som mindre troligt att en mer strikt tillämpning skulle aktualiseras vid återkallelse av ett tillstånd i jämförelse med bedömningen inför ansökan om ett nytt tillstånd. En rimlig

³⁴ Henrik Wenander, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, Förvaltningsrättslig tidskrift 2018, s. 443-456 (Wenander 2018).

³⁵ Migrationsverket, Rättsavdelningen, Rättslig kommentar angående bedömning av anställningsvillkor enligt 6:2 utlänningslagen för ansökan om förlängning av uppehålls- och arbetstillstånd på grund av arbete MIG 2017:24 och MIG 2017:25 samt MIG 2018:12, SR26/2018 (SR 26/2018).

³⁶ Wenander, 2018, s. 543.

slutsats är därför att en helhetsbedömning också ska tillämpas vid återkallelsebeslut.³⁷

En annan minst lika viktig fråga som framstår som mindre klar är vilken den sammanlagda nivån är som ska uppfyllas. Vilken är egentligen denna nivå? I MIG 2017:24 klargörs att kollektivavtalsnivån inte behöver uppfyllas för parter som inte är bundna av kollektivavtal. Man får därmed förmoda att för kollektivavtalsparter är det den nivå som stipuleras i kollektivavtalet som gäller. Och eftersom en utgångspunkt är att samma villkor ska gälla för arbetskraftmigranter som för arbetstagare i Sverige får man förmoda att alla villkor i kollektivavtalet ska vara uppfyllda. Det är ju det som gäller för arbetstagare som inte behöver arbetstillstånd för arbete i Sverige. Åtminstone om de är medlemmar i den kollektivavtalslutande organisationen. Är arbetstagaren inte medlem aktualiseras andra regler. För arbetstagare på arbetsplatser utan kollektivavtal gäller enligt Migrationsöverdomstolen en annan nivå. Gäller detsamma för arbetskraftmigranter? Domstolens utgångspunkt är att arbetsgivare som inte har tecknat kollektivavtal måste kunna utforma sina villkor på ett sätt som avviker från vad som följer av kollektivavtalet så länge som anställningsvillkoren inte är sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen (MIG 2017:24). Nivån måste vara den som gäller för motsvarande arbetstagare bosatta i Sverige. De grundläggande villkoren för arbetstillståndet måste vara uppfyllda (MIG 2017:25) Frågan är vad som kan anses utgöra denna grundläggandenivån. En nyckel skulle eventuellt anställningserbjudandet som sådant kunna vara. De enda villkor som efterfrågas i den blankett som kallas anställningserbjudande, och som ska bifogas ansökan om arbetstillstånd, är lön, inklusive ob-tilllägg och traktamente samt tecknade

³⁷ Det är visserligen möjligt att bedömningen inte nödvändigtvis ska vara likalydande enligt denna princip i fråga om återkallande av tillstånd och beslut om nya tillstånd. Wenander, s. 452 f. En fråga som det inte finns utrymme att fördjupa sig i här. Det kan dock påpekas att den EU-reglering på området behandlar återkallelse, beslut om förnyelse och förlängning enligt samma proportionalitetsprincip. Se t.ex. art. 8.5 art. 9.5 och art. 15.11 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/36/EU av den 26 februari 2014 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för säsonganställning (säsongarbetardirektivet). Något som ska speglas i det svenska genomförandet av exempelvis säsongarbetardirektivet genom ordet får, se proposition 2017/18:108 s. 57, 62. Som exempel på när en återkallelse inte ska ske anges att arbetsgivaren har gjort ett mindre misstag, t. ex. i fråga om lön, men självmant vidtagit en rättelse som leder till att villkoren är uppfyllda, prop. 2017/18:108 s. 125. Propositionen avgavs 15 februari 2018 dvs. efter Luciadomarna.

försäkringar, närmare bestämt sjukförsäkring, trygghetsförsäkring vid arbetskada, livförsäkring och tjänstepensionsförsäkring.³⁸

Men vilken nivå på lönen är det som krävs i dessa fall. Detta klargörs inte av MIG 2017:24 och MIG 2017:25. I andra fall inom de sektorer där kollektivavtalen inte ger någon vägledning i lönefrågan eftersom de är så kallade sifferlösa avtal utgår Migrationsverket från SCBs lönestatistik för att få fram en jämförelsenivå.³⁹ Utgångspunkten är 25e percentilen. Något motsvarande tycks dock inte gälla för sektorer med vägledande lönenivåer i kollektivavtalet. Migrationsverket förklarar i ett rättsligt ställningstagande att de inte har kunskap om praxis och förhållanden inom alla de olika branscher som förekommer i arbetstillståndsärenden. Prövningen kommer därför ofta att ta sin utgångspunkt i gällande kollektivavtal och yttranden från fackliga organisationer. Om den sökande påstår att villkor som avviker från kollektivavtalet speglar exempelvis praxis i branschen är det enligt Migrationsverket den sökande som har bevisbördan och som ska visa att villkoren överensstämmer med vad som följer av praxis.⁴⁰ En kollektivavtalspresumtion tillämpas därmed. Det rättsliga ställningstagandet behandlar därmed delvis den problematik som Riksrevisionen tog upp 2016 om lönekraven i förhållande till arbetsplatser som saknade kollektivavtal. Riksrevisionens bekymmer var att lagstiftaren inte hade givit någon vägledning i de fall kollektivavtal inte var tillämpliga och förutsättningarna saknades därför enligt Riksrevisionen för en enhetlig tillämpning.⁴¹ Alla parter är dock inte nöjda med detta sätt att tillämpa branschpraxis. Svenskt Näringsliv menar att Migrationsverkets nuvarande tillämpning av branschpraxis i praktiken är en allmängiltigförklaring av kollektivavtal som inte gör det möjligt för arbetsgivare att erbjuda lön och kollektivavtal som inte är i nivå med kollektivavtalen.⁴²

Om det enbart är lön och försäkringsskydd som ska garanteras utanförstående arbetstagare uppstår en omotiverad skillnad mellan de arbetskraftsmigranter som arbetar på arbetsplatser med kollektivavtal och andra. Något klargörande i denna del görs inte i dess två domar. När det gäller försäkringsskyddet för de utanförstående arbetstagarna påtalar Migrationsöverdomstolen att det statliga socialförsäkringssystemet tillhandahåller en grundnivå för alla. Övriga försäkringar är därmed ett tilläggsskydd utöver det allmänna skyddet. (MIG 2017:24) Innebär det

³⁸ Anställningserbjudande, blankett 232011. Finns på: https://www.migrationsverket.se/download/18.5e83388f141c129ba6312eab/1544092730861/anst_erbj_232011_sv.pdf.

³⁹ Petra Herzfeld Olsson, Högkvalificerade arbetskraftsmigranterns rätt till likabehandling, 2019.

⁴⁰ SR 26/2018, s. 10.

⁴¹ Riksrevisionen s. 114.

⁴² Amelie Berg & Patrik Karlsson, 'Vår nästa rekrytering gör vi i Indien?' – förslag för bättre fungerande arbetskraftsinvandring, Svenskt Näringsliv, 2018, s. 14.

att kravet på grundläggande villkor uppfylls om arbetstagaren i denna del omfattas av det allmänna skyddet?

Klart är att många frågetecken kvarstod efter Luciadomarna. Frågetecknen gällde inte minst vilken sammanlagd nivå på anställningsvillkoren som måste upprätthållas.

6.3 Migrationsöverdomstolens nästa steg

Under våren 2018 levererade Migrationsöverdomstolen ytterligare några klagoranden till de frågor som lyfts ovan. Som skäl för ett beslut att avslå en ansökan om permanent uppehållstillstånd på grund av arbete angav Migrationsverket att den lön som utbetalats till den sökande inte var i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Lönen motsvarade heller inte vad som erbjudits. Förutsättningarna för arbetstillståndet var därför inte uppfyllda under tidigare tillståndsperioder.⁴³ Arbetstagaren överklagade beslutet och förklarade varför lönen faktiskt motsvarade kollektivavtalets krav. Lönen var ackordslön och varierade därför över tid. Utlovad lön i anställningserbjudandena utgjordes därför av uppskattad snittlön. Timlönen översteg dock alltid den för arbetstagaren gällande minimilönen.

Migrationsverket bestred emellertid bifall till överklagandet med stöd av att det varken framgick i anställningserbjudanden, anställningsintyg eller ansökningar om arbetstillstånd som har lämnats in att arbetstagaren skulle uppbära lägre lön än den angivna.⁴⁴ Migrationsdomstolen konstaterade att arbetstagaren fått lön i nivå med kollektivavtalet, men att arbetstagaren fått en lägre lön än den arbetstagaren erbjudits i anställningserbjudandet. Arbetsgivaren hade inte infriat de erbjudna anställningsvillkoren under tillståndsperioden. De tidigvarande förutsättningarna för arbetstillståndet var inte uppfyllda och några särskilda skäl för att bevilja ansökan ansågs inte heller uppfyllda därför avslogs arbetstagarens begäran.

Arbetstagaren överklagade domen. Migrationsverket bestred överklagandet och förde in några ytterligare argument i målet. För det första hade försörjningskravet inte varit uppfyllt under ett antal månader och dessutom hade arbetstagaren inte tagit ut semester enligt lagens krav.

Migrationsverket utvecklade argumenten om arbetserbjudandets betydelse. Migrationsverket menade att det måste kunna utgå ifrån att de uppgifter som framgår av anställningserbjudandet kommer att uppfyllas. Även om ett anställningserbjudande inte är juridiskt bindande har arbetsgivaren försäkrat att

⁴³ MIG 2018:12.

⁴⁴ Mål UM 5528-16, Migrationsdomstolen Avdelning 3 2017-01-27.

lämnade uppgifter är korrekta och därigenom kan det ställas krav på att arbetsgivaren verkligen uppfyller anställningsvillkoren.

I målet lyfte Migrationsverket problemet med vad som avses i utlänningslagen med att 'övriga anställningsvillkor ska vara i nivå med kollektivavtal eller praxis. Som Migrationsverket påtalar saknas stöd i förarbeten eller praxis om vad som avses med övriga anställningsvillkor. Migrationsverket anser dock att omständigheter som arbetstid och semester bör anses som anställningsvillkor. Av lönespecifikationerna i målet framgick inte att arbetstagaren under 2012 fått någon semester eller semesterförmåner som hen enligt lag haft rätt till.

I Migrationsöverdomstolen provades bland annat frågan om det fanns förutsättningar att bevilja arbetstagaren uppehålls- och arbetstillstånd. I målet aktualiserade både försörjningskravet och om lönen och övriga anställningsvillkor var i nivå med de villkor som följer av svenska kollektivavtal och praxis. Både frågan om nivån på semesterförmåner liksom lön skulle prövas.

När det gällde frågan vilken betydelse anställningserbudandet skulle ha i sammanhanget refererade Migrationsöverdomstolen till förarbetena till återkallelsebestämmelsen där det framgick att de faktiska anställningsvillkoren skulle jämföras med villkoren enligt svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Att anställningsvillkoren ändrats i förhållande till de i tillståndsärendet erbjudna villkoren borde inte i sig utgöra grund för återkallelse. Om anställningsvillkoren har ändrats i förhållande till vad som angavs i ansökningsförfarandet, men fortfarande är i nivå med kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen ska återkallelse inte ske.

När det gällde frågan om betydelsen av att lönen understigit anställningserbudandena angav Migrationsöverdomstolen att lagstiftaren syfte med bestämmelsen i 6 kap 2 § första stycket utlänningslagen är att motverka oseriösa arbetsgivare som ger sämre villkor till utländsk arbetskraft jämfört med dem som redan finns i Sverige. Det är mot den bakgrunden naturligt att ett erbjudande från en arbetsgivare som bifogas en ansökan om arbetstillstånd ges stor betydelse vid Migrationsverkets prövning av om tillstånd ska beviljas. Verket måste kunna fastställa att erbjudandet är seriöst och utgångspunkten bör vara att arbetstagaren också ska få den lön som han eller hon har erbjudits. Det går dock inte att utläsa av bestämmelsens ordalydelse eller dess förarbeten att det ska läggas så helt avgörande vikt vid erbjudandet som Migrationsverket hävdar. Om det finns godtagbara förklaringar till avvikelserna och om lönen och övriga anställningsvillkor fortfarande är i nivå med bl.a. kollektivavtal ansåg Migrationsöverdomstolen att uppehålls- och arbetstillstånd ändå ska kunna beviljas. Migrationsöverdomstolen ansåg i detta fall att avvikelserna mellan erbjuden och faktisk lön är godtagbara.

I målet framgick att arbetstagaren hade haft en timlön som något översteg den kollektivavtalsenliga lönen. Det ansågs därutöver visat att semester enligt lag tagits ut och att missen i lönespecifikationen var ett administrativt misstag. Sammantaget ansåg Migrationsöverdomstolen att anställningsvillkoren inte kunde anses ha varit sämre än de som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Överklagandet bifölls och Migrationsöverdomstolen beslutade att arbetstagaren skulle beviljas permanent uppehållstillstånd.

6.4 Några ytterligare klargörande,

Migrationsöverdomstolens dom MIG 2018:2 klargör att som huvudregel är det inte anställningserbjudandet som sätter nivån för vilka anställningsvillkor som kan ställas inför beslut om återkallelse och förlängning utan det är utlänningslagens krav som gäller. Visst utrymme för att lägga anställningserbjudandet till grund för prövningen lämnas dock. Domstolen öppnar för att det ska ges en godtagbar förklaring om ändringar skett. Vad som skulle ske om en sådan godtagbar förklaring inte ges är oklart. Det ska också påminnas om att anställningserbjudandet enbart innehåller uppgifter om lön och försäkringar.

När det gäller frågan om vilken betydelse arbetsrättslig lag som semesterlagen och arbetstidslagen ska ha ges inte något definitivt besked. Att Migrationsöverdomstolen resonerar kring semesterförmånerna kan tyda på att de anses ingå i den nivå som ska upprätthållas. Eftersom utgångspunkten är att de villkor som gäller för inhemska arbetstagare också ska gälla för arbetskraftsmigranterna borde utgångspunkten vara att all svensk arbetsrättslig lag ska tillämpas om inte kollektivavtal träffats om saken. En motsvarande bedömning görs av Migrationsverket.⁴⁵ Migrationsverket nämner särskilt semesterlagen (1977:480), arbetstidslagen (1982:673) och arbetsmiljölagen (1982:673).⁴⁶ Rimligtvis bör detsamma gälla diskrimineringslagstiftningen och lagen (1982:80) om anställningsskydd. Migrationsöverdomstolens hänvisning till att samtliga anställningsvillkor ska ligga till grund för helhetsbedömningen talar också för en sådan tolkning.⁴⁷

⁴⁵ Migrationsverket, Rättsverket, Rättsligt ställningstagande angående övriga anställningsvillkor enligt 6 kap 2 § utlänningslagen (2005:716) och hur sådana villkor ska bedömas, SR 39/2018, s. 2 f.

⁴⁶ A.a. s. 1.

⁴⁷ A.a. s. 3.

7 Avslutning

Att det finns en grundläggande problematik i att bristande tillämpning av anställningsvillkor i en typ av mål leder till kompensation och i ett annat utvisning är ett ämne vi har lämnat därhän i detta sammanhang men som väl behöver beaktas i den fortsatta rättstillämpningen när frågan om proportionalitetsprincipens innebörd i dessa fall klargörs och effekterna av dess tillämpning övervägs.

Ett annat problem är att Migrationsverket och förvaltningsdomstolarna ska tolka kollektivavtal och lag som normalt inte ligger inom deras behörighet för att avgöra vilka villkor som i praktiken tillämpats.⁴⁸ Situationen är inte ny men rymmer en oroande sprängkraft.

Frågan är om det är rimligt att lagstiftaren lämnar en för alla berörda parter så viktig fråga som den om vilka anställningsvillkor som måste vara uppfyllda för att beviljas och förlora ett arbets- och uppehållstillstånd till rättstillämpningen. Frågeställningen rör både förutsättningarna för att verka på den svenska arbetsmarknaden och grundläggande rättigheter för enskilda arbetskraftsmigranter. Det är snarare hög tid för lagstiftaren att ta ett genomtänkt grepp om vilka villkor som ska gälla för arbetskraftsinvandrare i Sverige.

⁴⁸ Om Migrationsverkets roll som kontrollerande myndighet ifråga om anställningsvillkor se Birgitta Nyström, Svensk arbetsrätt – på väg mot vad? I K. Ahlberg, P. Herzfeld Olsson & J. Malmberg (red.) Niklas Bruun i Sverige – en vänbok, Iustus 2017, s. 329f..

Beskrivningar av rättsdogmatisk metod

Om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett
rättsdogmatiskt tillvägagångssätt

MATTIAS HJERTSTEDT¹

1 Inledning

Örjan Edström är för många studenter och kolleger förknippad med kursen Examensarbete på juristprogrammet vid Umeå universitet, en kurs som han har varit ansvarig för under tretton års tid (2005–2018). Åtskilliga är de juriststudenter som genom åren antingen har handledts eller examinerats av Örjan.² För oss kolleger har han varit ett stort stöd i den svåra konsten att handleda och bedöma uppsatser.

Ofta har våra uppsatsstudenter upplevt metodbeskrivningen som ett av de knepigaste avsnitten att skriva, i vart fall de studenter – vilka har utgjort det stora flertalet – som i större eller mindre utsträckning har använt någon form av rättsdogmatisk metod. Innebörden av denna metod kan tyckas vara självklar,³ men vid ett närmare studium inses att även rättsdogmatik inrymmer metodfrågor som kräver väl övervägda ställningstaganden.⁴ Att som forskare gå till väga på ett metodiskt sätt och därutöver beskriva detta tillvägagångssätt har också uppfattats som ett grundläggande vetenskapligt krav.⁵

¹ Universitetslektor, Umeå universitet. Författaren riktar ett stort tack till Kajsa Henning-Mäki, Gabriella Hilberts, Lena Landström och Claes Sandgren, som samtliga har lämnat värdefulla synpunkter på ett utkast till text.

² Enbart sedan höstterminen 2012 – då den nyordningen infördes att handledare och examinator inte längre är samma person – har Örjan haft över hundra examinationer.

³ Jfr t.ex. Westberg, Peter, ”Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet” i Heuman, Lars (red.), Festskrift till Per Olof Bolding. Stockholm: Juristförlaget, 1992. s. 421.

⁴ Se vidare främst avsnitt 3.

⁵ Jfr t.ex. Bjereld, Ulf, Demker, Marie & Hinnfors, Jonas, Varför vetenskap? Om vikten av problem och teori i forskningsprocessen, 3:e uppl. Lund: Studentlitteratur, 2009. s. 107.

För de uppsatsförfattare som har stångats med metodavsnittet torde ett problem ha varit avsaknaden av litteratur på området. Åtskilligt har visserligen skrivits om den rättsdogmatiska metoden i en svensk kontext,⁶ men mer sällsynt förekommande är handfasta råd om vad som med fördel behandlas i ett metodavsnitt i en uppsats där en rättsdogmatisk metod har använts.⁷

Syftet med detta bidrag är att söka åtgärda denna lucka i litteraturen genom att diskutera exempel på metodöverväganden som kan aktualiseras vid användning av en rättsdogmatisk metod, såväl i juriststudenters examensarbeten som i avhandlingar och annan forskning. Framställningen inleds med ett kortfattat avsnitt om vad en rättsdogmatisk metod kan innebära. Därefter följer en analys av några exempel på metodologiska överväganden som kan aktualiseras vid användning av en rättsdogmatisk metod, såväl då det gäller att analysera gällande rätt som att undersöka vilka problem som finns med gällande rätt och hur dessa problem skulle kunna lösas. Slutligen följer några råd om vad en god rättsdogmatisk metodbeskrivning bör innehålla. De exempel som har valts kommer företrädesvis från området straffprocessrätt.

2 Allmänt om rättsdogmatisk metod

Rättsdogmatik är ett begrepp som flitigt har debatterats inom svensk rättsvetenskap. Begreppet har bland annat kritiserats för att ordet dogmatisk har en negativ klang som leder tanken fel, varför förslag till nya begrepp har lanserats.⁸ Icke desto mindre förefaller rättsdogmatik alltjämt vara den mest etablerade beteckningen på den allmänt vedertagna metod som används för att tolka gällande rätt.

⁶ Se t.ex. de referenser som återfinns i avsnitt 2.

⁷ Jfr dock Gröning, som i Gröning, Linda, EU, staten och rätten att straffa: Problem och principer för EU:s straffrättsliga lagstiftning. Stockholm: Santéus, 2008, s. LVII–LVIII diskuterar vad en *rättsvetenskaplig* metodbeskrivning bör innehålla. Jfr även Sandgren, som i Sandgren, Claes, ”Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006” i Peterson, Claes (red.), En minnesskrift: Juridiska fakulteten i Stockholm 100 år. Stockholm: Juridiska fakulteten, Stockholms universitet, 2007. s. 454–456 har undersökt hur den rättsdogmatiska metoden har beskrivits i avhandlingar från Stockholms universitet.

⁸ Se Agell i Agell, Anders, ”Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap” i Frändberg, Åke, Göranson, Ulf & Håstad, Torgny (red.), Festskrift till Stig Strömholm. Uppsala: Iustus, 1997. s. 35–62, som förespråkar begreppet ”konstruktiv rättsvetenskap” och Sandgren i Sandgren, Claes, ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”, Tidsskrift för Rättsvetenskap 2005, s. 655–656, som förordar beteckningar som ”analytisk rättsvetenskap” eller ”rättsanalytisk forskning”.

Även innehållet i begreppet rättsdogmatik är omdiskuterat.⁹ I ett annat verk av kapitelförfattarens hand anges emellertid en minimalistisk definition av rättsdogmatisk metod vara att den "... (1) avser att analysera vad som är gällande rätt i ett avseende genom att (2) tolka innehållet i de rättskällor som åtnjuter auktoritet".¹⁰ Det får ändå anses förhållandevis vedertaget att kärnan i rättsdogmatikens verksamhet är att på detta sätt närmare kartlägga innehållet i gällande rätt, en verksamhet som i denna uppsats kommer att benämnas *kartläggande* rättsdogmatik.

Många anser emellertid att den rättsdogmatiska metoden även inkluderar en kritisk analys av gällande rätt, det vill säga en analys av vilka förtjänster och – framför allt – vilka problem som finns med det nuvarande rättsläget.¹¹ Denna problemanalyserade verksamhet kallas i den följande framställningen för *kritisk* rättsdogmatik.

Slutligen menar många att även en analys av vilka lösningar som finns på problemen med gällande rätt inryms i den rättsdogmatiska metoden.¹² Denna problemlösande verksamhet benämns i denna uppsats för *konstruktiv* rättsdogmatik. Ofta är det dock inte helt enkelt att avgöra om en rättsvetares ståndpunkt utgör ett påstående de lege lata – över hur gällande rätt bör tolkas – eller ett uttalande de lege ferenda – över hur gällande borde förändras.¹³

3 Metodbeskrivning (I): Kartläggande rättsdogmatik

Metod kan sägas handla om framför allt tre frågor – (1) vilka fall som väljs ut för undersökning, (2) hur data samlas in och (3) hur data analyseras.¹⁴ Dessa tre grundläggande metodfrågor aktualiseras också i den traditionellt kartläggande rättsdogmatiska metoden, det vill säga den del av rättsdogmatiken som syftar till att analysera innehållet i gällande rätt.

⁹ Se t.ex. Westberg, 1992, s. 421–422.

¹⁰ Hjertstedt, Mattias, Tillgången till handlingar för brottsutredare: En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt, Uppsala: Iustus, 2011. s. 46.

¹¹ Se t.ex. Kleineman, Jan, "Rättsdogmatisk metod" i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2:a uppl. Lund: Studentlitteratur, 2018. s. 35–36.

¹² Se t.ex. Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap, Svensk Juristtidning 2004. s. 4. Jfr Lambertz, Göran, "Nyttig och onyttig rättsvetenskap", Svensk Juristtidning 2002. s. 265–266.

¹³ Se t.ex. Sandgren, 2007, s. 459 och Boucht, Johan, Polisiär våldsanvändning: En straff- och offentligrättslig undersökning. Uppsala: Iustus, 2011. s. 46–47 med där gjorda hänvisningar.

¹⁴ Jfr exempelvis dispositionen av framställningen i Esaiasson, Peter, Metodpraktikan: Konsten att studera samhälle, individ och marknad, 5:e uppl. Stockholm: Wolters Kluwer, 2017, där del II behandlar hur man lägger upp undersökningen (som till stor del handlar om val av fall) och del III rör hur man samlar in och analyserar data.

3.1 *Val av fall*

En första fråga en uppsatsförfattare kan ställa sig i ett metodavsnitt är vilka fall som studeras. Denna fråga har beröringspunkt med och överlappar delvis spörsmålet om uppsatsens avgränsningar. Så länge som valet av fall innebär metodologiska överväganden kan den dock med fördel behandlas i metodavsnittet.

I den allmänna metodlitteraturen brukar det talas om tre typer av metoder utifrån hur många fall som studeras: (1) Fallstudie – ett fall analyseras, (2) Komparativ metod – några fall undersöks och (3) Statistisk metod – många fall studeras (så många fall att det är möjligt att dra statistiska slutsatser).¹⁵ Av dessa är det framför allt den komparativa metoden men i viss mån även fallstudien som har relevans för den traditionella rättsdogmatiska metoden.

Den *komparativa* metoden innehåller ett jämförande moment och förknippas framför allt med sådana undersökningar där jämförelseobjekten utgörs av länder. Även inom rättsvetenskapen är det vanligt med komparativa undersökningar där olika rättsordningar jämförs. Om uppsatsen eller avhandlingen har en sådan komparativ ansats uppstår i regel en rad metodfrågor kring valet av länder som bör diskuteras i metodavsnittet: Varför har just dessa länders rättsordningar valts ut? Finns det för- och nackdelar med detta val? Hur har författaren försökt bemästra de metodproblem som uppstår?¹⁶

Jämförelseobjekten behöver dock inte nödvändigtvis utgöras av olika länders rättsordningar. Även exempelvis interna svenska regler – som olika former av tvångsmedel – kan jämföras, något som Asp benämner ett ”internt komparativt perspektiv”.¹⁷ Även med en sådan metod kan det finnas relevanta metodfrågor att diskutera: Varför har just dessa regelverk valts ut? Är regelverken verkligen helt jämförbara om de har olika syften? Betyder samma begrepp olika saker i de olika regelverken?

Då det gäller *fallstudien* kan ett rättsdogmatiskt exempel på denna metod sägas vara rättsfallsanalysen. Även vid den typen av undersökningar kan det vara motiverat att i metodavsnittet inkludera en diskussion om varför ett visst rättsfall har valts ut för analys.

¹⁵ Jfr beträffande statsvetenskap, Collier, David, ”The Comparative Method” i Finifter, Ada W. (red.), *Political Science: The State of the Discipline II*. Washington D.C., The American Political Science Association, 1993, s. 105–119.

¹⁶ Då det gäller metodfrågor vid komparativa undersökningar av olika rättssystem finns en mängd litteratur att tillgå, se t.ex. Zweigert, Konrad & Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3:e uppl. Oxford: Clarendon, 1998, s. 32–47.

¹⁷ Se Asp, Petter, ”Om relationistisk metod eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap” i Asp, Petter & Nuotio, Kimmo (red.), *Konsten att rättsvetenskap: Den tysta kunskapen i juridisk forskning*. Uppsala, Iustus, 2004. s. 54–55.

3.2 *Insamling av data*

Även insamlingen av data utgör en central fråga i metodbeskrivningen. Här kan besvärliga gränsdragningsproblem uppstå om man från metod vill särskilja begreppet material. För att undvika denna problematik är det kanske enklast att i uppsatsen eller avhandlingen använda sig av rubriken ”metod och material” (vilket är vanligt förekommande).

Vid en traditionell rättsdogmatisk metod utgörs data normalt sett av tryckt publicerat material i form av rättskällor.¹⁸ En viktig metodfråga som uppstår är vilka rättskällor som har valts ut för den aktuella undersökningen. Traditionella undersökningar av svensk rätt brukar ofta mer eller mindre vara en totalundersökning av befintliga rättskällor med relevans för det aktuella ämnet, vilket i sådana fall kan påpekas i metodavsnittet. Även vid totalundersökningar kan det dock diskuteras vad författaren anser vara rättskällor och inte – inkluderas exempelvis opublicerade hovrättsavgöranden men inte tingsrättsavgöranden i undersökningen?

Allt oftare måste emellertid regelrätta urval av rättskällor göras även i rättsdogmatiska undersökningar; exempelvis kan det finnas en ohanterlig mängd domar från Europadomstolen som har viss relevans för det studerade ämnet. Dessa urval måste då på ett tillfredsställande sätt beskrivas och motiveras i metodbeskrivningen.

De urvalsprinciper som används kan vara mer eller mindre lyckade. Att lägga tonvikt vid nyare avgöranden från Europadomstolen framstår som naturligt med tanke på denna domstols evolutiva metod.¹⁹ Att däremot exkludera förarbetsuttalanden ur en undersökning av svensk rätt på grund av platsbrist är svårare att försvara.

3.3 *Bearbetning av data*

Då det gäller bearbetningen av det insamlade materialet (rättskällorna) gör sig framför allt två metodfrågor gällande i fråga om rättsdogmatiska undersökningar. För det första är det viktigt att fråga sig hur uppsatsförfattaren viktat rättskällorna utifrån rättskällehierarkin. För det andra är det relevant att resonera kring vilken tolkningsmetod som är lämplig att används.

¹⁸ Det går dock att ifrågasätta att rättskällor alltid utgörs av publicerat material. Det förekommer exempelvis att äldre JO-fall som är av värde för rättstillämpningen endast finns tillgängliga i arkiv.

¹⁹ Den evolutiva metoden innebär att Europadomstolen tolkar Europakonventionen i ljuset av den pågående samhällsutvecklingen, se t.ex. Hjertstedt 2011, s. 137–140 med där gjorda hänvisningar.

Vad först *rättskällehierarkin* beträffar kan det framstå som självklart att ett förarbetsuttalande har ett större värde än en ståndpunkt i doktrinen. Värdet av en sådan källa som ett notisfall – det vill säga ett avgörande från HD eller HFD som har tagits in i notisavdelningen – är däremot högst omdiskuterad,²⁰ vilket gör det nödvändigt att uppsatsförfattaren utvecklar hur han eller hon ser på den aktuella källan. Ett annat exempel på en fråga som har dryftats är vilka verk som utgör doktrin eller inte.²¹ Ibland kan ett ämne aktualisera ett flertal olika typer av källor som har ett rättskällevärde som kan diskuteras – hur bör exempelvis allmänna råd och myndighetsbeslut betraktas? – och då kan det vara relevant att denna diskussion tillåts få mer utrymme i metodavsnittet.

Angående *tolkningsmetoder* finns det som bekant ett antal olika sätt att tolka lagtext. Hellner anser exempelvis att det finns två olika grunduppfattningar om hur tolkning av lagtext bör ske: Den ena gör gällande att en lagregels ändamål bör vara avgörande för tolkningen, medan den andra innebär att flera faktorer bör beaktas samtidigt.²² Vilken tolkningsmetod uppsatsförfattaren väljer har betydelse för vilken slutsats som kan dras – används exempelvis en teleologisk tolkning kan resultatet bli ett helt annat än om författaren gör en mer språkligt orienterad tolkning. I metodavsnittet – eller på annat lämpligt ställe – bör därför redovisas vilken metod författaren har använt sig av generellt eller i ett enskilt fall. Även detta val bör om möjligt motiveras; som exempel från tvångsmedelsområdet må nämnas att HD har ansett att tolkning av sådana regler som innebär rättighetsinskränkningar för enskilda bör ske till förmån för dessa enskilda,²³ varför det på detta område kan finnas skäl för uppsatsförfattare att välja en sådan tolkning.

4 Metodbeskrivning (II): Kritisk rättsdogmatik

Som redan nämnts syftar den kritiska rättsdogmatiken till att kritiskt granska gällande rätt, det vill säga att analysera förtjänster och brister med den gällande ordningen. För att på ett metodiskt sätt undersöka frågan om vilka problem som finns med gällande rätt krävs det emellertid någon form av måttstock eller standard för vad

²⁰ Se en sammanfattning av diskussionen i Ekroth, Jesper, JO-ämbetet: En offentligrättslig studie. Stockholm: Stockholms universitet, 2001. s. 285 med där gjorda hänvisningar.

²¹ För denna fråga se Hjertstedt, Mattias & Hilberts, Gabriella, ”Doktrin om tvångsmedel i nutid och framtid: En undersökning av juridisk litteratur om straffprocessuella tvångsmedel” i Edström, Örjan, Lindholm, Johan & Mannelqvist, Ruth (red.), Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år. Umeå: Umeå universitet, 2017. s. 121–122.

²² Hellner, Jan, Rättsteori: En introduktion, 2:a uppl. Stockholm: Juristförlaget, 1994. s. 77–78.

²³ Se NJA 1990 s. 537.

som utgör problem eller inte – är det exempelvis effektiviteten, rättssäkerheten eller både och som är föremål för kritik?

Ett exempel på en sådan måttstock återfinns i Hjertstedts analysmodell för god lagstiftning. Denna modell har utvecklats för en undersökning av tre regelverk på det brottsutredande området, men kan med vissa modifikationer användas inom andra områden.²⁴ Modellen utgår från att god lagstiftning uppvisar tre grundläggande kännetecken – begriplighet/klarhet, balans mellan intressen och koherens. Dessa tre kriterier på god lagstiftning har sedan brutits ner ytterligare för att en undersökning skall vara möjlig; exempelvis sker diskussionen beträffande de två förstnämnda kriterierna utifrån Europakonventionen som måttstock, det vill säga att svensk rätt är problematisk ifall den inte uppfyller de krav på klarhet och balans som Europakonventionen uppställer.²⁵

De storheter som utgör måttstock för vad som utgör problematisk lagstiftning eller problematisk gällande rätt måste ofta operationaliseras i flera led för att de skall vara möjliga att undersöka. Antag exempelvis att syftet med en uppsats är att kritiskt analysera gällande rätt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Begreppet rättssäkerhet är dock ett så mångfasetterat begrepp att det måste brytas ner i delkomponenter för att det skall vara meningsfullt att undersöka. Rättssäkerhet kan kategoriseras i formell rättssäkerhet, som i sin tur kan sönderdelas i exempelvis förutsebarhet, men det är först som det sistnämnda begreppet bryts ner i sådana storheter som reglers klarhet och tillgänglighet som det är möjligt att ”mäta” rättssäkerheten på ett adekvat sätt.

Ibland kan det vara svårt eller rentav omöjligt att hitta måttstockar som kan undersökas med en mer traditionell rättsdogmatisk metod som fokuserar på rättskällor. Antag att syftet med en uppsats är att kritiskt analysera en reglering ur effektivitetssynpunkt. För att mäta en sådan storhet krävs i vissa fall någon form av empirisk undersökning, till exempel av hur snabbt ett ärende handläggs.

Att utveckla en modell eller en måttstock för en kritisk analys betraktas dock ofta snarare som en teorifråga än ett metodologiskt spørsmål.²⁶ Hur författaren sedan använder sig av modellen för att undersöka det rättsliga materialet kan däremot ses som en metodfråga – vilka problem faller exempelvis bort om man enbart använder sig av Europakonventionen som ett mått på huruvida lagstiftningen är balanserad

²⁴ Se Karlsson, som i Karlsson, Rikard, Samverkan och sekretess: En rättsvetenskaplig studie av myndigheters informationsutbyte vid olyckor och extraordinära händelser. Umeå: Umeå universitet, 2015. främst s. 39–58, använder en modifierad variant av Hjertstedts modell på det katastrofbekämpande området (olyckor och extraordinära åtgärder).

²⁵ Se Hjertstedt, 2011, främst kap. 2.

²⁶ Jfr om teoribildning inom rättsvetenskapen Sandgren, Claes, ”Om teoribildning och rättsvetenskap” i Juridisk tidskrift 2004–05. s. 297–333.

mellan olika intressen?²⁷ Det är därför viktigt att en beskrivning av en kritisk rättsdogmatisk metod inkluderar en viss utveckling av vilken måttstock som bildar utgångspunkt för undersökningen och vilka metodologiska överväganden som den aktualiserar.

5 Metodbeskrivning (III): Konstruktiv rättsdogmatik

Vissa rättsdogmatiska framställningar inkluderar som redan påpekats även en konstruktiv analys, det vill säga en diskussion om hur de problem som finns med gällande rätt skulle kunna lösas. Ofta utgörs lösningarna av förslag till reviderad eller helt ny lagstiftning. Ett exempel på en fråga som därvid kräver metodologiska överväganden kan vara vilket urval av inspirationskällor som används, till exempel utländsk rätt eller tidigare lagstiftningsförslag.

Det är även möjligt med andra lösningsstrategier än lagstiftning, exempelvis utveckling av rättspraxis och myndighetsinterna åtgärder (som rekommendationer och riktlinjer).²⁸ En metodologisk diskussion om olika lösningsstrategiers för- och nackdelar kan då med fördel inkluderas i en sådan konstruktiv metodbeskrivning.

6 Avslutning: Vad är god metodbeskrivning?

Den föregående framställningen får ses som en exemplifiering av olika metodologiska överväganden som ett metodavsnitt skulle kunna innehålla vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt, något som skulle kunna vara till nytta för såväl studenter och doktorander som handledare. Tanken är inte att varje uppsats eller ens varje avhandling skall behandla alla de här nämnda exemplen på metodfrågor, utan beroende på ämnets inriktning och materialets karaktär blir olika typer av metodologiska överväganden mer eller mindre centrala. Är exempelvis den enda rättskälla som finns på området JO-avgöranden blir givetvis frågan om vilket värde som andra rättskällor har mindre intressant.

I det föregående har däremot mer undantagsvis diskuterats om vad som utgör en god metodbeskrivning. På kursen Examensarbete var ett av de betygskriterier som Örjan införde ”metodologisk medvetenhet”, vilket i praktiken i hög grad tog sikte på hur väl uppsatsförfattaren beskrivit sin (i många fall rättsdogmatiska) metod. Vad

²⁷ För mer allmänna risker med att forskare argumenterar de lege ferenda, se Heuman, Lars, ”Lagstiftarens och forskarens de-lege-ferenda argumentation” i Rosén, Jan (red.) Lex Ferenda: Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet. Stockholm: Juristförlaget, 1996. s. 87–94.

²⁸ Se vidare Hjertstedt, 2011, s. 94–97; jfr Wahlgren, Peter, Lagstiftning: Problem, teknik, möjligheter Stockholm: Norstedts Juridik, 2008. s. 113–277.

är det mer konkret som har gjort att Örjan och andra examinatorer bedömt vissa uppsatser som ”bristfälliga” och andra som ”mycket goda” med avseende på detta betygskriterium?

Mycket skulle kunna sägas om bedömningen av metodavsnitt. Här skall blott nämnas tre aspekter som är värda att tänka på vid författande av sådan text.

För det första bör metodbeskrivningar inte enbart fokusera vid materialet, utan även metodfrågor i egentlig mening. Som redan påpekats är skiljelinjen mellan vad som är metod respektive material ingalunda knivskarp, men alltför vanligt i uppsatser är att metodbeskrivningen uteslutande utgörs av en uppräkningslista av vilket material som har använts och – i bästa fall – viss källkritik. Bättre är då att även inkludera metodologiska frågor: Vilket rättsfall har valts ut och varför? Vilka metodologiska problem innebär det att göra ett visst urval och hur kan dessa problem tacklas? Vilken lagtolkningsmetod passar bäst att använda på det aktuella området?

För det andra bör metodresonemang inte i första hand föras på en abstrakt nivå, utan snarare på det som konkret rör den egna uppsatsen eller avhandlingen. Att teoretiskt diskutera kring vad rättsdogmatik innebär behöver visserligen inte vara förkastligt, utan kan tvärtom i många fall vara önskvärt. Viktigare är dock att metodavsnittet innehåller en diskussion om det tillvägagångssätt som författaren använt sig av i just den aktuella uppsatsen.

För det tredje bör ett metodavsnitt inte enbart utgöras av en beskrivning av den använda metoden utan även en problematisering av de metodfrågor som är aktuella. I detta bidrag har genomgående begreppet metodbeskrivning använts, men frågan är om inte metodanalys vore en mer adekvat benämning. Förutom en beskrivning av den aktuella metoden bör nämligen ett gott metodavsnitt även innehålla en analys av de metodologiska problem som den valda metoden har inneburit och hur dessa svårigheter har hanterats.

Avslutningsvis må dock framhållas att det naturligtvis inte enbart är själva beskrivningen av metoden utan (ännu mer) användningen av metoden som spelar roll för hur en uppsats skall bedömas. En aldrig så god metodbeskrivning kan inte läka den bristen att studenten använder sig av den rättsdogmatiska metoden på ett bristfälligt sätt.

Om den internationella straffrättens ändamål i Sverige

FANNY HOLM¹

Massövergrepp har skett under hela mänsklighetens historia men det var de omfattande övergreppen under andra världskriget som blev avgörande för att det internationella samfundet skulle enas om rättsliga åtgärder för att bemöta dessa. Genomförandet av Nürnbergrättegången blev startskottet för det internationella straffrättsliga systemet. Det här bidraget handlar om det bakomliggande syftet med ett sådant system. Vilken roll ska kriminaliseringen och processerna spela för individer, grupper och samhällen? Skiljer sig synsätten och rättfärdigandet när rättegångar för massövergrepp genomförs i Sverige? I bidraget analyseras hur ändamålen med den internationella straffrätten har formulerats i rättsliga källor och litteratur, både på det internationella planet och det svenska, och det visar att det föreligger en diskrepans mellan dessa nivåer. Detta avslöjar behovet av en förnyad diskussion om vad den internationella straffrätten ska fylla för ändamål nationellt, som bör involvera såväl lagstiftare som andra aktörer.

1 Inledning

Örjan Edström har varit min läromästare i rättslig teori och metod, både under tiden som student på grundnivå och på forskarutbildningsnivå. Han lyckades med konststycket att begripliggöra förhållandet mellan Foucault och Habermas tänkande med föregångare som Weber och Durkheim och jag glömmer aldrig hans schematiska och väldigt handfasta råd inför uppsats- och avhandlingsskrivande, inte minst det återkommande rådet om det lämpliga i att formulera ett syfte och ”tre forskningsfrågor”!

De diskussioner som Örjan initierade i doktorandgruppen har för mig framför allt grundlagt ett intresse för rättens bakomliggande syfte, särskilt när det gäller den

¹ Universitetslektor i internationell straffrätt vid Juridiska institutionen, Umeå universitet.

samhälleliga aspekten av vad lagstiftning och rättstillämpning kan fylla för ändamål inom mitt forskningsområde, den internationella straffrätten.

Den internationella straffrätten är resultatet av det internationella samfundets rättsliga åtgärder mot bland annat massövergrepp och krigsförbrytelser. Sådana har skett under hela mänsklighetens historia men det var de omfattande övergreppen under andra världskriget som blev avgörande för att det internationella samfundet skulle enas om rättsliga åtgärder för att bemöta dessa. Genomförandet av Nürnbergrättegången blev startskottet för det internationella straffrättsliga systemet. Det här bidraget handlar om det bakomliggande syftet med ett sådant system. Vilken roll ska kriminaliseringen och processerna spela för individer, grupper och samhällen? Skiljer sig synsätten och rättfärdigandet när rättegångar för massövergrepp genomförs i Sverige? I bidraget analyseras hur ändamålen med den internationella straffrätten har formulerats i rättsliga källor och litteratur, både på det internationella planet och det svenska. Den internationella straffrätten har nämligen på senare år fått genomslag i Sverige.

Det här syns i både lagstiftning, rättspraxis och institutioner. Romstadgan för den Internationella brottmålsdomstolen (Romstadgan), vilken fastställer principen om komplementaritet – alltså staternas eget primära ansvar att lagföra sådana allvarliga brott – ratificerades av Sverige år 2001. Sverige har åtminstone sedan 2011 genomfört rättegångar baserade på universell jurisdiktion för folkmord och krigsförbrytelser. Lag (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser trädde i kraft i juli 2014. Stora migrationsströmmar från olika konflikthärddar har också fört ett stort antal människor till Sverige med direkta erfarenheter av dessa brott och ett tiotal rättegångar har redan genomförts. Frågan är om de här åtgärderna har åtföljts av en diskussion på det teoretiska planet om vad dessa processer ska fylla för ändamål.

En utgångspunkt som tas här är att all juridik existerar för att möta samhälleliga behov.² Dessa behov kan uttryckas på olika sätt – som värden, funktioner, syften, ändamål, rättfärdiganden. I den här texten används ordet ändamål. I det följande ska visas vilka ändamål som åberopas i förhållande till det internationella straffrättssystemet, både internationellt och i Sverige. Med det internationella straffrättssystemet menas både straffrätten och straffprocessen. Vidare kommer att analyseras och diskuteras om en överensstämmelse mellan dessa nivåer föreligger och är önskvärd. Det material som undersöks är doktrin och andra rättsliga källor, med fokus på Romstadgan och dess genomförande i svensk rätt.

² Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Reissue, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 24.

Internationell straffrätt omfattar i det här bidraget sådana brott som faller inom den Internationella brottmålsdomstolens jurisdiktion, nämligen folkmord, brott mot mänskligheten, krigsförbrytelser och aggressionsbrottet.³

2 Den internationella straffrättens särart

Ända sedan Nürnbergrättegången har den internationella straffrätten varit ett extraordinärt fält. Det handlar om exceptionella grymheter, företagna på ett systematiskt sätt och i stor omfattning och i extrema situationer; stater involverade i väpnad konflikt, etniska eller religiösa stridigheter, politisk oro, revolutioner eller andra grundläggande förändringar av samhället.⁴ Rättegångarna är ofta en del av en större samhällslig övergång från ett styre till ett annat, från konflikt till fred, från diktatur till demokrati.⁵ Rättegångarna kan förutom ansvarsutkrävande erbjuda sätt att ge offren en möjlighet att höras och att få gottgörelse, men också bidra till sanningssökande och historieskrivning. Med dessa möjligheter kommer förstås också risken att rättegångar används i politiska syften, där en part i en konflikt vill undvika delar av sådan historieskrivning.⁶ Statliga aktörer är många gånger delaktiga i brotten, vilket kan förklara varför de genom historien oftast inte lagförts.⁷ Då krigsförbrytelser har begåtts, har den vinnande sidan i en konflikt många gånger

³ Art. 5, Romstadgan för den Internationella brottmålsdomstolen, antagen 17 juli 1998 av "the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court", U.N. Doc. A/CONF.183/9.

⁴ Luban, David, *Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law* i *The Philosophy of International Law* (red. Samantha Besson & John Tasioulas) s. 569-588. Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 574.

⁵ Numera kallas rättsliga åtgärder i sådana övergångskontexter ofta för övergångsrättvisa, eller Transitional Justice.

⁶ Ett exempel är den halvinternationella röda-khmertribunalen i Kambodja där domstolen återkommande sägs påverkas av politiska påtryckningar. Se t.ex. Torrens, Shannon Maree, *Allegations of Political Interference, Bias and Corruption at the ECCC. I The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* Meisenberg S., Stegmiller I. (red.), s. 45–75, *International Criminal Justice Series*, vol 6. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016.

⁷ Heikkilä, Mikaela, *Coping with International Atrocities through Criminal Law: A Study of the Typical Features of International Criminality and the Reflection of these Traits in International Criminal Law*, Åbo Akademi University, Åbo, 2013, s 19 f. Med tiden har dock den ökade andelen interna väpnade konflikter, där flera väpnade grupper kan strida mot varandra, utmanat den traditionella uppfattningen att det är statliga aktörer som är delaktiga i brotten, *ibid*, s. 171.

avrättat motståndarsidans krigsförbrytare utan rättegång medan krigsförbrytare i de egna leden gått straffria.⁸

Den ideologiska eller politiska komponenten kan innebära att förövare uppfattar offren som förövare själva, som tillhörande en grupp som uppfattas som ”fiende” eller ”de andra” och som farliga.⁹

En ytterligare omständighet som omgärdar de internationella brotten är att oftare än vid vanliga brott har de internationella brotten ett samband med att förövare och offer lämnar staten där brottet begicks.¹⁰ Detta hänger ihop med att brotten många gånger begås i en kontext av omfattande övergrepp eller väpnad konflikt, som i sig leder till att människor, både förövare och offer, flyr.

Självklart utgör dessa särdrag utmaningar för det svenska rättsväsendet. Det stora flertalet förundersökningar rörande ”vanliga” våldsbrott omfattar en misstänkt och ett offer, medan det i de nu aktuella fallen kan finnas tusentals potentiella målsägande och förövare.¹¹ I Kambodja, där så många som en femtedel av befolkningen dog under den fyra år långa röda khmer-regimen, skulle man kunna påstå att alla är offer i någon bemärkelse. I Sudan uppskattas antalet offer till två miljoner. I rättegången mot Slobodan Milošević vid Internationella krigsförbrytartribunalen för forna Jugoslavien (ICTY) omfattade åtalet stora delar av konflikten, vilket bidrog till att rättegången drog ut på tiden och aldrig hann slutföras innan den tilltalade dog i häkte.¹²

Bedömningen av när och hur en stat som Sverige kan utreda och lagföra dessa brott påverkas självklart av vad dessa processer ämnar fylla för funktion. Den internationella straffrättens särart har gjort att författare har föreslagit att sådana rättegångar och straff för brotten fyller fler syften än de som brukar åberopas i förhållande till vanliga brott, som exempelvis att rättegångar genomförs i syfte att bidra till fred och försoning.¹³

⁸ Se exempelvis Luban, David, *Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law* i *The Philosophy of International Law* (red. Samantha Besson & John Tasioulas) s. 569-588. Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 584; Heikkilä, Mikaela, 2013, s. 1.

⁹ Letschert, Rianne, Haveman, Roelof, De Brouwer, Anne-Marie & Pemberton, Antony (red.), *Victimological Approaches to International Crimes: Africa*. Intersentia, Cambridge, 2010.

¹⁰ Holm, Fanny, *Justice for Victims of Atrocity Crimes: Prosecution and Reparations under International Law*. Umeå universitet, Umeå, 2017, avsnitt 1.1.

¹¹ Heikkilä, 2013, kap. 2.

¹² Se om Milošević-rättegången Scharf, Michael, Slobodan Milošević. I *The Cambridge companion to International Criminal Law* (red. William Schabas) s. 295-311. Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

¹³ Se t.ex. Cassese, Antonio, *Reflections on International Criminal Justice*. *Modern Law Review* 61 nr. 1 (1998): 1-10, särskilt s. 6.

3 Den internationella diskussionen om ändamål

Romstadgan förhandlades fram under en lång tidsperiod men det var först under konferensen i Rom år 1998 som staterna slutligt enades om dess utformning. Stadgan är ett historiskt dokument, eftersom den skapade den första permanenta domstolen för allvarliga brott mot internationell rätt, Internationella brottmålsdomstolen (ICC). Den skapade också vad jag vill påstå är ett internationellt straffrättsligt system, om man beaktar komplementaritetsprincipen i artikel 17 i Romstadgan, som förutsätter att domstolen endast lagför i de fall staterna som har jurisdiktion över brotten saknar vilja eller förmåga att själva lagföra.

Vilka ändamål är det då som detta system ämnar att uppnå? Ändamål som har återopats i de folkrättsliga källorna vad gäller den internationella straffrätten och straffprocessen är retribution, prevention (allmän och individuell),¹⁴ inkapacitering, rehabilitering, utbildning, brottsofferintressen (skydd, gottgörelse m.m.), sanningssökande, försoning, statsuveränitet, effektivitet och rättssäkerhet.¹⁵ Redan denna uppräkningslista är tämligen lång, men det ska framhållas att den inte är uttömmande. Det är också så att ändamålen som återopats ändras över tid. En kort genomgång av hur några av de nu uppräknade ändamålen kommit till uttryck i rättskällorna följer.

Traditionellt placeras de överväganden som gjort att stater enats om ett visst instrument – dess bakomliggande syfte eller ändamål – i en ingress till det internationella traktatet. I ingressen för Romstadgan uttrycks bl.a. att

”[D]e stater som är parter i denna stadga [...] som är beslutna att hindra att de som gör sig skyldiga till dessa brott går ostraffade och att därigenom medverka till att förebygga sådana brott”.¹⁶

Av uttalandet kan konstateras att det huvudsakliga syftet med domstolen är att motverka strafffrihet (impunity) och att förebygga ny brottslighet. En sådan syn på syftet med straffrättsliga åtgärder kommer även till uttryck i andra folkrättsliga källor

¹⁴ Allmänprevention syftar till att avhålla allmänheten från att begå brott, medan individualprevention syftar till att förmå brottslingen att avhålla sig från att begå nya brott.

¹⁵ Klamberg, Mark, *Evidence in International Criminal Procedure : Confronting Legal Gaps and the Reconstruction of Disputed Events*. Stockholms universitet, Stockholm, 2012, s. 49; Cryer Robert, Friman, Håkan., Wilmschurst, Elizabeth, & Robinson, Darryl, *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 29.

¹⁶ Ingressen till Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen, femte stycket.

avseende grova överträdelser av mänskliga rättigheter.¹⁷ Den tidigare FN-kommissionen för mänskliga rättigheter har vid upprepade tillfällen påtalat vikten av att inte tillåta straffrihet för att på sikt förebygga överträdelser av internationella mänskliga rättigheter.¹⁸ Prevention nämns också i rättspraxis vid ICC.¹⁹ I exempelvis *Katanga* hänvisas till ovan nämnda stycke i ingressen och att straffet ska vara avskräckande.²⁰ Det finns alltså en uttrycklig ambition att den nya domstolen ska förebygga dessa allvarliga brott. Det är dessvärre svårt att empiriskt belägga att rättegångar för internationella brott förebygger ny brottslighet. Ett sätt att studera förebyggande är att undersöka om ett straffrättsligt system har en avskräckande effekt och ett visst samband mellan rättegångar för internationella brott och en avskräckande effekt har kunnat påvisas.²¹ Det handlar här om förebyggande av det allmänpreventiva slaget.

I Romstadgans ingress nämns också uttryckligen i andra stycket att staterna som är parter till stadgan “[ä]r medvetna om att miljontals barn, kvinnor och män under detta århundrade har fallit offer för ofattbara skändligheter som djupt skakar

¹⁷ Nowak, Manfred, *Torture and Enforced Disappearance*. I *International Protection of Human Rights: A Textbook*, 2nd ed. (red. Catarina Krause & Martin Scheinin) 153-188. Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, Åbo, 2012, s. 165; Roht-Arriaza, Naomi, *Punishment, Redress, and Pardon: Theoretical and Psychological Approaches*. I *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (red. Naomi Roht-Arriaza) 13-23. Oxford University Press, Oxford, 1995, s. 14.

¹⁸ Se exempelvis Commission on Human Rights, Res. 2004/72, *Impunity*, 21 april 2004, E/CN.4/RES/2004/72, s. 51 f, stycke 1. Det finns ett antal resolutioner från FN: generalförsamling som tar sikte på straffrihet (impunity), se inventering i Roht-Arriaza, Naomi. *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*. *California Law Review* 78 nr. 2 (1990): 449-513, särskilt s. 498-500; Seibert-Fohr, Anja. *Prosecuting Serious Human Rights Violations*. Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 266.

¹⁹ ICC, Trial Chamber III, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 21 juni 2016, ICC-01/05-01/08-3399, stycke 10.

²⁰ ICC, Trial Chamber II, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 23 maj 2014, ICC-01/04-01/07-3484-tENG-Corr, stycke 37-38.

²¹ Sikkink, Kahryn, Kim, Hunjoon. Explaining the Deterrence Effect of Human Rights Prosecutions for Transitional Countries. *International Studies Quarterly* 54 (2010): 939-963. Ett sådant samband har också påvisats i förhållande till ICC av Mullins, Christopher W. & Rothe, Dawn. *The Ability of the International Criminal Court to Deter Violations of International Criminal Law: A Theoretical Assessment*. *International Criminal Law Review* 10, no. 5 (2010): 771-786. Andra författare ifrågasätter metoden och överförbarheten av Sikkink och Kims resultat, se Cronin-Furman, Kate (2013). *Managing Expectations: International Criminal Trials and the Prospects for Deterrence of Mass Atrocity*, *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, 2013, 434-454; Tallgren, Immi. *The Sensibility and Sense of International Criminal Law*. *European Journal of International Law* 13 no. 3 (2002): 561-595, s. 594.

mänsklighetens samvete”.²² Att offren för övergreppen uppmärksammas är något som ligger i tiden. Sedan Nürnberggrättegången har brottsoffer vunnit mark i diskussioner kring brott och straff. Det har lett till idéer om att skipandet av rättvisa kräver mer än att bara straffa förövarna.²³ Nuförtiden är brottsoffers intressen och behov del av många straffrättsliga och straffprocessrättsliga teorier, både när det gäller ”vanliga” brott och internationella brott. Som McGonigle mycket riktigt påpekar, har dessa moderna straffrättsliga teorier expanderat till mer omfattande och övergripande teorier om straffrättslig rättskipning och fokuserar inte enbart på teorier om straff.²⁴

Hon är inte ensam om att applicera sådana tankar på den internationella straffrätten. Många kommentatorer identifierar brottsoffers rättigheter och intressen som underliggande värden i det internationella straffrättsliga systemet och vid ICC.²⁵ Detta värde formuleras i litteraturen på bl.a. följande sätt: “providing victims with redress, which in some ways compensates them for the harm they have suffered and the losses incurred”²⁶, “official acknowledgement of past injustices and the sufferings of victims”²⁷ och “collective reconciliation and reparations to victims”²⁸.

Utöver dessa syften för skapandet av ICC lämnar Romstadgans ordalydelse föga vägledning men ytterligare ändamål med straff och straffprocesser för internationella brott har kommit till uttryck i praxis från de internationella krigsförbrytartribunalerna och ICC. I *Aleksowski* uttalar ICTY att straffet syftar till

²² Ingressen till Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen, andra stycket.

²³ de Brouwer, Anne-Marie & Groenhuisen, Mark, *The Role of Victims in International Criminal Proceedings*. I *International criminal procedure: Towards a coherent body of law*, (red. Sergej Vasiliev & Göran Sluiter), s. 149-204. Cameron May, London, 2009, s. 151.

²⁴ McGonigle Leyh, Brianne, *Procedural Justice? Victim Participation in International Criminal Proceedings*. Intersentia, Cambridge, 2011, s. 36.

²⁵ See e.g. Bottiglierio, Ilaria, *Redress for victims of crimes under international law*. Martinus Nijhoff, Boston, 2004; Dwertmann, Eva, *The Reparation System of the International Criminal Court: Its Implementation, Possibilities and Limitations*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2010, s. 32; Jorda, Claude & de Hemptinne, Jérôme, *The Status and Role of the Victim*. In *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, vol. 2, Cassese, Antonio, Gaeta, Paola & Jones, John R.W.D. (eds.), pp. 1387-1419. Oxford University Press, Oxford, 2002.

²⁶ Bassiouni, M. Cherif. *The Philosophy and Policy of International Criminal Justice*. In *Man’s Inhumanity to Man – Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Vorah, Pocar & Featherstone (eds.), pp. 65-126. The Hague, Kluwer Law International, s. 125.

²⁷ Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 327-28.

²⁸ Fife, Rolf Einar (2008). *Article 77 – Applicable Penalties*. In *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article*, 2nd ed., Triffterer, Otto (ed.), pp. 1419-1432. München: Beck, s. 1420.

att förmedla ett fördömande av handlandet ifråga.²⁹ Detta är ett uttryck för den retributiva straffteorin, vilket är en av de äldsta och fortfarande mycket betydelsefulla straffrättsliga teorierna. Enligt den retributiva teorin ses straff som ett uttryck för etiska krav, för rättvisa. En individ förtjänar att bli straffad om han eller hon begår en brottslig handling.³⁰ En viktig del av den retributiva teorin är att straffet ska vara proportionellt till brottets allvarlighet, vilket tribunalen också påpekade i *Todorović*.³¹

Ytterligare en funktion som ICTY tar upp är det moderna sättet att se på straffrätten som ett sätt att kommunicera med förövaren, brottsoffret och det omgivande samhället vilken slags felaktig och brottslig handling som företagits.³² ICTY uttrycker detta som att domarna har en utbildande funktion, att de skickar en signal om att internationell humanitär rätt måste följas och en förhoppning om att straffet kommer att internalisera dessa regler och dess underliggande moral hos allmänheten.³³ Det här ställningstagandet ligger nära tanken om att straffet har en förebyggande verkan (se ovan). Den här kommunikativa aspekten har bedömts i litteraturen som det mest framträdande och viktigaste syftet med den internationella straffrätten.³⁴

Ytterligare en funktion med internationella rättsprocesser och straff som framhållits i praxis är rättsprocessernas betydelse för fred och försoning.³⁵ Ett exempel är rättegången mot Biljana Plavšić, vicepresident i Republika Srpska under året 1992. Plavšić överlämnade sig själv till ICTY, erkände brott mot mänskligheten, uttryckte sin ånger och att hon önskade förmedla någon slags tröst till de oskyldiga offren – muslimer, kroater och serber – för kriget i Bosnien och Herzegovina.³⁶ När hon senare dömdes uttrycktes i domskälen

²⁹ ICTY, Prosecutor v. Aleksovski, Appeals Chamber Judgment, 24 March 2000, Case No. IT-95-14/1-A, stycke 185.

³⁰ Duff, Antony & Garland, David. An Introduction: Thinking About Punishment. I A Reader On Punishment, Duff & Garland (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1994, s. 6-8; Lacey, Nicola, State Punishment. Political Principles and Community Values. Routledge, London, 1988, s. 16-27.

³¹ ICTY, Prosecutor v. Todorovic, Trial Chamber I, 31 juli 2001, stycke 29.

³² Duff & Garland, 1994, s. 8.

³³ Kordic och Cerkez, ICTY A.Ch., 17 December 2004, stycke 1080-1.

³⁴ Duff, Antony (2010). Authority and Responsibility in International Criminal Law. In The Philosophy of International Law, Samantha Besson & John Tasioulas (eds.), s. 589-604.

³⁵ Nikolić, ICTY T. Ch., 12 december 2003, stycke 60. Al-Mahdi, ICC, T. Ch. VIII, dom den 27 september 2016, stycke 67.

³⁶ Plavšić, ICTY T. Ch. III, 27 februari 2003, stycke 19.

”[t]hat acknowledgment and full disclosure of serious crimes are very important when establishing the truth in relation to such crimes. This, together with acceptance of responsibility for the committed wrongs, will promote reconciliation.”³⁷

Det här är ett uttryck för en syn på ändamålet med straffrätten och processerna, som är bredare än de traditionella. Ibland diskuteras detta med uttrycket ”no peace without justice”, ett antagande om att straffrättsligt ansvarsutkrävande leder till att väpnade konflikter får ett slut. En sådan effekt är naturligtvis svår att bevisa empiriskt men det finns indikationer på att åtal har bidragit till försoning i t.ex. Latinamerika.³⁸ Forskning har även lyft fram att fred och försoning kräver mer än ansvarsutkrävande. Clarks studie av Bosnien-Hercegovina, Kroatien och Kosovo, och den betydelse ICTY har haft på försoningen i dessa stater, visar att det inte är realistiskt att tro att en domstol ensam kan skapa försoning i konflikthärjade stater.³⁹ Clark betonar vikten av att domstolarnas arbete måste kompletteras med andra rättsliga åtgärder och mekanismer.⁴⁰ De senaste tjugo åren har ett helt forskningsfält vuxit fram som betonar just detta, övergångsrättvisa (transitional justice).

Övergångsrättvisa är ett sätt att se på och hantera övergångar från auktoritära regimer eller väpnad konflikt med en rad åtgärder som syftar till att återbygga fragmenterade samhällen, förebygga återupprepade våldsamheter och uppnå fred, rättsstatlighet och demokrati.⁴¹ Teoribildningen inom övergångsrättvisa framhåller

³⁷ Plavšić, ICTY T. Ch. III, 27 februari 2003, stycke 80.

³⁸ See e.g. Ohlin, Jens (2009). Peace, Security and Prosecutorial Discretion. In *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Stahn, Carsten & Sluiter, Göran (eds.), pp.185-208. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, s. 203-205. Frågan är hur långt man kan dra dessa slutsatser, med tanke på hur enkelt det är att hitta exempel där stater gått vidare efter ett våldsamt förflutet utan att ha åtalat övergreppen, vilket är situationen i de flesta europeiska stater, se Tallgren, Immi (2002). The Sensibility and Sense of International Criminal Law. *European Journal of International Law* vol. 13 no. 3, pp. 561-595, särskilt s. 592.

³⁹ Clark, Janine Natalya (2014). *International Trials and Reconciliation: Assessing the Impact of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. London and New York: Routledge.

⁴⁰ Clark, 2014.

⁴¹ Buckley-Zistel, S., Koloma Beck, T., Braun, C. & Mieth, F. (2014). Transitional justice theories: An introduction. In *Transitional Justice Theories*, Buckley-Zistel, Koloma Beck, Braun & Mieth (eds.), 1-16. London and New York: Routledge; De Greiff, P. (2012). Theorizing transitional justice. In *Transitional Justice*, Williams, Elster, Nagy (eds), 31-77. New York: New York University Press; Roth-Arriaza, N. & Mariezcurrena, (eds.) (2006). *Transitional Justice in the Twenty-First Century: Beyond Truth versus Justice*. Cambridge: Cambridge University Press; Straus, S. (2016). What is being Prevented? Genocide, Mass Atrocity, and Conceptual Ambiguity in the Anti-Atrocity Movement. In *Reconstructing Atrocity Prevention*, Rosenberg, Galis, Zucker (eds.), 17-30. Cambridge: Cambridge University Press; Teitel, R.G. (2014). *Globalizing Transitional Justice: Contemporary Essays*. Oxford: Oxford University Press; van der Merwe, H. & Lykes, B. (2016).

betydelsen av att se övergripande på dessa samhällen. Straffrättsliga åtgärder är endast en del av ett större paket av åtgärder som samhället behöver i övergången, för att uppnå mål som försoning, fred och demokrati.

Inom övergångsrättvisa tas ett helhetsgrepp på rättvisa vid övergången som omfattar hela samhället. Stat, offer, samhället i stort och ett stort spektrum av åtgärder, anses viktiga för att uppnå målen. Tankarna delar onekligen drag med andra samtida teorier om straffrättsystemet såsom reparativ rättvisa och terapeutisk juridik, men tar alltså sikte på dessa speciella situationer och samhällen. Terapeutisk juridik kan beskrivas som användandet av samhällsvetenskap för att studera i vilken utsträckning en rättsregel eller rättstillämpning främjar det fysiska och psykiska välbefinnandet hos de personer som berörs.⁴² Diesen förklarar hur terapeutisk juridik omfattar studier av rättens roll som en “therapeutic agent” där rättsliga aktörer måste använda teorier och empiriska resultat från samhällsvetenskaperna för att förbättra de rättskipande verksamheterna.⁴³ Sådana metoder, applicerade inom ramen för rättsprocesser, skulle kunna innebära ett bättre bemötande av behov och intressen hos offer för internationella brott.⁴⁴

Reparativ rättvisa (restorative justice) är en annan modern straffrättslig teori som fokuserar på försoning. Den kan inkludera såväl retributiva och reparativa inslag som ett samhälleligt perspektiv. Teorin började som ett nytt sätt att se på “vanliga” brott i system som traditionellt endast låtit brottsoffer delta i brottmålsprocessen i rollen som vittne. Den tar sikte på att erbjuda ett sätt att försona förövare, offer och samhällen i relativt välfungerande stater. En del av teorin tar sikte på medling som ett sätt att nå denna försoning, och man kan diskutera om sådan är lämplig i situationer av allvarlig massbrottslighet.⁴⁵ Det går dock att överföra en del av tankegodset kring försoning och samhälle på de internationella brotten och i litteraturen förkommer de som anser att teorin är tillämplig på de rättsliga processer

Transitional Justice Processes as Teachable Moments. *International Journal of Transitional Justice* 10, 361-365.

⁴² Diesen, Christian (2006). Therapeutic Jurisprudence – an Introduction From a Swedish Perspective. *Scandinavian Studies in Law* vol. 51, pp. 131-161, särskilt s. 133.

⁴³ Diesen, 2006, s. 133.

⁴⁴ Doak, Jonathan (2011). The Therapeutic Dimension of Transitional Justice: Emotional Repair and Victim Satisfaction in International Trials and Truth Commissions. *International Criminal Law Review* vol. 11, nr. 2, s. 263-298. Se mer om terapeutisk juridik ex. Wexler, David B. & Winick, Bruce J. (1998). *Law in a Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence*. Carolina Academic Press: Durham, NC.

⁴⁵ En skeptiker är Dwertmann, 2010, s. 42.

som genomförs som en del av övergången från väpnad konflikt och fragilitet till fred och demokrati.⁴⁶

Både terapeutisk juridik och reparativ rättvisa skulle alltså kunna ha relevans för den internationella straffrätten, men detta är inte något som framhållits i varken lagstiftning eller praxis vid de internationella tribunalerna eller ICC, utan argumentet står endast att finna i litteraturen. Samma slutsats kan dras om det symboliska värdet som rättegångar kan ha. Enligt detta synsätt kan åtalet av en förövare tillåta rättegången att tjäna som symbol för ett större antal förövare.⁴⁷

Avslutningsvis ska några ord sägas om rättssäkerhet som ett inneboende värde som vägleder internationella straffrättsprocesser.⁴⁸ Packer är den tänkare som kanske framför andra identifierat den i straffprocessen inneboende konflikten mellan att genomföra straffrätten (enkelt uttryckt att döma så många som möjligt) och att samtidigt garantera rättssäkerheten för den tilltalade.⁴⁹ Luban diskuterar vikten av att de internationella straffprocesserna får *legitimitet* och att denna bygger på respekt för principer som rättvis rättegång, likhet inför lagen, objektiv tillämpning av mänskliga rättigheter och att frikänna vid bristande bevisning. Han menar rentav att frikännandet av tre tilltalade vid Nürnbergrättegången var det bästa som kunde hända den internationella straffrätten.⁵⁰ Visserligen är inte rättssäkerhet eller rättsstatens principer något som uttrycks i ingressen till Romstadgan, men principerna har fått stort genomslag i Romstadgan, t.ex. i form av legalitetsprincipen (artikel 22) och rättssäkerhetsgarantier för den tilltalade.⁵¹ Även i de övriga, tillfälliga, brottmålsribunalerna och –domstolarna har så varit fallet.⁵²

Den här översikten visar att traditionella ändamål med straffrätt och straffprocess kommit till uttryck i de folkrättsliga källorna, liksom senare tillkomna och bredare ändamål, som rättvisa för offren, att bidra till försoning och att kommunicera brottens allvarlighet med en större allmänhet. Det kan konstateras att dessa bredare ändamål eller syften kommit till uttryck inte bara i litteraturen, utan även i praxis och till viss del i Romstadgan. Det blir därför intressant att undersöka huruvida den

⁴⁶ Doak, 2011.

⁴⁷ Tallgren har problematiserat detta synsätt eftersom det motsäger principen om likhet inför lagen. Ett annat problem som hon påtalar är att symbolism riskerar att gå emot Kants princip om att inte använda en person som ett medel, utan endast som ett mål i sig själv, se Tallgren, 2002, s. 592.

⁴⁸ Luban, David, *Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law*, i *The Philosophy of International Law* (red. Samantha Besson & John Tasioulas), s. 569-588. Oxford University Press, Oxford, 2010. Packer, Herbert. *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968.

⁴⁹ Packer, Herbert, *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford University Press, 1968.

⁵⁰ Luban, 2010, s. 579.

⁵¹ Exempelvis i artiklarna 55, 61, 66 och 67.

⁵² Klamberg, 2012, s. 53.

svenska regleringen och rättstillämpningen av romstadgebrotten tar hänsyn till dessa övergripande ändamål såsom de uttryckts. En utgångspunkt är att genomförandet i Sverige av folkrättsliga förpliktelser ska vila på samma överväganden som den folkrättsliga traktaten ursprungligen vilar på.

4 Den svenska diskussionen om syften

I den svenska kriminalpolitiken återkommer flera av de ändamål som nämnts internationellt. Det rör sig återigen om retributiva rättviseargument och preventionsargument. Olika argument ges generellt olika tyngd beroende på om diskussionen rör kriminalisering eller exempelvis påföljd. Över tid har argumenten skiftat, från det individualpreventiva fokuset på 1960- och 70-talen (behandlingsideologin) till påföljdsreformen år 1988 där allmänprevention betonades som varande bestraffningens syfte och där det retributiva inslaget vann mark. I betänkandet anammades H.L.A. Harts tankar om att olika teorier kan ha bäring på olika nivåer.⁵³ En teori kan påverka beslutet att kriminalisera en gärning medan en annan får betydelse vid straffbestämningen.⁵⁴ Vikten av proportionalitet mellan brott och straff, baserat på ett rättviseresonemang, betonades.⁵⁵

I likhet med den internationella litteraturen förekommer i den svenska bredare straffrättsliga teorier, däribland teorierna om reparativ rättvisa och terapeutisk juridik.⁵⁶ Dessa teorier handlar inte så mycket om att rättfärdiga själva straffet som vilken funktion straffrättsystemet i bredare bemärkelse (inräknat processen, bl.a. förundersökning, medling och stöd och skydd för brottsoffer) kan uppfylla.

Enligt Packers modell är ändamålet med straffprocesser att genomföra straffrätten samtidigt som rättssäkerhetskänsligheten vidhålls.⁵⁷ Men även i straffprocessrättsliga sammanhang har brottsoffers upprättelse kommit att uppmärksammas mer över tid, som varande ett av syftena med straffprocesser.⁵⁸

⁵³ SOU 1986:13-5.

⁵⁴ Leijonhufvud, Madeleine & Wennberg, Suzanne. *Straffansvar*. Norstedts Juridik, Stockholm, 2009, s. 20-21. Se SOU 1986:14, s. 61-81 och Prop. 1987/88:120, s. 35-38.

⁵⁵ Leijonhufvud & Wennberg, 2009, s. 20; Burman, Monica. *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor: Om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Iustus förlag, Uppsala, 2007, avsnitt 3.4.

⁵⁶ Diesen, 2006; Marklund, Linda. *Ett brott - två processer: Medling vid brott och unga lagöverträdare i straffprocessen*. Uppsala universitetstryckeri, Uppsala, 2011.

⁵⁷ Packer, 1968; Landström, Lena. *Åklagaren som grindvakt: En rättsvetenskaplig studie av åklagarens befogenheter vid utredning och åtal av brott*. Iustus Förlag, Uppsala, 2011, avsnitt 2.2; Lindblom, Per Henrik. *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Iustus förlag, Uppsala, 2000.

⁵⁸ Landström, 2011, s. 32.

Vad den svenska litteraturen än så länge saknar är diskussioner om syftet med straff och straffprocess i förhållande till de internationella brotternas särart. Den fråga som uppkommer blir därför om de svenska (övriga) rättskällorna tar upp frågor om syftet med internationell straffrätt i bredare bemärkelse, t.ex. frågan om försoning.

Föregående avsnitt visade att sådana breda teorier fått visst genomslag i rättskällorna på det internationella planet. Hur har sådana bredare teorier beaktats i den svenska kriminalpolitiken och rättstillämpningen avseende internationella brott? I de svenska förarbetena till lag (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser diskuteras bakomliggande syften sparsamt. Allmänna uttalanden förekommer dock;

”Det kan sammantaget konstateras att utvecklingen på folkrättens område, inte minst under de senaste decennierna, har tagit avgörande steg mot ett ökat individuellt straffrättsligt ansvar och utvidgade möjligheter till lagföring. Det finns ett starkt svenskt intresse av att nationell lagstiftning möjliggör lagföring för dessa allvarliga brott på motsvarande sätt och i minst samma utsträckning som enligt den internationella ordning som Sverige verkat för. Ett sådant intresse uttalades redan i samband med Sveriges tillträde till Romstadgan och gör sig lika starkt gällande i dag. Med beaktande av detta samt den kritik som kan riktas mot gällande lagstiftning, är det önskvärt att reformera regelverket på området.”⁵⁹

Det här stycket ger uttryck för att lagstiftaren velat låta svensk lagstiftning ligga i linje med internationell rätt på området. Man kan tala om att ett bakomliggande syfte med lagändring som här uttalas är viljan att svensk rätt ska vara förenlig med internationell rätt (i sammanhanget framför allt Romstadgan). Ett annat bakomliggande syfte som stycket andas är behovet att kriminalisera just dessa brott på grund av deras särskilda allvarighet. I propositionen diskuteras överensstämmelsen med internationell rätt ytterligare;

”Reformen syftar till att den svenska regleringen på ett mer adekvat och fullständigt sätt ska anpassas till den internationella. Även de bakomliggande traktaträttsliga åtagandena bör – i förhållande till gällande rätt – återspeglas på ett tydligare sätt, inte minst för att tillgodose grundläggande straffrättsliga krav på konkretion och förutsebarhet.”⁶⁰

I samma anda säger lagstiftaren;

⁵⁹ Prop. 2013/14:146, s. 69.

⁶⁰ Prop. 2013/14:146, s. 69.

”Allvarliga brott mot folkrätten måste så långt som möjligt förhindras och beivras. Det är därför, som konstaterats, angeläget att svensk lagstiftning möjliggör lagföring i vart fall i samma utsträckning som vid Internationella brottmålsdomstolen. Det är också bl.a. med detta syfte som en reform bör genomföras.”⁶¹

Här kommer alltså även preventionstanken till uttryck.

I lagförslaget diskuteras den speciella lagstiftningsteknik som används i detta ärende. Hänvisning görs till den nya lagstiftningens förhållande till Sveriges internationella åtaganden och att tillämpare kommer att tillämpa den nya lagen i ljuset av dessa.⁶² I tillämpningen har sådan hänsyn tagits vid diskussion om huruvida avlidna personer kan anses vara en sådan skyddad person som avses i lagen (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.⁶³ En mer konkret hänvisning till den internationella straffrättens särdrag görs i ett senare stycke i propositionen;

” Det bör inte heller bortses från den betydelse som en särskild strafflag kan få för möjligheterna att skapa större förståelse för de aktuella brottens egenart och särskilda funktion i det internationella rättslivet. I sammanhanget bör det erinras om de särskilda skyldigheter som finns när det gäller att förmedla information och undervisa om det folkrättsliga regelsystemet på området (...).⁶⁴

I detta uttalande hänvisas intressant nog till brottens egenart och särskilda funktion i det internationella rättslivet, även om det inte utvecklas vad denna egenart eller särskilda funktion består i. Det framstår som att uttalandet mestadels tar sikte på att motivera att brotten särbehandlas i en särskild strafflag.

Mest bränner det till när regeringen i propositionen diskuterar straff och indelningen i normalgrad och grov krigsförbrytelse;

”Gärningarnas karaktär och allvar har enligt det internationella samfundet motiverat att ett beivrande inte endast utgör enskilda staters angelägenhet utan ska vara möjligt även på internationell nivå. Många av dagens konflikter är till sin karaktär sådana att de i stor omfattning påverkar civilbefolkningen. Stridigheter utspelar sig numera sällan på slagfält utan förekommer i allt större utsträckning i områden där civila vistas. Vidare har uppdelningen mellan kombattanter och civila blivit allt mindre tydlig. Civila utsätts

⁶¹ Ibid. s. 75.

⁶² Prop. 2013/14:146 s. 67 f.

⁶³ Blekinge tingsrätts dom den 6 december 2016 i mål B 569-16, s. 16.

⁶⁴ Prop. 2013/14:146 s. 75 med hänvisning till SOU 2010:72, Folkrätt i väpnad konflikt – svensk tolkning och tillämpning, avsnitt 8.

ofta för svåra övergrepp och kränkningar i samband med att en väpnad konflikt pågår. Även i de fall en gärning inte är att bedöma som grov kan det därför finnas skäl att skapa utrymme för en strängare bedömning.”⁶⁵

Härvid kommer förslaget in på frågor om brottens särdrag såsom att det internationella samfundet ansett det vara sin angelägenhet att beivra brotten och förslaget går även in på vad som karakteriserar dagens väpnade konflikter med påverkan på civila.⁶⁶ Förarbetena diskuterar dock inte på ett mer allmänt plan om syftet med reformen har något med dessa särdrag att göra. Inte heller SOU:n innehåller mer än en allmän redogörelse för påföljdsbestämmningsreglerna.⁶⁷ I rättspraxis syns ingen diskussion om syftet med straff eller processer, vilket kanske inte är så förvånande med tanke på att sådana diskussioner inte brukar tas upp i svenska domskäl.

5 Behov av en förnyad diskussion

Sverige är, genom traktatsrättsliga såväl som sedvanerättsliga förpliktelser, en del i det internationella straffrättsystemet. Detta system framhåller straffrätten som den normala reaktionen på dessa brott – istället för sämre alternativ som hämnd, krig eller liknande.⁶⁸ Det är en rimlig ambition för de svenska processerna att vi härigenom bidrar till att upprätthålla ett system där ansvarsutkrävande ses som den normala och givna åtgärden när en misstänkt person befinner sig inom ett land med möjligheter att lagföra. Men jag menar att vårt ansvar inte stannar där.

Av avsnitt 3 framkom att det i den internationella diskussionen, både i litteraturen, traktat, och rättspraxis, beaktas att vidare syften än de traditionella som retribution och prevention ligger till grund för den internationella straffrätten. Någon motsvarande diskussion har inte visat sig i de svenska motsvarande källorna. Den svenska litteraturen och rättskällorna i övrigt gör inte något nummer av att det för de internationella brotten skulle kunna finnas andra och vidare syften än för de vanliga brottens vidkommande.

Frågan som uppstår är om frånvaron av sådana hänsyn visar på en bristande överensstämmelse mellan den folkrättsliga förpliktelsen för Sverige och hur vi genomfört denna nationellt. Vid genomförandet av folkrättsliga förpliktelser till följd av, som här, ratificering av en traktat, är som nämnts utgångspunkten att de överväganden som staterna gjort vid antagandet av instrumentet i fråga ska anses

⁶⁵ Prop. 2013/14:146 s. 197.

⁶⁶ Prop. 2013/14:146 s. 197.

⁶⁷ SOU 2002:98 s. 296 ff.

⁶⁸ Jfr Cryer m.fl. 2014, s. 37.

ligga till grund även för genomförandet av instrumentet nationellt. Av detta kan slutsatsen dras att överensstämmelse kan antas föreligga. Det skulle även innebära att den svenska regleringen av internationella brott syftar till exempelvis försoning och att ge offren rättvisa, aspekter som inte vanligtvis tas upp inom ramen för svenska kriminaliseringsåtgärder. Det här väcker en rad frågor som hade kunnat få ett svar i förarbetena. I vilken mån kan bredare ändamål påverka tolkning och tillämpning av den svenska lagstiftningen? På vilket sätt ska den svenska lagföringen bidra till försoning – och var? Är det mellan offer och förövare i Sverige, eller i den konfliktdrabbade staten? Finns det särskilda omständigheter med dessa mål som påverkar hur vi ska arbeta med rättssäkerhetsfrågor? Att dylika frågor inte har lyfts i förarbetena tyder på en oreflekterad hållning när det gäller i vilka syften vi i Sverige ska bidra till det internationella straffrättsystemet och till den speciella kontext som brotten begås i. Detta oreflekterade förhållningssätt riskerar att få konsekvenser för hur väl systemet lever upp till sina ändamål.

Några aktuella exempel får belysa detta påstående. I den senaste folkmordsrättegången skrev den tilltalades försvarare en debattartikel i Dagens Nyheter där han påstod att rättegången inte kunde anses oberoende utan att tidigare rättegång där den tilltalade vittnat mot handlingar hänförliga till rwandiska staten lett till angivelse och folkmordsåtalet mot honom.⁶⁹ Påståendet bemöttes i domen där domstolen drog slutsatsen att någon otillbörlig påverkan inte funnits i utredningen, som bedrivits självständigt och att misstankarna (om folkmord) mot den tilltalade fanns redan innan det tidigare målet.⁷⁰ Det måste höra till ovanligheterna att sådana invändningar görs och troligen är det svenska rättsväsendet ovanligt vid att en rättegång kan ha politiska dimensioner – därmed inte sagt att domstolen gjorde fel som underkände invändningen i det här fallet.

Ett annat exempel är förundersökningen rörande Lundin Petroleum (tidigare Lundin Oil), en rättsprocess som fått stor uppmärksamhet i media, inte minst eftersom det rör något så ovanligt som straffrättsligt ansvar för ledamöter av ett multinationellt bolags styrelse för agerande som, menar åklagaren, är att betrakta som grovt folkrättsbrott. I mediabevakningen har framkommit påståenden om att vittnen i utredningen har förföljts och hotats av personer som påstår att de arbetar för Lundin Petroleum.⁷¹ Även detta fall stärker intrycket av ett rättsområde där särskilda omständigheter och aspekter gör sig gällande. De rättsliga åtgärderna handlar inte enbart om det retributiva utkrävandet av ansvar av enskilda individer

⁶⁹ Bodström, Thomas & Wahlström, Anna. Svenska åklagare springer den rwandiska diktaturens ärenden. Dagens nyheter, 26 juni 2018.

⁷⁰ Stockholms tingsrätts dom den 27 juni 2018 i mål B 13688-16, s. 146 f.

⁷¹ Röstlund, Lisa. Uppgifter till DN: Vittnen i Lundin-utredningen attackeras och hotas. Dagens Nyheter, 6 augusti 2018.

för brottsliga handlingar – och denna insikt borde få konsekvenser i rättstillämpningen i bred bemärkelse.

En väg framåt vore att gå tillbaka till grunderna för det internationella straffrättsystemet. Jag efterlyser en diskussion om hur det internationella straffrättsystemets ändamål ska uppnås nationellt, en diskussion som bör involvera såväl lagstiftare som andra aktörer och omfatta fler åtgärder än lagföring. Det här skiftet i fokus mot processer kanske är ovant för svenskt vidkommande, men har fått genomslag exempelvis i och med införandet av medlingsinstitutet och utökat skydd (i övrigt) för brottsoffer i rättsprocessen. Lagstiftaren och rättsväsendets aktörer bör ta fasta på att rättegångarna är en del i en större samhällelig övergång där behov av en rad rättsliga åtgärder för att uppfylla sina ändamål gör sig gällande. Exempelvis kan försoning vara relevant även i en svensk kontext; både offer och förövare kan befinna sig i landet och frånvaron av åtgärder potentiellt innebära en risk för spänningar. Med en ökad medvetenhet om vad systemet kan tjäna för syften kanske beredskapen för olika eventualiteter skulle öka, och åtgärder som kompletterar det straffrättsliga förfarandet, exempelvis stöd till offer och vittnen, kunde sättas in i tid.

En sådan diskussion ska självklart också ta sin utgångspunkt i de internationella mänskliga rättigheterna. Nationella rättsordningars skyldighet att tillhandahålla effektiva rättsmedel vid överträdelser av mänskliga rättigheter och positiva förpliktelser att vid grova överträdelser kriminalisera övergreppen och att vidta åtgärder gentemot offren, men även att leva upp till rättssäkerhetsgarantier för den tilltalade, rimmar väl med en bredare syn på det internationella straffrättsystemets ändamål.

Ingen eld utan rök

Brandmäns arbetsförmåga och arbetsgivarens skyldighet till arbetsanpassning

JOHAN HOLM¹

1 Introduktion

Brandmän utför några av de farligaste arbetsuppgifter som förekommer på den svenska arbetsmarknaden. Särskilt farligt är rökdykning, när en brandman går in i en byggnad med tät brandrök.² Då det rör sig om en mycket krävande och farlig arbetsuppgift finns det en tydlig reglering i föreskrifter från Arbetsmiljöverket om vad som krävs för att en arbetstagare ska få utföra rökdykning. Även på vilket sätt rökdykningen ska ske är reglerat i föreskrift. Dessa regler är till för att skydda brandmännen från onödiga risker.

Men regleringen innebär även att brandmän som inte är fullt friska inte får utföra rökdykning. De kan då inte utföra en arbetsuppgift som ankommer på brandmän att utföra. Det förekommer att arbetsgivare, med hänvisning till dessa regler som är till för att garantera brandmännens hälsa och säkerställa en godtagbar arbetsmiljö, säger upp brandmän som på grund av hälsoskäl inte kan utföra rökdykning. De hårda arbetsmiljöreglerna leder alltså till att brandmän kan förbjudas från att utföra rökdykning vilket i sin tur kan leda till att arbetsgivaren säger upp dem med hänvisning till att de inte längre kan utföra alla de arbetsuppgifter som krävs av en brandman.

I detta kapitel analyseras förutsättningarna för att säga upp en brandman som på grund av hälsoskäl inte längre kan utföra rökdykning. Särskilt undersöks hur denna bedömning ser ut för brandmän som arbetar i utryckningsverksamhet. Ytterligare en fråga som behandlas är om denna bedömning har förändrats över tid och vad en eventuell förändring kan bero på. För att kunna besvara dessa frågor behöver flera olika lagar och föreskrifter behandlas och ett antal rättsfall analyseras.

¹ Doktorand och adjunkt vid juridiska institutionen, Umeå universitet.

² Arbetsmiljöverkets allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om rök- och kemdykning AFS 2007:7, kommentar till 5 §, s. 11.

Först kommer de rättsliga förutsättningarna för rökdykning att behandlas. Därefter redogörs för reglerna om uppsägningar av arbetstagare som på grund av hälsoskäl har bristande arbetsförmåga. Vidare analyseras fyra rättsfall från Arbetsdomstolen som på olika sätt behandlar anställningsskyddet för brandmän som på grund av hälsoskäl inte kan utföra rökdykning. Genom dessa fyra rättsfall speglas många av de regler som gäller för uppsägningar vid sjukdom. Slutsatserna har därför också betydelse för andra bedömningar av arbetsförmåga. Kapitlet avslutas med en diskussion om innebörden av reglerna och hur praxis har utvecklats över tid.

2 Rökdykning

De allmänna arbetsmiljökrav som ställs på alla verksamheter återfinns i arbetsmiljölagen (1997:1160). Där anges bland annat att arbetsmiljön ska vara tillfredställande med hänsyn tagen till arbetets natur.³ Arbetet ska också planeras så att det kan utföras i en hälsosam och säker miljö.⁴ Lokal där arbetet bedrivs ska vara lämpligt inredd och utformad från arbetsmiljösynpunkt och de arbetshygieniska förhållandena vad avser luft m.m. ska vara tillfredställande.⁵

Dessa generella krav gäller alla verksamheter och även för brandmäns arbete. De ska tolkas som ramar för reglerna, som ges mer konkret innehåll genom Arbetsmiljöverkets föreskrifter. Genom att precisera vad bestämmelserna innebär kan de få en vidare eller en mer snäv innebörd. Utifrån de generellt formulerade reglerna tycks det svårt att tillåta farlig verksamhet såsom rökdykning, då denna verksamhet knappast kan sägas utföras i en ”hälsosam och säker miljö”.

Föreskrifterna om rökdykning får sägas vara ett exempel på att försöka säkerställa en tillfredställande arbetsmiljö med hänsyn taget till arbetets natur. Rökdykning är i sig en mycket farlig verksamhet, men detta arbete måste i vissa fall utföras och reglerna syftar till att göra denna verksamhet så säker som möjligt.

Rökdykning är reglerat i Arbetsmiljöverkets föreskrifter om rök- och kemdykning, AFS 2007:7. I dessa föreskrifter finns krav på såväl hur rökdykinsatser ska utföras som på minimibemanning och vilka krav som de som deltar i rökdykning måste uppfylla.

Rökdykning innebär: ”Inträngande i tät brandrök för att rädda liv eller bekämpa brand eller liknande klädd i brandskyddsdräkt och med andningsapparat på.”⁶

³ 2 kap. 1 § arbetsmiljölagen.

⁴ 2 kap. 2 § arbetsmiljölagen.

⁵ 2 kap. 3-4 §§ arbetsmiljölagen.

⁶ 3 § AFS 2007:7.

Ytterst är det arbetsledaren som bedömer när en insats är att betrakta som rökdykning.⁷

Vid en rökdykarinsats ska bemanningen uppgå till minst fyra personer; en arbetsledare, en rökdykarledare och två rökdykare.⁸ Dessutom ska rökdykare vid brand eller risk för brand ha säker tillgång till släckvatten.⁹ Detta innebär att det vid rökdykning vid brand i normalfallet behövs ytterligare en brandman som säkerställer tillgången på släckvatten.¹⁰ En rökdykningsinsats kräver alltså i normalfallet fem brandmän varav minst tre måste kunna utföra rökdykning.¹¹

I de tidigare föreskrifterna om rökdykning, som gällde fram till 1 april 2008, fanns en bestämmelse om att rökdykare "... i mycket små och okomplicerade utrymmen där samband kan upprätthållas med lina eller brandslang får undantagsvis rök- eller kemdykare arbeta ensam."¹² Detta undantag finns inte längre och minimibemanningen är därför numera fyra personer respektive fem personer vid brand eller risk för brand.

Dessa föreskrifter om minimibemanning kan ha betydelse för hur arbetsgivare kan organisera arbetet. En bemanning som understiger det föreskrivna antalet innebär att en sådan grupp inte får utföra rökdykning.

Det ställs också krav på hälsan hos de som ska utföra rökdykning. För att få utgöra rökdykning måste man vara fullt frisk och dessutom ha en god fysisk arbetsförmåga.¹³ För att säkerställa detta ska arbetsgivaren ordna med medicinska kontroller.¹⁴ Denna medicinska kontroll ska utmyнна i en tjänstbarhetsbedömning.¹⁵ En arbetsgivare får bara låta den som bedöms som tjänstbar enligt tjänstbarhetsbedömningen utföra sådant arbete som omfattas av bedömningen.¹⁶

⁷ Arbetsmiljöverkets allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om rök- och kemdykning, AFS 2007:7, kommentar till 3 § s. 11.

⁸ 7 § AFS 2007:7.

⁹ 12 § AFS 2007:7.

¹⁰ Arbetsmiljöverkets allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om rök- och kemdykning, AFS 2007:7, kommentar till 12 §, s. 13.

¹¹ Inte bara de två rökdykarna utan även rökdykarledaren måste uppfylla kraven som gäller för rökdykare, 3 § AFS 2007:7 och Arbetsmiljöverkets allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om rök- och kemdykning, AFS 2007:7, kommentar till 3 §, s. 11.

¹² 13 § AFS 1995:1 Rök- och kemdykning, samma regler gällde även tidigare, se 12 § AFS 1986:6 Rökdykning.

¹³ 14 § AFS 2007:7.

¹⁴ 15 § AFS 2007:7. Innehåller en hänvisning till AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet.

¹⁵ 4 § d) AFS 2005:6.

¹⁶ 6 § AFS 2005:6.

I föreskrifterna om medicinska kontroller i arbetslivet finns närmare bestämmelser om vilka tester som ska utföras i samband med tjänstbarhetsbedömningen och hur ofta dessa tester ska utföras.¹⁷ Däri ingår en bestämning av den fysiska arbetsförmågan och arbetsprov med EKG-registrering.¹⁸

Till stöd för hur den medicinska bedömningen ska göras finns en rapport från Räddningsverket.¹⁹ Där anges att begreppet ”fullt frisk” innebär att man inte har några vare sig subjektiva eller objektiva tecken på sjukdom eller andra avvikelser från det normala av betydelse för tjänstbarheten vid rökdykning. Begreppet ska alltså sättas i relation till de krav som ställs på en person vid rökdykning.²⁰

I rapporten finns listor över olika tillstånd och vilken betydelse dessa ska ha för tjänstbarhetsbedömningen. Hjärtfel bedöms generellt sätt strängt, där bland annat tidigare hjärtinfarkt innebär ett förbud mot rökdykning.²¹

Föreskrifterna om rökdykning innebär genom sina organisatoriska och medicinska krav att en stor del av arbetsstyrkan måste vara fullt frisk för att rökdykning ska kunna utföras.

Vad innebär då dessa krav för anställningsskyddet för en brandman som inte kan utföra rökdykning på grund av hälsoskäl? För att besvara den frågan måste först dessa krav ställas i relation till anställningsskyddsreglerna som gäller vid sjukdom.

3 Uppsägning på grund av sjukdom

Arbetstagare får endast sägas upp om det finns saklig grund för uppsägningen.²² Regeln är en avvägningsnorm och det är alltid nödvändigt att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i det individuella fallet.²³ Det har ändå utkristalliserats vissa principer för bedömningen av när saklig grund för uppsägning råder.

En sådan princip är att sjukdom, ålder, nedsatt arbetsförmåga eller liknande förhållanden i normalfallet inte utgör saklig grund för uppsägning. I förarbetena

¹⁷ 46-51 §§ AFS 2005:6 Medicinska kontroller i arbetslivet.

¹⁸ 48 § AFS 2005:6.

¹⁹ Räddningsverket, Hälsokrav vid rök- och kemdykning. Medicinska synpunkter på tillämpningen av AFS 1995:1, 1998. Att rapporten har fortsatt giltighet även vid tolkning av de nya föreskrifterna framgår av Arbetsmiljöverkets allmänna råd om tillämpningen av föreskrifterna om rök- och kemdykning, AFS 2007:7, kommentar till 14 §, s. 13

²⁰ Räddningsverket, 1998, s. 11.

²¹ Räddningsverket, 1998, s. 13f.

²² 7 § LAS.

²³ Mats Glavå och Mikael Hansson, Arbetsrätt. Studentlitteratur, Lund, 2016, s. 400 f. och prop. 1973:129, s. 120.

framhålls att sjukdom som regel inte bör leda till uppsägning utan istället till att arbetsgivaren vidtar åtgärder för att underlätta arbetet för arbetstagaren såsom anpassning av arbetet eller omplacering till ett mindre krävande arbete. Det är enbart om nedsättningen är varaktig och så väsentlig att arbetstagaren inte kan utföra något arbete av betydelse för arbetsgivaren som nedsättningen utgör saklig grund för uppsägning.²⁴

Det går i det flesta fall inte att konstatera detta utan att först ha vidtagit vissa åtgärder. Arbetsförmågan måste utredas, rehabiliteringsmöjligheterna uttömmas, åtgärder för arbetsanpassning och omfördelning av arbetsuppgifter göras och eventuella tekniska hjälpmedel för att underlätta arbetet övervägas.²⁵ Dessutom måste möjligheterna till att omplacera arbetstagaren till något ledigt arbete hos arbetsgivaren undersökas.²⁶ Arbetsgivarens skyldigheter påverkas av i vilken mån arbetstagaren medverkar i utrednings- och rehabiliteringsinsatser.²⁷ Det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att denne har fullgjort sina åtaganden gällande rehabilitering, anpassning och omplacering.

När det gäller medicinska tillstånd som inte kan påverkas av rehabilitering, så har arbetsgivaren förstås då inget ansvar att försöka rehabilitera arbetstagaren.²⁸ Istället måste då arbetsförmågan bedömas utifrån det aktuella tillståndet. För arbetstagare som på grund av medicinska skäl inte kan utföra rökdykning, om tillståndet inte kan påverkas av rehabiliteringsåtgärder, är frågan snarare vilka arbetsanpassningsåtgärder som bör vidtas av arbetsgivaren. Att anpassa själva arbetsuppgiften rökdykning är inte aktuellt. En arbetstagare som enligt föreskrifterna inte får utföra rökdykning kommer inte att få göra det oavsett vilka anpassningar som arbetsgivaren vidtar. Frågan är istället om arbetstagaren kan utföra andra arbetsuppgifter än rökdykning.

Denna fråga är beroende av hur arbetsgivarens organisation ser ut. I en stor organisation torde finnas arbetsuppgifter för brandmän som inte har rökdykarkompetens. Men även i små organisationer finns det arbetsuppgifter

²⁴ Prop. 1973:129 s. 126 och prop. 1981/82:71 s. 66 se även exempelvis AD 2014 nr 41. AD har ända sedan 30-talet vid bedömningar av uppsägningar där kollektivavtalet innehöll ett krav på saklig grund vid uppsägning upprätthållit principen att sjukdom i sig inte är saklig grund för uppsägning, SOU 1973:7 Trygghet i anställningen, s. 103.

²⁵ Jakob Broman, Bo Ericson, och Carolina Öhrn, Rehabiliteringsansvaret: en arbetsrättslig handbok. Wolters Kluwer, Stockholm, 2017.

²⁶ 7 § 2 st. LAS.

²⁷ Se AD 1993 nr 96.

²⁸ Annorlunda uttryckt: endast meningsfulla åtgärder kan krävas av arbetsgivaren, Broman, Ericson, och Öhrn, 2017, s. 129f. Se även AD 2006 nr 57 och AD 2007 nr 12.

förutom rökdykning. Vid rökdykning behövs i normalfallet en person som säkrar vattenförsörjningen och denna brandman behöver inte kunna rökdyka.

En princip som påverkar skyldigheten att vidta arbetsanpassningsåtgärder är att dessa åtgärder inte får riskera andra arbetstagares hälsa. Denna princip har slagits fast av Arbetsdomstolen i flera avgöranden.²⁹ Principen aktualiseras när en arbetstagare inte längre kan utföra en arbetsuppgift som är skadlig eller farlig. Denna arbetsuppgift måste då omfördelas till de återstående arbetstagarna. Detta kan innebära att dessa arbetstagare får utföra den skadliga arbetsuppgiften i högre uträkning än innan omfördelningen vilket kan vara skadligt för deras hälsa. Omfördelningar av ringa omfattning har dock ansetts skäliga.³⁰

Om en brandman behåller sin anställning utan att kunna rökdyka kan detta innebära att de övriga brandmännen måste rökdyka i större utsträckning, vilket skulle kunna vara menligt för deras hälsa. Dock förekommer rökdykning i ringa omfattning, varför denna ökning i de flesta fall måste bedömas som försumbar.³¹

Frågan är då när en arbetsgivare är skyldig att anpassa arbetet för att sysselsätta en brandman som inte kan utföra rökdykning? Denna fråga har på olika sätt berörts i inte mindre än fyra avgöranden från Arbetsdomstolen.

4 Uppsägning av brandmän i praxis

Det förekommer att brandmän som inte längre kan rökdyka på grund av medicinska skäl tas ur tjänst eller sägs upp av arbetsgivaren. Frågan om när det är tillåtet för en arbetsgivare att göra detta har prövats av Arbetsdomstolen vid fyra olika tillfällen. Utgången i målen har inte varit lika, varför det är intressant att jämföra omständigheterna i de olika målen för att försöka avgöra vilka faktorer som har fallt avgörandet.

4.1 AD 1991 nr 27

Det första fallet som prövades av Arbetsdomstolen rörde en deltidsanställd brandman som på grund av ett hjärtfel vid läkarundersökning befanns inte vara

²⁹ Se exempelvis AD 1993 nr 42, AD 2001 nr 92, AD 2006 nr 57 och AD 2007 nr 12.

³⁰ AD 2001 nr 92, de omfördelade arbetsuppgifterna i detta avgörande var städarbete, varför de knappas kan jämföras med en omfördelning av en sådan farlig uppgift som rökdykning.

³¹ I AD 2017 nr 37 för arbetstagsidans fram uppgiften att rökdykning enbart utgjort 0,7 promille av arbetstiden under den senaste femårsperioden. Även om uppgiften inte vitsordas av arbetsgivarsidan i målet så står det klar att rökdykning i de flesta fall utgör en mycket liten del av arbetet som brandman.

lämplig som rökdykare.³² I övrigt var brandmannen fullt frisk och kunde utföra alla andra arbetsuppgifter. Han var anställd i ett skifteslag som bestod av tre brandmän och en brandförman. Vid denna tidpunkt gällde AFS 1986:6 fortfarande vilket innebar att rökdykning undantagsvis tilläts med enbart en rökdykare.

I normalfallet var alltså räddningsstyrkan som han ingick i tvungen att vänta på förstärkning för att få utföra rökdykning. Enbart vid insatser i mycket små och okomplicerade utrymmen kunde styrkan utföra rökdykning utan att invänta förstärkning.

Arbetsdomstolen bedömde att det faktum att arbetstagaren inte kunde delta i rökdykning enbart var en ringa inskränkning av dennes tjänstbarhet. Denna ringa inskränkning vållade inte arbetsgivaren sådan olägenhet att det förelåg saklig grund för uppsägning.

Motiveringen av domen är relativt kortfattad och det går inte helt säkert att utläsa vad som var bestämmande för utgången i målet. En faktor som är speciell i detta mål är att räddningsstyrkan var så liten att den i normalfallet inte kunde utföra rökdykning utan att kalla på förstärkning. Förmågan att utföra rökdykning i enklare situationer torde inte försämrats då brandmannen som inte kunde utföra rökdykning kunde sköta vattenförsörjningen istället.

4.2 AD 2002 nr 32

Det andra fallet rörde en heltidsanställd brandman som bara hade några få år kvar för att uppnå den ålder som krävdes för att komma i åtnjutande av avtalspension.³³ På grund av hjärtsjukdom klarade han inte längre av de konditionstester som krävs för att få arbeta med rökdykning.

Räddningstjänsten hade ett krav på att alla brandmän som ingår i en utryckningsstyrka ska kunna delta i rökdykning. Domstolen anförde att detta krav inte kunde åsidosättas om det inte framstod som obefogat.

Arbetstagar sidan i målet framförde att arbetstagaren kunde användas i räddningstjänstens förebyggande arbete. Domstolen ansåg att räddningstjänsten inte hade klargjort om denna möjlighet hade övervägts. Detta innebar att arbetsgivaren inte hade fullgjort sin skyldighet att utreda möjligheterna till fortsatt anställning för arbetstagaren. Därmed saknades saklig grund för uppsägning.

Detta rättsfall visar på skyldigheten att utreda arbetsanpassnings- och omplaceringsmöjligheterna innan en uppsägning sker. På grund av att arbetsgivaren inte hade visat att den hade vidtagit dessa åtgärder fanns inte saklig grund för

³² AD 1991 nr 27.

³³ AD 2002 nr 32.

uppsägning. Fallet svarar därför inte på hur långt arbetsanpassningskyldigheten går, då anpassningsåtgärder inte ens hade utretts. Det går därför inte att få mycket vägledning av utgången i detta mål för frågan som behandlas i detta kapitel.

Viktigare än utgången i målet är domstolens bedömning av kravet som räddningstjänsten ställde på de som ingår i en utryckningsstyrka. Kravet, att alla brandmän som ska delta i en utryckningsstyrka ska kunna delta i rökdykning, ska enligt domstolen godtas om det inte framstår som obefogat. Genom detta uttalande tycks domstolen flytta över bevisbördan på arbetstagarsidan i dessa mål. Om räddningstjänsten ställer upp ett sådant krav, är det upp till arbetstagarsidan att visa att detta krav är obefogat. I de följande målen kommer detta uttalande att återkomma och vara av betydelse för utgången i målen.

4.3 AD 2004 nr 7

Det tredje fallet från Arbetsdomstolen handlar om en deltidsbrandman som på grund av misstänkt hjärtfel inte kunde utföra rökdykning eller andra fysiskt ansträngande uppgifter.³⁴ När detta misstänkta hjärtfel kommit till räddningstjänstens kännedom avstängdes arbetstagaren från arbete som brandman och uppbar ingen ersättning för detta.

Fallet rör frågan om det förelegat tjänstgöringshinder så att det var berättigat att avstänga arbetstagaren från arbetet. Målet handlar alltså inte om huruvida det förelegat saklig grund för uppsägning utan om det fanns hinder för brandmannen att utföra sin tjänst och om denne därför inte var berättigad till de ersättningar som följer av tjänsten.

Även i detta fall fanns en policy inom räddningstjänsten att alla brandmän skulle kunna delta i rökdykning. Domstolen konstaterade att kravet var uppställt med hänsyn taget till de krav som ställs på räddningstjänsten att genomföra räddningsinsatser snabbt, effektivt och säkert. Med hänvisning till AD 2002 nr 32 uttalade domstolen även i detta mål att kravet på att alla brandmän ska kunna delta i rökdykning inte kan åsidosättas med mindre än att kravet framstår som obefogat.

För att avgöra om kravet var obefogat hade domstolen att ta ställning till vilka andra arbetsuppgifter som arbetstagaren skulle kunna utföra. Arbetstagaren var anställd som förman, som i normalfallet har mindre fysiskt krävande uppgifter. Dock fann domstolen att det med hänsyn till organisationens storlek inte var möjligt att garantera att en viss brandman inte skulle tilldelas fysiskt krävande uppgifter vid en utryckning. Inte heller hade påståtts att det förekommit några andra arbetsuppgifter utöver utryckningsarbete för en deltidsbrandman i räddningstjänsten. Därmed fanns

³⁴ AD 2004 nr 7.

det tjänstgöringshinder och arbetstagaren var inte berättigad till ersättning under den tid som han var avstängd från arbetet.

Av domstolens motivering kan utläsas att kommunens policy har betydelse för tjänstbarhetsbedömningen. Avgörande tycks dock vara att arbetstagaren inte heller kunde utföra andra fysiskt krävande uppgifter. Att det är svårt att utföra uppgifterna i en utryckningsstyrka i ett sådant fall framstår som tämligen självklart.

4.4 AD 2017 nr 37

Det sista fallet rörde en heltidsanställd brandman som på grund av att han drabbats av en hjärtinfarkt inte längre kunde rökdyka.³⁵ I övrigt hade arbetstagaren god arbetsförmåga. Arbetstagaren hade lång anställningstid. Efter en omplaceringsutredning som visade att det inte fanns någon ledig befattning att omplacera arbetstagaren till så sades han upp på grund av att han inte längre kunde rök- eller kemdyka. Målet rör frågan om det fanns saklig grund för uppsägning av arbetstagaren.

Arbetet i utryckningsstyrkan där arbetstagaren ingick var organiserat i fyra skiftlag där det i varje skiftlag fanns fem brandmän och en brandförman. För att kunna utföra rökdykning krävs fyra brandmän och en brandförman. Den femte brandmannen ingick för att kunna täcka upp för tillfällig frånvaro eller för brandmän som tillfälligtvis inte kunde utföra rökdykning.

Domstolen slog fast att arbetstagaren på grund av sin hjärtinfarkt aldrig skulle kunna arbeta med rök- eller kemdykning. Även i detta fall hade räddningstjänsten en policy att samtliga brandmän skulle kunna utföra rök- och kemdykning. Domstolen hänvisade till tidigare praxis³⁶ där det uttalats att en sådan policy inte kan åsidosättas om inte kravet framstår som obefogat.

Det var i målet ostridigt att det inte gick att omplacera arbetstagaren till någon tjänst utanför utryckningsstyrkan. Frågan var därmed om det gick att anpassa arbetstagarens arbetsuppgifter vid tjänstgöring inom utryckningsstyrkan på ett sådant sätt att denne inte behövde utföra rökdykning.

Domstolen fann att det vid en långvarig rökdykningsinsats kan behövas ett byte av rökdykare under pågående insats. Om en av brandmännen inte kan utföra rökdykning minskar möjligheterna att göra sådana byten. Flexibiliteten skulle också minska om en brandman permanent inte kan utföra rökdykning. Det skulle göra det svårt att inom skiftlaget rehabilitera eller träna upp andra brandmän som tillfälligt inte kan användas för rökdykning.

³⁵ AD 2017 nr 37.

³⁶ AD 2002 nr 32 och AD 2004 nr 7.

Domstolen anförde vidare att om en brandman i räddningsstyrkan inte kan användas för rökdykning så skulle de övriga brandmännen få utföra rökdykning i något högre uträkning. Då arbetsuppgiften rökdykning är farlig och extremt belastande skulle detta innebära en klar försämring av de övriga brandmännens arbetsförhållanden.

Arbetsdomstolen fann därför att kravet på att alla brandmän i en räddningsstyrka ska kunna användas för rökdykning inte var obefogat. Det fanns därför saklig grund för uppsägning.

I målet lade domstolen vikt vid att rökdykningsinsatser, oavsett omfattning, ska kunna utföras så säkert som möjligt. Att flexibiliteten skulle minska om en arbetstagare inte skulle kunna utföra rökdykning tycks klart. Däremot är det svårt att se hur det faktum att en av tjugo anställda brandmän inte längre kan utföra rökdykning verkligen skulle öka mängden rökdykningsinsatser i sådan mån att det skulle innebära en klar försämring av arbetsförhållandena för övriga brandmän.

5 Avslutande synpunkter och diskussion

Gemensamt för rättsfallen ovan är att det rör sig om brandmän som på grund av hjärtfel inte kan utföra rökdykning. Frågan är då om det är andra omständigheter som varit avgörande för att de olika utgångarna i målen eller om domstolen har bedömt likande fall på olika sätt.

Utgången i målet AD 2002 nr 32 avgjordes på grund av att arbetsgivaren inte hade utrett anpassnings- och omplaceringsmöjligheterna i tillräcklig grad. Avgörandet svarar därför inte på frågan om en brandman kan vara anställd i utryckningsverksamhet utan att kunna rökdyka. Istället visar det på vikten av att utreda arbetsanpassnings- och omplaceringsmöjligheterna ordentligt innan en uppsägning sker.

I AD 2004 nr 7 led arbetstagstagen av sådana medicinska problem att denne i princip inte kunde utföra fysiskt krävande arbetsuppgifter. Detta innebar inte bara att rökdykning inte kunde utföras, utan att även de flesta andra arbetsuppgifter som utförs inom utryckningsverksamheten inte kunde utövas.

Det hade inte heller visats att det fanns några andra arbetsuppgifterna för denne deltidsanställda brandman utöver arbete i utryckningsverksamheten. Då den fysiska förmågan i detta fall var ordentligt nedsatt berör egentligen inte fallet frågan om en brandman som inte kan utföra rökdykning har arbetsförmåga i utryckningsverksamheten. I detta fall saknades arbetsförmåga även för övriga arbetsuppgifter inom utryckningsverksamheten. Fallet bekräftar därför bara den sedan tidigare gällande principen att en arbetsgivare inte behöver tåla att en

arbetstagare inte kan utföra något arbete av värde för denne även om den bristande arbetsförmågan beror på sjukdom.

I de återstående två fallen är däremot omständigheterna sådana att frågan som är uppe för prövning är mer renodlad. Såväl AD 1991 nr 27 som AD 2017 nr 37 rörde frågan om en brandman anställd i utryckningsstyrka, som inte kan rökdyka, kan sägas upp på grund av detta. I båda fallen kunde en brandman inte längre rökdyka på grund av ett hjärtfel. I övrigt hade brandmännen fortfarande full arbetsförmåga. I båda fallen fanns ingen möjlighet till omplacering till arbetsuppgifter utanför utryckningsstyrkan. I det första fallet saknades saklig grund för uppsägning medan det i det andra fallet förelåg saklig grund för uppsägning.

Vilka övriga omständigheter skiljer mellan fallen som kan ha haft betydelse för de skilda bedömningarna som domstolen landade i? Att arbetstagaren i det första fallet var deltidsanställd medan han i det andra fallet var heltidsanställd kan knappas vara en förklaring. Det torde snarare krävas något mindre av en arbetsgivare för att få säga upp en deltidsanställd som har ett annat arbete som huvudsaklig sysselsättning än en heltidsanställd brandman.

En annan skillnad mellan fallen var hur arbetet var organiserat. I det första fallet var utryckningsstyrkan så liten att rökdykningsinsatser utan förstärkning av ytterligare personal endast var tillåtna i mycket små och okomplicerade utrymmen.

Skillnaderna i organisation tycks ha haft betydelse för domstolens bedömning. I det första fallet framfördes i domskälen att det endast undantagsvis kan förkomma rökdykning utan att förstärkning från andra räddningsstyrkor tillkallas. I det andra fallet framfördes att det vid långvarig rökdykning behövs att alla i skiftlaget kan utföra rökdykning, i vart fall när det bara är fyra brandmän i skiftlaget som tjänstgör. Även om detta i domskälen lyfts fram som ett reellt problem hade det nog varit möjligt att, precis som i det första fallet, konstatera att denna situation endast undantagsvis inträffar.

Även om organisationen skiljer sig åt mellan fallen är kan ifrågasättas om skillnaden i sig är så stor att den motiverar skillnaden i bedömning. Utifrån denna skillnad i organisation hade det varit lika rimligt med en helt motsatt bedömning, där olägenheten för arbetsgivaren ansågs större i det först fallet än i det andra fallet. I det först fallet skulle ingen rökdykning alls kunna utföras om ytterligare en brandman tillfälligtvis inte skulle kunna rökdyka. I det andra fallet krävs att ytterligare två brandmän inte kan rökdyka eller är frånvarande för att rökdykning inte ska kunna utföras. Dessutom kan inte långvariga rökdykningsinsatser utföras utan att förstärkning tillkallas. Vilka av dessa problem som är mest frekvent förekommande och mest problematiska är inte helt lätt att avgöra, och någon närmare utredning om detta presenteras inte i något av målen.

En annan skillnad mellan fallen är att det i andra fallet finns en uttalad policy att alla brandmän i räddningstjänsten skulle kunna rökdyka. Domstolen bedömer att policyn har upprätthållits konsekvent, trots att arbetstagare i vissa fall har arbetat i flera år utan att kunna rökdyka. I det första fallet fanns det inte någon sådan policy, men av räddningstjänstplanen framgick att varje räddningsstyrka inom kommunen skulle kunna genomföra en rökdykarinsats. Med tanke på styrkans personalsammansättning så kunde detta krav endast upprätthållas om alla i styrkan kunde rökdyka. Men man kan också se det som att kravet inte upprätthölls, då den aktuella räddningsstyrkan endast i vissa fall skulle kunna utföra rökdykning utan förstärkning.

Policyn verkar ha en närmast avgörande betydelse, då domstolen, i likhet med i fallen AD 2002 nr 32 och AD 2004 nr 7, tog sin utgångspunkt i denna policy. Frågan i målet blev därmed om kravet på att samtliga brandmän ska kunna rökdyka var obefogat eller ej. Som angetts ovan ansågs inte kravet vara obefogat. Att denna skillnad mellan fallen, att det i ena fallet fanns en uttalad policy och i det andra fallet inte fanns det, borde dock inte ha så avgörande betydelse. Skillnaderna i övrigt är enligt min mening inte av sådant slag att de motiverar skillnaden i bedömning.

Ytterligare en faktor av betydelse skiljer mellan målen. Det första fallet är avdömt år 1991 och det andra fallet är avgjort år 2017. Det är alltså nästan 30 år mellan målen. Det kan alltså vara så att skillnaden mellan avgörandena i själva verket beror på en förändring av synen på uppsägning på grund av sjukdom hos Arbetsdomstolen. De mål som har undersökts i detta kapitel är dock för få för att med säkerhet säga att en sådan förändring har skett.

Skillnaden i domstolens bedömning mellan dessa två fall är dock slående. I det första fallet sägs att arbetstagarens oförmåga att utföra rökdykning är en ”förhållandevis ringa inskränkning” av arbetstagarens tjänstbarhet som inte har vållat arbetsgivarens sådan olägenhet att denne kan säga upp honom.

I det andra fallet så sägs att kravet på att alla brandmän ska kunna rökdyka ”inte med fog kan sägas vara obefogat”. Domstolen tar i det fallet mycket större hänsyn till arbetsgivarens påståenden om hur arbetet är organiserat och behovet av att kunna rotera mellan olika roller.

Kraven på flexibilitet har ökat inom arbetslivet och att det är allt vanligare att arbetsgivare ställer krav på arbetstagarna att kunna rotera mellan olika arbetsuppgifter. Dessa krav på flexibilitet kan, vilket visas av rättsfallen ovan, ske på bekostnad av den enskilde arbetstagarens anställningstrygghet. Risken är att bara de helt friska, som kan utföra alla arbetsuppgifter, får behålla sin anställning.³⁷

Arbetsrätt på pappret och i verkligheten - några reflektioner och exempel

HÅKAN HYDÉN¹

1 Teoretiska utgångspunkter

Inom rättssociologin görs en distinktion mellan rätten på pappret och i verkligheten i termer av *law in books and law in action*. Problemet har adresserats som *the gap problem*². Detta har i sin tur betraktats utifrån två separata perspektiv³. Det första perspektivet utvecklades ursprungligen av den kände amerikanske rättsvetaren Roscoe Pound (1910) som skillnaden mellan rätten på pappret och rättens tillämpning. Detta har beskrivits som en skillnad mellan rättens normativa respektive dess faktiska sida⁴. Det handlar å ena sidan om hur rätten kommer till uttryck i rättsreglerna och å andra sidan sådan den framträder i sin tillämpning av fackföreningsfunktionärer och domstolar (inom arbetsrättens område). Det andra perspektivet på *the gap problem* är mellan rätten på pappret och den levande rätten, de normer i samhället som faktiskt är de som är gällande⁵.

Begreppet gällande rätt inrymmer både rätten på pappret och i verkligheten. Det har en dubbel innebörd som täcker båda rätten på pappret och i dess tillämpning. För jurister är begreppet gällande rätt normalt ett uttryck för den auktoritativt givna och accepterade tolkningen av rättens innehåll med stöd av etablerade rättskällor.

¹ Professor emeritus, Rättssociologiska institutionen, Lunds universitet.

² Nelken, David, *Beyond law in context: developing a sociological understanding of law*, Ashgate, Farnham, 2009.

³ Tamanaha, Brian Z., *Law as a means to an end: threat to the rule*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁴ Baier, Matthias, Nafstad, Ida & Svensson, Måns, *Om rättssociologi: en introduktion*, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2018.

⁵ Ehrlich, Eugen, *Fundamental principles of the sociology of law*, [New ed.], Transaction Publishers, New Brunswick, 2002[1936].

Men begreppet gällande rätt kan lika väl förstås i dess sociologiska tolkning som de faktiskt tillämpade rättsliga praktikerna, dvs. som ett uttryck för rätten i praktiken oavsett dess rättsdogmatiska bakgrund. I denna mening blir begreppet gällande rätt ekvivalent med Ehrlichs begrepp levande rätt⁶.

Pound tillhörde rättsrealisternas skara. Han betraktade juridiken som en social ingenjörskonst och var intresserad av att undersöka hur rätten faktiskt tillämpades. Han utgick ifrån att rätten på pappret var en sak och rätten i dess tillämpning om inte något annat så i vart fall något som måste undersökas särskilt. Roscoe Pounds rättsteori kunde därför betecknas som sociologisk jurisprudence. I modern rättssociologi har distinktionen mellan rätten på pappret och i verkligheten framförallt varit något som förknippats med studier som syftat till att blottlägga rättstillämpning som uppfattats som avsteg från vad rätten egentligen stipulerar. Denna forskningsansats uppträder i samband med att forskningen syftar till att ”avslöja” hur rätten i sin tillämpning påverkas av och gynnar starkare intressen i samhället eller sagt på ett annat sätt: hur svagare intressen har svårt att få gehör för rättigheter som är föreskrivna i rätten. Temat går under beteckningen likhet inför lagen. Den kände norske rättssociologen, Vilhelm Aubert är framförallt den i Skandinavien som har genomfört denna typ av studier⁷.

Skulle man leta efter ett rättsområde där kongruensen mellan rätten på pappret och rätten i dess tillämpning är som störst så är det nog arbetsrätten man ska välja. Arbetsrätten är i och för sig, som jag beskrivit i andra sammanhang, uttryck för balansering av motstående intressen, kapitalet vs arbetet, eller arbetsgivare mot arbetstagare⁸. Eftersom arbetsgivarna sitter på beslutsmakten, är den arbetsrättsliga regleringen primärt en fråga om att tillgodose arbetstagarintresset. Arbetstagarnas intressen tillvaratas och förstärks av de fackliga organisationer som företräder arbetstagarintresset⁹. Det gör att tillämpningen av lagen i mycket stor utsträckning överensstämmer med det tänkta innehållet. Hur kan man veta vad som är rättens tänkta innehåll? Här finns det anledning att lyfta fram den legislativa tradition som Sverige tillhör. Jag tänker då på de utförliga förarbeten som enligt svensk rättstradition omgärdar ny eller förändrad lagstiftning. I dessa kommenteras mer eller mindre omfattande vad lagstiftaren/politikerna avser med olika paragrafer.

⁶ Hertogh, M. L. M. (red.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Hart, Oxford, 2009.

⁷ Aubert, Vilhelm, *Likhet og rett*, Pax forl., Oslo, 1964, Henriksson, Rolf et al, *Likhet inför lagen*, Juristförlaget i Lund (1976), Diesen, Christian, *Likhet inför lagen*, Natur och kultur, Stockholm, 2005.

⁸ Hydén, Håkan, Från den nya arbetsrätten till den nya arbetsmarknaden i Rönmar, Mia & Votinius, Jenny Julén (red.) *Festskrift till Ann Numbauser-Henning*. Lund: Juristförlaget i Lund, 2017a.

⁹ Detta utesluter inte att det finns situationer där arbetstagares individuella intresse kommer i konflikt med det kollektiva arbetstagarintresse som de fackliga organisationerna är satta att bevaka.

Härigenom får man en ganska god bild av hur lagen är tänkt att tillämpas. Och det är något som de fackliga organisationerna nogsnamt bevakar.

I vissa fall är rättens tillämpning kongruent med den skrivna rätten. Det gäller framförallt i situationer då det rör sig om tillämpningen av olika rättigheter, såsom anställningsskydd, rätt till semester och annan ledighet, m.m. sker i rättens skugga. Vid eventuella avsteg från lagstiftningens tänkta innehåll finns ett fackligt maskineri som kan rycka ut och se till att lagen upprätthålls. Här gör sig ett egenintresse som vissa kallar för särintresse gällande som är långt starkare än vad en myndighet och dess företrädare kan uppbringa. Det finns anledning att förvänta sig att detta förhållande mellan skriven och levande rätt kommer att reproduceras under överskådlig tid. Rättsligt givna rättigheter tar tid att förändra. Det finns en tröghet i alla system. Det arbetsrättsliga systemet har en ursprunglig förankring i ekonomiska och politiska strukturer som lever sitt eget liv långt efter det att samhället förändrats i riktning mot något nytt¹⁰.

2 Rättsligt beslutsfattande och dess beroende av rätten verkligheten

Låt mig ta ett exempel på från tiden då lagen (1974:12, sedermera 1982:80) om anställningsskydd var relativt ny för att peka på en rättsbildningsprocess som belyser samspelet mellan rätten på pappret och i verkligheten. Jag tänker på ett antal rättsfall om saklig grund för uppsägning av arbetstagare med hänvisning till alkoholism. Det började med att arbetsdomstolen i ett uppmärksammat prejudikat, slog fast att alkoholism är en sjukdom och att de som efter frånvaro från jobbet på grund av alkoholism eller som ertappats berusade på jobbet inte på denna grund kunde sägas upp, åtminstone inte på ett större företag som kan anses ha resurser att ”ta hand om problemet”.¹¹ Enligt förarbetena till lagen om anställningsskydd kan nämligen sjukdom vara saklig grund för uppsägning endast ”om arbetsförmågan är väsentligen nedsatt”. I detta första prejudikat som arbetsdomstolen avkunnade till stöd för tolkningen av lagen, uttalade domstolen, att ”så länge den anställde kan utföra arbete av någon betydelse” är arbetsförmågan inte att betrakta som ”väsentligen nedsatt”. Med denna skrivning bäddade arbetsdomstolen för att alkoholister i stort sett inte kunde sägas upp, vilket föranledde stark kritik från arbetsgivarhåll och från allmänheten som menade att ”Sverige är fantastiskt”, där får man ”ostraffad” vara berusad på jobbet och liknande.

¹⁰ Klasskampen – vart tog den vägen? i Kerstin Ahlberg, Petra Herzfeld Olsson & Jonas Malmberg (red), *Niklas Bruun i Sverige. En vänbok*, Iustus, 2017.

¹¹ Det s.k. Volvo-fallet, AD 1978: 139. Se även prop. 1973:129, s. 126 ff. För en redogörelse av fallet, se Hydén, Håkan, *Arbetslivets reglering*, 1. uppl., Liber Förlag, Malmö, 1985, s. 185 ff.

I detta läge blir det angeläget för arbetsdomstolen att tänka normativt strategiskt. Domstolen kunde ju inte krypa ifrån det tidigare prejudikatets rättsliga innebörd. AD beslutar sig istället för att nästa gång facket för talan till stöd för någon som sagts upp på grund av att vederbörande missköter sig genom att vara frånvarande eller berusad på arbetsplatsen, så ställer man skärpta krav på kriteriet sjukdom. Arbetsdomstolen accepterade inte längre enbart påståendet om alkoholism utan krävde läkarintyg av förtroendeläkare för att det skulle betraktas som sjukdom. Att vara berusad på arbetet är därmed i sig ingen förmildrande omständighet. På det här sättet kunde arbetsdomstolen anpassa rättspraxis utan att egentligen ändra rättsläget till något som stod i bättre överensstämmelse med den allmänna opinionen.

Detta kan ses som ett exempel på hur rätten interagerar med det omgivande samhället och därmed anpassas till de sociala normer som gör sig gällande inom det område som berörs. Det är en naturlig process av det enkla skälet att det finns en gräns för hur specifik rätten kan vara när det gäller att täcka in olika tänkbara uppkommande situationer. Generalklausuler av typen saklig grund i anställningsskyddslagen är en lagstiftningsteknik som gör det möjligt att härbergiera komplexa sociala situationer inom rättens ramar¹².

3 Rätten i ett användarperspektiv kräver kunskap om rätten i verkligheten.

När vi skiljer på rätten på pappret och i verkligheten måste vi beakta de skilda betydelserna av begreppet gällande rätt som berördes ovan. Juridiken har normalt ett domarperspektiv på rätten, dess innehåll och tillämpning¹³. Det handlar då om att söka det auktoritativt givna innehållet i rätten. Detta till skillnad från vad vi kan kalla i brist på annat för ett användarperspektiv¹⁴. I ett användarperspektiv är utgångspunkten vad rätten betyder för den enskilde i olika sammanhang, det kan vara en miljölag¹⁵, avtalslag och civilrätten i stort, mänskliga rättigheter, hälso- och sjukvårdslagen och förvaltningslagstiftning i största allmänhet. Kunskapsintresset handlar om hur rätten kan bidra eller inte bidra till uppnående av ett visst mål som

¹² Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Lund: Studentlitteratur, 2002.

¹³ Se vidare Hydén, Håkan & Hydén, Therese, *Rättsregler*, Lund: Studentlitteratur, 2016, 1977.

¹⁴ Någon etablerad terminologi i detta hänseende har aldrig utvecklats eftersom det är marginellt i traditionell rättsvetenskap. I den del av rättsvetenskapen som rättssociologi till hör har det inte heller växt fram en terminologi på grund av att forskningen inom området är begränsat och distinktionen inte alltid är klar för rättssociologen, vilket hen delar med den traditionelle rättsvetaren.

¹⁵ Michelson, Staffan, *Empowerment and Private Law. Civil Impetus for Sustainable Development*, Stockholm: Jure förlag, 2018.

den enskilde vill uppnå eller undvika. Rätten blir i detta perspektiv ett av flera medel för uppnåendet av något visst mål. Rätten måste då studeras i sitt samspel med andra samhälleliga faktorer, det må vara ekonomi, politik eller sociala förhållanden.

Under 1970-talet fick vi också en utbyggd och omfattande arbetsmiljölag samt en medbestämmandelag som innebar realiserande av idéer om företagsdemokrati. Denna typ av lagstiftning tillhandahåller vad som närmast kan karaktäriseras som ett skal för samverkan i vissa i lagen definierade områden¹⁶. Lagstiftningen innehåller allmänt hållna mål samt anvisar olika procedurregler för uppfyllandet av dessa. I denna situation kan man säga att rätten utvecklas inom ramar som den skrivna rätten stakat ut. Den levande rätten påverkas då av andra normsystem. Örjan Edström har uttryckt detta på följande sätt¹⁷:

En lagstiftning av MBL:s typ som är inriktad mot procedurfrågor lämnar i praktiken fältet öppet för ett inflytande från de strukturella normer, som dominerar det självreglerande ekonomiska system som företagen verkar inom. *Regleringen är därigenom funktionell för ett genomslag av värden och mål som utgår från det ekonomiska handlingsystemet.*

I själva verket tillhandahåller den svenska rätten åtskilliga exempel av motsvarande art, dvs. den skrivna rätten medverkar till att "outsourca" fastställandet av det materiella innehållet i rätten, den levande rätten, till olika fora i samhället. Denna teknik kallas för ramlagar¹⁸ och är något av en svensk specialitet, mycket beroende på den självständiga ställning som myndigheterna har i Sverige. På arbetsrättens område är det dock främst de fackliga organisationerna som genom kollektivavtal och deltagande i arbetsgivarnas beslutsfattande står för formandet av den levande rätten¹⁹.

4 Normbildningsprocesser i arbetslivet

Denna typ av arbetsrättsliga regler innebär en slags kombination av rätten på pappret och i verkligheten såtillvida att rätten tillhandahåller procedurregler som föreskriver förhandlingsskyldighet i olika hänseenden. Dessa regler är rättsligt distinkta och följs

¹⁶ Hyden, Håkan, Att hugga i sten utan att gå bet, i Edlund, Sten E:son & Nyström, Birgitta (red.), *Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa: vänbok till Sten Edlund*, Carlsson, Stockholm, 1993.

¹⁷ Edström, Örjan, *MBL och utvecklingsavtalet: samverkansförhandlingar i företag*, Fritze, Diss. Umeå : Univ., Stockholm, 1994, s. 293.

¹⁸ Esping, Hans, *Ramlagar i förvaltningspolitiken*, 1. Uppl., SNS (Studieförb. Näringsliv och samhälle), Stockholm, 1994, Hydén 2002.

¹⁹ Hydén, Håkan, *Ramlagar inom arbetsrätten i Roos*, Carl Martin, Fahlbeck, Reinhold & Adlercreutz, Axel (red.), *Perspektiv på arbetsrätten: vänbok till Axel Adlercreutz*, Juridiska fören., Lund, 1983.

i mycket stor utsträckning, dvs. det föreligger hög grad av överensstämmelse mellan rätten på pappret och i verkligheten. Men rättens materiella innehåll är intressestyrt och inte rättsligt bestämt. Det innebär att rättens innehåll i dessa delar bestäms av parterna på arbetsrättens område. Det som Erlich kallade den levande rätten föds i dessa förhandlingar och överenskommelser, kollektivavtal på olika nivåer. Det är här som rätten får sitt innehåll. Det föreligger dock inte särskilt mycket forskning om vad som kännetecknar dessa normbildningsprocesser. Jag ska dock nämna tre sådana ansatser.

Det första exemplet handlar om en klassisk men något försummad sociologisk studie av arbetarkollektivet och dess förhållande till företaget, skriven sent 1950-tal av den norske sociologen Sverre Lysgaard där även den då unga stipendiaten Harriet Holter deltog i genomförandet av den empiriska studien²⁰. Lysgaard²¹ talar om det teknisk/ekonomiska systemet inom företagsamheten som det hot som arbetarna försöker skydda sig emot genom att organisera sig i ett formellt – fackföreningarna – eller informellt kollektiv. Dessa två system, det teknisk/ekonomiska systemet och arbetarkollektivet, står emot varandra och är föremål för en ständigt pågående kamp. På grund av dessa arbetsförhållanden uppstår en upplevelse av ”vi” mot ”dom” – dvs. företaget. En gemenskap bildas bland arbetarna som enligt Lysgaard bygger på identifikation (likhet), interaktion (närhet) samt på problemgemenskap och en känsla av att sitta i samma båt. Den kollektiva tillhörigheten och kollektiva former för kontroll av arbetet undersöktes av Lysgaard som betydelsefulla skydd mot överutnyttjande och gränslösa krav från företagets sida. I det informella arbetarkollektivet finner individen stöd och trygghet gentemot det ”tekniskt-ekonomiska systemet”. Socialt stöd på arbetsplatsen kombinerat med den kontroll som arbetsgivaren utövar mot arbetstagarna, åstadkommer ett kollektivt system som skyddar grupper av arbetare mot strukturella krav och press, menar Lysgaard. Arbetarkollektivet drivs av en strävan efter att arbetarna ska känna minsta möjliga hot från det teknisk/ekonomiska systemet²².

Lysgaards studie har vissa likheter med delar av de s.k. Hawthorne studierna som ägde rum i USA. Hawthorne-studierna genomfördes på arbetstagare vid Hawthorne-fabrikerna i Western Electric Company av Elton Mayo och Fritz Roethlisberger på

²⁰ Som en kuriositet kan nämnas att kommentarer hade givits bl.a. av dåvarande docenten Vilhelm Aubert och magister Johan Galtung. Således medverkade en rad sedermera väletablerade samhällsforskare.

²¹ Lysgaard, Sverre, *Arbeiderkollektivet: en studie i de underordnedes sosiologi*, 3. Utg. [dvs 4. Utg.], Universitetsforl., Oslo, 2001.

²² Lysgaard lyfter i och för sig fram en paradox i det att ju mer effektivt som arbetarkollektivet fullgör sin funktion, ju mer avfärdas de betingelser som berättigar till fortsatt kollektivt skyddsbehov, Lysgaard (1961) s. 161 f.

1920-talet. Hawthorne-studierna var en del av en fokusering på ledningsstrategi som innefattar de socio-psykologiska aspekterna av mänskligt beteende i organisationer²³. Dessa studier visade att de ackordslönesystem som vissa arbetstagare arbetade under, blev ineffektiva på grund av gruppträck som gick i riktning mot att produktionen kontrollerades²⁴. Genom påtryckningar utsattes enskilda arbetare för press att följa informella normer. Det material som samlats in i Hawthorne-studierna visade på hur vissa personer uppträdde som informella ledare som tog på sig uppgiften att kontrollera att arbetarna höll samman och predika att arbetarna inte uppför sig på ett sätt som inte utsätter gruppens trygghet i fara. T.ex. kontrollerar de informella ledarna att arbetarna inte blir färdiga för tidigt för att på så sätt negativt påverka ackordet²⁵.

Hawthorne-forskarna studerade hur enskilda smågrupper av arbetare påverkade relationen mellan arbetarna och det teknisk/ekonomiska systemet inom näringslivet. Lysgaard uppfattade detta som otillräckligt för att förstå arbetarnas kollektiva uppträdande. För detta krävs något mer, nämligen en förståelse av själva arbetarkollektivet och vilka premisser det verkar under. Om vi ser närmare på de normer som enligt Hawthorne-studierna gjorde sig gällande finner vi följande:

(1) Du ska icke göra för mycket. Gör du det bidrar du till att spräcka ackordet²⁶ Denna norm upprätthålls trots att det är något som kan minska den enskilde arbetarens förtjänst, vilket kan ses som ett tecken på arbetskollektivets informella styrka.

(2) Du ska inte göra för lite, gör du det är du en skojare. Denna norm reflekterar det faktiska beroendet av det teknisk/ekonomiska systemet, nödvändigheten av att företaget fortlever.

(3) Du ska inte yppa något till en överordnad som kan leda till att en arbetskamrat blir lidande. Gör du det är du en svikare.

(4) Du ska inte förhäva dig eller visa dig för duktig.

Här föreligger en kontrast mellan det rationella teknisk/ekonomiska systemet, å ena sidan och arbetarkollektivet, å andra sidan. Det rör sig om olika normativa rationaliteter som står mot varandra och som till dels kan sammanfalla, men endast delvis²⁷. Detta senare perspektiv skiljer Lysgaards sociologiska studie av

²³ Roethlisberger, F. J. & Dickson, William J., *Management and the worker: an account of a research program conducted by the Western Electric Company*, Hawthorne Works, Chicago, Routledge, London, 2003.

²⁴ Roethlisberger, F. J. & Dickson, William J. 2003 s. 379 f.

²⁵ Roethlisberger, F. J. & Dickson, William J. 2003 s. 384.

²⁶ rate buster, enligt Roethlisberger, F. J. & Dickson, William J. 2003.

²⁷ Hydén 2017 a.

arbetarkollektivet från Hawthorne-studiernas utgångspunkt i smågruppsperspektivets socialpsykologiska förklaringsmönster.

Lysgaard förutsåg också möjliga framtider för arbetarkollektivet baserat på sina iakttagelser och analyser. Han ser framför sig hur arbetarkollektivet kommer att ingå i företagets ledningsorgan. Lysgaard skisserar två möjliga scenarier²⁸. Det första består i stimulans till individualism genom differentierat lönesystem och ökade karriärvägar för arbetarna. På detta sätt skulle ekonomiska belöningar kunna ge upphov till en acceptans för det teknisk/ekonomiska systemets normer. Den andra möjliga utvecklingslinjen menar Lysgaard skulle bestå i en reduktion av arbetarnas underordning och underkastelse av det teknisk/ekonomiska systemet genom att arbetarna tillerkändes medbestämmanderätt och medansvar för företagsamheten. Det första scenariot bygger på de anställdas tillgång till och möjligheter att kunna konkurrera fritt om löner och ställning på företaget, vad Lysgaard benämner som en företagsdemokrati i en liberalistisk mening. Den andra utvecklingsvägen lägger vikt vid de anställdas gemensamma ansvar och solidaritet som är nedlagt i det lokala fackliga arbetet och för företagets verksamhet, en företagsdemokrati i en politisk-representativ mening. Lysgaard menar att de anställdas privata intressen som konsumenter i överflödssamhället står mot den solidaritet som följer av de förhandlings- och samarbetsinitiativ som redan etablerats. Vad arbetarkollektivet kommer att välja påverkar inte bara vilken slags företagsamhet man vill ha utan framförallt vilket samhälle man vill leva i.

Lysgaards spekulationer skulle visa sig riktiga. Med facit i hand kan vi konstatera att båda scenarierna har slagit in om än i omvänd ordning. Femton år efter publikationen av boken *Arbeiderkollektivet* så lyckades arbetarrörelsens fackliga och politiska grenar driva fram en medbestämmandelag (1975:680). Denna innebar ett första rättsligt inbrott i det teknisk/ekonomiska systemet genom att facket tillerkändes rätt till förhandlingar om företags- och arbetsledningsfrågor. På så sätt fick arbetarkollektivet medbestämmanderätt och medansvar för företagets verksamhet. Medbestämmandelagen innebar också rätt till medbestämmandeavtal. Dessa kan slutas lokalt eller centralt. LO som central organisation föreskrev en policy att man först skulle sluta centrala medbestämmandeavtal inom vars ram lokala avtal inom olika branscher skulle kunna slutas. Detta visade sig vara en dålig strategi och det av två skäl²⁹. För det första var det svårt att komma överens på central nivå. Det är mycket lättare att sluta avtal på lokal nivå där parterna känner varandra och därmed kan hysa förtroende för varandra än på en generell central facklig nivå. För

²⁸ Lysgaard 1961:246.

²⁹ Hydén 2017b.

det andra bromsades arbetarkollektivets entusiasm för medbestämmandet av i och med att man förhindrades genom den centrala arbetarorganisationen att sluta avtal på lokal nivå. De centrala parternas krav på centrala medbestämmandeavtal först låg som en kall hand över den entusiasm som arbetats upp på lokal nivå³⁰.

När det flera år efter lagens införande väl slöts ett centralt medbestämmandeavtal mellan SAF-LO- PTK 1982 innehöll detta bestämmelser som knöt arbetarkollektivet närmare det teknisk/ekonomiska systemet. Parterna var bl.a. överens om att fortlöpande teknisk förnyelse erbjuder många möjligheter som måste tillvaratas för att företagen skall överleva. Vidare var man överens om att information och insyn i företagets ekonomiska situation var en betydelsefull utgångspunkt för verksamheten, precis som Lysgaard förutspått i sin analys. Dessutom skulle de anställda (för säkerhets skull, min anm.) få utbildning om företagets och arbetsplatsens ekonomi och aktuella problem som kunde bidra till företagets utveckling.

Dessa förhållanden i kombination med andra orsaker som ligger utanför arbetarkollektivets egna domäner, såsom en tilltagande individualism i samhället och ett successivt minskat politiskt inflytande för arbetarrörelsen, gjorde att intresset för medbestämmandestrategin falnade. De första lokala medbestämmandeavtalen slöts 1985, nio år efter lagens ikraftträdande, och då hade den fackliga såväl som den politiska glöden svalnat av³¹. Istället fick det av Lysgaard beskrivna första scenariet med individuella löner och karriärvägar ett uppsving, något som satte avtryck i de ordinarie kollektivavtalen och inte i medbestämmandeavtal.

Mitt andra exempel är hämtat från en studie jag själv gjorde på 1980-talet av dåvarande Svenska Fabriksarbetareförbundet³². Studien ingick i en genomgång av arbetslivets reglering. Mitt intresse var knutet till att studera vilken typ av konflikter som egentligen döljer sig bakom den praktiska tillämpningen av arbetslivets regler, att undersöka i vilka situationer fackliga förhandlingar ägde rum och med vilket innehåll. Jag var också intresserad av att undersöka när arbetsrätten aktualiserades och vilken roll denna kunde sägas ha i sammanhanget. En viktig teoretisk förförståelse för detta är skillnaden mellan spelets regler och spelets idé som jag

³⁰ Tvärtemot de föreställningar som strategin byggde på, nämligen att de centrala förbunden var de starkaste och de som kunde nå längst i medbestämmandeavtalsförhandlingarna.

³¹ I det förslag till framtidsprogram som socialdemokratiska partiet la fram våren 1984 framhölls: ”Vi orkar inte med mer inom det området för närvarande” motiverar arbetsmarknadsministern, Hydén 1985:218. Däremot hade företagen och näringslivet fått blodad tand. De propagerade för ett nytt samförståndstänkande, bolagsideologien som gick ut på att de anställda skulle bibringas an vi-känsla och identifiera sig med samma vinnande lag, deras företag.

³² Hydén 1985, kap 1.

utvecklar inledningsvis i boken. Arbetslivet jämförs med ett spel där arbetsrätten står för spelreglerna i form av allehanda procedurregler. En bärande tanke är att själva spelet - som alla spel - ställer olika krav på dem som deltar för att vara framgångsrik och att det är dessa krav som bestämmer förhållandena i arbetslivet.

Arbetsrätten skänker bara spelet en yttre ram inom vilket spelet kan praktiseras. Spelet utvecklas genom spelets idé, där de som ingår i spelet tillämpar olika strategier och praktiker för att nå ett så optimalt resultat som möjligt. Dessa handlingsstrategier ger upphov till normer som följer en annan logik än vad som kännetecknar spelets regler³³. Inte desto mindre är det dessa sistnämnda normer som är dominerande. De har en tendens att även tränga tillbaka spelets regler även om dessa är formaliserade som en del av arbetsrätten. Det föreligger en form av konkurrensförhållande mellan dessa skilda normativiteter när det gäller att reglera arbetslivets förhållanden. Spelets regler kan närmast ses som ett sätt att skänka arbetarkollektivet en motkraft mot de normer som emanerar från spelets idé. I syfte att studera hur denna konflikt gestaltade sig, gjorde jag en undersökning av Svenska Fabriksarbetareförbundet genom att följa fall från konflikt på arbetsplatsnivå till lokala och eventuella centrala förhandlingar samt slutligen till vad som gick till Arbetsdomstolen. Den hypotes som styrde min studie var att ju högre upp så att säga i det fackligt/arbetsrättsliga systemet en konflikt nådde, desto mer sa den om arbetslivets reglering.

Denna hypotes besannades i och för sig inte, vilket inte hindrade att den gav upphov till intressanta rön. För att föregripa resultatet kan sägas att de konflikter som visade sig, var inte representativa för vad jag/man hade anledning att förvänta sig utifrån ett arbetsrättsligt perspektiv. Spelreglerna kom allt som oftast till korta i jämförelse med spelets idé. De handlingsnormer som dominerar på arbetsplatsnivån är de strukturella normer som är relaterade till spelets idé. Det är den ekonomiska rationaliteten som bestämmer handlandet. Det teknisk/ekonomiska systemets normer styr. De arbetsrättsliga spelreglerna spelar i detta sammanhang en undanskymd roll. Arbetsrätten och den fackliga verksamheten aktiveras framförallt då direkta konflikter uppstår på ett eller annat sätt.

Det visade sig i min studie att de arbetsrättsliga spelreglerna aktualiserades huvudsakligen i tre situationer³⁴. För det första då medlem och/eller facklig företrädare blivit trampad på tårna, vad jag kallat för förödmjukelsefallen. För det andra aktualiseras de arbetsrättsliga reglerna då medlems ekonomi hotas på ett eller annat sätt, vad vi kan kalla för nedläggningsfallen. Slutligen aktualiseras de

³³ Lundh, Christer, *Spelets regler: institutioner och lönebildning på den svenska arbetsmarknaden 1850-2010*, 2. uppl., SNS förlag, Stockholm, 2010.

³⁴ Hydén 1985, s. 166.

arbetsrättsliga reglerna i samband med att andra grupper på arbetsmarknaden får eller har det bättre än den egna gruppen, jämförelsefallen.

Som exempel på förödmjukelsefall kan nämnas ett fall där en anställd vägrade att låta sig visiteras av ett bevakningsföretag när han passerade grinden efter arbetsdagens slut. Tvist uppstod. Den anställde vände sig till advokat. Avdelningsombudsmannen kopplades in, liksom förbundet. Förhandlingar hölls på företaget mellan SAF:s regionkontor i Malmö och Svenska fabriksarbetareförbundet centralt. Den känsla av förödmjukelse som kan driva fram ett hävdande av arbetsrättsliga regler behöver inte alltid ligga hos den enskilde medlemmen. Den kan också ligga hos den fackliga företrädaren. Det rör sig i dessa fall mer om personlig prestige som drivkraft än någon form av kollektivt baserad klasskamp. De fackliga företrädarna kunde många gånger låta mer eller mindre uppenbara brott mot den arbetsrättsliga lagstiftningen gå opåtalade förbi. Men om en arbetsgivare visade bristande respekt eller rent av förakt för den fackliga verksamheten, då kunde den facklige företrädaren spela ut hela arsenalen av arbetsrättsliga procedurregler för att göra livet surt för arbetsgivaren. Mycket sker således i *the shadow of law* och inte som en direkt tillämpning av lagen, ett förhållande som inte tycks vara ovanligt i arbetsrättsliga sammanhang.

I nedläggningssituationen står medlemmens totala ekonomi på spel, t ex om hela eller delar av ett företags verksamhet hotas av nedläggning. Detta leder till att fackliga åtgärder mobiliseras. T ex kunde en nedläggning av en produktionslinje inom ett större företag leda till vissa organisationsförändringar. I och med att lagen om anställningsskydd innehåller regler om turordning vid uppsägning aktualiseras facklig aktivitet. Nedläggningen föregås dessutom av information och förhandlingar enligt MBL.

Den tredje situationen, jämförelsefallen, har en mer offensiv prägel. Det innebär att facket arbetar fram bestämda krav gentemot arbetsgivaren. Drivkraften bakom denna process utgörs av att en grupp anställda gör jämförelser med andra grupper av anställda³⁵. En vanlig succession av rättigheter i arbetslivet kan sägas bestå av följande kedja av händelser. LO-kollektivet jämför sig med tjänstemännen. Dessa har, dels på lönesidan och dels i fråga om övriga förmåner i kollektivavtal, såsom semester och arbetstidsfrågor, trygghets- och försäkringsfrågor, etc. en bättre ställning än LO-kollektivet. Tjänstemännen har stått närmare arbetsgivaren och setts som dennes representant på arbetsplatsen. Det är först genom tjänstemannarbetets proletarisering (läs rutinisering) som tjänstemännen drabbats av samma

³⁵ Här kan hänvisas till Mertons referensgrupps teori som även lyftes fram i Lysgaards tidigare kommenterade studie av Arbejdarkollektivet, Merton, Robert, Contributions to the Theory of the Reference Group Behavior, I Merton, Robert K. *Social theory and social structure*. ed. New York: Free press, 1968.

underordning som arbetarkollektivet och på så sätt blivit beroende av tillskapandet av ett tjänstemannakollektiv. Inom detta fann man i sin tur en succession från det statliga och kooperativa företagen över till de privata företagen. Inom den privata sektorn fick man i sin tur räkna med en succession från större och expansiva företag till mindre och medelstora företag³⁶. Framförallt gällde detta de lokala löneförhandlingarna, där det skedde ständiga jämförelser inom branschen. Hade man uppnått särskilda förmåner inom vissa företag inom en bransch förelåg det hög grad av sannolikhet för att dessa förmåner också skulle komma att tvingas fram inom övriga företag inom branschen.

Själva drivkraften för framväxten och artikuleringen av krav inom arbetslivet bestod således i jämförelser med andra grupper av arbetstagare. Det var jantelagen³⁷ - jämförelser inom Arbetarkollektivet - som kännetecknade lönekampen i arbetslivet. Detta blev särskilt tydligt i närstudien av Svenska Fabriksarbetareförbundet. Inom detta avtalsområde fanns vid denna tid ett tiotal kollektivavtal som var och ett täckte olika branscher och som sinsemellan innehöll delvis olika avtalsvillkor. Här fanns en form av hackordning där Byggnadsämnesförbundet jämte Oljeraffinaderierna och Glasindustrin stod högst i rang, medan de kvinnodominerande branscherna, Beklädnadsförbundet och Tvätterierna stod lägst. Däremellan fanns bl.a. Stenindustrin och sockerindustrin. Var och en av dessa branscher hade sitt eget kollektivavtal. Dessa var inte identiska utan kunde skilja sig åt på olika punkter.

Den välståndsökning som arbetarkollektivet har uppnått har således ägt rum på en slags frivillig väg. Tjänstemännen som arbetsgivarnas företrädare på arbetsplatsen har bestått med högre löner och andra förmåner, där drivkraften varit arbetsgivarnas behov av att skapa/köpa deras lojalitet med företaget/arbetsplatsen. Det är en bekräftelse på vad Lysgaard beskrev på sin tid som ett möjligt framtida scenario. Dessa förmåner har sedan till dels spritt sig inom tjänstemannakollektivet och sedermera förts över till LO-kollektivet, där dom i sin tur sipprat ner i organisationen. Erfarenheterna från löneförhandlingarna var sådana att det var ekonomiskt rationellt att stödja vissa grupper av anställda. Arbetsgivarna kunde utan invändningar acceptera lönekrav från den yrkesutbildade arbetskraften. Arbetsgivarna ville ofta till och med betala dessa en högre lön än vad som föreslagits av den fackliga organisationen som genom ett utslag av den solidariska lönepolitiken strävade efter mer av en låglöneprofil.

³⁶ Dessa förhållanden har tills idag delvis ändrat sig.

³⁷ Sandemose, Aksel, *En flyktig korsar sitt spår: Espen Arnakkes kommentarer till Jantelagen*, [Ny utg.], Themis, 2010.

På arbetsplatsnivån är det de strukturella normerna knutna till den teknisk/administrativa systemet som styr. Det är lösandet av praktiska problem som gäller och inte en tillämpning av rättsliga spelregler. Parternas förhållningssätt kännetecknas av en strävan efter att nå en lösning i sakfrågan. Om och när frågan förs vidare till den centrala nivån minskar möjligheterna paradoxalt nog att nå en överenskommelse i själva sakfrågan. Det finns flera orsaker till detta³⁸. Det som framförallt kännetecknar den centrala förhandlingen är att frågan i jämförelse med arbetsplatsnivån och de lokala förhandlingarna skärmas av och förs upp på ett principiellt plan. Även om konflikten inte fullt ut förrättsligas så måste de centrala förhandlingsparterna, var och en på sin sida, ta med i beräkningen att tvisten kan komma att hamna på arbetsdomstolens bord. Detta vilar som en skugga på de centrala parternas förhandlingar som annars i huvudsak syftar till en praktisk lösning av det problem som framlagts för dem. De kan på grund av ömsesidigt förtroende som växt fram genom mångåriga kontakter och förhandlingar nå uppgörelser i de flesta fall präglade av ett ömsesidigt givande och tagande.

Här visade det sig en intressant omständighet som man inte kan upptäcka utan studiet av rätten i verkligheten. I den strävan att komma överens, som båda arbetsgivar- och arbetstagarparten på central nivå är strukturellt underkastade framstår medlemmarna som det största hindret. I min spontana uppfattning om relationen mellan parterna fanns det anledning att förvänta sig att man ville ha en så svag motpart som möjligt för att lättare kunna vinna sin sak. Men så visade sig inte vara fallet. Arbetsgiversidan ville ha en så stark motpart som möjligt. Hur kom det sig? Jo, man ville ha en motpart som hade pondus nog att hos de lokala parterna få igenom det lösningsförslag som parterna centralt kommit överens om. De centrala förhandlingsombudsmännen upplevde inte att det var dom som satt på makten, utan den fanns hos de lokala parterna. Som särskilt svåra fall att nå en överenskommelse i kan nämnas förödmjukelsefallen som präglas av ett stort mått av emotioner och psykologiska låsningar. Nedläggningsfallen är ingripande men inte utan möjligheter att hitta förhandlingslösningar. Samma sak gäller jämförelsefallen. Det är här som facket har störst möjligheter att i det enskilda fallet nå uppgörelse.

Det fanns en uttalad strävan att lösa konflikten centralt i de fall konflikten nått denna nivå. Förhandlingsombudsmännen såg med viss ovilja på att släppa konflikten vidare till arbetsdomstolens prövning. Man såg det som att man förlorade kontrollen över konflikten, att man överlämnade den till andra som man inte kunde påverka³⁹. Detta verkade i sig som ett starkt påtryckningsmedel för de centrala parterna att nå en uppgörelse. Det var endast i de situationer där parterna på ömse sidor företrädde

³⁸ Hydén 1985, s. 192.

³⁹ Hydén 1985, s. 174 ff.

konträra ståndpunkter i någon form av policy-fråga som konflikten gick vidare till rättslig prövning inför arbetsdomstolen. Det problem som från början uppträtt som en materiell konflikt på en arbetsplats transformeras då till en rättslig ideologisk konflikt som avgörs av professionella aktörer inför domstol (Edlund 1967). En konflikt som en gång börjat med att de anställda på en arbetsplats oroats av att företaget skulle lägga ner en avdelning och säga upp de anställda där, slutar inför arbetsdomstolen med en konflikt mellan de centrala parterna om huruvida arbetsgivaren har förhandlat i rätt tid innan han fattade beslut om nedläggningen. Den materiella bakgrunden till konflikten, om arbetsgivaren kan driva verksamheten vidare eller ej och de anställdas rädsla för att förlora jobben är inte längre aktuell. Den har avförts från dagordningen till fördel för mer eller mindre pseudodiskussioner om föreskrivna formaliteter har iakttagits.

Mitt tredje exempel på normbildningsprocesser i arbetslivet som jag kortfattat ska redogöra för bygger på en studie som Hanne Petersen genomfört om informella normer på kvinnoarbetsplatser⁴⁰. Dessa informella normer kan ses som en respons på rättens tomma rum. Det handlar om hur en informell rätt kan växa fram som komplement till rätten på pappret där denna inte tillräckligt svarar upp mot anställdas, i det här fallet kvinnliga anställdas, behov och krav.

Den informella rätt Petersen studerar är den normativa ordning som uppstår på en kvinnodominerad arbetsmarknad till följd av motsättningarna och växelverkan mellan avlönat och icke avlönat arbete⁴¹. Denna normativa ordning uppstår dels i förhållandet mellan ledning och anställda och dels, men inte minst, mellan de anställda inbördes. Det mönster som framträder är att det växt fram informella normer som ett svar på behovet av att lätta på kvinnors avlönade och oavlönade arbete. Detta behov tillgodosågs – i vart fall inte vid tiden för studiens genomförande – vare sig i lag eller i kollektivavtal⁴². Nödvändigheten av att få livspusslet att gå ihop för de kvinnor som ingick i studien tillgodosågs på den enskilda arbetsplatsen genom praxis som i hög grad bestod i ad hoc lösningar och i en utbredd och mer eller mindre generell kollegial hänsyn till det faktiska behovet. Detta behov av att beakta livets realiteter utanför det avlönade arbetet kallar Petersen för hänsynsnormen⁴³.

Orsaken till framväxten av hänsynsnormen är enligt Petersen den samhälleliga och könsrättsliga organisering av livsförhållandena, där kvinnor påtar sig en rad olika förpliktelser rörande omsorg av hemmet samt unga och gamla, ett arbete som är både tids- och arbetskrävande. Förekomsten av dessa informella normer verifieras i

⁴⁰ Petersen, Hanne, *Informel ret på kvindearbejdspladser*. København: Akademisk forlag, 1991.

⁴¹ Ibid 1991:129.

⁴² Ibid 1991:130.

⁴³ Ibid 1991:131.

intervjuer av företrädare för arbetsledningen i termer av att det existerar "hemmafäxade" regler för t.ex. vård av sjukt barn. Öppenheten och medvetenheten om denna ordning varierade mellan olika studerade arbetsplatser. Ett annat område för "hemmafäxade" regler gällde deltidarbete. Här kunde det hända att man kom överens om att den deltidarbetande fick tillgodoräkna sig timmar utöver den ordinarie arbetstiden som övertid istället för merarbete, vilket gav en högre lön. Normbildningen skedde genom att i praktiken uppkomna problem diskuterades mellan ledningen och personalen eller enskilda personalgrupper. Härmed nådde man gemensamma uppfattningar om hur man i konkreta situationer skulle förhålla sig, något som sedan låg till grund för ad hoc lösningar i det särskilda fallet eller mer generella lösningar, normer, då en anställd behövde vara ledig för omsorgsarbete utanför det avlönade arbetet.

Som ett konkret exempel på hur en reglering i hänsynsnormens fotspår kan gestalta sig, nämner Petersen (s 140) hur en ensamstående kvinna med en fyraårig dotter efter en skilsmässa ansökte om arbetstidsförkortning då dottern vägrade att gå till dagiset. Detta fick hon inte beviljat på formella grunder. Men med stöd av den informella hänsynsnormen fick hon under en period av tre månader ett informellt avtal om att arbeta 35 timmar på kontoret och resten som hemmaarbete, med bibehållen lön. Efter de tre månadernas utgång hade hon fortfarande inte formellt beviljats ledigheten. Hon hade då på eget bevåg fortsatt arbetet på de villkor som man informellt kommit överens om, något som visar på den informella normens styrka. Hänsynsnormen kan i hög grad sägas vara behovsbestämd och fyller i de studerade fallen en funktion som i Sverige idag tillgodoses genom föräldraledighetslagen (1995:384) och lagen (1978:410) om rätt till ledighet för vård av barn, m.m.

Den hänsynsnorm som växt fram mellan ledning och anställda, existerar också i förhållandet mellan de anställda. Detta kom till uttryck i att de anställda i intervjuerna gång på gång kom tillbaka till uttryck som "förståelse" och "uppmärksamhet" för behovet av hänsyn till de krav som omsorgsarbetet kunde kräva i det särskilda fallet, något som alla anställda på ett eller annat sätt hade nytta av. Hänsynsnormen reglerar de anställda genom att den föreskriver förpliktelser i lönearbetet i form av anpassningar och omläggningar av det egna arbetet för att möta och tillgodose allmänna behov hos andra anställda. Dessa plikter motsvaras av plikter hos dem vars behov tillgodoses genom hänsynsnormen. Här handlar det om att visa ansvar, försiktighet och återhållsamhet i formuleringen av de behov som önskas bli tillgodosedda samt att inte missbruka den lättnad som hänsynsnormen inneburit för den anställda. Konkret innebär hänsynsnormen att kollegor bistår med avlastning genom att ta på sig en extra arbetsinsats.

5 Rätten som arena för utkämpandet av symboliska konflikter

Jag ska avslutningsvis lyfta fram en anledning till att rätten på pappret och i verkligheten tenderar att glida från varandra. Det är när rätten görs till en arena för utkämpandet av symboliska konflikter och parterna önskar göra ideologiska markeringar för att framstå som vinnare för sin sak. Ett sådant fall, bland många, är det s.k. chefstillsättningsmålet (1979:118). Låt mig kort redogöra för bakgrunden trots att detta för många är välbekant⁴⁴. Det var ett fall som blev föremål för många kommentarer i den allmänna debatten. Rättsligt sett handlade fallet om huruvida 11 § medbestämmandelagen (MBL) är tillämplig då ett företag tillsätter chefer. Som bekant förutsätter 11 § för sin tillämpning att arbetsgivaren fattar ett beslut som innebär viktigare förändring av verksamheten eller av arbets- eller anställningsvillkoren för de anställda. Den omdebatterade rättsliga fråga som avgjordes gällde således om tillsättning av chef var att betrakta som en viktigare förändring i något av de hänseenden som paragrafen nämner.

Arbetsgivarsidan motsatte sig detta med hänvisning till att tillsättning av chef knappast kunde ses som ett beslut om en viktigare förändring. Man accepterade från arbetsgivarhåll att inrättande av en chefstjänst skulle kunna ses som ett beslut om viktigare förändring, men inte tillsättning av en person på en redan befintlig tjänst. Arbetsdomstolen konstaterade i domen att chefstillsättning var att betrakta som ett beslut om en viktigare förändring. Visserligen strider detta mot det semantiska innehållet i lagtexten, ansåg AD, men enligt förarbetena till lagen skulle den primära förhandlingsrätten i 11 § MBL omfatta sådana frågor som den fackliga organisationen typiskt sett kan förväntas vilja förhandla om. Då chefstillsättning är en sådan fråga ansågs den av AD falla under tillämpningsområdet för 11 §. AD uttalade bl.a. i domen följande:

De allmänna överväganden som uppbär medbestämmandelagen talar med styrka för att arbetsgivaren skall anses skyldig att förhandla innan beslut fattas om att tillsätta chefsbefattningar. Ordalydelsen i 11 § medbestämmandelagen utesluter inte en sådan tolkning. Bestämmelsen måste i stället ses som en allmänt hållen regel, vilken är avsedd att kunna vidareutvecklas inom rättstillämpningen. Arbetsdomstolen har inte heller kunnat finna att en primär förhandlingsskyldighet i dessa frågor skulle få avgörande negativa följder för arbetsmarknadsparterna eller för dem som söker chefsbefattningar.

Det var dessa uttalanden som SAF sedermera vände sig mot och som man på arbetstagersidan tog till intäkt för att MBL var en kraftfull lag till stöd för

⁴⁴ Hydén 1985, s. 194 f.

arbetstagarpartens intressen. Vad var det då som arbetstagarparten hade vunnit som var så viktigt? Ser vi till de praktiska konsekvenserna – rätten i verkligheten - handlade målet om huruvida det är arbetsgivaren eller facket som ska ta initiativ till primära förhandlingar i samband med chefstillsättningar. Det är nämligen så att om AD hade gått emot arbetstagarpartens talan och hävdade att 11 § inte var tillämplig, så hade i vart fall 12 § MBL kunnat återopas. Enligt denna har den fackliga organisationen rätt att själv begära primära förhandlingar i varje fråga som berör förhållandet arbetsgivare och arbetstagarparten. Vad chefstillsättningsmålet således handlade om var vem som ska ta initiativ till förhandlingen, arbetsgivaren eller facket. I detta perspektiv framstår de argument och den indignation som arbetstagarpartens uppvisade oproportionerliga drag. Det fanns inga rimliga proportioner mellan sakfrågans betydelse för parterna och det sätt som den hanterades på i arbetsdomstolen och i massmedia. SAF ingav till och med en resningsansökan till Högsta domstolen för att visa sitt missnöje något man på goda grunder kunde förutse skulle avslås av Högsta domstolen, vilket också skedde på formella grunder.

Ett annat exempel på hur en symbolfråga rörande rätten på pappret används av parterna för att bedriva skenfäktning är den s.k. 200 kronors-regelns vara eller inte vara. Bakgrunden till denna fråga går tillbaka till en bestämmelse som infördes redan i kollektivavtalslagen 1928 om att enskilda arbetstagarparten inte kunde ådömas högre skadestånd än 200 kr i samband med deltagande i olovlig stridsåtgärd. Denna regel togs bort i samband med att MBL infördes 1977⁴⁵. Det var ett av de krav som de borgerliga fick igenom i samband med att införandet av MBL beslutades i riksdagen. I förarbetena till lagen uttalades dock att 200 kr skall anses som relativt normalt skadestånd för deltagande i olovlig stridsåtgärd något som bekräftades i domen AD 1977 nr 218⁴⁶. Det hela slutade med att 200 kr regeln återinfördes 1984 efter lagändring i MBL 60 §.

Man kan fråga sig vad som utgjorde drivkraften för parterna att engagera sig i denna symbolfråga. Fackföreningsrörelsen har ju ingalunda värnat om användandet av olovliga stridsåtgärder. Den har överhuvudtaget varit restriktiv när det gäller

⁴⁵ Den försvann för övrigt på grund av att socialdemokraterna förlorade omröstningen i den s.k. lottriksdagen (som av misstag vid införandet av den nya regeringsformen kom att innehålla ett jämnt antal riksdagsledamöter). Vid lika röstetal fick man därför rösta om vilket förslag som skulle gälla.

⁴⁶ Arbetsgivarledamöterna accepterade så småningom den lägre skadeståndsnivå som majoriteten hade tillämpat i AD 1979 nr 83. Därefter har samtliga domar varit enhälliga utom två, AD 1980 nr 158 och 1982 nr 129. Av 14 enhälliga domar har domstolen endast i ett fall dömt ut ett högre belopp än 200 kr, nämligen i AD 1979 nr 99 (300 kr). I fallet AD 1980 nr 158 fastställdes ämbetsmannaledamöternas tillsammans med arbetsgivarledamöternas skadeståndsbelopp till 400 kr, medan arbetstagarledamöternas stannade för 300 kr. I två fall har skadeståndsyrekrandet medgivits av arbetstagarparten. Se vidare SOU 1982:60 229 ff.

användandet av strejkvapnet. Så det kan inte gärna ha varit det som utgör drivkraften. Arbetsgivarsidan och de borgerliga partierna hade i och för sig uppfattningen att ”det ska svida i skinnet” för dem som vidtar olovliga stridsåtgärder, men när striden gäller ett par hundralappar i ett för allt per olovligt strejkande arbetstagare kan det knappast ha varit en stor fråga på arbetsgivarsidan. 200 kr regeln framstår dock som en idealisk symbolfråga där parterna kan markera sina ståndpunkter utan att särskilt mycket står på spel. Det är en enkel och tydlig symbolfråga. Ingendera parten riskerar någon reell förlust och man förlorar. Däremot finns det mycket att slåss om på det ideologiska planet.

Striden om 200 kr regeln påminner om våra dagars strid kring turordningsreglerna i lagen om anställningsskydd (LAS 1982:80). Det är en fråga som lett till högljudd debatt, framförallt på det politiska planet. Moderaternas stämmobeslut om att kompetens ska väga tyngre i lagen om anställningsskydd än i dag innebar en uppgörelse med partiets tidigare position om att vara försiktig med att röra arbetsrätten. Ett konkret förslag saknas dock. Alla allianspartier vill att kompetens ska få större betydelse vid uppsägningar. Centerpartiet vill undanta alla företag med upp till 50 anställda från turordningsreglerna. Liberalerna vill att företag med upp till 49 anställda ska få undanta ”som mest” fem personer. Liberalerna föreslår att dagens turordningsregler ”avskaffas till förmån för regler som baseras på kompetens”. Kristdemokraterna vill att alla företag, oavsett storlek, ska få undanta fyra personer. Alla allianspartier vill att kompetens ska få större betydelse vid uppsägningar. Miljöpartiet driver inga förändringar över huvud taget av LAS. Partiet anser att turordningsreglerna fyller sitt syfte och inte bör ändras. Vänsterpartiet vill i stället ta bort dagens undantag som gör det möjligt för arbetsgivare med högst tio anställda att undanta två personer. Socialdemokraterna vill inte ändra turordningsreglerna.

Att detta är en symbolfråga för politikerna visar sig i mängden och variationen av förslag. Dessutom visar det sig i att de fackliga organisationerna inte är lika delaktiga i diskussionen och det har sina skäl. Reglerna om turordning i 22 § LAS är semidispositiva (LAS 2 § 3 st.), vilket innebär att det är möjligt att i förbundsavtal föreskriva avvikelser eller att de lokala parterna eller även parterna i det enskilda anställningsavtalet ska ha rätt att komma överens om avvikelser från lagen. Man talar här om att avtalsurlistor gäller. Det finns därmed utrymme för flexibilitet och för att arbetsmarknadens aktörer ska ingå överenskommelser som också får företräde framför lagen⁴⁷. I stort sett alla centrala kollektivavtal på tjänstemannasidan innehåller bestämmelser om turordning vid driftsinskränkningar och

⁴⁷ Numhauser-Henning, Ann. Den framtida arbetsrättens förutsättningar. *Arbetsmarknad & Arbetsliv*. årg. 3, nr 2 1997, s. 104.

återanställningar. Numhauser-Hennings och Rönnmars slutsats av AD-domen 2009 nr 50 är att det finns ”ett principiellt ganska omfattande utrymme för kvantitativ flexibilitet i Sverige”⁴⁸. Detta är enligt författarna större än man föreställt sig genom att turordningsreglerna inte ger något skydd mot långtgående omplaceringar.

Enligt en undersökning som Svenskt Näringsliv tillsammans med PTK låtit genomföra 2011⁴⁹ visar det sig att drygt nio av tio företag och drygt sju av tio fackliga företrädare uppger att man kommit överens om vilka som ska sägas upp. I de fall företag och fackliga företrädare kom överens var avtalsturlista det mest frekvent förekommande avtalsinnehållet. I nio av tio fall var avtalsturlista kombinerat med någon typ av förmån utöver lag och avtal till de uppsagda arbetstagarna, där förlängd/arbetsfri uppsägningstid var de mest frekvent förekommande. Hur ofta ekonomisk ersättning förekommer varierar starkt mellan branscher och företag. Nio av tio företag och sex av tio fackliga företrädare uppger att det var lätt att stå för överenskommelsen. Åtta av tio företagsföreträdare och sju av tio fackliga företrädare uppger att man var nöjd med resultaten av turordningsförhandlingarna. Ungefär fem av tio av de som kommit överens uppger att man fått göra sig av med kompetens som man behövt ha kvar.

Med hänvisning till det som framförts finns det anledning att påstå att rätten genom LAS och turordningsreglerna tillhandahåller en symbolfråga som är tacksam när det gäller politiska ideologiska markeringar. Trots att turordningsreglerna i praktiken inte tycks skapa några större problem⁵⁰ har arbetarrörelsen hittills vägrat att släppa kraven på att turordningsreglerna i LAS ska gälla. Det framställs som en klassfråga. Problemet kan dock och har i stor utsträckning som vi sett lösas av parterna själva genom kollektivavtal på olika nivåer. Den politiska debatten framstår mot denna bakgrund som en otydlig relief, som ett plan utan konturer.

⁴⁸ Rönnmars, Mia. & Numhauser-Henning, Ann. (2013). Normative Patterns and Legal Developments i *the Social Dimension of the EU* [Elektronisk resurs]. Hart Publishing Limited.

⁴⁹ Rudeberg, Sverker, Hedlund, Helena (2011), Faktiska konsekvenser av turordningsreglerna i LAS och avtal. En rapport av Svenskt näringsliv och PTK.

⁵⁰ Ahlberg, Bruun och Malmberg framför dock att såväl ekonomisk som rättsvetenskaplig forskning har svårigheter att presentera empiriska studier som belägger de teoretiska antaganden som görs om reglernas effekter (Ahlberg et al 2006, s. 134 f.).

Komparativ arbetsrätt – långt borta, men ändå nära

ANDREAS INGHAMMAR¹

"It is perhaps to be regretted that labour lawyers do not often show an interest in comparative law, and even more that few comparative lawyers pay much attention to labour law."²

Sir Otto Kahn-Freund, 1973.

1 Introduktion

Otto Kahn-Freunds ord från 1973 låter defensiva och dystra, snarast uppgivna. De antyder att de komparativa perspektiven inte prioriterades och endast fångade begränsat intresse i doktrinen. Drygt 45 år efter att orden formulerades är det på sin plats att sätta dem i ett nytt ljus och ifrågasätta om de alltjämt äger sin riktighet. Arbetsmarknaden och arbetsmarknadsregleringen har förmodligen aldrig varit lika öppen för global eller regional påverkan som nu och mycket har hänt på den internationella, europeiska och svenska arbetsmarknaden sedan Kahn-Freunds ord ovan formulerades 1973. Handelsmönster, arbetskraftsrörlighet, låga transportkostnader och ökad specialisering har tillsammans med multinationella fenomen – såsom EU – har skapat en omfattande integrering eller i vart fall utbyte mellan olika länder och delar av världen. Intresset för att förstå andra rättssystem och att kunna anpassa egna rättsliga regleringar (på samhällsnivå) eller strategier (på företags- eller organisationsnivå) ökar i en sådan värld. Inom arbetsrätten, som är motsägelsefullt nationell samtidigt som den är internationellt exponerad genom fri handel och arbetskraftens och företagens rörlighet, har författare under lång tid

¹ Andreas Inghammar är docent och universitetslektor vid Institutionen för handelsrätt, Ekonomihögskolan, Lunds universitet.

² Kahn-Freund, O., "Pacta Sunt Servanda – A Principle and Its Limits: Some Thoughts Prompted By Comparative Labour Law", *48 Tulane Law Review* (1973-1974), s. 894, 906.

genomfört komparativa utblickar eller undersökningar. På senare tid, särskilt sedan inträdet i EG/EU, har frågorna accentuerats och dessa komparativa moment inte sällan lyfts fram mer systematiskt. Internationella och europeiska konferenser och nätverk attraherar åtskilliga arbetsrättsliga forskare, som härigenom exponeras för andra rättsordningar, formulerar forskningsfrågor med komparativa inslag och söker kunskap i bredare, internationella miljöer. Det inom-akademiska trycket på att publicera artiklar också för en utländsk läsekrets, för också med sig ett ökat intresse för att genomföra större eller mindre komparativa undersökningar. Att presentera en helt nationell, svensk, undersökning på engelska för en utländsk publik i en internationell tidskrift kan för många framstå som omotiverat. Ett komparativt anslag, där det egna undersökningsobjektet jämförs med ett motsvarande förhållande i ett annat, ofta likartat land, kan utgöra en anledning att sprida resultaten utanför Sveriges gränser.

Att genomföra komparativa rättsvetenskapliga undersökningar kan tjäna en rad olika syften. Det grundläggande svenska standardverket på området, Michael Bogdans *Komparativ rättskunskap*, nämner som komparativa motiv framför allt allmänbildning, bättre förståelse av den egna rättsordningen, arbete *de lege ferenda*, rättsharmonisering och rättsunifikation, samt arbete *de lege lata*.³ Andra ledande författare betonar liknande bevekelsegrunder för komparativrättslig forskning.⁴ I ett övergripande arbete från 1972 utvecklar Stig Strömholm den komparativrättsliga undersökningen såsom ”tjänande” eller ”härskande”, eller undantagsvis som ett mellanting mellan de två, såsom hans egna komparativa studie från mitten av 1960-talet.⁵ Strömholm tonar i någon mening ner förutsättningarna för att genom komparativrättsliga studier bidra till den nationella rättsdogmatiken, men pekar också på den tjänande komparationens betydelse för övergripande förståelse och insikt.⁶ Många av dessa mer generella argument för komparativa undersökning är högst relevanta för arbetsrättslig forskning och har väglett komparativt inriktade svenska arbetsrättsforskare i generationer, även om perspektiven har varierat något över tid. Föreliggande kapitel syftar till att systematisera och belysa komparativt arbetsrättsligt arbete och att, möjligen, kunna tjäna som inkörspport för nya

³ Bogdan, M., *Komparativ rättskunskap*, 2 upplagan, Norstedts Juridik, 2003, s. 26 ff.

⁴ Zweigert K., Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, 3 upplagan, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 15-31.

⁵ Strömholm, S., ”Har den komparativa rätten en metod”, *SvJT*, 1972 s. 456-465, även Strömholm, S., ”Några anteckningar och förslag”, *SvJT* 1970, s. 251-263.

⁶ Strömholm, S., ”Har den komparativa rätten en metod”, *SvJT*, 1972 s. 456-465, s. 463 m.fl. ställen.

komparativt intresserade arbetsrättsliga forskare och uppsatsförfattare.⁷ Framställningen gör inte anspråk på att vara uttömmande, snarare diskuterande och tar framför allt sikte på senare förhållanden och går igenom de tyngre komparativa undersökningarna som gjorts i Sverige, vilket i stor utsträckning utgörs av doktorsavhandlingar. I dessa arbeten ger författarna ofta uttryck för en metodologisk medvetenhet och hinner utveckla sina komparativa överväganden på ett förtjänstfullt sätt, vilket möjliggör iakttagelser och slutsatser. Den som letar efter en mer allmän redogörelse för den historiska utvecklingen av arbetsrättslig forskning, där även komparativ arbetsrätt behandlas, kan även konsultera Tore Sigeman.⁸ Vid sidan av svenska avhandlingar och andra undersökningar diskuteras nedan också utvecklingen av mer omfattande, ofta tematiskt orienterade, arbetsrättsliga studier inom EU och tidigare inom Norden.⁹

Genomförandet av komparativa undersökningar handlar i stor utsträckning om tillgång till och förståelse för de skilda rättskällorna i olika länder. En jämförelse mellan länder med likartad rättstradition, som mellan svensk och finsk, eller norsk, rätt medför färre risker och andra förutsättningar än exempelvis en jämförelse mellan svensk och kambodjansk rätt, det sistnämnda ett land där rättskällehierarkierna är dåligt utvecklade och där offentligt material och rättspraxis, ävensom doktrin, i stor utsträckning saknas helt.¹⁰ Även om tillgången på rättsligt material och rättskällor är god kan den enskilda författaren ställas inför utmaningar relaterade till rättskällornas omfattning och inbördes betydelse. En svensk forskares första möte med brittisk eller tysk rätt kan lätt färgas av en känsla av oöverskådlighet då det rättsliga materialet i form av rättsfall och kommenterande doktrin inom

⁷ På flera ställen i landet ges kurser på grund- eller avancerad nivå i komparativ arbetsrätt, eller i vart fall kurser med tydliga komparativa inslag. Inom forskarutbildningen har vi under senare tid sett åtskilliga arbetsrättsliga avhandlingar med komparativa inslag.

⁸ Sigeman, T., ”Från reception till ideologikritik. Om arbetsrättens doktrinhistoria”. i, Nyström, B., Westregård, A., Vogel H-H., *Liber Amicorum Reinhold Fablbeck*, 515-532, särskilt s. 529-532.

⁹ Hepple, B., Veneziani, B., (red.) *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford och Portland, 2009, Hendrickx, F., (red.) *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, <http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Looseleafs&mode=bypub&level=4&values=Looseleafs~IEL+Labour+Law> (besökt den 28 januari 2019), Waas, B., Heerma van Voss, G., (ed) assisted by Bakirtzi E., and Otto, M., *Restatement of Labour Law in Europe, Volume 1. The Concept of Employee*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017 och för nordiska jämförelser förslagsvis Bruun., Gislason, A., Kempainen, P., Nielsen, R., Töllborg, D., *Koncernarbetsrätt i Norden*, Nerenius & Santérus, 1992, och särskilt en rad artiklar i Wahlberg, P., (red.) *Stability and Change in Nordic Labour Law. Scandinavian Studies in Law*, Vol. 43, Elanders Stockholm 2002.

¹⁰ Peng, H., Kong, P., Menzel, J., *Introduction to Cambodian Law*, Konrad Adenauer Stiftung, Phnom Penh, Cambodia 2012, s. 8 ff.

åtskilliga områden är enormt och möjligheten att alls orientera i materialet kräver avgränsningar och urval.¹¹ Samtidigt kan en undersökning av rättsreglerna i utvecklingsländer med knapphändiga rättskällor framstå som ett lika stort hinder, eftersom det traditionella rättsliga material den (västerländska) rättsvetaren är bekväm med helt kan saknas. Egna erfarenheter från arbete i Kambodja, där exempelvis rättspraxis inte publiceras eller ens hålls tillgängligt, har resulterat i en viss insikt i att annat material kan behöva lyftas fram och att de tolkande inslagen kan vara tydligare kopplade till den politiska makten. Den förförståelse av hur inhemska källor skall värderas sinsemellan, som följer av juridisk utbildning och praktisk juridisk problemlösning, är avgjort svårare att tillägna sig i ett främmande material. Det rimliga förhållningssättet är att så långt möjligt eftersträva den metodlära eller prioriteringsordning bland rättskällorna som förekommer i det land man har satt sig före att jämföra med. Ofta utvecklas här en viss struktur, en sortering där vissa, men inte andra, förarbeten återkommande refereras vissa rättsfall blir särskilt uppburna, eller där vissa författare lyfts fram oftare än andra.¹² Kännedom om de här subtila fenomenen kallar Strömholm för ”metodlärans kökssida” och betonar att betydelse av sådan kännedom är avgjort större i samband med rent härskande komparativa studier.¹³

Efter en genomgång av den svenska arbetsrättsliga komparativa litteraturen är det tydligt att det mest framträdande syftet med undersökningar är en kombination av allmänbildning och bättre förståelse av den egna rättsordningen, följt av någon form av rättsharmonisering eller rättsunifikation under inflytande av framför allt den framväxande EU-arbetsrätten och där svenska forskare inte sällan medverkar i större europeiska projekt. Inte någon av de författare som studeras här har på ett mer omfattande eller genomgripande sätt använt den komparativa metoden för att explicit argumentera *de lege ferenda* rörande några omfattande lagändringar i svensk rätt, även om utländska intryck och exempel, eller tolkningar av likartade fenomen i rättspraxis, emellanåt kan ha tjänat som grund för en analys av den inhemska rätten.

¹¹ Jämför Inghammar, A., *Funktionshindrad – med rätt till arbete. En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007, s. 34-37, Rönmar, M., *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svenske, engelsk och tysk kontext*. Juristförlaget i Lund, Lund, 2004, s. 30 ff.

¹² Detta utgör i någon mening en version av ”impact factor”, se vidare diskussion i Inghammar, A., *Funktionshindrad – med rätt till arbete. En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007, s. 34 f.

¹³ Strömholm, S., ”Några anteckningar och förslag”, *SVJT* 1970, s. 262.

2 Komparativrättsliga ämnesval och syften

Varje internationell eller utländsk rättsvetenskaplig ansats kan inte betecknas som komparativ. Rent deskriptiva undersökningar där ett visst lands rätt i ett visst avseende studeras av någon utifrån kan för allt i världen höja allmänbildningen och lägga i dagen och sprida tidigare (i författarens land) ouppmärksammade företeelser. Detta kan naturligtvis böttna i omfattande studier och också utgöra meningsfulla bidrag inte minst för efterkommande studier och för förståelse av det studerade landets reglering som sådant.¹⁴ De här studierna har inte sällan vissa komparativa inslag i den meningen att författaren förklarar de utländska förhållandena genom att återkoppla till motsvarande eller motstridiga förhållanden i det egna (svenska) systemet.

För att på allvar göra skäl för begreppet komparativ undersökning torde emellertid också ett krav på en analys, en jämförelse, kunna ställas, något som betonas av Zweigert och Kötz:

“One can speak of comparative law only if there are specific comparative reflections on the problem to which the work is devoted. Experience shows that this is best done if the author first lays out the essentials of the relevant foreign law, country by country, and then uses this material as a basis for critical comparison, ending up with conclusions about the proper policy for the law to adopt, which may involve a reinterpretation of his own system.”¹⁵

Zweigert och Kötz betecknar strukturella jämförelser av exempelvis lagstiftningstekniker och nationell tillämpning av särskilda rättskällor som ”makrokomparationer”, medan studier av specifika rättsliga problem eller förhållanden benämns ”mikrokomparationer”.¹⁶ I princip utgör alla de studerade

¹⁴ I den svenska arbetsrätten har vi sett sådana omfattande undersökningar, inte minst kan nämnas Fahlbeck R., *Industrial Relations i USA. Ett porträtt av "The Land of the Free"*. Juristförlaget i Lund, 1988, Fahlbeck, R., ”Unionism in Japan. Declining of Not?” *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century. Liber Amicorum in Honour of Professor Roger Blainpain*. Kluwer, The Hague, 1998, s. 707-734, också Numhauser-Henning, A., *Den neoliberala arbetsrätten – exemplet Chile*. Juristförlaget i Lund, Lund 1996. En sentida variant är Inghammar, A., Pietrogiovanni, V., ”The Role of Globalized Industrial Relations and Collective Agreements for the Promotion of Fundamental Labour Rights in Southeast Asian Garment Industry” (*Artikel för publicering 2019/2020*).

¹⁵ Zweigert K., Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, 3 upplagan, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 6.

¹⁶ Zweigert K., Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, 3 upplagan, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 4, se även Engblom, S., *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law. Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*. European University Institute, doctoral thesis, 2003, s. 7 ff.

svenska arbetsrättsliga komparativa undersökningarna ”mikrokomparationer” och de har vanligen någon eller några regleringar, rättsliga institutioner eller fenomen i sikte.

En komparativ arbetsrättslig studie, som alltså oftast kan betecknas som mikrokomparativ, bör på samma sätt som andra rättsvetenskapliga arbeten utgå från en frågeställning med botten i ett meningsfullt undersökningsobjekt. Meningsfullhet eller relevans är naturligtvis i stor utsträckning individuellt definierade, men ett stramare relevanskriterium kan behöva tillämpas vid komparativa arbeten än i andra sammanhang. En strikt systematiserande rättsvetenskaplig undersökning kan tjäna ett visst utredande syfte även om den övergripande relevansen är svag – systematiken i sig kan skapa en mening. Vid en komparativ undersökning blir själva relevansen av jämförelsen ett eget bärande moment, med följd att en bristande relevans vid val av frågeställning och jämförelseobjekt riskerar att göra studien meningslös på ett allmänt plan – risken att jämföra äpplen och päron, eller äpplen och kycklingfilé, är överhängande.

Utgångspunkterna för komparativa arbetsrättsliga studier (eller komparativa studier i allmänhet) kan som nämnts vanligen hänföras till ett allmänt intresse av ökad allmänbildning, av bättre förståelse av den egna rättsordningen, arbete *de lege ferenda*, rättsharmonisering eller rättsunifikation.¹⁷ Alla dessa kan vara relevanta och meningsfulla för komparativa ansatser. Även om utgångspunkterna i viss mån kommer att skilja sig åt beroende på författarens motiv bör den komparativa frågeställningen, eller i vart fall undersökningen, ta sikte på funktionalitet, eller funktionen, hos rättsliga regleringar eller system, snarare än etiketter och var eller hur de enskilda reglerna är placerade i rättsordningen eftersom dessa kan variera på ett högst påtagligt sätt mellan rättsordningarna.¹⁸ Exempelvis medför inte avsaknaden av arbetsinspektioner (*labour inspectorates*) i Sverige, en mycket vanlig myndighet i andra länder, att det saknas kontroll av arbetsgivarens verksamhet på svenska arbetsplatser, bara att kontrollen är reglerad eller organiserad på ett annat sätt (framför allt genom fackligt medbestämmande och facklig insyn). Likaledes kan den återkommande frågan om svenska minimilöner se egendomligt magert reglerad ut ur ett utländskt perspektiv, medan kollektivavtalade lönenivåer i själva verket håller en mycket adekvat minimilönenivå på plats inom nästan hela den svenska

¹⁷ Se ovan, även Bogdan, M., *Komparativ rättskunskap*, 2 upplagan, Norstedts Juridik, 2003, s. 26 ff.

¹⁸ Zweigert K., Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, 3 upplagan, Clarendon Press, Oxford, 1995, s. 34-36.

arbetsmarknaden.¹⁹ Det här funktionalitetsperspektivet är förmodligen väl så viktigt inom arbetsrätten som inom andra rättsområden eftersom arbetsrätten i många länder i hög utsträckning vuxit fram med begränsad inblandning från lagstiftaren och därför punktvis eller i stora delar formats av normbildning av arbetsmarknadens parter.²⁰ Otto Kahn-Freund, själv en europeisk gränsgångare av stora mått, undersöker exempelvis i ett sammanhang i början av 1970-talet funktionaliteten och de bindande effekterna av kollektivavtal.²¹ Kahn-Freund diskuterar de skilda synsätt som föreligger kring kollektivavtalen – och den funktion som medel för upprätthållandet av fred och ordning på arbetsmarknaden som dessa särskilda avtal (som kanske inte är avtal i alla rättsordningar...) har. Den skandinaviska och i stor utsträckning germanska uppfattningen om kollektivavtal som bindande avtal utgörande grund för fredsplikt mellan parterna, ställs mot en anglo-saxisk tradition där synen på kollektivavtalet som ”avtal” är avgjort mer ambivalent och även mot en sydeuropeisk (fransk, italiensk) arbetsmarknaden där fredsplikten – som ett bärande element inom kollektivavtalsrätten – har en mer begränsad roll.

3 Ökad allmänbildning, bättre förståelse för den egna rättsordningen

Den komparativa ansatsen i en undersökning bör motiveras och dess bevekelsegrunder tydliggöras och kopplas nära samman med länderval och studieobjekt. Det är angeläget vare sig det rör en härskande eller tjänande komparation. Ett fullt legitimt, angeläget och ofta förekommande syfte med en komparativ undersökning är alltså att öka den egna (och läsarens) allmänbildning inom området och att, oftast, härigenom förbättra förståelsen för den egna rättsordningen. I själva verket är detta en av de mest förekommande företeelserna inom den svenska komparativa arbetsrätten.

”In labor law and labor relations, one of the most useful purposes of comparison is to provide a perspective from which we can see our own system more clearly. By

¹⁹ Frågan om minimilöner i just Sverige i jämförelse med andra EU-länder diskuteras ingående i SOU 2008:123 *Förslag till åtgärder med anledning av Laval-domen*, ffa s 189 ff, men även på åtskilliga andra ställen.

²⁰ De här skillnaderna kan noteras bl.a. i Hepple, B., Veneziani, B., (red.) *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford och Portland, 2009.

²¹ Kahn-Freund, O., “Pacta Sunt Servanda – A Principle and Its Limits: Some Thoughts Prompted By Comparative Labour Law”, *48 Tulane Law Review* 894 (1973-1974).

studying another system, we may recognize that certain legal rules and principles which we have unquestioningly accepted as fundamental are not essential, and that the labor relations systems could function quite well with different rules".²²

De större komparativa arbetsrättsliga undersökningar av svenska rättsvetare har ofta utvecklats i avhandlingsprojekt. Anledningarna kan vara flera, men vidmakthållandet av monografi-traditionen inom rättsvetenskapen är förmodligen av avgörande betydelse, eftersom utrymme och tid till bearbetning av ett sammanhängande och omfattande material utifrån olika synvinklar möjliggörs. Kortare artikelbaserade publikationsstrategier ger inte på samma sätt möjlighet till en sådan fördjupning som en mer djuplodande komparativ analys kräver. De komparativa anslagen i doktorsavhandlingarna förefaller sedan ha följt författarna under lång tid och öppnat vägar till internationella samarbeten och kunskapsutbyten. Naturligtvis har även många nationellt orienterade avhandlingsförfattare senare utvecklat betydande komparativa intressen.²³ I strid med det inledande citatet av Kahn-Freund, har åtskilliga svenska doktorsavhandlingar, jämte andra rättsvetenskapliga arbeten, haft betydande komparativa inslag och i vissa fall varit helt komparativt inriktade. Nedan diskuteras först några undersökningar där tjänande komparativa inslag haft betydelse för perspektiv, analys och slutsatser och sedan några ytterligare arbeten där det komparativa inslaget i stället varit bärande eller i vart fall betydande.²⁴

Axel Adlercreutz arbete *Kollektivavtalet – studier över dess tillkomstshistoria*, från 1954 utgör ett tidigt och angeläget arbete inom arbetsrätten som visar ett tydligt komparativt inslag. Adlercreutz säger själv att eftersom "kollektivavtalet liksom

²² Summers, C., "Employee Participation in Sweden and the United States: Some Comparisons from an American Perspective". *Arbetsrättsliga uppsatser*. Juridiska fakulteten i Stockholm, skriftserie 1, Juristförlaget, Stockholm, 1982, s. 49.

²³ Här kan bland andra nämnas Folke Schmidt, som ur en civilrättslig bakgrund utvecklade ett stort komparativt intresse för arbetsrätt, Reinhold Fahlbeck som i åtskilliga publikationer arbetat komparativt, inte minst genom att presentera svensk rätt i omvärlden, men också utländsk rätt på svenska, se t.ex. Fahlbeck, R., "Guest Editorial – Reflections on Industrial Relations", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1996, 289-313, Niklas Bruun, inte minst genom arbetet med ReMarkLab vid Stockholms universitet och genom åtskilliga kommentarer kring den europeiska rättsutvecklingen, Ann Numhauser-Henning, som utöver egna komparativa arbeten, tillsammans med Anna Christensen utvecklade *Norma*-miljön vid Juridiska fakulteten i Lund, en miljö som utmynnat i åtskilliga komparativa arbeten, Birgitta Nyström, som vid sidan av egen komparativt arbete, se exempelvis Nyström, B., "The internal market and the future of labour law in Europe – insights from the Nordic countries", *European Labour Law Journal*, Vol. 1 nr 1 2010 s. 7-18, bl.a. varit redaktör för ett antal antologier som behandlat mötet mellan svensk arbetsrätt och europeiska och EU-rättsliga förhållanden.

²⁴ Det är inte alltid dessa komparationer har beskrivits som "härskande" av respektive författare, men de uppfattas som bärande, särskilt i jämförelse med de tydligt tjänande komparationerna.

fackföreningsrörelsen är en internationell företeelse och tidigast uppkom i utlandet, är det i en rättsgenetisk studie naturligt, att undersökningen även berör utvecklingen i särskilt de andra länder, varifrån inflytelser direkt eller indirekt gjort sig gällande i Sverige”.²⁵ Adlercreutz fortsätter emellertid och förklarar att avsikten i och för sig inte är göra ”någon i detalj genomförd komparativ undersökning”, men att ställa den svenska utvecklingen och materialet i ett större sammanhang, och påpeka influenser och olikheter.²⁶ Adlercreutz komparativa ansats framstår, givet hans ämnesval, som rimlig och välavvägd och kan tjäna som inspiration. Kollektivavtalet som fenomen har nationella särdrag, men uppvisar också uppenbara komparativa likheter, något som Adlercreutz kan förhålla sig till genom sina komparativa perspektiv. Adlercreutz låter komparationen ”tjäna” det övergripande syftet att förstå och förklara kollektivavtalet (framför allt i Sverige) som fenomen.

I sin avhandling från 1983 utvecklar Ronnie Eklund en komparation rörande anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse där han jämför svensk rätt (som otvivelaktigt står i centrum för studien) med brittisk, fransk, tysk, finsk och i viss utsträckning även amerikansk rätt (USA). Härutöver behandlas EG-rätt som ett särskilt jämförelseobjekt.²⁷ Likheterna med Adlercreutz komparativa ambitioner är stora. Den nationella rätten står i centrum, såväl i fråga om djupet av studien som i upplägg och materialets omfattning. Det komparativa delarna får ett ”tjänande” anslag och ger en ökad insikt och bredare perspektiv på den svenska rätten som annars vore svåra att erhålla.

Ett likande upplägg anlägger Håkan Göransson (1988) i avhandlingen *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument*.²⁸ Göransson genomför en i huvudsak nationell, svensk, undersökning men tar sedan, i ett särskilt kapitel (kap. 4) en historisk utblick mot utvecklingen av kollektivavtalet som fredspliktsinstrument i tysk, engelsk och fransk rätt. Syftet, som det beskrivs, är att använda det utländska materialet i två avseenden, dels att öka förståelsen för det egna rättssystemet, dels för att finna förklaringar till den olikartade rättsutvecklingen.²⁹ Även Gabriella Sebardt (2005)

²⁵ Adlercreutz, A., *Kollektivavtalet – studier över dess tillkomst historia*, CWK Gleerup, Lund, 1954, s. 6.

²⁶ Ibid.

²⁷ Eklund, R., *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*. Norstedt, Stockholm 1983, särskilt kap. 5 och kap. 9.

²⁸ Göransson, H., *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. De grundläggande förbuden mot stridsåtgärderna i historisk och internationell belysning*. Juristförlaget, Stockholm, 1988.

²⁹ Göransson, H., *Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. De grundläggande förbuden mot stridsåtgärderna i historisk och internationell belysning*. Juristförlaget Stockholm, 1988, s. 30 f.

använder i delar av sin avhandling komparativ metod och studerar reglering av övertalighetssituationer i japansk och engelsk-walesisk rätt.³⁰

Annika Berg anlägger i sin avhandling om bemanningsanställningar (2008) ett tjänande komparativt perspektiv som syftar till att ge en ”bättre grund för förståelsen av det egna rättssystemet och för generaliseringar och slutsatser”,³¹ samtidigt som hon tydligt markerar att utgångspunkten är svensk rätt och svenska kollektivavtal och att det inte är fråga om någon jämbördig studie. Berg låter de komparativa delarna löpa parallellt med de svenska delarna i återkommande komparativa utblickar, i princip i varje kapitel, vilket resulterar i en förhållandevis omfattande komparation även om den djupare analysen av det rättsliga materialet är förbehållen den svenska rätten. Sammantaget exemplifierar Adlercreutz, Eklund, Göransson, Sebardt och Berg genom sina studier tjänande komparationer, där utblickar och mer eller mindre djupgående studier ger ökade insikter kring det egna rättssystemet – och en bredare allmänbildning på vägen. Ambitionen hos författarna har varit att ge perspektiv på den egna rättsordningen (och de fenomen man valt att studera) och inte att ställa främmande rättslig reglering helt jämte den svenska.

En mer genomgripande komparativ ansats återfinns i Boel Flodgrens avhandling från 1978 som innefattar en komparativ studie av ”fackföreningsrätten” i Sverige och USA. Syftet med Flodgrens arbete är att undersöka och belysa hur svenska respektive amerikanske föreningsrättsliga regler utformats och tillämpas i de två rättsordningarna. Samtidigt är en ytterligare ambition med det komparativa arbetet att analysera också hur rättsreglernas utformning och funktion, framför allt till skydd för facklig föreningsverksamhet, påverkas och är avhängiga ekonomiska och samhälleliga företeelser, i första hand styrkeförhållanden mellan olika aktörer på arbetsmarknaden. Flodgren har alltså ett övergripande kunskapsvidgande intresse med sin studie och söker efter funktion och samhällsutveckling snarare än rena dogmatiska skillnader.³² De komparativa delarna är bärande för hela arbetet.

Bland de arbeten från något senare tid som annars kan lyftas fram här kan nämnas Samuel Engbloms avhandling (2003) som omfattar en komparativ undersökning av gränsdragning och begreppsbildning kring egenföretagare och arbetstagare med ett tydligt europeiskt fokus även om han även jämför med förhållandena i USA.³³ Det grundläggande intresset är hur olika rättsordningar hanterat ett likartat fenomen, de

³⁰ Sebardt, G., *Redundancy and the Swedish Model*. Iustus Förlag, 2005, kap 8.

³¹ Berg, A., *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling. En studie av svensk rätt och kollektivavtalsreglering med komparativa inslag*. Juristförlaget i Lund, 2008.

³² Flodgren, B. *Fackföreningen och rätten. En jämförande studie av föreningsrätten i Sverige och USA*. Norstedts, Stockholm, 1978, s. 13-17 m.fl. ställen.

³³ Engblom, S., *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law. Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*. European University Institute, doctoral thesis, 2003.

arbetsrättsliga bedömningarna av vad som stipulerar anställningskontrakt i relation till kommersiella avtal med egenföretagare och hur rättsordningarna hanterar dessa olika förutsättningar. Engblom, som disputerade vid *European University Institute*, har ett fullt genomfört komparativt anslag och låter fransk, italiensk, brittisk, svensk och amerikansk regleringen ingå i jämförelsen av studieobjektet. Gränsdragningen mellan egenföretagare och anställd är återkommande i alla rättsordningar, men inom olika delar av arbetsrätten utformad på skilda vis.

Det komparativa inslaget är genomgående även i Mia Rönnmars avhandling (2004) som studerar hur arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet utformats i tysk, engelsk och svensk rätt. I vare sig Rönnmars eller Engbloms exempel är drivkraften någon explicit EU-rättslig lagstiftning av harmoniserande art. Snarare är intresset att kartlägga och förstå de olika systemens utformning och hur de, mot en EU-rättslig fond, kan fungera parallellt i de olika former de fått i nationell rätt.

I min egen avhandling från 2007,³⁴ görs jämförelser mellan svensk, engelsk och tysk rätt inom tre skilda delar av arbetsmarknadsregleringen för personer med funktionsnedsättning; arbetsmarknadsintegration (skyddade eller subventionerade anställningar), anställningsskydd, samt diskrimineringslagstiftning. Ambitionen är att göra en omfattande jämförelse över regleringarna i de tre länderna och härigenom dels höja kunskapsnivån kring dessa, men också öka förståelsen för styrkor och svagheter i det egna (svenska) systemet. Eftersom diskrimineringsrätten på EU-nivå, under avhandlingsarbetets gång, kom att omfatta även funktionsnedsättningar, blev ett ytterligare syfte att studera rättsutvecklingen med någon form av rättsunifierande eller rättsharmonierande intresse, för att i ett tidigt stadium kunna få intryck av hur den framväxande nya diskrimineringsrätten på handikappområdet skulle utvecklas och dess begrepp tolkas under direktiv 2000/78/EG.

De sistnämnda avhandlingarna, (Engblom, Rönnmar, Flodgren, Inghammar) innefattar studier där det komparativa materialet är mycket tongivande, eller i själva verket bärande. I de tidigare avhandlingarna, (Adlercreutz, Eklund, Göransson, Sebardt och Berg) utgör den nationella rätten i stället det huvudsakliga studieobjektet vilket betraktas eller analyseras genom de jämförelser som görs i de komparativa delarna. Båda tillvägagångssätten är fullt rimliga, men svarar delvis på olika frågor och kräver delvis olika tillvägagångssätt. Komparativa undersökningar där de jämförande inslagen är bärande kräver avsevärt större arbetsinsats och mer kunskaper om de främmande systemens ”kökssidan” än en mer begränsad, utblickande undersökning som istället kan gå djupare in på den nationella rätten. Som diskuteras ovan, krävs för en mer ingående förståelse av ”kökssidan”

³⁴ Inghammar, A., *Funktionshindrad – med rätt till arbete. En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionsbinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007.

förmodligen längre eller (eller båda delarna) återkommande forskningsvistelser i den studerade miljön och goda kontakter med välmenande utländska kollegor. Naturligtvis tjänar även mindre omfattande jämförelser på sådana vistelser och kontakter, men förutsättningarna för att alls genomföra undersökningarna blir inte på samma sätt avhängiga tillgången till dessa. Den forskare som saknar möjlighet att återkommande eller i längre perioder bedriva sin forskning utomlands kanske därför bör uppmuntras att begränsa undersökningen till tjänande utblickar eller perspektiv och tydligare fokus på nationell rätt.

4 Rättsharmoniserande eller rättsunifierande komparationer – europeisk rätt som inkörsport

Att utifrån en rättsharmoniserande eller rättsunifierande ambition genomföra komparativa undersökningar har fått accelererande betydelse för svenska arbetsrättsliga forskare efter det svenska inträdet i EG/EU 1995 och efter den massiva utbyggnad av den EU-rättsliga arbetsrätten som genomförts framför allt efter Amsterdamfördraget. Fahlbecks arbete om religionsfrihet (2011), har en tydlig europeisk botten genom utgångspunkten i Europakonventionen för mänskliga rättigheter och den EU-rättsliga diskrimineringsrätten.³⁵ Arbetet innefattar även en rad utblickar mot andra europeiska rättsordningar och diskuterar viss rättspraxis kring religionsfrihet i tysk, dansk, fransk och schweizisk rätt.³⁶ Även om Fahlbecks arbete är skrivet för en nationell, svensk läsekrets, har det även en ambition att studera fenomen kring religion och arbetsliv ur ett bredare, europeiskt perspektiv.

Andrea Iossa (2017) undersöker utifrån ett överordnat europeiskt anslag, kollektiv autonomi och regleringen av fackliga förhandlingar (*collective bargaining*) inom EU, men med ett särskilt, komparativt, intresse för skillnader och likheter mellan italiensk och svensk arbetsrättslig reglering i lag och kollektivavtal.³⁷ Det europeiska är i förgrunden, men jämförelsen mellan hur utformning och tillämpning fungerar i de två nationella systemen får stort utrymme och ger en meningsfull relevans till undersökningen.

Av annan art, men också med betydande komparativa förtjänster, är tematiska antologier eller sammanställningar från konferenser där särskilda arbetsrättsliga ämnen hanterats. En del av dessa har publicerats med huvudsakligen svenska

³⁵ Fahlbeck, R., *Bed och arbete. Om religionsfrihet i arbetsliv och skola*, Liber 2011.

³⁶ Fahlbeck, R., *Bed och arbete. Om religionsfrihet i arbetsliv och skola*, Liber 2011, särskilt kap. 2, men återkopplingen till utländsk praxis förekommer också på andra ställen.

³⁷ Iossa, A., *Collective Autonomy in the European Union. Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining*, Juridiska fakulteten, Lund, 2017.

författare, medan andra har en mer internationell prägel. Inom sina respektive områden kan dessa publikationer ge värdefulla bidrag genom bland annat komparativ analys och är, i vart fall på senare tid, ofta relaterade till EU-rättens utveckling inom exempelvis diskrimineringsrätten,³⁸ eller utstationering och stridsåtgärder efter domen i *Laval*-målet.³⁹

Det har under en rad år funnits framför allt EU-relaterade komparativa projekt, utvecklade som samarbeten mellan nationella arbetsrättsliga forskare och tongivande bokförlag. Ett väletablerat sådant samarbete är *International Encyclopaedia for labour law and industrial relations*, som digitalt (och på engelska) samlar 75 nationella rapporter och sammantaget tolv ämnesbaserade monografier av ledande författare och därigenom tillhandahåller underlag för komparativa analyser mellan olika länder.⁴⁰ Anslaget är övergripande och ambitiöst, men varierar också avsevärt mellan de olika studerade länderna och är känsligt för brister i uppdateringar. Det tyska bidraget, av Manfred Weiss och Marlene Schmidt, är exempelvis inte uppdaterat efter april 2010.⁴¹ Det svenska bidraget, som är författat av Axel Adlercreutz och Birgitta Nyström, presenterar på 274 sidor den svenska arbetsrätten.⁴² Värdet av de samlade nationella bidragen ligger i just den övergripande och någorlunda likartade och kondenserade presentationen av den nationella rätten. Detta möjliggör för forskare, uppsatsstudenter och praktiskt verksamma att bilda sig en uppfattning av andra arbetsrättsliga regleringar och att härur kunna utveckla i vart fall övergripande komparativa analyser och att även få referenser till nationella rättskällor för vidare fördjupningar. Katalogen över nationella bidrag är lång, närmare 80 länder är representerade, från Nya Zeeland, Sydafrika och Chile i söder, till Kanada, Ryssland och Finland i norr, men också länder som Libyen, Malawi, Vietnam och Venezuela presenteras. Materialet innehåller i sig ingen gemensam komparativ analys, eller

³⁸ Numhauser-Henning, A., (red), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*. Kluwer Law International, The Hague, 2001.

³⁹ Rönmar, M., (red.) *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*. Kluwer Law International, the Hague, 2008.

⁴⁰ Hendrickx, F., (ed.) *International Encyclopedia for Labour Law and Industrial Relations*, <http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?area=Looseleafs&mode=bypub&level=4&values=Looseleafs~IEL+Labour+Law> (besökt den 28 januari 2019).

⁴¹ Weiss, M., Schmidt, M., *Germany*, Wolters Kluwer, tillgänglig på: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?ids=IELL20120925,IELL2000530,IELL20121628,IELL2000532,IELL2000533,IELL20080024,IELL2000534,IELL2000535,IELL2000536>.

⁴² Adlercreutz, A., Nyström B., *Sweden*, Wolters Kluwer, tillgänglig på: <http://www.kluwerlawonline.com/document.php?ids=IELL20120932,IELL1998074,IELL20121653,IELL1998076,IELL1998077,IELL1998078,IELL1998079,IELL1998080,IELL1998081,IELL1998082>.

jämförande kategorisering i någon form, vilket hade varit ett oerhört omfattande arbete. Istället ligger styrkan, som nämnts, på tillgängliggörandet av nationella presentationer och den källa till vidare komparativa studier som detta kan utgöra.

En rent europeisk sammanställning, med uttalat komparativa ambitioner, är ”*The Restatement of Labour Law in Europe*”, finansierat av EU-kommissionen och framför allt utvecklat av Bernd Waas vid Goethe Universität i Frankfurt am Main. Projektet, som samlar arbetsrättsliga experter från samtliga EU-stater samt en rad angränsande länder inklusive Ryssland och Turkiet, har som syfte att tematiskt behandla en rad arbetsrättsliga fenomen och att erbjuda komparativa analyser av dessa fenomen. Projektet har, hittills, behandlat tre teman, ”*Volume 1, The Concept of Employee*”, ”*Volume 2, Atypical Work*”, samt ”*Volume 3, Dismissal Protection*”. Den första boken, som allsa behandlar arbetstagarbegreppet, gavs ut 2017 och följs under 2019 av de två följande volymerna.⁴³ Böckerna innehåller en samlande, komparativ analys av hur de olika länderna förhåller sig till de studerande arbetsrättsliga fenomenen.⁴⁴ De nationella kapitlen är utformade utifrån en struktur eller mall som arbetats fram i samarbete med de deltagande författarna och omfattar för arbetstagarbegreppet centrala rubriker som anstallningskontraktets betydelse och formella kriterier, legaldefinitioner av arbetstagare, undergrupper av arbetstagare (exempelvis *worker-employee*), subordinationskriterier och begränsningar i avtalsfriheten.⁴⁵

Ur ett historiskt perspektiv bör också nämnas att de nordiska arbetsrättsliga forskarna under lång tid utvecklade gemensamma komparativa arbeten, som på något vis föregriper de EU-rättsligt baserade rättsunifierande arbeten som diskuterat här ovan. Ett utmärkt och uthålligt exempel på ett sådant arbete är de återkommande arbetsrättsliga artiklarna i *Scandinavian Studie in Law* som under många ar drevs av den komparativt intresserade arbetsrattsnestorn Folke Schmidt.⁴⁶ Under åren har det

⁴³ Waas, B., Heerma van Voss, G., (red.) assisted by Bakirtzi E., and Otto, M., *Restatement of Labour Law in Europe, Volume 1. The Concept of Employee*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017.

⁴⁴ Se t.ex. Waas, B., ’Comparative Overview’, i Waas, B., Heerma van Voss, G., (red.) assisted by Bakirtzi E., and Otto, M., *Restatement of Labour Law in Europe, Volume 1. The Concept of Employee*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017, s. xxvii-lxvii.

⁴⁵ Strukturen, eller mallen ar atergivaren i Waas, B., Heerma van Voss, G., (red.) assisted by Bakirtzi E., and Otto, M., *Restatement of Labour Law in Europe, Volume 1. The Concept of Employee*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2017, s. xxiii-xxvii.

⁴⁶ Artiklarna i *Scandinavian Studies in Law*, ar tillgängliga genom en databas.

<http://www.scandinavianlaw.se/index.php?page=index-database>, av särskilt intresse ar volym 43 som är dedikerad till arbetsrätt, se Wahlberg, P., (red.) *Stability and Change in Nordic Labour Law. Scandinavian Studies in Law*, Vol. 43, Elanders Stockholm 2002.

emellertid skrivits en rad antologier eller rapporter som på olika sätt och med olika tematik jämför arbetsrätten i de nordiska länderna.⁴⁷

Avslutningsvis kan också nämnas att det på den europeiska och internationella arenan finns en rad arbetsrättsliga tidskrifter som behandlar komparativa förhållanden. Inom Europa kan särskilt nämnas *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations*,⁴⁸ *European Journal of Labour Law*,⁴⁹ men också, med artiklar på tyska eller engelska, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*.⁵⁰

5 Material och rättskällehantering

Vid en utpräglat ”härskande” komparativa undersökning, eller sådana arbeten där det komparativa inslaget är bärande, krävs, som antytt, en tidsödande insats för grundförståelse och materialinsamling av det utländska materialet och kringmaterial för den allmänna förståelsen och ”realian”. En rimlig utgångspunkt för sådana omfattande komparativa studier är att författaren kan tillgodogöra sig rättsligt material på originalspråk, är, eller under studien blir, väl förtrogen med de rättsliga förhållandena i det studerade landet och har tillgång till omfattande rättskällematerial inte minst rättsfall, förarbeten och doktrin. Av egen erfarenhet kan betonas värdet av mer omfattande eller återkommande – eller både ock – vistelser vid lärosäten eller miljöer i det studerande landet, samt möjligheter att ställa ”dumma frågor” till någon förstående klok kollega därstädes. Inte minst kunskaper om den ”köksida” Strömholm talar om är svåra att tillägna sig helt på egen hand.⁵¹ De kan ofta kräva förklaringar och motfrågor i såväl stort som smått.

I de studier där det komparativa inslaget är ägnat med att ge reflektion och perspektiv är behovet av att tränga lika långt in i det utländska materialet mindre. Här kan sekundärt material, som engelskspråkiga framställningar i doktrin eller i övergripande komparativa arbeten såsom de encyklopediska verk och till exempel ”*Restatement*”-böcker som presenteras ovan, jämte viss uppföljning av rättspraxis och lagtext på originalspråk utgöra en fullgod metod. Eftersom syftet inte är att gå på

⁴⁷ Här kan bl hänvisas till Källström, K., Sigeman, T., *Komparativ nordisk arbetsrätt i huvuddrag. Sammanfattning av en komparativ studie av arbetsrätten i Norden: Viktigare olikheter jämte synpunkter på harmoniseringsbehov*. Nord 1990:93, Nordiska Ministerrådet, Köpenhamn, 1990.

⁴⁸ Tidskriften ges ut kvartalsvis på Kluwer, artikelregister kan hittas på:
<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=IJCL>.

⁴⁹ Tidskriften ges ut kvartalsvis på SAGE, artikelregister kan hittas på:
<https://journals.sagepub.com/loi/ella>.

⁵⁰ Tidskriften ges ut kvartalsvis på C.H. Beck, artikelregister kan hittas på:
<https://rsw.beck.de/cms/main?site=EuZA>.

⁵¹ Strömholm, S., ”Några anteckningar och förslag”, *SJT* 1970, s. 262.

djupet i den främmande rättsordningen utan i den egna, kan förväntningarna på det utländska materialets hantering ställas lägre. Naturligtvis finns det i alla komparativa undersökningar, såväl de med bärande som de med perspektivgivande ambition, anledning att mycket tydligt adressera frågor som rättskälleanvändning, urval och materialmässig hantering i ett inledande avsnitt om metod och material. Den som arbetar med komparativa källor tar en större risk än den strikt nationellt verksamma, den risken kan motverkas genom tydlighet vad gäller urval och metod.

Att arbeta komparativt handlar i stor utsträckning om att göra synteser, att se sammanhang bortom enskilda begrepp och kategoriseringar. Det ställer krav på utövaren, men skärper också ett vetenskapligt sinne, eftersom ingenting riktigt kan tas för givet. Det är utmanande, men spännande och ofta angeläget.

6 Slutsatser och rekommendationer

I strid med den uppgivna tonen i de inledande orden hos Kahn-Freund kan konstateras att den komparativa arbetsrätten under lång tid haft en betydande roll i den svenska arbetsrättsliga litteraturen. Under vissa perioder har intresset framstått som något mindre, men det har kontinuerligt funnits ett utrymme för arbetsrättsligt komparativt arbete ända sedan tiden då arbetsrätten etablerades som ett eget rättsvetenskapligt ämne. Intresset för att jämföra med andra länder har delvis varierat under årens lopp. Nordiska jämförelser har i stor utsträckning ersatts av jämförelser inom hela eller delar av EU. Intresset för rättsordningen i USA respektive Japan, har i någon mening klingat av till fördel för europeiska jämförelser. Den komparativt intresserade rättsvetenskapspersonen är naturligtvis barn av sin tid och söker svar på de frågor samtiden har.

Det komparativa arbetsrättsliga projektet bör utformas med särskilt intresse för funktioner och funktionalitet i studerade system eller fenomen. Den exakta utformningen av detaljer eller specifika klassificeringar eller definitioner av enskilda begrepp, vilket rättsvetenskapligt intresserade forskare annars tenderar att älska att fördjupa sig (eller drunkna) i, blir av sekundärt intresse. Kahn-Freund beskriver den komparativa forskaren som ”more inclined to compare methods of fulfilling social objectives than legal doctrines, functions rather than structures.”⁵² Samtidigt som detta är nödvändigt exponerar det komparativisten, och kanske särskilt den arbetsrättsliga komparativisten, för vissa risker. Den första av dessa har med relevans att göra. Det som framstår som relevant att undersöka i svensk rätt kanske är

⁵² Kahn-Freund, O., *Comparative Law as an Academic subject: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 12 May 1965*, (citerad av Engblom, S., *Self-employment and the Personal Scope of Labour Law. Comparative Lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States*. European University Institute, doctoral thesis, 2003 s. 9).

fullständigt ointressant i en annan rättsordning och från ”hemmaplan” är det svårt att identifiera sådan relevans vid planeringen av studien (och i anslutning till att man formulerar sitt projekt och söker anslag för det). Ett gediget förarbete och en möjlighet att pröva frågeställningar på kloka kollegor i det andra landet kan minska denna risk. En annan risk är att den komparativa forskaren aldrig riktigt bottenar, utan stannar på en för grundläggande nivå. Helt övergripande studier där enskilda länders regleringar deskriptivt presenteras jämte varandra är inte alltid så intressanta att läsa. Den intellektuella utmaningen ligger emellertid dels i att tillägna sig det utländska materialet (och den som försökt vet vilket arbete det medför), dels i att ur det presenterade materialet analysera jämförelser – likheter och skillnader – som kan svara mot forskningsfrågorna. En tredje betydande risk är att kunskapen om ”köksidan” är bristfällig och att man som arbetsrättslig komparativ forskare därför inte ser det som är ”uppenbart” i den studerade rättsordningen. Min egen erfarenhet från arbete med såväl tysk som brittisk och kambodjansk rätt är att detta utgör ett betydande inslag av stress, en känsla av att ”inte har förstått”, att ”kejsaren är naken” och att minsta barn kan sticka håll på den komparation man lagt så omfattande kraft på.⁵³

Sammanfattningsvis kan lyftas fram det mest betydelsefulla för vetenskapligt arbete: nyfikenhet och inspiration. Det är min uppfattning att komparativ arbetsrättslig forskning kan stimulera nyfikenhet och ge inspiration, skapa möten och bygga broar och förståelser, på ett sätt som kan ha stor betydelse för utvecklingen av rättsvetenskapliga forskare och deras forskning. Forskningen måste i stor utsträckning vara intressestyrd och lustfylld, och driven av nyfikenhet. Som vi har sett i föreliggande kapitel har många svenska arbetsrättsforskare valt komparativa vägar – och inspirerat oss som följer efter.

⁵³ Ett sådant barn hade kunnat vara Örjan Edström, då han 2007 fullgjorde uppgiften som opponent i samband med min egen disputation på en avhandling med väldigt omfattande komparativa ambitioner.

Vad hände med unionsmedborgarskapet?

STAFFAN INGMANSON¹

1 Inledning

Hösten 1998 deltog jag och Örjan i en konferens i Bologna på temat arbetskraftens fria rörlighet. En av de stora snackisarna på konferensen var den dom som EU-domstolen (då EG-domstolen) några månader tidigare hade meddelat i målet *Martínez Sala*.² Avgörandets betydelse för den fortsatta rättsutvecklingen kan knappast överskattas. I målet slog EU-domstolen nämligen fast att rätten till likabehandling oberoende av nationalitet omfattar *alla* unionsmedborgare som lagligen vistas i en annan medlemsstat, inte bara de som utnyttjar sin rätt till fri rörlighet i syfte att bedriva ekonomisk verksamhet som arbetstagare eller egenföretagare. För Örjans del skulle temat på konferensen få en fortsättning i hans uppdrag som expert i det nätverk för arbetskraftens fria rörlighet inom EU som inrättades några år senare.³ Inom ramen för detta uppdrag och i sin fortsatta forskning och undervisning skulle han också få anledning att återkomma till avgörandet i *Martínez Sala*.

För egen del kom konferensen att påverka min fortsatta forskning, som fick en EU-rättslig inriktning. Ett resultat av denna forskning var en artikel jag 2009 publicerade i *Europarättslig tidskrift*, där jag behandlar den utveckling som ägt rum i praxis under de tio år som vid denna tid hade förflutit sedan domen i *Martínez Sala*.⁴ I artikeln redogörs för hur EU-domstolen dels har lagt unionsmedborgarskapet till grund för en tillämpning av förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet till att även omfatta ekonomiskt icke-aktiva personer, dels hur den har kommit att ge det status av en självständig källa för rättigheter. Domstolens praxis i det senare avseendet följer i huvudsak två spår. För det första har unionsmedborgarskapet

¹ Universitetslektor, Juridiska institutionen, Umeå universitet.

² Mål C-85/96 *María Martínez Sala v Freistaat Bayern*, ECLI:EU:C:1998:217.

³ The European network on free movement of workers within the European Union. Nätverket understöddes av Kommissionen och koordinerades av universitetet i Nijmegen.

⁴ Ingmanson, Staffan, *Unionsmedborgarskapet och den fria rörligheten tio år efter Martínez Sala*, ERT 2002, s. 209–230.

använts för att angripa nationella regler och åtgärder som hindrar eller avskräcker medlemsstaternas egna medborgare från att utnyttja den fria rörligheten. För det andra har det använts som anknytningsfaktor till stöd för en utvidgad uppehållsrätt för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare, men som saknar uppehållsrätt enligt sekundärrätten eller nationell rätt.

I detta bidrag till Örjans festskrift behandlas huvuddragen i den utveckling som i dessa avseenden ägt rum i EU-domstolens praxis under de senaste tio åren, det vill säga i tiden efter 2009.

2 Innebörden av unionsmedborgarskapet och EU-domstolens tidiga praxis på området

Reglerna om unionsmedborgarskapet infördes i vad som nu är fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) genom Maastrichtfördraget. Enligt artikel 20 FEUF är den som är medborgare i en medlemsstat också unionsmedborgare. I artikeln sägs vidare att unionsmedborgarskapet ska komplettera, inte ersätta det nationella medborgarskapet, på så sätt unionsmedborgarna ska ha de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i fördragen. Hit hör bland annat en uppsättning politiska rättigheter samt rätt till konsulärt skydd från ett annat EU-lands ambassad eller konsulat i länder utanför EU i fall då hemlandet saknar diplomatisk representation i landet ifråga (artiklarna 22 och 23 FEUF).

Viktigast i detta sammanhang är emellertid rätten att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier med de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och sekundärrätten (artikel 21 FEUF). Den närmare omfattningen och innebörden av dessa villkor och begränsningar preciseras i direktiv 2004/38/EG (rörlighetsdirektivet).⁵ Genom direktivet utvidgas också rätten till fri rörlighet och bosättning till att omfatta medlemmar av en migrerande unionsmedborgares familj, oavsett nationalitet. Innehållet i denna rättsakt kommer inte att behandlas närmare i detta bidrag, däremot finns det anledning återkomma till vissa av direktivets bestämmelser.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (Text av betydelse för EES), EUT L 158, 30.4.2004, s. 77.

Efter Maastrichtfördragets ikraftträdande rådde olika uppfattningar om innebörden av de rättigheter som knutits till unionsmedborgarskapet. Enligt vissa bedömare bekräftade reglerna endast den rätt till fri förlighet och likabehandling som redan tillkom ekonomiskt aktiva personer, enligt andra innebar de något kvalitativt sett nytt. Att den senare uppfattningen var riktig stod klar klart i och med avgörandet i *Martínez Sala*⁶ (1998), där EU-domstolen slog fast att rätten till likabehandling oavsett nationalitet omfattar alla unionsmedborgare som vistas lagligen i en annan medlemsstat, oavsett om de bedriver någon form av ekonomisk verksamhet eller inte. Domstolen grundade avgörandet på artikel 20 FEUF som föreskriver att unionsmedborgarna ska ha de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i fördragen. Hit hör bland annat en rätt till likabehandling med det mottagande landets medborgare i enlighet med förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i artikel 18 FEUF.

I *Grzelczyk*⁷ (2001) bekräftade EU-domstolen vad som sagts i *Martínez Sala* och tillade att ställningen som unionsmedborgare utgör den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare, på så sätt att unionsmedborgare som befinner sig i samma ställning ska behandlas lika i rättsligt hänseende oberoende av nationalitet. I *Baubast* (2002) klagjordes vidare att artikel 21 FEUF har direkt effekt, det vill säga att den rätt till fri rörlighet som tillkommer unionsmedborgarna enligt denna artikel kan åberopas inför en nationell domstol utan att några ytterligare åtgärder behöver vidtas från EU:s eller medlemsstaternas sida.⁸ Genom dessa domar hade EU-domstolen lagt grunden för den fortsatta utvecklingen på området.

3 Unionsmedborgarskapet som grund för likabehandling

Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet i artikel 18 FEUF preciseras i artikel 24.1 rörlighetsdirektivet. Här slås fast en rätt till likabehandling med det mottagande landets medborgare inom de områden som omfattas av funktionsfördraget om inget annat följer av detta fördrag eller sekundärrätten. Från rätten till likabehandling görs i direktivet två undantag. Av artikel 24.2 framgår för det första att den mottagande medlemsstaten inte är skyldig att ge socialt bistånd till andra medlemsstaters medborgare under de tre första månaderna av en vistelse. Samma undantag får tillämpas på arbets sökande som efter utgången av tremånadersperioden kan styrka att de söker arbete och att de har en reell möjlighet

⁶ Mål C-85/96.

⁷ Mål C-184/99 *Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, ECLI:EU:C:2001:458.

⁸ Mål C-413/99 *Baubast and R v Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2002:493.

att få anställning.⁹ För det andra föreligger enligt artikeln inte någon skyldighet att ge bistånd för studier i form av studiebidrag eller studielån förrän permanent uppehållsrätt beviljats. Detta undantag omfattar dock inte migrerande arbetstagare och egenföretagare, personer som behåller en sådan ställning eller deras familjemedlemmar.

3.1 Öppen särbehandling och direkt diskriminering

Rätten till likabehandling innebär till att börja med ett förbud mot direkt diskriminering, det vill säga en sådan direkt eller öppen särbehandling av andra medlemsstaters medborgare som saknar stöd i fördraget eller sekundärrätten. Som ett exempel på direkt diskriminering under den aktuella tidsperioden kan nämnas målet *Kommissionen mot Grekland*¹⁰ (2011). Här slog EU-domstolen fast att bestämmelser i grekisk rätt som innebar att endast grekiska medborgare eller personer av grekiskt ursprung undantogs från stämpelskatt vid köp av fast egendom stred mot förbudet i artikel 18 FEUF.

Ett annat exempel är målet *Pisciotti*¹¹ (2018). Fallet rörde en italiensk medborgare som begärts utlämnad för att lagföras i USA då han misstänktes för att ha brutit mot amerikansk konkurrenslagstiftning. Målet hade sin bakgrund i att mannen i fråga gripits av tysk polis i samband med en mellanlandning i Frankfurt under en flygresa från Nigeria till Italien. Efter att de tyska myndigheterna beslutat att utlämna honom till USA väckte han talan i tysk domstol och hävdade att utlämningen skett i strid med unionsrätten eftersom tyska medborgare som befinner sig i en liknande situation inte får utlämnas. Den första frågan EU-domstolen hade att ta ställning till var om situationen omfattades av unionsrättens tillämpningsområde. Enligt domstolen var så fallet eftersom han gripits i samband med att han utnyttjade sin rätt till fri rörlighet inom EU. Den andra frågan var om utlämningen stred mot unionsrätten, vilket domstolen ansåg att den gjorde. Skälet var att beslutet att utlämna honom till USA möjliggjordes av att han inte åtnjöt det skydd mot utlämning som enligt den tyska grundlagen omfattar tyska medborgare. Beslutet innebar därför en direkt särbehandling på grund av nationalitet i strid med artikel 18 FEUF. Visserligen ger utlämningsavtalet mellan EU och USA en medlemsstat rätt att särbehandla de egna medborgarna genom att förbjuda utlämning av dem, en rätt

⁹ Se artikel 14.4 b rörlighetsdirektivet.

¹⁰ Mål C-155/09 *Kommissionen mot Grekland*, ECLI:EU:C:2011:22.

¹¹ Mål C-191/16 *Romano Pisciotti mot Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2018:222.

som enligt domstolen dock måste utövas i överensstämmelse med EU:s primärrätt, särskilt reglerna om fri rörlighet och likabehandling.¹²

3.2 *Dold särbehandling och indirekt diskriminering*

Artikel 18 FEUF förbjuder inte endast direkt diskriminering utan även bestämmelser som har en indirekt diskriminerande effekt. Härmed avses bestämmelser som tillämpas lika på de egna och andra medlemsstaters medborgare, men som i praktiken missgynnar den senare kategorin och som inte kan motiveras av ett berättigat syfte. För att inte strida mot förbudet krävs dessutom att bestämmelserna vid en objektiv bedömning är lämpliga och nödvändiga för uppnå syftet.

Ett mål från den undersökta perioden där frågan om indirekt diskriminering aktualiserades är *Bressol*¹³ (2010). Bakgrunden var att den fransktalande gemenskapen i Belgien infört ett kvotsystem som innebar att 70 procent av studieplatserna på vissa medicinska utbildningar reserverades för studenter som var permanent bosatta i Belgien. EU-domstolen fann, föga förvånande, att kvotsystemet särskilt missgynnade sökande från andra medlemsstater. Enligt Belgien var motivet bakom kvotsystemet att säkerställa att ett tillräckligt antal studenter etablerar sig i den franskspråkiga gemenskapen efter utbildningen i syfte att kunna upprätthålla en rimlig nivå på skyddet för folkhälsan. EU-domstolen höll med om att skyddet för folkhälsan kan utgöra ett tvingande allmänintresse och överlät därefter till den belgiska domstolen att bedöma om reglerna var lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. De mycket detaljerade anvisningar om hur denna bedömning borde gå till lämnade dock lite utrymme för en annan slutsats än att reglerna måste ändras eller upphävas.

3.3 *Särskilt om likabehandling i fråga om sociala förmåner*

I *Martínez Sala*¹⁴ slog EU-domstolen fast att rätten till likabehandling i fråga om sociala förmåner omfattar alla unionsmedborgare som är lagligen bosatta i en annan medlemsstat, oavsett om rätten till bosättning grundas på unionsrätten eller nationell

¹² Se även mål C-247/17 *Denis Raugevicius*, ECLI:EU:C:2018:898. Här framgår att artiklarna 18 och 21 FEUF ska ges samma tolkning då frågan istället för att avse en utlämning i syfte att lagföra en person, avser en utlämning för verkställighet av en frihetsberövade påföljd.

¹³ Mål C-73/08 *Nicolas Bressol m.fl. och Céline Chaverot m.fl. mot Gouvernement de la Communauté française*, ECLI:EU:C:2010:181.

¹⁴ Mål C-85/96.

rätt. Denna ståndpunkt bekräftades i *Grzelezyk*¹⁵, där domstolen tillade att en ansökan om bistånd får avslås endast om det vid en individuell prövning framgår att ett beviljande av förmånen skulle leda till en orimlig börda för värdmedlemsstatens finanser. Vid denna prövning bör enligt rörlighetsdirektivet beaktas faktorer som bosättningsens längd, personliga omständigheter, storleken på det sökta bidraget samt om det rör sig om tillfälliga svårigheter eller inte.¹⁶

Domar från senare år visar att denna praxis inte längre upprätthålls fullt ut. Målet *Dano*¹⁷ (2014) rörde en rumänsk kvinna som var bosatt hos en släkting i Tyskland och som fått avslag på en ansökan om socialt bistånd i den mening som avses i artikel 24.2 i rörlighetsdirektivet.¹⁸ Hon varken arbetade eller sökte arbete och saknade egna medel för sin och sonens försörjning. Av domen framgår att artikel 24.1 rörlighetsdirektivet inte hindrar att personer som inte uppfyller kraven för uppehållsrätt enligt direktivet nekas bistånd, trots att dessa förmåner beviljas landets egna medborgare som befinner sig i samma situation. Domen innebär, med ändring av tidigare praxis, att en rätt till bosättning som enbart grundas på nationell rätt inte kan ligga till grund för ett krav på likabehandling i fråga om sociala förmåner. I domen förtydligas också att ett sökt bistånd inte ska beaktas vid fastställandet av om en person uppfyller kravet på tillräckliga tillgångar för att få uppehållsrätt.¹⁹

I *Alimanovic*²⁰ (2015) fortsatte domstolen på den väg man slagit in på i *Dano*. Till skillnad mot i det förra målet handlade det här om personer som tidigare arbetat, men som vid tiden för ansökan om socialt bistånd hade uppehållsrätt som arbetssökande.²¹ Beträffande denna grupp framgår uttryckligen av artikel 24.2 rörlighetsdirektivet att medlemsstaterna inte är skyldiga att ge bistånd vid vistelser överstigande tre månader. Betydelsen av denna dom och den senare domen i *Garvia-*

¹⁵ Mål C-184/99.

¹⁶ Skäl 16 rörlighetsdirektivet.

¹⁷ Mål C-133/13 *Elisabeta Dano och Florin Dano mot Jobcenter Leipzig*, ECLI:EU:C:2014:2358.

¹⁸ Enligt EU-domstolen avses med socialt bistånd samtliga biståndssystem som inrättats av offentliga myndigheter oavsett om det är på nationell, regional eller lokal nivå, och som sådana personer vänder sig till som inte förfogar över tillräckliga tillgångar för att försörja sig och sin familj, och därför riskerar att belasta de offentliga finanserna i den mottagande medlemsstaten under den tid de vistas där och att påverka nivån på det bistånd som denna stat totalt kan ge, se punkt 63 i domen.

¹⁹ Enligt artikel 14.2 i rörlighetsdirektivet får medlemsstaterna kontrollera om villkoren för uppehållsrätt är uppfyllda, kontroller som dock inte får ske systematiskt. Frågan om denna kontroll, som inte omfattar de egna medborgarna, utgör direkt eller indirekt diskriminering har besvarats nekande av EU-domstolen, se mål C-308/14 *Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland*, ECLI:EU:C:2016:436.

²⁰ Mål C-67/14 *Jobcenter Berlin Neukölln mot Nazifa Alimanovic m.fl.*, ECLI:EU:C:2015:597.

²¹ Artikel 14.4 b rörlighetsdirektivet.

*Nieto*²² (2016) ligger istället i att domstolen slår fast att någon individuell prövning inte behöver göras vid fastställandet av om en person utgör en orimlig börda för det sociala biståndssystemet. Enligt EU-domstolen beaktar rörlighetsdirektivet i sig olika faktorer som utmärker de personliga omständigheterna för varje enskild person som ansöker om en social förmån. Genom att berörda personer därigenom ges klarhet i vilka rättigheter och skyldigheter de har uppfylls enligt domstolen också kraven på rättssäkerhet, insyn och proportionalitet.

4 Unionsmedborgarskapet och ursprungslandshinder

Rätten till fri rörlighet i artikel 21 FEUF innebär inte endast en rätt att resa till en annan medlemsstat och att bosätta sig där, utan också en rätt att inte hindras från att lämna den egna medlemsstaten. Avgörande för vad som anses utgöra ett hinder är om en nationell bestämmelse eller åtgärd på något sätt kan försvåra eller avskräcka medborgarna från att utnyttja den fria rörligheten.²³ Vid bedömningen av om ett hinder föreligger är det vidare utan betydelse om den aktuella bestämmelsen eller åtgärden återfinns eller vidtas på ett område där EU har behörighet att utfärda bindande lagstiftning eller inte.

Flera mål avser export av studiemedel vid utlandsstudier.²⁴ Som exempel från den undersökta perioden kan nämnas fallet *Martens*.²⁵ (2015). Här ansågs nederländska regler där det som villkor för att ta med studiemedel utomlands krävdes att sökanden varit bosatt i Nederländerna under minst tre av de sex år som föregick ansökan strida mot artikel 21 FEUF. Enligt EU-domstolen är det visserligen tillåtet för en medlemsstat att kräva en viss grad av samhällsintegration som villkor för att bevilja en sökande studiemedel för utlandsstudier. Den bevisning som krävs för att fastställa en faktisk integration får dock inte vara av alltför exkluderande karaktär, på så sätt att alltför stor vikt läggs vid en omständighet som inte nödvändigtvis är representativ för den verkliga graden av anknytning. Även andra faktorer än faktisk bosättning som nationalitet, skolgång, familj, språkkunskaper eller andra sociala eller

²² Mål C-299/14 *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Reclinghausen mot Jovanna Garcia-Nieto m.fl.*, ECLI:EU:C:2016:114.

²³ Ett tidigt exempel på denna praxis är mål C-224/02 *Heikki Antero Pusa v Osuuspankki Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, ECLI:EU:C:2004:273.

²⁴ På detta tema, se Ingmanson, Staffan, *Fri rörlighet inom den högre utbildningen och tillgång till svenska studiemedel*, IFAU:s publikationsserier, 2014:18.

²⁵ Mål C-359/13 B. Martens mot Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, ECLI:EU:C:2015:118. Se även förenade målen *Laurence Prinz mot Region Hannover* (C-523/11) och *Philipp Seeberger mot Studentenwerk Heidelberg* (C-585/11), ECLI:EU:C:2013:524.

ekonomiska anknytningsmoment ska beaktas vid bedömningen. EU-domstolens slutsats var att en bestämmelse som ”tre av sex års-regeln” är oproportionerlig i förhållande till syftet att säkerställa en viss grad av samhällsintegration.

Andra mål har handlat om rätt till namn och titlar. I *Sayn-Wittgenstein*²⁶ (2010) slog EU-domstolen fast att Österrikes beslut att inte registrera en adelstitel som en av landets medborgare erhållit i samband med att hon adopterades av en tysk medborgare hindrade hennes fria rörlighet. Det innebar nämligen att hon inte kunde använda det namn hon lagligen förvärvat i en annan medlemsstat i sitt hemland, något som enligt domstolen kunde leda till förvirring och olägenheter för henne. Vägran att registrera adelstiteln kunde emellertid motiveras av skäl som avser grunderna för rättsordningen eftersom förbudet mot bärandet av adelstitlar bedömdes ha en stark koppling till landets republikanska statskick och principen om alla medborgares likhet inför lagen.

Av fallet *Bogendorff von Wolfersdorff*²⁷ (2016) framgår att en vägran att registrera namn och titlar som förvärvats i en annan medlemsstat utgör ett hinder för den fria rörligheten även då namnändringen inte har samband med förändringar i en persons civilrättsliga status. Vidare framgår att principerna om namns stabilitet och kontinuitet eller det faktum att namnet av på grund av sin längd utgör ett administrativt problem inte kan åberopas som grund för att vägra registrering. Dock kunde beslutet att inte registrera en adelstitel även i detta fall motiveras av skäl avseende grunderna för rättsordningen, närmare bestämt principerna i den tyska grundlagen om alla medborgares likhet inför lagen och det konstitutionella valet att ta bort privilegier och ojämlikheter, bland annat genom avskaffandet av adelstitlar. I sammanhanget kan slutligen nämnas målet *Freitag*²⁸ (2017). Här fick EU-domstolen frågan om det som villkor för att byta till ett namn som lagligen förvärvats i en annan medlemsstat krävs att namnet har förvärvats under en stadigvarande vistelse i samma medlemsstat. Frågan besvarades nekande.

5 Unionsmedborgarskapet som anknytningsfaktor för härledda rättigheter

De villkor som måste vara uppfyllda för att familjemedlemmar som inte själva är unionsmedborgare (tredjelandsmedborgare) ska ha uppehållsrätt i en annan

²⁶ Mål C-208/09 *Ilonka Sayn-Wittgenstein mot Landeshauptmann von Wien*, ECLI:EU:C:2010:806.

²⁷ Mål C-438/14 *Nabiel Peter Bogendorff von Wolfersdorff mot Standesamt der Stadt Karlsruhe och Zentraler Juristischer Dienst der Stadt Karlsruhe*, ECLI:EU:C:2016:401.

²⁸ Mål C-541/15 *Förfarande anhängiggjort av Mircea Florian Freitag*, ECLI:EU:C:2017:432.

medlemsstat framgår av rörlighetsdirektivet. Reglerna innebär att dessa personer härleder sin uppehållsrätt ur unionsmedborgarens rätt till fri rörlighet och bosättning. Det innebär också att uppehållsrätten kan gå förlorad till följd av bland annat skilsmässa eller av att unionsmedborgaren inte längre uppfyller villkoren för uppehållsrätt enligt direktivet.²⁹

Upphållsrätten för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare regleras emellertid inte uttömmande av rörlighetsdirektivet. Av praxis följer nämligen att en rätt till fri rörlighet och bosättning för dessa personer även kan föreligga i situationer som inte omfattas av direktivet.

5.1 *Krav på analog tillämpning av rörlighetsdirektivet i vissa fall*

Rörlighetsdirektivet ger inget stöd för att tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare kan göra anspråk på en härledd uppehållsrätt i unionsmedborgarens hemland. Av domen i *O. och B.*³⁰ (2104) följer emellertid att direktivets bestämmelser om härledd uppehållsrätt ska tillämpas analogt när en unionsmedborgare återvänder till sitt ursprungsland efter att ha återförenats med en sådan familjemedlem i ett annat EU-land. Skälet är enligt domstolen att rätten till fri rörlighet i artikel 21 FEUF skulle motverkas av om en unionsmedborgare inte får fortsätta att leva ihop med anhöriga som han eller hon till följd av familjeåterförening eller äktenskap har börjat leva med under sin vistelse i en annan medlemsstat. Ett villkor för uppehållsrätt är dock att det rör sig om vistelser av en omfattning som innebär att ett familjeliv har kunnat utvecklas eller befastas i den andra medlemsstaten, något som i princip innebär ett krav på bosättning.³¹

Beträffande medföljande makar får uppehållsrätten inte villkoras av att äktenskapet har ingåtts mellan personer av olika kön. I *Coman*³² (2018) hade en rumänsk man som under några år arbetat i Bryssel återvänt till sitt hemland i syfte att bosätta sig där tillsammans med sin amerikanske make. Maken nekades dock uppehållsrätt eftersom Rumänien inte erkänner samkönade äktenskap. I målet

²⁹ Direktivet innehåller dock i artikel 13.2 bestämmelser om skydd mot utvisning i vissa situationer.

³⁰ Mål C-456/12 *O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B*, ECLI:EU:C:2014:135.

³¹ Endast perioder av permanent uppehållsrätt och vistelser som överstiger tre månader och som uppfyller villkoren i rörlighetsdirektivet (yrkesverksamhet alternativt tillräckliga tillgångar) får räknas med. Kortare vistelser kan däremot inte ge upphov till en härledd uppehållsrätt även om de beaktas tillsammans, se särskilt p. 51 och 59 i domen.

³² Mål C-673/16 *Relu Adrian Coman m.fl. mot Inspectoratul General pentru Imigrări och Ministerul Afacerilor Interne*, ECLI:EU:C:2018:385.

konstateras att regler om ingående av äktenskap visserligen är ett område som omfattas av medlemsstaternas befogenheter. När de utnyttjar denna befogenhet är de likväl skyldiga att iaktta unionsrätten, i synnerhet rätten till fri rörlighet. Enligt EU-domstolen skulle ett beslut att avslå en ansökan om uppehållsrätt i dessa fall innebära att unionsmedborgaren i praktiken berövas möjligheten att återvända till sitt hemland. Flera av de regeringar som yttrade sig i målet menade att ett förbud mot samkönade äktenskap kan motiveras av hänsyn till lag och ordning och principen om att unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet. Domstolen underkände dessa argument och konstaterade att en skyldighet att erkänna ett samkönat äktenskap, enbart i samband med att en tredjelandsmedborgare beviljas en härledd uppehållsrätt, inte innebär en kränkning av en medlemsstats nationella identitet eller intresset av att upprätthålla lag och ordning.³³

Unionsrätten ger däremot inget stöd för att medlemsstaterna är skyldiga att bevilja en ansökan om härledd uppehållsrätt i sambandförhållanden. I *Banger*³⁴ (2018) hade en brittisk man inlett ett sambandförhållande med en sydafrikansk kvinna under den tid han arbetade i Nederländerna. När paret bestämde sig för att flytta till Storbritannien nekades sambon uppehållsrätt på den grunden att hon inte var gift med eller registrerad partner till en brittisk medborgare. I domen konstateras att eftersom familjebegreppet i rörlighetsdirektivet inte omfattar icke-registrerade partnerskap så går det inte att tillämpa direktivet analogt i den delen. Däremot ska artikel 21 FEUF tolkas så att den innebär en skyldighet att ge den bestämmelse i direktivet enligt vilken medlemsstaterna ska underlätta inresa och uppehåll för den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt styrkt förhållande en analog tillämpning i dessa fall.³⁵ Av domen följer vidare att ett beslut om att avslå en ansökan om uppehållstillstånd ska föregås av en noggrann prövning av sökandens personliga förhållanden samt vara motiverat.

Skyldigheten att tillämpa direktivets bestämmelser om härledd uppehållsrätt analogt begränsas inte till fall då unionsmedborgaren återvänder till sitt hemland efter att ha återförenats med en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare. Fallet *Lounes*³⁶ (2017) rörde en spansk kvinna som under närmare 20 år bott och arbetat i Storbritannien. Efter att ha blivit brittisk medborgare samtidigt som hon behöll sitt spanska medborgarskap gifte hon sig med en algerisk medborgare som uppehöll sig i Storbritannien illegalt. Samma år ansökte mannen om en härledd uppehållsrätt men

³³ Till stöd för sin slutsats hänvisade EU-domstolen också till rätten till respekt för privat- och familjelivet i artikel 7 i EU-stadgan och till artikel 8 i Europakonventionen.

³⁴ Mål C-89/17 *Secretary for the Home Department mot Rozanne Banger*, ECLI:EU:C:2018:570.

³⁵ Artikel 3.2 b.

³⁶ Mål C-165/16 *Toufik Lounes mot Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2017:862.

fick avslag på sin ansökan. De brittiska myndigheterna grundade beslutet på att kvinnan, sedan hon blivit brittisk medborgare, inte längre omfattades av rörlighetsdirektivets personkrets. Beslutet överklagades till domstol som begärde ett förhandsbesked av EU-domstolen avseende tolkningen av direktivet och artikel 21 FEUF.

Domstolen slog inledningsvis fast att i egenskap av brittisk medborgare så reglerades kvinnans vistelse i Storbritannien inte längre av rörlighetsdirektivet. Hennes make kunde därför inte få uppehållsrätt med stöd av direktivet. Det faktum att kvinnan tidigare utnyttjat sin rätt till fri rörlighet inom EU innebar emellertid att situationen omfattades av artikel 21 FEUF. Enligt domstolen syftar de rättigheter som följer av denna artikel, inklusive härledda rättigheter för familjemedlemmar, till att underlätta unionsmedborgarens integration i en annan medlemsstat. Att inte tillämpa rörlighetsdirektivets bestämmelser om härledd uppehållsrätt analogt i dessa situationer skulle inte bara motverka detta syfte. Det skulle också innebära att en unionsmedborgare som flyttat till en annan medlemsstat och därefter blivit medborgare i det landet behandlas sämre såvitt gäller familjelivet än den som bara har kvar sitt ursprungliga medborgarskap.

5.2 Uppehållsrätt för tredjelandsmedborgare som ansvarar för en unionsmedborgares vård och försörjning

Av rörlighetsdirektivet följer en uppehållsrätt för familjemedlemmar som beroende av unionsmedborgaren för sin försörjning.³⁷ Någon rätt till fri rörlighet och bosättning enligt direktivet gäller däremot inte i den omvända situationen, det vill säga för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare och som unionsmedborgaren är beroende av för sin försörjning. EU-domstolen har emellertid tolkat artikel 21 FEUF så att en härledd uppehållsrätt även kan föreligga i dessa situationer.

Grunden till denna praxis lades i *Chen*³⁸ (2004). I fallet hade ett kinesiskt par under en affärsresa låtit föda sitt barn på Nordirland. Planen var att barnet på så sätt skulle få irländskt medborgarskap och att kvinnan därigenom skulle kunna bosätta sig tillsammans med barnet i Storbritannien.³⁹ Efter att ett irländskt pass utfärdats för barnet ansökte mamman om uppehållsrätt för sig och sin dotter i Storbritannien

³⁷ Artikel 2 c och d.

³⁸ Mål C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2004:639.

³⁹ Enligt irländsk lagstiftning fick vid denna tid barn som föddes på ön Irland irländskt medborgarskap om det inte kunde göras anspråk på annat medborgarskap. Barn födda utanför Kina får inte automatiskt kinesiskt medborgarskap (se p. 13 i domen).

men fick avslag. Beslutet överklagades till domstol som begärde ett förhandsbesked av EU-domstolen avseende tolkningen av artikel 21 FEUF. I domen konstateras att även mycket små barn omfattas av rätten till fri rörlighet i denna artikel. En förutsättning för att kunna utnyttja denna rätt är att barnet kan åtföljas av den person som, oavsett nationalitet, har den faktiska vårdsnaden om barnet.

I *Chen* härledde mamman sin uppehållsrätt ur det faktum att dottern i egenskap av unionsmedborgare utnyttjat sin rätt till fri rörlighet inom EU. I *Zambrano*⁴⁰ (2011) slog EU-domstolen fast att en härledd uppehållsrätt även kan föreligga i interna situationer, det vill säga i fall där ett gränsöverskridande moment saknas. Målet gällde ett colombianskt par som flera gånger fått avslag på ansökan om uppehållstillstånd i Belgien. Under processens gång födde kvinnan två barn som fick belgiskt medborgarskap. Då någon annan grund för föräldrarnas rätt att uppehålla sig i landet inte förelåg uppstod frågan om de kunde härleda en uppehållsrätt ur barnens rätt till uppehälle i egenskap av unionsmedborgare, trots att barnen inte utnyttjat sin rätt till fri rörlighet inom EU. EU-domstolen tog vid bedömningen sin utgångspunkt artikel 20 FEUF som stadgar att unionsmedborgarna ska ha de rättigheter som föreskrivs i fördragen, bland annat rätt att fritt röra sig och uppehålla sig i medlemsstaterna. Därefter konstaterades att om föräldrar som är underhållsskyldiga för sina minderåriga barn, vilka är unionsmedborgare, nekades uppehållsrätt i den situation som var under bedömning i det nationella målet skulle det innebära att barnen tvingades lämna unionen för att följa med sina föräldrar. Följden skulle bli att barnen berövades möjligheten att *åtnjuta kärnan i de rättigheter* som tillkommer dem i egenskap av unionsmedborgare.

Av senare domar från samma år framgår dock att den princip som etablerades i *Zambrano* endast äger tillämpning i speciella situationer, nämligen då unionsmedborgaren till följd av att en tredjelandsmedborgare nekas uppehållsrätt tvingas att lämna unionen *som helhet*. Det är endast i dessa fall som det i praktiken blir omöjligt att utöva kärnan i de rättigheter som är knutna till unionsmedborgarskapet. Att tredjelandsmedborgarens uppehållsrätt skulle förbättra unionsmedborgarens livsvillkor i ekonomiskt eller socialt avseende är således inte tillräckligt.⁴¹ Av senare praxis framgår dessutom att det kan finnas omständigheter som gör det tillåtet att avslå en ansökan om härledd uppehållsrätt, trots att det skulle leda till att unionsmedborgaren tvingas lämna unionen.

I fallet *CS*⁴² (2016) hade en marockansk kvinna med permanent uppehållstillstånd i Storbritannien gift sig med en brittisk medborgare. Paret fick ett barn och året

⁴⁰ Mål-C-34/09 *Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm)*, ECLI:EU:C:2011:124.

⁴¹ Se bl.a. mål C-256/11 *Murat Dereci m.fl. mot Bundesministerium für Inneres*, ECLI:EU:C:2011:734 och mål C-434/09 *Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department*, ECLI:EU:C:2009:328.

⁴² Mål C-304/14 *Secretary of State for the Home Department v CS*, ECLI:EU:C:2016:674.

därefter dömdes kvinnan till tolv månaders fängelse för brott, samtidigt som det beslutades att hon skulle utvisas efter att ha avtjänat straffet. Beslutet var en följd av att det enligt brittisk rätt föreligger en skyldighet att utvisa utlänningar som dömts till minst tolv månaders fängelse. Den fråga som EU-domstolen hade att ta ställning till var om artikel 20 FEUF och den princip som etablerats i *Zambrano* utgjorde hinder för den lagstiftning beslutet grundades på. I målet var utrett att kvinnan ensam hade den faktiska vårdsnaden om barnet, som är brittisk medborgare, och att barnet till följd av beslutet skulle tvingas lämna unionen som helhet och därmed inte kunna åtnjuta kärnan i de rättigheter som följer av unionsmedborgarskapet.

EU-domstolen konstaterade inledningsvis att artikel 20 FEUF inte påverkar medlemsstaternas möjlighet att åberopa undantag som är kopplade till upprätthållande av allmän ordning och säkerhet. Undantagen ska dock tolkas restriktivt när de åberopas för att motivera begränsningar i uppehållsrätten för unionsmedborgarna och deras familjemedlemmar. Av rörlighetsdirektivet följer dessutom att det för en utvisning krävs att personen utgör ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse.⁴³ Det förutsätter att en individuell bedömning görs, där hänsyn tas till faktorer som personligt uppträdande, graden av integration, brottets allvar och art samt den berörda personens familjesituation. Då situationen omfattas av unionsrätten ska bedömningen också göras mot bakgrund av rätten till respekt för privat- och familjelivet i artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). När barn är inblandade ska denna artikel dessutom tolkas mot bakgrund av skyldigheten att sätta barnets bästa i främsta rummet.⁴⁴ Vid bedömningen ska särskild uppmärksamhet ägnas barnets ålder, dess situation i den aktuella medlemsstaten och hur beroende barnet är av föräldern.⁴⁵

En fråga som inte besvarades i *CS* är vilken betydelse det har för uppehållsrätten att den andra föräldern, som är unionsmedborgare, kan bidra till den faktiska vårdsnaden av barnet. Svaret kom i *Chavez-Vilchez*⁴⁶ (2017). Av domen framgår att det avgörande vid bedömningen av om en nekad uppehållsrätt kan få till följd att barnet tvingas lämna unionen är om det finns ett faktiskt beroendeförhållande

⁴³ Se artiklarna 27 och 28 rörlighetsdirektivet.

⁴⁴ Artikel 24.2 i stadgan.

⁴⁵ En individuell prövning ska även ske innan ett beslut får fattas om att inte bevilja en ansökan om härledd uppehållsrätt som får till följd att unionsmedborgaren tvingas att lämna unionen. Det innebär bl.a. att ett automatiskt avslag på en ansökan på den grunden att tredjelandsmedborgaren har anmärkningar i belastningsregistret strider mot artikel 20 FEUF, se mål C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, ECLI:EU:C:2016:675.

⁴⁶ Mål C-133/15 *H.C. Chavez-Vilchez m.fl. mot Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank m.fl.*, ECLI:EU:C:2017:354.

mellan barnet och den förälder som är tredjelandsmedborgare. Det faktum att den andra föräldern har förmåga och vilja att sköta den faktiska omvårdnaden är endast en omständighet av flera som ska beaktas vid denna bedömning. Här kräver principen om barnets bästa också att hänsyn tas till barnets ålder, dess fysiska och känslomässiga utveckling, styrkan i dess känslomässiga band till båda föräldrarna samt den risk som en separation skulle medföra för barnets välbefinnande. Medlemsstaterna får dock kräva att tredjelandsmedborgaren lämnar uppgifter som visar att ett avslagsbeslut skulle medföra att barnet blir tvunget att lämna unionen. De behöriga myndigheterna är på grundval av dessa uppgifter i sin tur skyldiga att göra de efterforskningar som krävs för bedöma om beslutet kan få sådana konsekvenser.

6 Sammanfattning

I detta bidrag till Örjans festskrift har jag behandlat huvuddragen i den praxis som EU-domstolen under de senaste tio åren har utvecklat med stöd av fördragets bestämmelser om unionsmedborgarskapet. Unionsmedborgarskapet har här dels legat till grund för en tillämpning av principen om likabehandling på personer som utnyttjar sin rätt fri rörlighet i andra syften än att bedriva ekonomisk verksamhet, dels fungerat som en självständig källa för rättigheter.

Beträffande tillämpningen av likabehandlingsprincipen innebär denna praxis en viss skärpning i förhållande till vad som tidigare gällt.⁴⁷ Av domar som *Dano*⁴⁸ och *Alimanovic*⁴⁹ framgår nämligen att en förutsättning för rätt till likabehandling i fråga om sociala förmåner är att kraven för uppehållsrätt i rörlighetsdirektivet är uppfyllda. Upphållsrätt med stöd av nationell rätt är med andra ord inte längre tillräckligt.

Vad gäller den praxis där unionsmedborgarskapet fungerat som en självständig källa för rättigheter följer denna liksom tidigare två spår. Här har för det första artikel 21 FEUF använts för att angripa nationella bestämmelser och åtgärder som hindrar medlemsstaternas egna medborgare från att utnyttja den fria rörligheten. Vad som är att betrakta som ett hinder i dessa sammanhang har getts en vidsträckt tolkning; det är tillräckligt att bestämmelsen eller åtgärden kan avskräcka från eller göra det mindre attraktivt att utnyttja den fria rörligheten. Är denna tröskel passerad ligger det på medlemsstaterna att visa att bestämmelsen eller åtgärden kan motiveras av ett berättigat syfte som är förenligt med fördraget och att den är proportionerlig.

⁴⁷ Se bl.a. mål C-85/96 *Martínez Sala* och mål C-184/99 *Grzelezyk*.

⁴⁸ Mål C-133/13.

⁴⁹ Mål C-67/14.

Under den aktuella tidsperioden har EU-domstolen i flera mål haft att pröva om nationella bestämmelser som utgör ett hinder för att få ett namn registrerat eller för att ta med sig studiemedel utomlands är förenliga med nämnda artikel.⁵⁰

För det andra har unionsmedborgarskapet lagts till grund för en härledd uppehållsrätt för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare men som saknar uppehållsrätt enligt rörlighetsdirektivet. En gren av denna praxis innebär att direktivets bestämmelser om härledd uppehållsrätt ska tillämpas analogt i situationer då en unionsmedborgare återvänder till sitt hemland efter att ha återförenats med en sådan familjemedlem i en annan medlemsstat.⁵¹ Enligt EU-domstolen skulle rätten till fri rörlighet motverkas av om en unionsmedborgare inte skulle få fortsätta att leva ihop med anhöriga som han eller hon till följd av familjeåterförening eller äktenskap börjat leva med under sin vistelse i annat EU-land.

Enligt en annan gren av denna praxis ska tredjelandsmedborgare som inte kan härleda rättigheter ur rörlighetsdirektivet beviljas uppehållsrätt på den grunden att personen har den faktiska vårdnaden av ett barn som är unionsmedborgare. Det gäller till att börja med i fall då unionsmedborgaren väljer att flytta till en annan medlemsstat än där han eller hon är medborgare.⁵² Av domar från den undersökta perioden följer att en härledd uppehållsrätt även kan föreligga i interna situationer, det vill säga då ett gränsöverskridande moment saknas. En förutsättning är dock att ett avslagsbeslut skulle få till följd att unionsmedborgaren tvingas lämna unionen som helhet och därmed berövas möjligheten att åtnjuta kärnan i de rättigheter som är knutna till unionsmedborgarskapet.⁵³

Av praxis från senare år följer slutligen att ett utvisningsbeslut eller ett beslut om att avslå en ansökan om härledd uppehållsrätt kan vara förenligt med unionsrätten trots att det får till följd att unionsmedborgaren tvingas lämna unionen som helhet. En förutsättning är dock att tredjelandsmedborgaren utgör ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse. Vidare måste beslutet föregås av en individuell bedömning, där det faktum att den andra föräldern, som är unionsmedborgare, kan bidra till den faktiska vårdnaden av barnet endast är en av flera faktorer att ta hänsyn till. Även andra faktorer som personligt uppträdande, graden av integration och brottets allvar påverkar bedömningen.⁵⁴

⁵⁰ Se kapitel 4 och där redovisade domar.

⁵¹ Se avsnitt 5.1 och där redovisade domar.

⁵² Mål C-200/02 *Chen*.

⁵³ Mål C-34/09 *Zambrano*.

⁵⁴ Mål C-304/14 *CS* och mål C-133/15 *Chavez-Vilchez*.

Kollektivavtal i ett längre arbetsliv

JENNY JULÉN VOTINIUS¹

1 Inledning²

Att Europas befolkning blir allt äldre får betydande inverkningar på arbetsmarknaden. Ur det arbetsrättsliga perspektivet aktualiserar befolkningens och arbetskraftens åldrande frågor om åldersdiskriminering och ålderism, men i lika hög grad har denna demografiska utveckling också lett till en diskussion om förutsättningarna för ett längre arbetsliv. Att andelen äldre i befolkningen ökar i förhållande till dem som är i arbetsför ålder innebär att allt färre måste försörja allt fler. När trycket på pensionssystemet ökar sjunker pensionerna. Ett sätt att möta denna utveckling är att människor arbetar längre innan de går i pension. En höjning av pensionsåldern har införts eller är på väg att införas i nästan alla EUs medlemsstater, inklusive Sverige.³ Frågan om pensionsåldern rymmer många aspekter. Även om en höjning av pensionsåldern speglar den ökade medellivslängden och därmed framstår som både nödvändig och rimlig ur ett systemperspektiv, är det ur arbetstagarens perspektiv inte alls självklart att pensionen kan vänta. Skillnaderna i arbetsförhållanden och vilka fysiska krav som arbetet ställer är stora mellan olika arbetstagargrupper. I Sverige har förslaget om höjning av pensionsåldern fått skarp kritik från flera LO-förbund för att det inte tillräckligt

¹ Professor i civilrätt, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet.

² Detta bidrag bygger på min tidigare forskning inom ramen för Norma Elder Law Research Environment vid Lunds universitet, med finansiering från Ragnar Söderbergs stiftelse och Marianne och Marcus Wallenbergs stiftelse, och inom ramen för projektet Collective Bargaining in Times of Crisis (INLACRIS) med finansiering från EU-kommissionen; Julén Votinius J (2017) Older employees, extended working lives, and collective bargaining In: Laulom S (guest ed.) *Collective Bargaining Developments in Times of Crisis*, Hendrickx F (ed.) *Bulletin of Comparative Labour Relations* 99. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International: 387-410.

³ Ds 2019:2. Enligt förslaget ska lägsta ålder för att ta ut allmän pension höjas 2020 från 61 till 62 år, 2023 från 62 till 63 år, och 2026 från 63 till 64 år. Samtidigt förändras lagen om anställningsskydd så att anställningsskyddet består fram till 69 år ålder.

uppmärksammar betydelsen av arbetsvillkor och inte heller sociala trygghetssystem för dem som inte orkar arbeta så länge som de nya reglerna kommer att kräva.

Detta bidrag tar utgångspunkt i arbetslivsforskning om förutsättningar för ett längre arbetsliv. Med hjälp av exempel från olika länder diskuteras hur kollektivavtal på ett fruktbart sätt kan användas för att uppmärksamma och möta de särskilda förutsättningar som kommer med en åldrande arbetskraft, på ett sätt som kan bli en del av arbetslivets vardagspraktiker. Kollektivavtal ger goda möjligheter till skraddarsydda lösningar, för branscher, arbetsplatser och även för enskilda arbetstagare. När det handlar om äldre arbetstagare är detta särskilt betydelsefullt, eftersom gruppen äldre utmärks av ovanligt hög grad av heterogenitet. Till den äldre arbetskraften räknas i EU-sammanhang arbetstagare och arbetssökande som är över 55 år.⁴ En stor del av dem som befinner sig i samhällets toppskikt, inom politiken, i näringslivet och på arbetsplatserna tillhör med detta mått den grupp som räknas som äldre. Men bland de över 55 år finns också den största gruppen arbetstagare med föräldrade kunskaper och kvalifikationer, med åldersrelaterade hälsoproblem, och med kroppsliga förslitningar efter ett långt arbetsliv. Alla kan inte arbeta lika länge. Men detta bidrag visar att för dem som kan och vill arbeta har kollektivavtalade lösningar med särskilt fokus på äldre arbetstagare en stor potential att göra skillnad och faktiskt möjliggöra ett längre arbetsliv. Som vi ska se ligger det därtill också i arbetsmarknadsparternas eget intresse att öka engagemanget att för söka kollektivavtalade lösningar på detta allt mer aktuella område.

2 Att reglera för ett längre arbetsliv

Kollektivavtal om äldre arbetstagare förhandlas i ett rättsligt och politiskt sammanhang som präglas av framför allt frågor om åldersdiskriminering och frågor om ett längre arbetsliv. När det gäller åldersdiskriminering har EU-rätten stor och direkt inverkan på medlemsstaternas lagstiftning, inte minst genom EU-domstolens praxis rörande direktiv 2000/78/EC om inrättande av en allmän ram för likabehandling (nedan arbetslivsdirektivet). Helt annorlunda förhåller det sig med frågan om ett längre arbetsliv. Denna fråga står visserligen högt på EUs politiska agenda, men här har i stort sett alla detaljer har lämnats åt medlemsstaterna.

Eftersom befolkningen blir allt äldre i hela EU måste alla medlemsstater idag förhålla sig till frågor som aktivt åldrande och ett längre arbetsliv, även om de sker

⁴ European Centre Vienna *Active Ageing Index Concepts, Methodology and Final Results. Methodology Report Submitted to European Commission's DG Employment, Social Affairs and Inclusion, and to Population Unit, UNECE* (Vienna, 2013).

på olika sätt i olika länder.⁵ I bland annat Sverige, Finland, Storbritannien, Tyskland och Nederländerna står äldre arbetstagares situation högt på den politiska agendan, medan frågorna har fått mindre uppmärksamhet i länder som Polen, Slovakien, Grekland och Ungern.⁶ Nästan alla medlemsstater har introducerat åtminstone någon form av rättslig reglering för att befrämja en utveckling mot ett längre arbetsliv.⁷ Det vanliga är att lagstiftningen anger riktningen och de yttre ramarna, och i många fall också tillhandahåller diverse ekonomiska incitamentssystem, medan arbetsmarknadens parter i olika stor utsträckning tillåts komma överens om den detaljerade regleringen och formerna för tillämpning. I ett flertal länder har betydelsefulla trepartsavtal slutits i syfte att initiera strategier för ett längre arbetsliv. Så är fallet i till exempel Finland, Danmark, Belgien, Irland, Tyskland och Frankrike.⁸ I vissa länder, såsom Danmark, Tyskland och Frankrike, har arbetsmarknadens parter därtill slutit avtal på sektorsnivå om samma frågor men med ett mer omfattande innehåll än vad lagen kräver.

Detta bidrag visar med nationella exempel hur kollektivavtalade lösningar kan bidra till att utveckla möjligheter för arbetstagare som kan och vill arbeta längre. Som alltid i sammanhang där exempel hämtas från olika nationella system är det viktigt att framhålla att arbetsrätten i EUs medlemsstater skiljer sig åt, inte minst vad avser samspelet mellan arbetsrätt och arbetsmarknadsrelationer, och rollen för arbetsmarknadens parter.

I såväl äldreinriktad arbetsmarknadsforskning som i policydokument rörande aktivt åldrande brukar ett antal nyckelområden pekas ut som avgörande för att främja ett långt arbetsliv.⁹ I detta bidrag kommer diskussionen att utgå från tre

⁵ För en detaljerad översikt av hur olika länder har adresserat frågan om aktivt åldrande se A. Zaidi & D. Stanton, *Active Ageing Index 2014. Analytical Report*, United Nations Economic Commission for Europe, Geneva, och European Commission, *The 2015 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies: European Economy 8* (Publications of the European Union 2014).

⁶ A. Walker & A. Zaidi, *New Evidence on Active Ageing in Europe*, 51 *Intereconomics* (3) 139-144 (2016); European Agency for Safety and Health at Work, *Analysis report on EU and Member State policies, strategies and programmes on population and workforce ageing* (Luxembourg Publications Office of the European Union 2016).

⁷ Eurofound, *Role of governments and social partners in keeping older workers in the labour market*, Dublin 2013.

⁸ *Ibidem*. Jfr C. Claisse, C. Daniel & A. Naboulet, *Les accords collectifs d'entreprises et plans d'action en faveur de l'emploi des salariés âgés*, (157) *Document d'études. Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques* (DARES 2011).

⁹ Notera att det saknas en fast etablerad begreppsapparat på detta område, vilket innebär att den exakta definitionen och avgränsningen av dessa nyckelfaktorer kan variera mellan olika beskrivningar. C.E. Edge, A.M. Cooper & M. Coffey, *Barriers and facilitators to extended working lives in Europe. A gender focus*, 38 *Public Health Reviews* (2) (2017); A. Blackham, *Extending Working Life for Older Workers Age Discrimination Law, Policy and Practice* (Hart Publishing 2016); Eurofound (2013); European

sådana områden: arbetsorganisation inklusive arbetsvillkor och arbetsmiljö; kompetens- och karriärutveckling; samt attityder på arbetsplatsen och det som på kallas *age-awareness*, vilket på svenska blir ungefär åldersmedvetenhet. Ytterligare två nyckelområden som brukar föras fram i detta sammanhang är det allmänna pensionssystemet samt långsiktiga generellt hälsobefrämjande strategier riktade mot hela den äldre befolkningen. Eftersom frågor som rör dessa områden inte i första hand hanteras genom kollektivavtalsreglering kommer de inte att behandlas i det följande.

3 Kollektivavtalade lösningar för ett längre arbetsliv

3.1 Arbetsorganisation och arbetsmiljö – möjlighet att arbeta färre timmar

Det första område som brukar lyftas i diskussioner om ett långt arbetsliv handlar om olika aspekter av arbetets organisation. Till de åtgärder på detta område som med framgång prövats för att få arbetslivet att räcka längre hör bland annat ökad flexibilitet vad gäller tiden och platsen för arbetets utförande, anpassning av arbetsplatsen och arbetsuppgifterna så att de matchar arbetstagarens kapacitet, samt särskilda arrangemang för att lätta på arbetsbördan för äldre arbetstagare.¹⁰

I vissa fall kan en rättslig skyldighet för arbetsgivaren att anpassa arbetsvillkoren till en äldre arbetstagares behov följa direkt av kravet på skäliga anpassningsåtgärder för arbetstagare med funktionsnedsättning som på EU-rättslig nivå regleras i Artikel 5 i arbetslivsdirektivet 2000/78. Som EU-domstolen slog fast i målen *HK Danmark* och *Chacón Navas*, omfattar definitionen av funktionsnedsättning varje långvarig fysisk, psykisk eller mental skada som motverkar den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare.¹¹ Orsaken till funktionsnedsättningen saknar sålunda betydelse, vilket innebär att en nedsättning som beror på hög ålder ibland kan bedömas ligga inom direktivets område. Skyldigheten att vidta skäliga anpassningsåtgärder kan innefatta en skyldighet att tillhandahålla särskilda hjälpmedel, i synnerhet i de fall där funktionsnedsättningen rör arbetstagarens fysiska kapacitet, men anpassningen kan också gälla arbetsuppgifternas innehåll eller hur de fördelas mellan arbetstagarna på

Commission, *European Employment Observatory Review, Employment Policies to Promote Active Ageing 2012* (Publications Office of the European Union, Luxembourg 2012); R. Gould, J. Ilmarinen, J. Järvisalo & S. Koskinen, *Dimensions of work ability. Results of the Health 2000 Survey* (ETK, Kela, KTL, FIOH 2008).

¹⁰ Eurofound (2013).

¹¹ Förenade målen C-335/11 och C-337/11 *HK Danmark*, mål *Chacón Navas* C-13/05. Jfr Numhauser-Henning (2013).

arbetsplatsen. Även om nedsättningen av arbetstagarens kapacitet endast kommer till uttryck på så sätt att arbetstagaren är oförmögen att arbeta heltid kan detta vara att betrakta som en funktionsnedsättning i direktivets mening. I ett enskilt fall kan en nationell domstol visserligen finna att en skyldighet att korta arbetstiden för den funktionsnedsatta arbetstagaren skulle innebära att en oskäligt stor börda lades på arbetsgivaren. I princip utesluter direktivet dock inte att just förkortad arbetstid kan vara ett sätt för en arbetsgivare att möta kravet på att vidta lämpliga anpassningsåtgärder.¹²

Arbetslivsdirektivets krav på lämpliga anpassningsåtgärder för arbetstagare med funktionsnedsättning visar på ett mycket tydligt sätt hur arbetslivet faktiskt kan förlängas för vissa personer genom att arbetsgivaren gör förändringar i arbetets organisation eller i arbetsvillkoren. Det är dock viktigt att komma ihåg att detta rättsliga krav endast gäller i förhållande till arbetstagare som har en verklig funktionsnedsättning, och att det endast avser åtgärder som gör det möjligt för arbetstagaren att utföra sitt arbete trots denna funktionsnedsättning.

Bestämmelserna om anpassning för arbetstagare med funktionsnedsättning ska ses i kontrast till generella strategier för att befrämja ett längre arbetsliv genom anpassning av arbetsorganisationen och arbetsvillkoren, vilka omfattar alla arbetstagare över en viss ålder. För att göra verklig skillnad och bidra till ett längre arbetsliv, måste sådana generella strategier lämna ett visst utrymme för skräddarsydd anpassning av arbetsvillkoren för den enskilda arbetstagaren. Medan den yttre ramen för dessa strategier kan sättas på nationell nivå eller sektorsnivå, behöver de närmare detaljerna normalt bestämmas på arbetsplatsnivån. I detta sammanhang är det intressant att notera att arbetsmarknadens parter i flera länder har öppnat för en sådan individuell modifiering av arbetsvillkoren genom modeller där äldre arbetstagare tillåts byta andra privilegier mot arbetstidsnedsättning. Så innehåller till exempel kollektivavtalet mellan Teknologindustri och Industrifacket i Finland en klausul om senioritetsbonus – ett extra lönepåslag efter ett visst antal anställningsår. För de arbetstagare som har fyllt 58 år ger kollektivavtalet möjlighet för arbetstagaren och arbetsgivaren att ingå ett individuellt avtal genom vilket arbetstagaren kan byta hela eller delar av sin senioritetsbonus mot motsvarande nedsättning i arbetstid.¹³ På liknande sätt ger avtalet för byggnadsindustrin i Nederländerna arbetstagare från 55 år rätt till fyradagarsvecka (32-timmarvecka) i utbyte mot andra ledighetsrättigheter såsom de extra semesterdagar som utgår efter en viss ålder. I Nederländerna är kollektivavtalade bestämmelser om anpassning av

¹² Förenade målen C-335/11 och C-337/11 *HK Denmark*.

¹³ Klausul 14.5.3 i kollektivavtalet mellan Teknologindustri och Industrifacket 8.11.2017-31.10.2020.

arbetsvillkoren för att underlätta för äldre arbetstagare vanliga framför allt i industrisektorns mansdominerade branscher. Så innehåller till exempel kollektivavtalet för Shell bestämmelser som undantar äldre arbetstagare från dygnetrunt-skift. Detsamma gäller enligt kollektivavtalet för AKZO, och här undantas äldre arbetstagare även från jourtjänstgöring.¹⁴

Betydligt mer omfattande än bestämmelser om skydd mot tunga skift eller regler som ger möjlighet att byta andra förmåner mot nedsättning av arbetstiden, är de system som ger rätt till deltidspension vid en viss ålder. Sådana system kan bidra till ett förlängt arbetsliv. Eftersom möjligheten att dra ner på arbetet kan fungera som ett alternativ till att helt gå i pension, kan deltidspension öppna upp för dem som vill att stanna i kvar arbetslivet även om de inte orkar arbeta lika mycket som tidigare. Det finns en rad olika lösningar för deltidspension i EUs medlemsländer.¹⁵ I vissa fall, såsom i Österrike, täcker de allmänna systemen samtliga arbetstagare, medan de i andra fall, såsom Tysklands *Altersteilzeitgesetz*, tillhandahåller ramverk som de företag som vill kan ansluta sig till. Det är vanligt att de allmänna systemen har utvecklats i samråd med arbetsmarknadens parter, och många system tillåter också avvikelser eller modifiering genom kollektivavtal.¹⁶

Härutöver finns det också exempel på deltidspensionssystem som helt har förhandlats fram mellan parterna. Detta kan vi se i till exempel Nederländerna och Danmark.¹⁷ År 2013 slöt de svenska arbetsmarknadsparterna ett kollektivavtal som ger arbetstagare i stora delar av industri-, transport- och byggnadssektorerna omfattande rättigheter att ansöka om deltidspension efter 60 respektive 62 års ålder beroende på bransch. Arbetsgivaren har en skyldighet att seriöst och med god vilja överväga möjligheten att bevilja ansökan, och får avslå densamma endast om ett

¹⁴ Klausul 34 i Collective arbeidsovereenkomst 1 Maart 2015 t/m 29 Februari 2016 Shell Nederland Raffinerij B.V. Shell Nederland Chemie B.V. en Federatie Nederlandse Vakbeweging. Articles 3.2, 3.2, 3.4 and 6.4.2. of Deel A – I: Normatieve bepalingen (II: Obligatoire bepalingen) van de Collectieve Arbeidsovereenkomsten afgesloten voor AkzoNobel bedrijven in Nederland juli 2015–30 juni 2017.

¹⁵ Eurofound, *Extending working lives through flexible retirement schemes. Partial retirement*, Publication office of the European Union 2016.

¹⁶ Se t.ex. (PS/015/2001) *Kollektivvertrag über Altersteilzeit*, Fachverband der Nahrungs- und Genussmittelindustrie und Österreichischen Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, som modifierar rätten till nedsättning i arbetstid för äldre arbetstagare (Altersteilzeit) i artikel 27 i lagen om arbetslöshetsförsäkring (AVIG). Ett annat exempel är *Zusatzkollektivvertrag betreffend Altersteilzeit*, Fachverband der Nahrungs- und Genussmittelindustrie, und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten, som modifierar rätten till deltidspension (Teilpension) i artikel 27a i samma lag.

¹⁷ OECD, *Ageing and Employment Policies Ageing and Employment Policies. Denmark 2015. Working better with age* (2015).

beviljande skulle medföra en beaktansvärd störning i verksamheten.¹⁸ Det krävs att störningen måste föreligga vid en objektiv bedömning, och om arbetsgivaren genom att vidta åtgärder enkelt kan minska eller helt eliminera störningen, utgör den inget hinder för att bevilja deltidspension. Arbetsgivaren är därtill skyldig att diskutera och överväga möjligheten att omplacera arbetstagaren till andra arbetsuppgifter även om detta skulle kräva viss kompetensutveckling.¹⁹ Det uttalade syftet med bestämmelserna om deltidspension är att ge möjlighet till ett längre yrkesliv och skapa förutsättningar för generationsväxling.²⁰

Ett flertal studier har undersökt vilken effekt system för deltidspension har på arbetslivets längd.²¹ Dessa studier visar inte på något entydigt samband mellan möjligheten att gå i deltidspension och viljan att arbeta längre. Att mäta detta samband är dock förenat med stora metodologiska svårigheter, eftersom det egentligen skulle behövas en jämförelse med den hypotetiska situationen att deltidspensionssystemet inte hade funnits.²² En annan, och kanske viktigare, aspekt är att deltidspensionssystemens effekter på arbetslivets längd inte är entydiga. Samtidigt som möjligheten att ta ut deltidspension kan ha en positiv inverkan på andelen äldre arbetstagare i arbetskraften, är det inte säkert att det genomsnittliga antalet heltidsarbetsår skulle öka med ett sådant system. Flera studier har ifrågasatt nyttan av att införa system för deltidspension som ett sätt att öka det generella arbetstidsuttaget, eftersom deltidspensionen inte bara används av arbetstagare som annars skulle ha lämnat arbetslivet utan också kan leda till att arbetstagare som annars hade arbetat heltid väljer att gå ner på deltid.

¹⁸ Medlingsinstitutet, *Medlingsinstitutets årsrapport 2013*, Stockholm 2014, 32.

¹⁹ Information nr 4/2013 1(7) Appendix 7 and 8, Gemensam kommentar Deltidspension I Teknikarbetsgivarna och IF Metall, Gemensam kommentar Deltidspension Teknikarbetsgivarna och Unionen/ Sveriges Ingenjörer.

²⁰ Denna rätt gäller efter 60 eller 62 års ålder, beroende på kollektivavtalsområde; Medlingsinstitutet, 2013. Jfr § 9 Mom. 8 i Teknikavtalet 1 april 2017–31 mars 2020 mellan Teknikarbetsgivarna och Industrifacket Metall (IF Metall).

²¹ Eurofound (2016). Se även P. Berg, M.K. Hamman, M. Piszczek & C.J. Ruhm, *Can Policy Facilitate Partial Retirement? Evidence from Germany*, Discussion Paper No. 9266, IZA (2015).

²² M. Takala & N. Väänänen, *Does part-time pension extend working lives? A Finnish case study*, Reports 05, Finnish Centre for Pensions 27 (2016).

3.2 *Kompetens- och karriärutveckling – livslångt lärande och arbetsmarknadsrörlighet*

Till skillnad från system för deltidspension är livslångt lärande och rörlighet på arbetsmarknaden frågor som berör alla arbetstagare och inte enbart de äldre. Inte desto mindre har dessa frågor identifierats som ett nyckelområde för att främja ett längre arbetsliv. Det är därför intressant att notera att äldre arbetstagare i många av EUs medlemsstater faktiskt erbjuds mycket begränsade möjligheter till utbildning och praktik, i jämförelse med de möjligheter som ställs till förfogande för den yngre arbetskraften. Detta gäller till exempel i Storbritannien, Tyskland och Frankrike.²³ Faktum är att andelen arbetstagare som deltar i kompetensutvecklingsinsatser sjunker med stigande ålder i samtliga EU-länder utom Danmark.²⁴ Det svaga intresset för att upprätta och genomföra strategier för kontinuerlig kompetensutveckling riktad just mot äldre arbetstagare tycks ligga i en kombination av bristande vilja hos vissa arbetsgivare att investera i äldre arbetstagare, och ett motstånd hos delar av den äldre arbetskraften att rätta sig efter de nya krav som arbetsmarknaden ställer.²⁵

I maj 2009 antogs en strategisk ram för europeiskt utbildningssamarbete. Där sattes ett riktmärke för vuxenutbildning med innehåll att i genomsnitt minst 15 procent av de vuxna mellan 25-64 år skulle delta i livslångt lärande senast år 2020.²⁶ Under de snart tio år som förflutit sedan den strategiska ramen antogs har utvecklingen på området livslångt lärande dock inte närmast sig, eller ens rört sig i riktning mot, detta riktmärke. År 2014 var den genomsnittliga andelen vuxna i lärande inom EU strax under 11 procent, och andelen var oförändrad år 2015. I en del av EUs medlemsländer var genomsnittet till och med lägre år 2015 än året dessförinnan, och i jämförelse med år 2012 hade den genomsnittliga andelen vuxna

²³ S. Vickerstaff, C. Phillipson & W. Loretto, *Training and Development: The Missing Part of the Extending Working Life Agenda?*, 25 Public Policy Aging Report (4) 139-142 (2015); U. Leber, J. Stegmaier & A. Tisch, *Altersspezifische Personalpolitik: Wie Betriebe auf die Alterung ihrer Belegschaften reagieren*, IAB-Kurzbericht, Nürnberg, 8 (13/2013); Chartered Institute of Personnel and Development CIPD, *Creating longer, more fulfilling working lives. Employer Practice in Five European Countries*, Policy Report, 32 (2016).

²⁴ J. Schmitz, *Companies and Old Workers. Obstacles and Drivers of Labour Market Participation in Recruitment and in the Workplace*, in S. Scherger (red.), *Paid Work Beyond Pension Age. Comparative Perspectives* (Palgrave Macmillan 2015).

²⁵ G. Martin, D. Dymock, S. Billett & G. Johnson, *In the name of meritocracy. Managers' perceptions of policies and practices for training older workers*, *Ageing & Society* (34) 992-1018 (2014).

²⁶ Rådets Slutsatser av den 12 maj 2009 om en strategisk ram för europeiskt utbildningssamarbete ("Utbildning 2020").

i lärande sjunkit i så många som 14 av medlemsstaterna.²⁷ Det finns också stora skillnader mellan olika medlemsstater – år 2016 deltog en jämförelsevis stor andel av de vuxna i olika utbildningsinsatser i Danmark, Sverige, Finland, Nederländerna, Frankrike, Luxemburg och Estland medan motsvarande siffror för Rumänien, Bulgarien, Slovakien, Kroatien, Polen och Grekland var påtagligt låga.

Inom hela EU står arbetsgivare för omkring en tredjedel av all icke-formell utbildning och fortbildning, och i alla utom fem av EUs medlemsstater tillhandahåller arbetsgivare merparten av dessa utbildningsaktiviteter.²⁸

I EUs kompetensagenda från år 2016 uttalar kommissionen att mer kan göras för att stödja inlärningsmiljöerna på arbetsplatsen och göra det möjligt för i synnerhet små och medelstora företag att tillhandahålla utbildning. Kommissionen understryker vidare att arbetsmarknadens parter kommer att spela en central roll för genomförandet av agendan genom att de kan bygga vidare på europeiska och nationella initiativ, utnyttja den sakkunskap som finns inom olika branscher och arbeta både branschvis och branschöverskridande.²⁹ I de flesta av EUs medlemsstater har arbetsmarknadens parter involverats vid utformningen av nationella strategier för kompetensutveckling, och i vissa fall har sådana strategier utformas i trepartssamtal. De närmare detaljerna bestäms sedan i kollektivavtal på branschnivå och även på lokal nivå.³⁰ Ett exempel är branschavtalet för den finska fastighetssektorn. I syfte att säkra och öka tillgången på kompetent arbetskraft rekommenderar kollektivavtalet att arbetstagare ska ha möjlighet att delta i utbildning som utvecklar deras yrkeskompetens, och att denna utbildning ska tillhandahållas på arbetsgivarens bekostnad.³¹ Ett annat exempel, som särskilt avser äldre arbetstagare, är ett avtal som slutits mellan den tyska metallarbetarorganisationen IG Metall och arbetsgivare i informationsteknologisektorn. Som en del av ett större initiativ med syfte att förbättra anställningar och anställningsbarhet för personer över 50 år erbjuder detta

²⁷ Eurostat, *Adult learning statistics*, juni 2017.

²⁸ Eurostat, 2017. I Estland, Litauen, Polen och Slovenien tillhandahålls utbildningen i första hand inom ramen för det ordinarie utbildningssystemet. I Spanien är det vanligaste att utbildningen tillhandahålls genom så kallade informella utbildningsanordnare såsom t.ex. bibliotek.

²⁹ Meddelande från Kommissionen, *En ny kompetensagenda för Europa. Samarbeta för att stärka humankapitalet, anställbarheten och konkurrenskraften*, COM(2016) 381, s. 17.

³⁰ Det finns dock betydande variationer mellan medlemsstaterna ifråga om hur stor del av arbetsmarknaden som täcks av sådana avtal, och ifråga om avtalens omfattning. Eurofound, *Contribution of Collective Bargaining to Continuing Vocational Training*, Dublin 2009.

³¹ Kollektivavtal för arbetstagare i fastighetstjänstbranschen 1.2.2018–31.1.2020 mellan Fastighetsarbetsgivarna rf och Servicefacket PAM rf. Bilaga 5 Utbildningsavtal §2.

avtal bland annat omfattande och individuellt utformade möjligheter till kompetensutveckling.³²

Vid sidan av möjligheter till livslångt lärande är mobilitet på arbetsmarknaden en central faktor för att åstadkomma längre arbetsliv. För äldre arbetstagare innebär arbetslöshet en allvarlig risk för att permanent slås ut från arbetsmarknaden. Åtgärder för att främja mobilitet på arbetsmarknaden kan på ett betydelsefullt sätt bidra till att minska denna risk. Ett exempel på detta är de svenska omställningsavtalen som sedan början av 1970-talet ger stöd åt arbetstagare som sägs upp på grund av arbetsbrist.³³ Genom omställningsavtalen och de trygghetsråd som har etablerats av parterna för att administrera avtalen, kan arbetstagare som har sagts upp på grund av arbetsbrist få såväl ekonomiskt stöd som karriärplanering och rådgivning för att hitta ny anställning. Omställningsavtalen är av stor betydelse för att stödja arbetstagare som tvingas sluta sin anställning vid arbetsbrist.³⁴

Omställningsavtalen är inte specifikt utformade för att stödja äldre arbetstagare, men är i praktiken särskilt viktiga just för denna grupp. Avtalen innehåller också regler som ger bättre villkor med stigande ålder.³⁵ Att det också är främst äldre arbetstagare som får hjälp till ny anställning via trygghetsråden visar till exempel statistik från Trygghetsrådet för tjänstemän i privat sektor, Trygghetsrådet TRR. Av dem som efter att ha vänt sig till TRR lyckades få en ny anställning under de första tre månaderna av 2017 var hela 80 procent personer över 40 år.³⁶

3.3 Attityder mot äldre arbetstagare – åldersmedvetenhet som något positivt

Som vi sett kan betydelsefulla åtgärder för att främja ett längre arbetsliv vidtas bland annat ifråga om olika anpassningar av arbetsvillkoren, genom möjlighet till deltidspension, och i form av stöd för kompetensutveckling och arbetsmarknadsmobilitet. Det finns ytterligare en faktor som visat sig kunna spela stor roll för att främja ett längre arbetsliv; att göra äldre arbetstagares situation mer

³² IT 50 Plus, ett gemensamt initiativ mellan IG Metall and BITKOM. Jfr 'e-Skills in Europe, Germany, Country report' (2014), i Kommissionens rapport *e-Skills for Jobs in Europe. Measuring Progress and Moving Ahead*.

³³ SOU 2002:59, 37. K. Ahlberg och N. Bruun, *Sweden: transition through collective bargaining*, i T. Blanke and E. Rose (eds), *Collective Bargaining and Wages in Comparative Perspective: Germany, France, the Netherlands, Sweden and the United Kingdom* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005).

³⁴ M. Rönmar, *Intergenerational Bargaining: Sweden – Country Report*. Rapport för EU-projektet *Intergenerational Bargaining: towards integrated bargaining for younger and older workers in EU countries (iNGenBar)* (2014).

³⁵ Jfr här SOU 2002:59, 131.

³⁶ Trygghetsrådet TRR, Statistik 2017-04-18. Närmare bestämt var 38 procent mellan 40 och 50 år, 35 procent var mellan 50 och 60 år, och 7 procent var över 60 år.

synlig på arbetsplatsen. Åtgärder i denna riktning handlar om att öka arbetsgivares kunskap om de behov som kan uppstå för arbetstagare i senare delen av arbetslivet, och om att låta arbetstagarna själva artikulera och bidra till lösningar i förhållande till de speciella svårigheter som kan komma med åldern. Genom att på ett systematiskt sätt synliggöra äldre arbetstagares speciella situation genereras mer kunskap i organisationen om på vilket sätt förutsättningarna för arbetstagare kan förändras med åren, och detta bidrar också till att motverka ålderism och åldersdiskriminering. En strategi för sådana medvetandehöjande åtgärder – oavsett om den antas i form av lagstiftning, trepartsöverenskommelser eller i kollektivavtal – skapar redan i sig själv en beredskap för att arbetssituationen på olika sätt kan behöva anpassas i den senare delen av arbetslivet. Och en sådan beredskap kan i sin tur bidra till att generera en mer generell förväntan om att arbetstagare faktiskt kommer att bli kvar i arbetslivet under en längre tid.

Åldersmedvetna arbetsledningsstrategier tar framför allt sikte på personer som redan har en anställning. Men även åtgärder för att öka rekryteringen av äldre arbetstagare kan vara en del av en sådan strategi. Vissa av EUs medlemsstater har infört speciella system för att uppmuntra arbetsgivare att anställa äldre arbetssökande. Så är till exempel fallet i Spanien där den arbetsgivare som anställer en arbetslös arbetstagare över 45 års ålder får dels nedsättning av de sociala avgifterna under ett år, dels ett ekonomiskt stöd om 1300 euro årligen under loppet av tre år (beloppet baseras på heltidsanställning, och reduceras proportionellt i fall av deltidsanställning).³⁷ Därutöver kan arbetsgivaren också erhålla lönesubventioner i inom ramen för programmet *Programa Extraordinario de Activación para el Empleo* som även innefattar praktisk hjälp för den som söker nytt jobb. Programmet har uppmärksammats i ett ramavtal som slutits på nationell nivå mellan de största organisationerna på arbetsgivarsidan och de två största arbetstagarorganisationerna, och som upprättar riktlinjer för avtal på branschnivå och på lokal nivå.³⁸ Ramavtalet uppmuntrar arbetsmarknadens parter på branschnivå att främja rekryteringen av bland annat av arbetssökande eller 45 års ålder, och att då beakta det statliga systemet för lönesubventioner.

³⁷ Jämför Nederländerna där arbetsgivaren kan ansöka om subventioner när en arbetslös person över 50 års ålder anställs eller antas för praktik. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 26 september 2013, 20130000129478, tot verstrekken van subsidie voor scholing en plaatsing van oudere werklozen (Regeling scholing en plaatsing oudere werklozen), Stcrt. 2013, 27343. M. Kullmann, *Extended Working Life. The Dutch Government Response*, 7 European Labour Law Journal (1) 31-51 (2016).

³⁸ Kapitel I, punkt h, i *III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva*, 8 juni 2015 mellan CEOE&CEPYME och UGT.

Frankrike har valt ett annat sätt att närma sig frågan. År 2013 infördes en lag om generationsavtal (*contrat de génération*), som ålägger arbetsmarknadens parter att sluta kollektivavtal med innehåll att företag kan tillsvidareanställa en ung arbetstagare samtidigt som företaget behåller eller anställer en äldre arbetstagare, och därigenom beviljas ett statligt ekonomiskt stöd. Systemet innehåller också bestämmelser om utbildning och tillsyn. Hittills har detta system resulterat i ett mycket litet antal anställningskontrakt. På lång sikt kan det dock finnas anledning att inte bara se till hur många anställningar systemet har genererat, utan också till huruvida systemet har bidragit till att förändra attityder mot och minska fördomar om äldre arbetstagare.³⁹

Ytterst handlar åldersmedveten arbetsledning om att arbetsgivaren är uppmärksam på verksamhetens förhållningssätt gentemot äldre arbetstagare, vid rekryteringen och i förhållande till dem som redan är anställda.⁴⁰ I pågående anställningar handlar det framför allt om samråd, planering, och individuellt utformade åtgärder för arbetstagare som har uppnått en viss ålder. En del exempel på individuellt utformade åtgärder har diskuterats här ovan, i avsnitt 3.1 om arbetsvillkor och avsnitt 3.2 om kompetensutveckling. Det finns goda exempel på hur övergripande rutiner för planering och samråd med arbetstagare äldre arbetstagare på arbetsplatsen kan formaliseras i kollektivavtal. I Danmark har arbetsmarknadens parter länge uppmärksammat betydelsen av åldersmedvetenhet i arbetsledning och arbetsorganisation, och sedan år 2009 innefattar kollektivavtalet i den offentliga sektorn bestämmelser om så kallade seniorsamtal, vilka erbjuder arbetstagare någon gång efter 55 års ålder. Samtalet ska vara inriktat på att arbetstagaren ska bli kvar i anställningen, och handla om hur arbetstagarens kort- och långsiktiga förväntningar på sitt arbetsliv kan mötas på ett sätt som tillgodoser både arbetstagarens och arbetsgivarens intressen. Kollektivavtalet innehåller också bestämmelser om ett särskilt senioravtal som kan slutas i syfte att reducera arbetstiden eller modifiera arbetsuppgifterna, och ger också i vissa fall rätt till ett ekonomiskt tillägg och särskilda en persons pensionsinbetalningar för arbetstagare

³⁹ S. Robin-Olivier, *Age Discrimination and Labour Law in France*. I A. Numhauser-Henning och M. Rönnmar (red.), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015).

⁴⁰ Om attityder gentemot äldre arbetstagare se t.ex. C. Ulander-Wänman, *Swedish Collective Agreements and Employer's Willingness to Hire and Retain Older Workers in Employment*, 6 *Journal of Working Life Studies* 2:61-79 (2016); C.T. Kulik, S. Perera & C. Cregan, *Engage Me. The Mature-Age Worker and Stereotype Threat*, 59 *Academy of management Journal* (6) 2132-2156 (2016); M. Carlsson & S. Eriksson, *The Effect of Age and Gender on Labour Demand. Evidence from a Field Experiment*, Working Paper 2017:8, IFAU.

som väljer att stanna kvar i arbete med kortare arbetstid under ett visst antal år.⁴¹ En liknande ordning finns i Finland där till exempel kollektivavtalet för industrifacket under rubriken *Förlängning av arbetskarriären* anger att den arbetstagare som fyllt 58 år ska erbjudas ett samtal om vilket stöd arbetsgivaren kan tillhandahålla för att underlätta arbetet för äldre arbetstagare.⁴²

4 Diskussion och avslutande synpunkter

Frågan om ett längre arbetsliv ligger högt på EUs sysselsättningsagenda, och i många av EUs medlemsstater kommer behov som följer med att arbetskraften blir äldre till uttryck i rättsutvecklingen liksom i medlemsstaternas arbetsmarknadspolitik. I alla dessa sammanhang betonas regelmässigt den centrala roll som arbetsmarknadens parter har för att främja ett längre arbetsliv och för att genomföra många av de åtgärder som behövs för att möta utmaningarna med den åldrande arbetskraften. Som vi sett i detta bidrag finns det en rad exempel på hur kollektivavtal på ett konstruktivt sätt kan användas för att implementera policyåtgärder som främjar ett längre arbetsliv, och för att göra sådana åtgärder till vardagspraktiker på arbetsplatserna.

Det finns forskning som visar att arbetsgivare för att stödja äldre arbetstagare i första hand tenderar att vidta åtgärder som är billiga ur ekonomiskt och organisatoriskt perspektiv.⁴³ Detta innebär att mindre ingripande förändringar av arbetsvillkoren som till exempel ergonomiska förbättringar eller reducerad arbetstid ligger närmare till hands än anställningsbarhetshöjande åtgärder som kompetensutveckling. Vid första anblick framstår detta förhållningssätt som det mest ändamålsenliga. Ur ett strikt humankapitalperspektiv kan en investering i kompetensutveckling förväntas ge lägre avkastning för arbetsgivaren (och även för arbetstagaren) ju äldre arbetstagaren är.⁴⁴ Vad som kan framstå som mindre uppenbart är att investeringar i kompetensutveckling och andra

⁴¹ Rammeaftale om Seniorpolitik, 2015. Cf. M. Barslund, *Extending Working Lives. The case of Denmark*, CEPS Working Document No. 404, 2015. Annan forskning visar att det finns stora skillnader mellan olika arbetsgivare i Danmark när det gäller åldersmedvetenhet arbetsledningen. Se t.ex., H. Jensen & R. Juul Møberg, *Age Management in Danish Companies: What, How, and How Much?*, 2 Nordic Journal of Working Life Studies (3) 49-66 (2012).

⁴² Klausul i 31.1.10 kollektivavtalet mellan Teknologiindustrin och Industrifacket 8.11.2017-31.10.2020.

⁴³ M. Fleischmann, F. Koster & J. Schippers, *Nothing ventured, nothing gained! How and under which conditions employers provide employability-enhancing practices to their older workers*, 26 The International Journal of Human Resource Management (22): 2908-2925 (2015).

⁴⁴ Schmitz (2015).

anställningsbarhetshöjande åtgärder har en betydande potential att löna sig, eftersom arbetsgivaren genom sådana investeringar kan undvika kostnader förbundna med förtidspensionering och påföljande rekrytering och upplärning av nya arbetstagare.

Här är det intressant att notera att forskningen också visar att arbetsgivare, vid sidan av billiga åtgärder, även tenderar att beakta åtgärder som finns inskrivna i kollektivavtal.⁴⁵ Kollektivavtal har stor betydelse för att främja längre arbetsliv, eftersom de har en betydande potential att faktiskt få genomslag på arbetsplatserna och eftersom de innebär en unik möjlighet att erbjuda skraddarsydda lösningar. Det vore också från renodlat strategiskt perspektiv rationellt för både arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer att intensifiera sitt engagemang i kollektivavtalade lösningar för äldre arbetstagare. Kollektivavtalade lösningar ger arbetsmarknadens parter möjlighet att rikta åtgärder mot områden som har stor betydelse för dem. Och det är inte nödvändigtvis detsamma som områden av stor betydelse för lagstiftaren. Här kan den svenska kollektivavtalslösningen från 2013 om deltidspension efter 60 respektive 62 års ålder tjäna som exempel. Det tycks vara vetenskapligt klarlagt att system för deltidspension kan leda till längre arbetsliv för vissa grupper i den meningen att arbetstagare inom dessa grupper verkligen blir kvar längre i arbetslivet. Däremot tycks det saknas belägg för att detta faktiskt skulle ha någon positiv inverkan på statsfinanserna. Från ett makroekonomiskt perspektiv är det sannolikt mer effektivt att människor fortsätter att arbeta heltid under en något kortare period istället för att jobba ytterligare några år på deltid.⁴⁶ För att motverka den effekt som det pågående demografiska skiftet har på de offentliga finanserna krävs det arbetslivsreformer som bidrar till att öka det totala antalet arbetade timmar, eftersom detta leder till en högre sammanlagd livsinkomst och därmed större skatteintäkter. Ur denna synpunkt framstår system för deltidspension mindre intressanta. Om man istället ser på saken från arbetsmarknadsparternas perspektiv är saken däremot en helt annan. Det uttryckliga syftet med kollektivavtalet om deltidspension var inte i första hand att bidra till att stärka de offentliga finanserna, utan att säkra och underlätta det generationsskifte som många företag står inför.⁴⁷ System för deltidspension gör det möjligt för en del arbetstagare att bli kvar längre i arbetslivet än de annars skulle ha varit och kan därför vara avgörande för att möjliggöra kunskapsöverföring mellan generationer och för att behålla erfarenhet och kunskap i företagen så länge som möjligt.

Det finns en stor potential i att söka kollektivavtalade lösningar på de frågor som uppstår när arbetskraften blir äldre. Kollektivavtal kan på ett avgörande och mycket

⁴⁵ Fleischmann, Koster & Schippers (2015).

⁴⁶ Takala & Väänänen (2016). Cf A.L. Gustman & T.L. Steinmeier, *Projecting Behavioral Responses to the next Generation of retirement Policies* 28 Research in Labor Economics, 237-253 (2008).

⁴⁷ Rönömar (2014).

konkret sätt bidra till längre arbetsliv, och detta i en form som ger arbetsmarkandes parter ett betydande inflytande över hur detta viktiga område ska utformas.

Slumpmässiga arbetsplatsinspektioner

Fler ”verktyg” i Polisens låda – utan rättslig kontroll

LENA LANDSTRÖM & KAJSA HENNING MÄKI¹

1 Inledning

När vi började arbeta vid Juridiska institutionen var Örjan prefekt. Vid den tiden hade Umeå universitet nyligen börjat bedriva polisutbildning och vi, som båda hade åklagarerfarenhet, rekryterades för att fylla ett ökat behov av lärare i straff- och processrätt. I vårt bidrag till denna festskrift knyter vi ihop vårt intresse för polisiära frågor med Örjans intresse för arbetsrätt och europarätt, genom att behandla regleringen av slumpmässiga arbetsplatsinspektioner, som bygger på det så kallade sanktionsdirektivet från Europeiska unionen (EU).²

Sanktionsdirektivet, som antogs år 2009, syftar till att motverka olaglig invandring till EU. I direktivet fastställs gemensamma minimistandarder för sanktioner och åtgärder som medlemsstaterna ska tillämpa gentemot arbetsgivare som överträder förbudet att anställa tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i landet. Som ett första led i Sveriges implementering av direktivet infördes en utvidgad skyldighet för arbetsgivare att kontrollera att en tredjelandsmedborgare som anställs har föreskrivet tillstånd för att vistas och arbeta här, eller är undantagen från skyldigheten att ha arbetstillstånd.³ Vid samma implementering förstärktes, den sedan tidigare införda, straffbestämmelsen gentemot arbetsgivare som har anställda utan sådana tillstånd och det infördes en särskild sanktionsavgift.⁴ Under år 2018 infördes

¹ Lena Landström, jur.dr. och universitetslektor, Kajsa Henning Mäki, jur.kand. och universitetsadjunkt, båda verksamma vid Juridiska institutionen, Umeå universitet. Artikeln är delvis tillkommen inom ramen för projektet ”Polisarbetet – mellan effektivitet och rättsstatlighet” finansierat av Riksbankens jubileumsfond. Vi tackar våra kollegor universitetskollegorna Mattias Hjerstedt och Markus Naarttijärvi för värdefulla kommentarer på ett artikelutkast.

² 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.

³ Se 6:13 a utlänningsförordningen (2006:97).

⁴ Se vidare 20:5 och 20:12 utlänningslagen (2005:716, UtlL).

implementeringssteg två. För att effektivisera kontrollen av arbetsgivare som har tredjelandsmedborgare anställda som inte har vederbörliga tillstånd, har Polismyndigheten sedan juli 2018 en laglig möjlighet att genomföra så kallade slumpmässiga arbetsplatsinspektioner.⁵

I artikeln behandlas regleringen av Polisens möjligheter att genomföra slumpmässiga arbetsplatsinspektioner, i god Örjananda utifrån tre frågeställningar och en avslutande diskussion. Först görs en beskrivning av de nya reglerna. Därefter redogörs för några allmänna principer som är av betydelse vid polisingripanden och deras relevans vid genomförande av slumpmässiga arbetsplatsinspektioner. Sist undersöks möjliga rättssäkerhetsgarantier, där avstamp tas i de krav som uppställs i Europakonventionen⁶ så som den uttolkats av Europadomstolen.⁷ Avslutningsvis diskuteras de brister i lagstiftningen som uppmärksammas, och vad detta kan innebära för enskilda och i det polisiära arbetet.

2 Slumpmässiga arbetsplatsinspektioner

De nya reglerna, som innebär att Polisen kan företa arbetsplatsinspektioner helt slumpmässigt, återfinns i 9 kap. utlänningslagen (2005:716, UtlL). Av kapitlets 14 § framgår att sådana inspektioner får genomföras för att kontrollera om arbetsgivare har utlänningar anställda som inte har rätt att vistas i Sverige eller som har rätt att vistas här men saknar föreskrivet arbetstillstånd. Åtgärden har därmed ett kontrollerande syfte och någon misstanke om brott eller andra oegentligheter krävs inte. Möjligheten att företa arbetsplatsinspektioner är enligt samma paragraf begränsad till vissa verksamhetssektorer.

Av samma kapitel 15 § framgår att en inspektion får genomföras på arbetsplatser och i andra lokaler där arbetsgivaren bedriver näringsverksamhet, och utan att arbetsgivaren underrättas i förväg. När det gäller själva genomförandet anges i paragrafen att inspektionen ska genomföras på ett sådant sätt att verksamheten inte hindras i onödan. Några ytterligare förutsättningar eller begränsningar har inte ställts upp i lagen.

⁵ Prop. 2017/18:176 Utökade möjligheter till arbetsplatsinspektioner, s. 12. Reglerna infördes genom SFS 2018:739.

⁶ Europeiska konventionen d. 4 nov. 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).

⁷ I sanktionsdirektivet anges att direktivet respekterar de grundläggande rättigheter och principer som erkänns i Europakonventionen och EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, se sanktionsdirektivet skäl 37.

2.1 Begränsning till vissa verksamhetssektorer

Den enda begränsningen av och rättsliga förutsättningen för vilka arbetsplatser som kan komma i fråga för inspektion, är att arbetsplatsen tillhör en viss verksamhetssektor. I 9 kap. 14 § UtL anges att inspektioner endast får genomföras inom sådana verksamhetssektorer som är identifierade som risksektorer i enlighet med artikel 14 i sanktionsdirektivet. Enligt denna artikel ska nämligen medlemsstaterna på grundval av en riskbedömning regelbundet identifiera de verksamhetssektorer på deras territorier där det är vanligt med anställning av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt. Varje år ska medlemsstaterna för var och en av dessa sektorer informera EU-kommissionen om de inspektioner som utförts under föregående år. Information ska ges om antalet inspektioner, både i absoluta tal och som en procentuell andel av arbetsgivarna inom varje sektor, tillsammans med resultatet av inspektionerna.

För Sveriges del och vid genomförandet av sanktionsdirektivet gjordes bedömningen att ansvaret för att göra riskbedömningar av verksamhetssektorer och att ta fram statistik och rapporteringsunderlag till EU-kommissionen skulle åligga Rikspolisstyrelsen.⁸ Detta är numera en uppgift för Polismyndigheten, som ska identifiera risksektorer och senast den 31 maj varje år informera Regeringskansliet om föregående års genomförda inspektioner.⁹ Några offentligt publicerade myndighetsföreskrifter om vilka verksamhetssektorer som är att anse som risksektorer finns inte. I ett inom Polismyndigheten internt Cirkulärmeddelande CM 3/18 anges att vilka branscher som anses som risksektorer kan förändras över tid. I cirkulärmeddelandet anges att de risksektorer som identifierats, baserat på genomförda arbetsplatskontroller under år 2017, är hotell- och restaurangverksamhet, byggbranschen, handel (inklusive reparation av motorfordon och motorcyklar), och annan serviceverksamhet. Med annan serviceverksamhet avses exempelvis frisör- och skönhetsalonger.¹⁰ Byggbranschen tillkom under år 2017, medan övriga verksamhetssektorer förekommit även tidigare.¹¹

I förarbetena gjordes jämförelser med de verksamhetssektorer där Skatteverket har möjlighet att utföra oannonserade kontrollbesök för tillsyn av den som är eller

⁸ Prop. 2012/13:125 Genomförande av direktivet om sanktioner mot arbetsgivare, s. 115.

⁹ 19 § förordningen (2014:1102) med instruktion för Polismyndigheten.

¹⁰ Polisen, 2018-06-29, Cirkulärmeddelande CM 3/18 Utökade möjligheter för Polismyndigheten att genomföra arbetsplatsinspektioner, diariernr A328.116/2018. Cirkulärmeddelandet är utfärdat av Gränspolissektionen, Nationella Operativa Avdelningen, s. 2.

¹¹ Se Ds 2017:16 Arbetsplatsinspektioner och höjd särskild avgift, s. 13–14 (åren 2012–2015); Polisen, 2017-06-09, Skrivelse, diariernr A108.927/2017 (år 2016); Polisen, 2018-06-01, Missiv, diariernr A042.658/2018 (år 2017).

kan antas vara skyldig att föra personalliggare.¹² Av 39 kap. 11–11a §§ skatteförfarandelagen (2011:1244, SFL) framgår att sådan skyldighet för närvarande gäller för den som bedriver restaurangverksamhet, fordonsserviceverksamhet, livsmedels- och tobaksgrossistverksamhet, kropps- och skönhetsvårdsverksamhet, tvätteriverksamhet och byggverksamhet.¹³ Eftersom Skatteverkets möjlighet att göra kontrollbesök här är kopplad till skyldigheten att föra personalliggare, framgår direkt av lag vilka verksamhetssektorer som är aktuella. Vad som avses med respektive verksamhetssektor är närmare definierat i 39 kap. 2 § SFL.

När det däremot gäller vilka verksamhetssektorer som kan vara aktuella för en slumpmässig arbetsplatsinspektion innebär den lagtekniska konstruktionen i utlänningslagen att det är först i efterhand, i samband med Polismyndighetens årliga rapportering till regeringen, som det blir offentligt känt vilka verksamhetssektorer som varit aktuella. Under remissbehandlingen av lagförslaget ansåg såväl JO som Lagrådet att det borde framgå direkt av lag vilka verksamhetssektorer som är aktuella.¹⁴ Det finns inte heller någon definition, motsvarande den i SFL, om vad som närmare avses med de olika verksamhetssektorerna.

2.2 *Arbetsplatser och andra lokaler*

I 9 kap. 15 § första stycket UtL anges, som redan nämnts, att en inspektion får genomföras på arbetsplatser och i lokaler där arbetsgivaren bedriver näringsverksamhet. Vidare anges att inspektionen får genomföras utan att arbetsgivaren underrättas om den i förväg. Av förarbetsuttalanden framgår att avsikten är att en inspektion ska kunna ske både inomhus och utomhus där anställda normalt arbetar, och även kunna omfatta förvaringslokaler och andra utrymmen som arbetsgivaren disponerar för näringsverksamheten.¹⁵

Något undantag för vissa utrymmen har inte gjorts. På många arbetsplatser som kan komma ifråga för en arbetsplatsinspektion bedrivs verksamhet där det inte alltid finns någon självklar skarp gräns mellan näringsidkarens bostad och arbetsplatsen. Det kan även förekomma att arbetstagaren utför arbete i sin egen bostad eller i anslutning därtill. I vad mån bostaden i sådana fall är att anse som en ”arbetsplats” är en fråga som är överlämnad till den praktiska tillämpningen. I 9 kap. 16 § UtL

¹² Ds 2017:16 s. 13–14 och s. 18–19. Skatteverkets befogenheter framgår av 42 kap. 8 § skatteförfarandelagen (2011:1244).

¹³ Vilka verksamheter som omfattas av skyldigheten att föra personalliggare har successivt utökats och ändrades senast den 1 juli 2018, genom SFS 2018:243.

¹⁴ Prop. 2017/18:176 s. 13.

¹⁵ A. prop. s. 20.

anges att en *arbetsgivare* är skyldig att lämna tillträde till de arbetsplatser och lokaler där näringsverksamheten bedrivs. Möjligen skulle reglerna därför kunna uppfattas så att inspektioner får ske i alla områden och lokaler som arbetsgivaren disponerar, men inte i utrymmen som disponeras av andra, exempelvis en arbetstagares bostad, även om arbete utförs där.¹⁶ När det gäller möjliga integritetskränkningar är det tänkbart att också andra än näringsidkaren och de anställda kan bli utsatta för sådana i samband med inspektionen. Här kan nämnas exempelvis kunder på skönhetssalonger.

Reglerna innebär att Polismyndigheten får bereda sig tillträde till arbetsplatsen och lokalerna oavsett arbetsgivarens vilja. Att Polisen på detta sätt ges tvångsvis tillträde till lokaler och andra utrymmen dit allmänheten inte har tillträde innebär en inskränkning av det skydd mot husrannsakan och liknande intrång som gäller för var och en enligt 2 kap. 6 § regeringsformen.¹⁷ Det kan också vara fråga om en inskränkning av det skydd för rätten till hem och privatliv som gäller enligt artikel 8 Europakonventionen, beroende på vilken lokal det handlar om.¹⁸ I sin praxis har Europadomstolen uttalat att ”hem” inte ska tolkas snävt, begränsat till en persons bostad.¹⁹ Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet kan även kontors- eller företagslokaler omfattas, där skydd för enskilda ges i artikel 8 för rätten till hem eller till privatliv, ibland i kombination.²⁰

¹⁶ Jfr dock vad som nedan sägs i anslutning till proportionalitetsprincipen där vissa förarbetsuttalanden redovisas, vilka snarare talar mot en sådan tolkning.

¹⁷ Jfr Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne & Regner, Göran, *Grundlagarna. Regeringsformen, Successionsordningen, Riksdagsordningen*. 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012, s. 111; SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Regeringsformen, s. 146–148 och s. 199–200.

¹⁸ Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth & Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey. The European Convention on Human Rights*. 7th ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 401–403 och s. 408–410; Derlén, Mattias, Lindholm, Johan & Naarttijärvi, Markus, *Konstitutionell rätt*. Wolters Kluwer, Stockholm, 2016, s. 316–320.

¹⁹ *Niemietz v. Germany* (13710/88), 16 december 1992, §§ 30–31.

²⁰ Se t.ex. *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB v. Sweden* (18700/09), 20 december 2016, §§ 83–84; *Taraneks v. Latvia* (3082/06), 2 december 2014, §§ 96 och 102; *Buck v. Germany* (41604/98), 28 april 2005, §§ 31–33; *Société Colas Est and Others v. France* (37971/97), 16 april 2002, §§ 40–42; *Niemietz v. Germany*, §§ 29–33; *Chappell v. the United Kingdom* (10461/83), 30 mars 1989, §§ 26 och 51. Se vidare Rainey m.fl., 2017, s. 403; Derlén m.fl., 2016, s. 317 och s. 320; Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare. En rättsvetenskaplig studie av beslag med husrannsakan, myndigheters utlämnandeskyldighet samt editions- och exhibitionsplikt*. Iustus Förlag, Uppsala, 2011, s. 142–143.

Beslutsbehörighet

Det är Polismyndigheten som getts uppgiften att genomföra arbetsplatsinspektionerna. Några särskilda regler rörande beslutsbehörigheten har inte införts. Därav följer att det är Polismyndigheten som fattar beslut om att en arbetsplatsinspektion ska genomföras. Det finns inga särskilda regler om att ett sådant beslut kan angripas rättsligt.²¹ I Polismyndighetens ovan nämnda Cirkulär CM 3/18 anges att det i Polismyndighetens nuvarande delegationsordning saknas reglering av på vilken nivå beslut om en inspektion ska fattas. I avsaknad av detta och fram till dess frågan regleras i delegationsordningen anges i cirkuläret att Gränssektionens uppfattning är att lägstanivå för beslut om en arbetsplatsinspektion är gruppchef. Vidare anges att beslutet innefattar mot vilken arbetsgivare inspektionen riktar sig och vilka lokaler, och att tillse att inspektionen utförs i rätt syfte.²² Av det så kallade majbeslutet angående utformningen av den nya polisorganisationen framgår att gruppchef vanligtvis är placerad på en relativt låg organisatorisk nivå.²³

Det polisiära ingripandet och verkställigheten

Det är Polismyndigheten som genom att genomföra arbetsplatsinspektionen verkställer beslutet. En fråga som i viss mån diskuterats i förarbetena är vad Polisen rent faktiskt får vidta för åtgärder med stöd av de nya reglerna, exempelvis vad gäller ID-kontroller.²⁴ Klart är att Polisen får bereda sig tillträde till arbetsplatsen och aktuella lokaler. Om tillträde vägras kan polisman tillgripa försvarligt våld i enlighet med 10 § första stycket 6 p. polislagen (1984:387, PL), om förutsättningarna för det är uppfyllda, och på så vis tvångsvis bereda sig möjlighet att komma in i de olika lokalerna och utrymmena.

Enligt 9 kap. 16 § UtL är arbetsgivaren skyldig att tillhandahålla de handlingar och lämna de övriga upplysningar som behövs för kontrollen. Några särskilda regler som möjliggör ID-kontroll, beslagtagande av handlingar, medtagande för förhör eller förelägganden vid vite har inte meddelats. Det innebär att några andra

²¹ Jfr 14 kap. UtL. Den kontroll som finns är den tillsyn som utövas av JO, men det är fråga om en extraordinär tillsyn och innebär inte att enskilda har rätt till en rättslig prövning.

²² CM 3/18, s. 2. Gränssektionen är en enhet under Nationella Operativa Avdelningen.

²³ Genomförandekommittén för nya Polismyndigheten, Beslut om huvuddragen i den nya Polismyndighetens detaljorganisation – med medborgare och medarbetare i centrum, beslut den 14 maj 2014, s. 13–14, varav framgår att medarbetarna i normalfallet ska organiseras i grupper om 8–12 personer, med en gruppchef.

²⁴ Prop. 2017/18:176 s. 14–15 och s. 20–21.

tvångsåtgärder inte kan användas i syfte att *kontrollera* om arbetsgivaren har olagligen anställda utlänningar. För att sådana åtgärder ska vara möjliga krävs att det finns stöd för det i annan lagstiftning som då kan ha ett helt annat syfte.

I förarbetena har uppmärksammats att om det, vid genomförandet av en arbetsplatsinspektion, uppkommer misstanke om brott kan Polismyndigheten inleda förundersökning och använda de befogenheter som enligt rättegångsbalken (RB) följer av det. På motsvarande vis kan Polismyndigheten genomföra en inre utlänningskontroll, om förutsättningarna för det är uppfyllda.²⁵ I den departementspromemoria som föregick lagstiftningen framhölls detta som fördelar med de nya reglerna, där det även påpekades att en arbetsplatsinspektion kan innebära att fler personer påträffas som inte har rätt att vistas i landet. Det anfördes att därigenom kunde Polisens arbete med att verkställa beslut om avvisning eller utvisning underlättas.²⁶

Det ovanstående innebär att det är flera olika regelkomplex som samtidigt kan vara aktuella att tillämpa, där reglerna har olika syften och förutsättningarna för att använda en viss (tvångs)åtgärd skiljer sig åt. I ett JO-avgörande angående granskning av en genomförd arbetsplatskontroll, där flera myndigheter samarbetade i en tillsynssituation, har JO påpekat de svårigheter som kan finnas när flera myndigheter med olika syften och befogenheter ska samarbeta.²⁷ Avgörandet rör en arbetsplatskontroll genomförd innan de nya reglerna om Polismyndighetens befogenheter trätt i kraft. JO uttalade dock särskilt att bedömningen var att de nya reglerna inte minskar risken för att Polisens tillsynsbefogenheter blandas ihop med det som är Polisens brottsbekämpande arbete eller annat polisarbete.²⁸ Detta JO-avgörande visar på hur komplicerad en arbetsplatsinspektion kan vara i det praktiska polisarbetet, där olika regelverk kan aktualiseras och oklarheter uppstå kring vad som egentligen är syftet med en viss åtgärd.

3 Allmänna principer vid polisingripanden

De polisiära befogenheterna att genomföra arbetsplatsinspektioner innehåller, som framgått ovan, få begränsningar i lagstiftningen. Det finns också knapphändig vägledning i förarbetena och det framstår bitvis som tvetydigt vilka syften som egentligen ligger bakom införandet av de nya reglerna. Det vida utrymmet i lagtexten

²⁵ Ds 2017:16 s. 24–25; prop. 2017/18:176 s. 14–15 och s. 21.

²⁶ Ds 2017:16 s. 24–25.

²⁷ JO-beslut 2019-01-23, diariennr 4476-2017.

²⁸ JO-beslut 2019-01-23, s. 12–13.

innebär att den närmare tillämpningen istället bestäms av olika rättsliga principer.²⁹ Det är därför ofrånkomligt att kort redogöra för några allmänna principer som kan ha betydelse vid tillämpningen.

Eftersom en slumpmässig arbetsplatskontroll kan genomföras mot arbetsgivarens vilja och innebära en inskränkning i grundlagsskyddade rättigheter, har ändamålsprincipen relevans.³⁰ Därtill behandlas behovs- och proportionalitetsprinciperna, som är uttryckta i 8 § första stycket PL.³¹ Dessa principer anses tillämpliga vid alla former av polisingripanden och är inte begränsade till ingripanden som kan företas med stöd av polislagen.³² Slutligen behandlas hänsynsprincipen som kan vara av intresse här, även om den brukar hänföras till förundersökning och relevansen vid användning av straffprocessuella tvångsmedel.³³

Ändamålsprincipen

Ändamålsprincipen innebär att en myndighets befogenhet att ingripa endast får användas i det syfte som framgår av den aktuella lagstiftningen. Principen hindrar att lagarna kringgås, då den innebär att ett ingripande inte får användas i något annat syfte än vad det är avsett för.³⁴ Principen blir av särskild betydelse vid inskränkningar

²⁹ Jfr Boucht som talar om behovs- och proportionalitetsprinciperna som begränsande normer, Boucht, Johan, *Polisiär våldsanvändning. En straff- och offentligrättslig undersökning*. Iustus Förlag, Uppsala, 2011, s. 249–250.

³⁰ Jfr Helmius, Ingrid, *Polisens rättsliga befogenheter vid spaning*. Iustus Förlag, Uppsala, 2000, s. 66.

³¹ Berggren, Nils-Olof & Munck, Johan, *Polislagen. En kommentar*. 12 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 59.

³² Polisrättsutredningen har velat ge ”polisingripanden” en snäv definition, avseende ingripanden som syftar till konkreta åtgärder och som kan vidtas med tvång, se SOU 1993:60 Polisens rättsliga befogenheter, s. 86. Utredningen föreslog därför att uttrycket ”ingripa” i 8 § PL skulle ersättas med ”handla”, a.bet. s. 128–129 och s. 264. Utredningens förslag har inte lett till lagstiftning. Både Helmius (som hänvisar till PL:s förarbeten) och Boucht menar att principerna i och för sig gäller all polisiär verksamhet, se Helmius, 2000, s. 89–90; Boucht, 2011, s. 249–250.

³³ Lindberg, Gunnel, *Straffprocessuella tvångsmedel. När och hur får de användas?* 4 uppl., Karnov Group, 2018, s. 33.

³⁴ Helmius, 2000, s. 66–67. Ang. straffprocessuella tvångsmedel, se Ekelöf, Per Olof, Andersson, Simon, Bellander, Henrik, Bylund, Torleif, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång. Tredje häftet*. 8 uppl., Norstedts Juridik, 2018, s. 41; Lindberg, 2018, s. 22–25; Hjertstedt, 2011, s. 129.

av grundlagsskyddade fri- och rättigheter, då den medverkar till att sådana inskränkningar begränsas till det ändamål som godtagits i lagstiftningen.³⁵

När det gäller frågan om arbetsplatsinspektioner får ändamålsprincipen betydelse på så vis att Polismyndigheten endast kan besluta om en arbetsplatsinspektion för det ändamål som uttryckligen angetts i lagstiftningen, det vill säga för att *kontrollera* om arbetsgivare har olagligen anställda utlänningar. Det är inte förenligt med principen att besluta om en sådan inspektion om det egentliga syftet är att genomföra en inre utlänningskontroll, utreda misstänkta brott eller upptäcka andra brott, exempelvis narkotikabrott.³⁶ Därtill har principen betydelse vid verkställigheten, där de poliser som medverkar vid genomförandet behöver ha klart för sig vad syftet med åtgärden är, vilket illustreras av det ovan nämnda JO-beslutet.³⁷

Behovs- och proportionalitetsprinciperna

I 8 § första stycket PL är *behovsprincipen* uttryckt på så sätt att om tvång måste tillgripas ska det endast ske i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet ska uppnås. Principen innebär att ett polisingripande får ske bara då det är nödvändigt, det vill säga att resultatet inte kan nås på något annat sätt. Åtgärden ska också vara verkningsfull, vilket innebär att det ska vara möjligt att nå resultatet med just den åtgärden. Vidare anses principen innebära att av flera möjliga åtgärder ska den åtgärd användas som innebär det lindrigaste intrånget i enskildas rättigheter eller andra intressen. Ingripandet ska också upphöra så snart resultatet har uppnåtts eller ingripandet visar sig vara resultatlöst.³⁸

Proportionalitetsprincipen uttrycks i 8 § första stycket PL som att ingripanden ska ske på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Det ska finnas en rimlig proportion i förhållande mellan mål och medel.³⁹ När det gäller tvångsmedel avses att det i varje enskilt fall ska ske en prövning av om arten, styrkan, räckvidden och varaktigheten av ingripandet står i

³⁵ Principen anses också vinna stöd i 2:20 och 2:21 regeringsformen, Lindberg, 2018, s. 22; Hjertstedt, 2011, s. 129, även om dessa paragrafer primärt riktar sig till lagstiftaren, Helmius, 2000, s. 66–67; Holmberg m.fl., 2012, s. 176–177.

³⁶ Jfr Ekelöf m.fl., 2018, s. 41 och s. 49; Lindberg, 2018, s. 23.

³⁷ JO-beslut 2019-01-23. Jfr Lindberg, 2018, s. 24–25.

³⁸ Helmius, 2000, s. 90. Ang. principens betydelse vid husrannsakan enl. RB, se Lindberg, 2018, s. 25–27 och s. 624; Ekelöf m.fl., 2018, s. 41; Hjertstedt, 2011, s. 129 och s. 292–293.

³⁹ Helmius, 2000, s. 90.

rimlig proportion till det avsedda målet.⁴⁰ En proportionalitetsbedömning är relevant både vid beslut om att ett visst tvångsmedel ska användas och vid verkställigheten. Det innebär att ett beslut kan behöva omprövas om det visar sig att förhållandena vid verkställigheten är annorlunda mot vad som antogs vid beslutsfattandet.⁴¹

Ingen av principerna ger någon självständig rätt att göra intrång i grundlagsskyddade fri- och rättigheter. De ingripanden eller andra åtgärder som kan vara aktuella måste ha självständigt stöd i lag för att få användas.⁴²

Av behovsprincipen följer att en arbetsplatsinspektion inte får genomföras om den framstår som onödig eller inte är verkningsfull. Den får inte heller genomföras om syftet med att genomföra den (det eftersträlvade resultatet) kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Principen innebär att ett beslut att genomföra en inspektion inte får ges större omfattning än vad som behövs för att kontrollen ska kunna utföras.⁴³ Eftersom en slumpmässig arbetsplatsinspektion har en kontrollerande funktion har principen förmodligen ingen reell betydelse i övrigt vid beslutet om att en inspektion ska genomföras. Däremot kan principen få betydelse vid det praktiska genomförandet, då det framstår som klarare vilken åtgärd som egentligen behövs. När kontrollen är slutförd har Polisen inte längre rätt att stanna kvar på arbetsplatsen mot arbetsgivarens vilja, såvida det inte finns stöd för det i annan lagstiftning.

Proportionalitetsprincipen innebär att en proportionalitetsbedömning är relevant både vid beslut om en arbetsplatsinspektion och vid verkställigheten. I förarbetena har påpekats att principen ska beaktas när fråga är om och var en arbetsplatsinspektion ska genomföras. Här har angetts att ju närmare kopplingen är mellan verksamheten och arbetsgivarens eller någon annans bostad eller personliga förhållanden i övrigt, desto starkare skäl krävs det för att en inspektion ska genomföras.⁴⁴ Vilka omständigheter som skulle kunna utgöra sådana starka skäl har däremot inte berörts. Principen är heller inte uttryckligen framskriven i lagtexten. Detta kan jämföras med de uttryckliga bestämmelser angående proportionalitet som finns gällande exempelvis straffprocessuell husrannsakan i 28 kap. 3a § RB eller, för den delen, kroppsvisitation enligt 9 kap. 2 § UtLL.

⁴⁰ Prop. 1988/89:124 om vissa tvångsmedelsfrågor, s. 26. Ang. principens betydelse vid husrannsakan enl. RB, se Lindberg, 2018, s. 27–32 och s. 624–626; Ekelöf m.fl., 2018, s. 42; Hjertstedt, 2011, s. 293–294.

⁴¹ Jfr Lindberg, 2018, s. 29 och s. 32.

⁴² Jfr 8 § 2 st. PL; Berggren & Munck, 2017, s. 61.

⁴³ Jfr Lindberg, 2018, s. 25.

⁴⁴ Prop. 2017/18:176 s. 15.

Vid det praktiska genomförandet är proportionalitetsprincipen relevant för frågor som hur omfattande inspektion som utförs, vilka utrymmen som kontrolleras och hur lång tid inspektionen pågår, men även för frågor som hur många poliser som deltar och vilken utrustning och klädsel som används. Sådana frågor behöver också övervägas redan vid beslutsfattandet.⁴⁵

Hänsynsprincipen

Hänsynsprincipen gäller enligt 23 kap. 4 § andra stycket RB vid bedrivande av förundersökning och innebär att en förundersökning ska bedrivas så att inte någon onödigt utsätts för misstanke eller orsakas kostnad eller olägenhet. Då straffprocessuella tvångsmedel aktualiseras får principen betydelse framför allt vid verkställigheten, där överväganden av på vilket sätt, var och under vilken tid på dygnet verkställighet bör ske så att det inte orsakar onödig uppmärksamhet eller olägenhet för berörda personer.⁴⁶

Som angetts här gäller hänsynsprincipen uttryckligen vid bedrivande av förundersökning. I 9 kap. 15 § andra stycket UtL anges att inspektionen ska genomföras på ett sådant sätt att verksamheten inte hindras i onödan. Några andra förhållningsregler angående själva polisinsatsen har inte angetts i lagtexten eller berörts i förarbetena. Vid överväganden av frågor som val av klädsel (med eller utan uniform), hur många poliser som ska medverka eller vid vilken tidpunkt en inspektion bör ske torde, i brist på annan reglering, viss vägledning kunna hämtas från grunderna för hänsynsprincipen. I situationer då sådana åtgärder i och för sig inte kan anses vara oproportionerliga eller obehövliga torde hänsynsprincipen kunna få självständig betydelse. En arbetsplatsinspektion bör därmed genomföras på ett sådant sätt att den inte hindrar verksamheten i onödan, men inte heller väcker onödig uppmärksamhet eller olägenhet.

4 Rättssäkerhetsgarantier

En slumpmässig arbetsplatsinspektion kan, som framgått ovan, innebära ett större eller mindre intrång i enskildas grundläggande fri- och rättigheter och i vissa fall ett intrång i de rättigheter som skyddas genom artikel 8 i Europakonventionen. För att en inskränkning av de rättigheter som skyddas genom artikeln ska vara förenlig med konventionen uppställs i punkten 2 tre krav. För det första ska inskränkningen vara laglig och för det andra ska den vara ägnad att tillgodose något av de allmänna eller

⁴⁵ Jfr Lindberg, 2018, s. 32.

⁴⁶ Jfr Lindberg, 2018, s. 33; Hjertstedt, 2011, s. 128.

enskilda intressen som räknas upp i artikeln (godtagbara ändamål). Det tredje kravet innebär att inskränkningen ska vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose det godtagbara ändamålet.⁴⁷ I det följande behandlas dessa tre krav utifrån Europadomstolens praxis.

4.1 Klar, förutsebar och tillgänglig lag

Laglighetskravet innebär att inskränkningen ska ha stöd i inhemsk lag, vilket här innebär svensk lag. Det krävs också att lagen uppfyller rimliga rättssäkerhetsanspråk och ger skydd mot godtycke. Europadomstolen har uttalat att det inte är tillräckligt att det finns ett stöd i nationell lag. Den nationella lagen ska också vara av viss kvalitet.⁴⁸ När det gäller intrång i skyddet för ”hem” har Europadomstolen uttalat att husrannsakan (och beslag) är exempel på allvarliga ingripanden i de rättigheter som skyddas i artikel 8.⁴⁹ I flera fall har domstolen vid prövningen av om laglighetskravet varit uppfyllt vid inskränkningar av artikel 8 utgått från fyra krav.⁵⁰ För det första ska intrånget ha stöd i nationell lag. För det andra ska lagen vara tillgänglig för personer som berörs av den. Det tredje kravet är att lagen ska vara förutsebar, vilket innebär att den måste vara tillräckligt klar och precis.⁵¹ Det ska vara möjligt att förutse under vilka omständigheter och villkor myndigheterna kan komma att använda åtgärderna.⁵² Slutligen ska den nationella lagen vara förenad med särskilda rättssäkerhetsgarantier (*compatible with the rule of law*) i syfte att skydda mot missbruk och godtycke från myndigheternas sida.⁵³

När det gäller de slumpmässiga arbetsplatsinspektionerna finns ett stöd i lag för Polismyndigheten att vidta sådana inspektioner och lagen i sig är offentligt publicerad. Det innebär att de första två kraven kan anses uppfyllda. Det som däremot kan diskuteras är om lagen är tillräckligt klar och precis för att vara förutsebar. Enligt lagtexten får inspektionerna endast genomföras inom de

⁴⁷ Rainey m.fl., 2017, s. 342; Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 5 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015, s. 369.

⁴⁸ Se t.ex. *Heino v. Finland* (56720/09), 15 februari 2011, §§ 36–41; *Petri Sallinen and Others v. Finland* (50882/99), 27 september 2005, § 76; *Société Colas Est and Others v. France*, § 43. Se vidare Derlén m.fl., 2016, s. 282–283; Hjerstedt, 2011, s. 144.

⁴⁹ Se t.ex. *Wolland v. Norway* (39731/12), 17 maj 2018, § 62; *Petri Sallinen and Others v. Finland*, § 90.

⁵⁰ Rainey m.fl., 2017, s. 343–347. Se t.ex. *Wolland v. Norway*, § 62; *Prezhdarovi v. Bulgaria* (8429/05), 30 september 2014, § 43; *Heino v. Finland*, § 36; *Petri Sallinen and Others v. Finland*, § 76.

⁵¹ Danelius, 2015, s. 369–370. Se t.ex. *Petri Sallinen and Others v. Finland*, §§ 87 och 91; *Silver and Others v. the United Kingdom* (5947/72 m.fl.), 25 mars 1983, § 88.

⁵² Se t.ex. *Petri Sallinen and Others v. Finland*, §§ 82 och 90; *Silver and Others v. the United Kingdom*, § 88.

⁵³ Se t.ex. *Heino v. Finland*, § 40; *Prezhdarovi v. Bulgaria*, § 44.

verksamhetssektorer som är identifierade som risksektorer i enlighet med artikel 14 i sanktionsdirektivet. Det innebär att en slumpmässig arbetsplatsinspektion riktad mot en arbetsplats inom en verksamhetssektor utanför de identifierade risksektorerna är i strid med lagen.

Som framgått ovan är det Polismyndigheten som har uppgiften att göra riskbedömningen av vilka verksamhetssektorer som är aktuella och några offentligt publicerade föreskrifter om vilka verksamhetssektorer som är att anse som risksektorer finns inte. Det framstår som oklart i vad mån Polismyndigheten uppfattar det ovan nämnda cirkulärmeddelandet som bindande vid framtida beslut om slumpmässiga arbetsplatsinspektioner eller om det är först i efterhand, i samband med den årliga rapporteringen till regeringen, som det klargörs vilka verksamhetssektorer som varit aktuella och därmed är att anse som risksektorer. För en enskild arbetsgivare är det svårt att förutse om den egna verksamhetssektorn omfattas av lagstiftningen och det kan inte uteslutas att nya verksamhetssektorer läggs till, utan att detta på något sätt publiceras offentligt i förväg. Eftersom den lagtekniska konstruktionen är sådan att det inte är tillåtet att genomföra den här typen av arbetsplatsinspektioner utanför risksektorerna, finns det brister vad avser kravet på att lagen ska vara så klar och precis att den är förutsebar.

4.2 Rättsliga garantier mot missbruk och godtycke

Kravet på laglighet innefattar också att det uppställs tillräckliga garantier som säkrar att enskildas rättigheter enligt artikel 8 respekteras.⁵⁴ Det ska finnas adekvata och effektiva garantier mot missbruk och godtyckliga ingripanden.⁵⁵ En sådan rättssäkerhetsgaranti är domstolsprövning eller prövning av annat judiciellt organ.⁵⁶ Europadomstolen har lagt vikt vid och godtagit intrång, då beslutet om husrannsakan eller liknande intrång har fattats av domstol.⁵⁷ För det fall då myndigheten själv har behörighet att fatta beslut har Europadomstolen betonat att det är nödvändigt med klara och detaljerade regler, som kan vara en garanti mot missbruk och godtycke.⁵⁸ I brist på domstolsbeslut har Europadomstolen accepterat en ordning där prövning av domstol (eller annat judiciellt organ) kan ske i efterhand,

⁵⁴ Rainey m.fl., 2017, s. 346–347; Hjertstedt, 2011, s. 144–147. Se t.ex. *Prezhdarovi v. Bulgaria*, § 44; *Heino v. Finland*, §§ 40 och 46.

⁵⁵ Se t.ex. *Ivashchenko v. Russia* (61064/10), 13 februari 2018, § 73; *Chappell v. the United Kingdom*, § 57.

⁵⁶ Hjertstedt, 2011, s. 152–153.

⁵⁷ *Wolland v. Norway*, §§ 67–68 och 73.

⁵⁸ *Harju v. Finland* (56716/09), 15 februari 2011, §§ 39–42; *Heino v. Finland*, § 43; *Sorvisto v. Finland* (19348/04), 13 januari 2009, §§ 117–118.

under förutsättning att domstolen kan göra en reell prövning av både de rättsliga och de faktiska förutsättningarna för myndighetens beslut.⁵⁹

När det gäller slumpmässiga arbetsplatsinspektioner är det Polismyndigheten som är behörig att fatta beslut och inom Polismyndigheten anses att beslut kan fattas av lägst gruppchef, det vill säga på en relativt låg organisatorisk nivå. Någon möjlighet till domstolsprövning i efterhand finns inte. Här finns med andra ord inga särskilda rättssäkerhetsgarantier, som har uppställts för att säkra att artikel 8 respekteras. I förarbetena till reglerna om arbetsplatsinspektioner har frågan om eventuella rättssäkerhetsgarantier inte alls berörts.

Godtagbara ändamål enligt Europakonventionen

Av de tre kraven – att inskränkningen är laglig, att den har ett godtagbart ändamål och att den är nödvändig – är det framför allt det första och det tredje kravet som brukar vara problematiska i Europadomstolens praxis. När det gäller det andra kravet, att inskränkningen ska ha ett godtagbart ändamål, är uppräknningen av godtagbara ändamål i artikel 8 vid och ändamålen är allmänt formulerade. Därför kan en inskränkning oftast räknas in i någon av dessa ändamål.⁶⁰ De nya reglerna om slumpmässiga arbetsplatsinspektioner syftar till att kontrollera om arbetsgivare har olagligen anställda utlänningar och kan motiveras med exempelvis hänsynen till landets ekonomiska välbefinnande eller förebyggande av brott, vilket båda är godtagbara ändamål.⁶¹

4.3 Nödvändighetskravet

Det tredje kravet för att en inskränkning ska vara förenlig med artikel 8 är att den är nödvändig i ett demokratiskt samhälle för att tillgodose det godtagbara ändamålet. Kravet innebär att åtgärden ska vara både nödvändig och proportionerlig.⁶² Europadomstolen har uttalat att med ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle” avses att intrånget ska motsvara ett angeläget samhälligt behov (*pressing social need*) och

⁵⁹ Hjertstedt, 2011, s. 153. Se t.ex. *Taraneks v. Latvia*, § 106, *Prezhdarovi v. Bulgaria*, §§ 45–51; *Heino v. Finland*, § 45.

⁶⁰ Rainey m.fl., 2017, s. 347; Danelius, 2015, s. 370; Hjertstedt, 2011, s. 144; Mowbray, Alastair, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*. 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 595.

⁶¹ Jfr Rainey m.fl., 2017, s. 347–349 och s. 351–353; Mowbray, 2012, s. 595–597.

⁶² Derlén m.fl., 2016, s. 287.

vara proportionerligt gentemot det avsedda ändamålet.⁶³ Den närmare prövningen av proportionaliteten har omfattat dels om det finns tillräckliga garantier mot missbruk, dels om åtgärden i det aktuella fallet varit proportionerlig. Vad gäller garantier mot missbruk har Europadomstolen angett att prövningen avser om den relevanta lagstiftningen och den praktiska tillämpningen tillförsäkrar individen adekvata och effektiva garantier mot missbruk.⁶⁴ Vid den närmare proportionalitetsbedömningen i det enskilda fallet har Europadomstolen beaktat en mängd olika faktorer, exempelvis mot vilka subjekt åtgärderna riktas, beslutets innehåll och omfattning, hur omfattande åtgärden varit och hur länge den pågått, om skador har uppstått och vilken hänsyn som visats mot den drabbade, men även vem som fattat beslutet (om det varit en högre tjänsteman).⁶⁵

Vad gäller garantierna mot missbruk aktualiseras även här krav på beslut av domstol eller annat judiciellt organ, alternativt en prövning i efterhand. I de fall då myndigheterna har getts befogenheter att göra intrång i skyddade rättigheter, utan detaljerade och tydliga regler, har den rättsliga kontrollen i efterhand ansetts som särskilt viktig. Vida befogenheter för myndigheterna och avsaknad av domstolskontroll har i flera fall inneburit att intrånget inte ansetts proportionerligt.⁶⁶ När det gäller den judiciella kontrollen ska domstolen kunna göra en rättslig och faktisk proportionalitetsbedömning.⁶⁷ De omständigheter som är relevanta vid prövningen av om rättssäkerhetsgarantierna avseende laglighetskravet är uppfyllda kan även vara relevanta vid bedömningen av nödvändighetskravet, där omständigheterna kan sammanfalla eller överlappa varandra.⁶⁸ I fall där brott mot artikel 8 bedömts föreligga på den ena grunden, har Europadomstolen ansett sig inte behöva gå vidare med en prövning av det andra kriteriet.⁶⁹

När det gäller garantierna mot missbruk kan även här konstateras att några sådana inte finns. I den praktiska tillämpningen kommer det att vara anställda inom polisorganisationen som genom sitt beslutsfattande och efterföljande verkställighet, via tillämpning av behovs- och proportionalitetsprinciperna, har att tillse att varje intrång är proportionerligt. I förarbetena har, som tidigare angetts, frågan om

⁶³ *Rozhkov v. Russia* (38898/04), 31 januari 2017, § 116; *Silver and Others v. the United Kingdom*, § 97; *Camenzind v. Switzerland* (136/1996/755/954), 16 december 1997, § 44.

⁶⁴ *Rozhkov v. Russia*, § 118; *Buck v. Germany*, § 45; *Camenzind v. Switzerland*, § 45.

⁶⁵ Se vidare Hjertstedt, 2011, s. 148–152; t.ex. *Rozhkov v. Russia*, § 118; *Buck v. Germany*, § 45.

⁶⁶ Om detta, se t.ex. *Rozhkov v. Russia*, § 122; *Funke v. France* (10828/84), 25 februari 1993, § 57; *Cremieux v. France* (11471/85), 25 februari 1993, §§ 39–40.

⁶⁷ *Rozhkov v. Russia*, § 123.

⁶⁸ *Inashchenko v. Russia*, § 75.

⁶⁹ *Inashchenko v. Russia*, §§ 94–95; *Harju v. Finland*, §§ 46–48.

särskilda rättssäkerhetsgarantier inte alls berörts. Däremot har i samband med att frågan om tillämpningen av proportionalitetsprincipen rörande bostäder berörts, uttalats att vid proportionalitetsbedömningen ”måste givetvis bl.a. praxis från Europadomstolen beaktas”.⁷⁰

5 Bristande förutsebarhet utan rättslig kontroll

Av redogörelsen och undersökningen ovan framgår att regleringen av Polismyndighetens befogenheter att genomföra slumpmässiga arbetsplatsinspektioner innehåller flera brister.

Lagstiftningen är otydlig, då den saknar tillräcklig precision och klarhet. Reglerna ger vida befogenheter, utan egentliga undantag eller närmare förutsättningar. Det innebär att ett stort utrymme är överlämnat till den praktiska tillämpningen, där allmänna rättsliga principer istället får betydelse för den närmare gränsdragningen. Som framgått ovan har proportionalitetsprincipen omnämnts i förarbetena, men i anslutning till den aktuella lagstiftningen finns ingen särskild bestämmelse som erinrar om den. Därmed kan det för tillämparen framstå som osäkert vilka rättsliga principer som egentligen har betydelse.

De otydliga reglerna innebär oklarheter både för de arbetsgivare, där en arbetsplatsinspektion kan komma att genomföras, men även för de polisanställda som förväntas besluta om eller genomföra arbetsplatsinspektioner. Det finns risk att reglerna används på ett diskriminerande sätt, genom att vissa arbetsgivare (exempelvis av en viss etnicitet) väljs ut för kontroll, och att tillämpningen av vilka verksamhetssektorer som väljs ut för kontroll varierar över landet utan att det finns sakliga skäl för det. Särskilt när det är fråga om *slumpmässiga* kontroller är det angeläget att någon form av kriterier används för vilka arbetsplatser åtgärderna ska riktas mot.

Det finns också en risk att befogenheterna kan komma att användas i helt andra syften än vad som anges i lagstiftningen, i strid mot ändamålsprincipen. Polismyndigheten har en mängd olika uppgifter och risken är att den här befogenheten används för att lösa andra uppgifter, exempelvis i Polisens brottsutredande arbete. I förarbetena finns det vissa otydligheter angående vad som är det egentliga syftet med lagstiftningen, eftersom andra åtgärder omnämnts utan någon djupare analys av vad olika regler innebär i den praktiska tillämpningen. Det JO-beslut som hänvisats till ovan, visar också på komplikationen med Polisens olika uppgifter som kan aktualiseras vid ett och samma tillfälle. För en enskild

⁷⁰ Prop. 2017/18:176 s. 15.

beslutsfattare kan det framstå som en ineffektiv resursanvändning att inte kunna använda sig av befogenheterna, även i andra syften än vad som egentligen är tillåtet.

Den otydliga lagstiftningen och det delvis motstridande budskapet angående det egentliga syftet innebär en risk för missbruk eller godtycke, där enskildas grundläggande rättigheter kan komma att kränkas. De otydliga reglerna innebär också att lagstiftningen inte lever upp till Europakonventionens laglighetskrav i artikel 8 vad gäller klarhet och precision och strider därmed mot kravet på förutsebarhet.

Därtill finns det brister vad gäller rättssäkerhetsgarantierna. Det är Polismyndigheten som beslutar om genomförandet av arbetsplatsinspektioner och någon möjlighet till prövning i domstol finns inte. Av Europadomstolens praxis framgår att, särskilt då myndigheter ges vida befogenheter att självständigt besluta om ingripanden gentemot enskilda, krävs att det finns garantier mot missbruk och godtycke, som domstolsprövning i efterhand. Även angående detta kriterium brister den svenska regleringen vad avser de krav artikel 8 Europakonventionen ställer på rättssäkerhetsgarantier utifrån såväl laglighetskravet som nödvändighetskravet. Detta innebär att då arbetsplatsinspektioner genomförs på sådana arbetsplatser och på ett sådant sätt att Europakonventionen är tillämplig, kan kränkningar av den komma att ske.

Alldeles oavsett i vilken utsträckning Europakonventionens artikel 8 är tillämplig vid genomförande av enskilda arbetsplatsinspektioner kan diskuteras det lämpliga i att samma myndighet identifierar och beslutar om inom vilka verksamhetssektorer åtgärden får användas och därefter beslutar om och genomför själva inspektionen. Dessutom utan att det på något sätt kontrolleras eller kan prövas rättsligt, varken vilket underlag Polismyndigheten har för sina beslut om verksamhetssektorer eller den närmare tillämpningen av reglerna. En rättslig kontroll kan också bidra till att utveckla praxis och den närmare tillämpningen av rättsliga principer, som får så stor betydelse vid tillämpningen. Detta skulle också främja en enhetlig tillämpning.

För att öka förutsebarheten och främja en likvärdig tillämpning bör Polismyndigheten i vart fall besluta om föreskrifter som publiceras offentligt om vilka verksamhetssektorer som är att anse som risksektorer. Det är också angeläget att myndigheten utfärdar riktlinjer och allmänna råd som stöd för tillämpningen i enskilda fall. Det är inte en enkel uppgift för den polisära beslutsfattare som i sitt dagliga arbete ska väga alla omständigheter mot varandra och dessutom se till att Europakonventionen inte kränks.

Avslutningsvis kan konstateras att regleringen är ytterligare ett exempel på att Polisen ges utökade befogenheter. En sak är att lagstiftning kan behöva förändras och ge Polismyndigheten nya befogenheter. När detta görs är det däremot angeläget, för att kravet på rättssäkerhet ska kunna upprätthållas, att lagstiftningen är av god

kvalitet och därmed är en garanti också för en god rättstillämpning, utan risk för missbruk och godtycke. Polisen har åter igen fått nya ”verktyg”, genom en undermålig lagstiftning där frågor om rättssäkerhet, proportionalitet och behov nästintill helt glömts bort.⁷¹

Lex mercatoria, PICC och självreferensens paradox

JAN LEIDÖ¹

1 Inledning

1.1 Förstå samtidens rättsliga landskap

Många är vi tidigare juriststudenter och doktorander i rättsvetenskap som har blivit introducerade till förhållandet mellan rätt och samhälle och tänkare som Niklas Luhmann och Gunther Teubner av Örjan Edström. Förutom att det gett oss nya perspektiv på rätten har det också gett oss nya verktyg när mer traditionella verktyg inte längre kan ge svar på våra frågor.² Som numera kollega till Örjan blir det naturliga festskriftsbidraget därför en tillämpning av en Teubners teorier på skiljeförfarande.

Det samtida rättsliga landskapet präglas av en ökande närvaro och diskurs om nya former av reglering och regelskapande utanför staten,³ alternativt regelskapande utan rättsreglers politiska dimensioner,⁴ vilket kan betecknas transnationell privat

¹ Universitetslektor i rättsvetenskap, Umeå universitet.

² Se Teubner, Gunther, *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of Lex Mercatoria*, 5 Eur. J. Soc. Theory 199, s. 204–205 (2002) (angående rättsfilosofiska och rättssociologiska angreppssätt).

³ Se *Transnational Legal Orders* (Terrence C. Halliday & Gregory Shaffer red.). Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

⁴ Se Michaels, Ralf, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, 14 Ind. J. Global Legal Stud. 447 (2007), s. 467–468 (angående externalisering av lagens politiska aspekter till ett annat undersystem).

reglering/regelskapande,⁵ eller i Teubners terminologi ”global law”.⁶ Bland exempel på fenomenet som intresserat många forskare bör särskilt *lex mercatoria* (och dess mer kodifierade varianter) inom internationell handel,⁷ som kommer att studeras närmare i denna artikel, nämnas, men även *lex digitalis* avseende regleringen av internet⁸ och digitala produkter/tjänster,⁹ *lex sportiva* inom idrotten,¹⁰ *lex laboris internationalis* inom arbetsrätten,¹¹ samt skogscertifiering inom skogsbruket.¹²

Sådana former av regelskapande är dock inte alltid enkla att förena med befintliga rättsliga teorier, åtminstone inte för alla frågor som kan vara av intresse. Tar vi vår utgångspunkt i *lex mercatoria* och använder oss av de krav som vi kan ställa på lagstiftning kommer vi att upptäcka ett antal brister då det svårligen nå upp till kraven på extern (jfr. Harts erkännanderegeln) och intern identitet (jfr. Fullers krav

⁵ Eftersom transnationell privat reglering av vissa uppfattas ha tredjepartsverkan kan transnationell privat regelskapande vara att föredra. Se Cafaggi, Fabrizio, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, i *The Challenge of Transnational Private Regulation: Conceptual and Constitutional Debates*, 20 (Colin Scott, Fabrizio Cafaggi & Linda Senden red.). Wiley-Blackwell, Chichester, 2011, s. 22.

⁶ Teubner, Gunther, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, i *Global Law Without a State*, 3 (Gunther Teubner red.). Dartmouth, Aldershot, 1997, s. 3–4 (karaktäriserad av globalisering och informalitet, utvecklat i viss isolering från staten).

⁷ Se Toth, Orsolya, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*. Oxford University Press, Oxford, 2017; Trakman, Leon E., *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*. Fred B. Rothman & Co., Littleton, 1983; Lando, Ole, *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 *Int'l & Comp. L. Q.* 747 (1985), s. 748–751. Avseende kodifierade varianter som PICC, PECL och TransLex-principerna, se Berger, Klaus Peter, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. 2nd ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, s. 10–13. För mer specifika exempel på transnationell privat reglering inom internationell handel, se Snyder, David, *Private Lawmaking*, 64 *Ohio St. L.J.* 371 (2003), s. 389–401 (2003).

⁸ Se Casarosa, Federica, *Transnational Private Regulation of the Internet: Different Models of Enforcement*, i *Enforcement of Transnational Regulation: Ensuring Compliance in a Global World*, 279 (Fabrizio Cafaggi red.). Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, s. 280–281. Angående begreppet *lex digitalis*, se Teubner, Gunther, *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State*, i *The Twilight of Constitutionalism?*, 327 (Petra Dobner & Martin Loughlin red.). Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 332.

⁹ Se Leidö, Jan, *Realizing the Single Software Market: Cross-National Validity of Software License Agreements*. Iustus, Uppsala, 2014.

¹⁰ Duval, Antoine, *Lex Sportiva: A Playground for Transnational Law*, 19 *Eur. L.J.* 822 (2013), s. 827–828.

¹¹ Se Teubner, 2002, s. 206.

¹² Se Meidinger, Errol, *The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: the Case of Forestry*, 17 *Eur. J. Int'l L.* 47 (2006).

på lagstiftningens inre moral).¹³ Om målsättningen är att besvara frågan om sådant transnationellt privat regelskapande ska betraktas som rätt eller som en egen rättsordning,¹⁴ eller om målsättningen är att förbättra den interna identiteten hos sådant transnationellt privat regelskapande kan dessa teorier vara användbara.¹⁵ Är vi istället intresserade av att förstå möjligheterna att tillämpa *lex mercatoria* kan Teubners teori om möjligheten att övervinna självreferensens paradox genom externalisering till skiljedomstolar vara relevant, vilket i denna framställning kommer appliceras på möjligheter och begränsningar avseende tillämpning av *lex mercatoria* och UNDRIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) i skiljedomstolar.¹⁶

1.2 Om *lex mercatoria* och PICC

Lex mercatoria kan beskrivas som en sorts rättslig svart materia som förespråkarna menar måste existera och som motståndarna menar är oupptäckbar,¹⁷ ett fenomen som vissa uppfattar som ett historiskt faktum och andra som en myt,¹⁸ ja närmast en kamp mellan troende och icke-troende.¹⁹ Fenomenet har resulterat i en mycket omfattande litteratur,²⁰ och inte helt oväntat saknas samstämmighet om vad

¹³ Se Schultz, Thomas, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*. Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 119–184 (angående skiljeförfarande i kommersiella, investeringsrättsliga och idrottsliga tvister).

¹⁴ Vill vi undersöka om sådan transnationell privat regelskapande konstituerar en rättsordning finns bättre studieobjekt än *lex mercatoria*. Se Schultz, Thomas, Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface, 19 Eur. J. Int'l L. 799, 2008, s. 838 (avseende transnationell privat regelskapande på internet (exempelvis eBay), som något som mycket tydligare utgör ett rättssystem än *lex mercatoria*).

¹⁵ Förutom Fuller kan i synnerhet Kramers teorier vara relevanta för ändamålet, se Kramer, Matthew H., *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2007; Kramer, Matthew H., *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*. Oxford University Press, Oxford, 2003.

¹⁶ Notera att praktisk tillämpning och erkännande på nationell nivå inte ska ses som ett argument för *lex mercatoria* och PICC som en autonom rättsordning. Jfr. Toth, 2017, s. 6–7 (angående dessa argument för *lex mercatoria*).

¹⁷ Toth, 2017, s. 3.

¹⁸ Se Kadens, Emily, *The Myth of the Customary Law Merchant*, 90 Tex. L. Rev. 1153 (2012), s. 1153–1161.

¹⁹ Toth, 2017, s. 6–7.

²⁰ Id., s. 6.

begreppet innebär.²¹ *Lex mercatoria* kan beskrivas som en kontraktuellt grundad, osystematisk samling av regler och principer som får sin giltighet och genomdrivbarhet genom den globala acceptansen för avtalsfrihet,²² något som har vissa likheter med Goldmans beskrivning av *lex mercatoria* som transnationella allmänna principer och sedvanerättsliga regler.²³ Mot detta kan vi ställa *lex mercatoria* som en process eller metod: Lando beskriver det som en kreativ process på jakt efter en gemensam kärna hos olika rättssystem, där vi förutom allmänna rättsprinciper och sedvanerättsliga regler även kan betrakta bland annat folkrätt och regler från internationella organisationer;²⁴ Gaillard beskriver det istället som en funktionell metod för skiljedomare och inte en samling av allmänna rättsprinciper,²⁵ där skiljedomaren gör en komparativ undersökning för att tillämpa den mest vitt accepterade lösningen på en rättslig fråga.²⁶ En tredje kategori kan benämnas det listbaserade angreppssättet till *lex mercatoria*, där syftet har varit att skapa en *lex mercatoria* som mer liknar nationell rätt genom detaljerade rättsliga regler,²⁷ vilket har resulterat i UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), the Principles of European Contract Law (PECL) och the TransLex Principles.²⁸

²¹ Se Baron, Gesa, Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria?, 15 Arb. Int'l. 115, 1999, s. 119–120; Toth, 2017, s. 8–9; Roy Goode, Is the Lex Mercatoria Autonomous?, i Commercial Law Challenges in the 21st Century: Jan Hellner in Memoriam, 73 (Ross Cranston, Jan Ramberg & Jacob Ziegler red.). Justus, Uppsala, 2007, s. 75–76.

²² Se Wasserstein Fassberg, Celia, Lex Mercatoria—Hoist with Its Own Petard?, 5 Chi. J. Int'l L. 67, 2004–2005, s. 78 (menar att *lex mercatoria*, liksom avtal existerar på en individuell basis); Berman, Harold J., & Kaufman, Colin, The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria), 19 Harv. L. J. 221, 1978, s. 272–273, fn. 197.

²³ Goldman, Berthold, The Applicable Law: General Principles of Law: The Lex Mercatoria, i Contemporary Problems in International Arbitration, 113 (Julian D. M. Lew red.). Nijhoff, Dordrecht, 1987, s. 114–116 (”general principles or customary rules referred to or elaborated in the framework of international trade, without a reference to a particular system of law”).

²⁴ Lando, 1985, s. 752–753 (den icke-uttömmande listan med källor inkluderar folkrätt, CISG och andra harmoniserade lagar, allmänna rättsprinciper, regler från internationella organisationer som PICC, sedvänjor och handelsbruk, samt standardavtal); Lando, Ole, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, i Essays on International Commercial Arbitration, 129 (Peter Šarčević red.). Graham & Trotman/M. Nijhoff, London/Dordrecht, 1989, s. 144–147 (angående den kreativa processen måste skiljedomare, pga. det begränsade innehållet i *lex mercatoria*, ofta finna ledning i andra källor som olika länders nationella rättssystem eller att skapa en ny lösning för situationen).

²⁵ Gaillard, Emmanuel, Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules, 10 ICSID Review 208 (1995), s. 224–228; Gaillard, Emmanuel, Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?, 17 Arb. Int'l 59 (2001), s. 62–64.

²⁶ Gaillard, 2001, s. 62–64.

²⁷ Se Michaels, 2007, s. 456–457.

²⁸ Se Berger, 2010, s. 10–13.

Oavsett vilken definition av *lex mercatoria* som är att föredra finns anledning att särskilja den sista kategorin, eftersom PICC och de andra exemplen i denna kategori kan komma att bedömas annorlunda vid tillämpning och verkställighet än de andra formerna.

2 Övervinna självreferensens paradox

Trots den välkända formuleringen i franska *Code Civil* om att ett korrekt ingånget avtal har kraften av lag mellan parterna,²⁹ anses avtal beroende av en rättsordning för att få verkan.³⁰ För att undvika beroendet menar Teubner att den centrala frågan för transnationellt privat regelskapande blir att övervinna paradoxen med ett avtal som bestämmer över sin egen giltighet (*self-validating contract*). Denna paradox kan beskrivas som den avtalsrättsliga motsvarigheten till filosofen Epimenides (från Kreta) paradox om att alla kretensare är lögnare; skulle parterna enas om att deras avtal är giltigt skulle det vara en tautologi, vilket kan förklara ovilligheten att erkänna konceptet om avtal utan lag (*contrat sans loi*).³¹ Teubner menar att det är möjligt att övervinna paradoxen genom det ömsesidiga stödet från tre koncept: (1) hierarki – där avtalet innehåller både primära (reglering av parternas framtida beteende) och sekundära regler (hur primärregler identifieras och tolkas, samt hur konflikter ska lösas); (2) tid – där paradoxen placeras i tiden genom globala avtal och cirkulariteten av *contrat sans loi* transformerar till en pågående process; och (3) externalisering – där frågor om avtalets giltighet och konflikter med anledning av avtalet flyttas till externa institutioner som använder sig av det binära paret rättsligt/icke-rättsligt. Genom externaliseringen övervinns inte endast paradoxen utan det skapar också en dynamik mellan den ”inofficiella rätten”, baserade på avtalets rättigheter och skyldigheter, och den ”officiella rätten”, i form av skiljedomstolar, som utövar kontroll. Dessa komponenter börjar då bygga upp en hierarki av normer och organisatoriska enheter som är nödvändiga för *lex mercatorias* reflexivitet.³² Genom sådana reflexiva

²⁹ Code Civil, Artikel 1103 (Fr.) (”Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.”).

³⁰ Amin Rasheed Shipping Corp. v. v Kuwait Insurance Co (The Al Wahab), House of Lords, [1984] AC 50, Diplock, LJ (”My Lords, contracts are incapable of existing in a legal vacuum. They are mere pieces of paper devoid of all legal effect unless they were made by reference to some system of private law which defines the obligations assumed by the parties to the contract by their use of particular forms of words and prescribes the remedies enforceable in a court of justice for failure to perform any of those obligations.”).

³¹ Teubner, 1997, s. 15.

³² Teubner, 1997, s. 15–17; Teubner 2002, s. 211–213 (om att utvecklingen mot en officiell rättsordning underlättas av externalisering till institutionellt skiljeförfarande, dvs. institutioner som

mekanismer uppstår oberoende från andra distinkta rättsordningar.³³ Av denna anledning blir förmågan till externalisering, i synnerhet förmågan till tillämpning, relevant i denna teori.

Invändningarna mot denna teori rör främst anspråket om en autonom rättsordning. Schultz menar att externalisering är i sig inte tillräckligt för att skapa en autonom rättsordning. Först när sociala normer passerat genom erkännanderegeln för de tre stadierna formulering, tillämpning och genomdrivande är övergången från sociala till rättsliga normer färdig. Problemet för transnationellt privat regelskapande är genomdrivandet eftersom det måste ske hos en extern aktör. Schultz menar att om formuleringen, tillämpningen, eller genomdrivandet sker hos en extern aktör skulle det inte vara en autonom rättsordning utan endast en samling av normer.³⁴

Om Schultz försöker analysera transnationellt privat regelskapande med hjälp av traditionellt rättsliga verktyg försöker Michaels istället formulera ett nytt förhållande mellan statlig rätt och transnationellt privat regelskapande. Michaels menar att det saknas såväl historiskt stöd för att såväl den medeltida som moderna *lex mercatoria*, som dess kodifierade former som PICC, är och har varit helt autonoma rättsordningar, utan snarare har präglats av samverkan och konkurrens med statlig rätt. Eftersom *lex mercatoria* är en blandning av statliga och icke-statliga normer och institutioner är det inte möjligt att tala om icke-statlig rätt, men möjligtvis en icke-politisk rätt, dels eftersom det är den relevanta motsatsen till statens perspektiv, dels eftersom *lex mercatoria* har externaliserat sina politiska aspekter till den nationella konstitutionella rätten.³⁵

3 Tillämpning

3.1 Är tillämpning möjlig?

Om *lex mercatoria* eller PICC kan tillämpas som tillämplig lag för den materiella frågan beror på *lex arbitri*, dvs. reglerna avseende skiljeförfarandets genomförande,³⁶ vilket

hanterar många avtal, samt externalisering till kvasi-lagstiftande institutioner som branschorganisationer)

³³ Fischer-Lescano, Andreas & Teubner, Gunther (Everson, Michelle övers.), *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, 25 Mich. J. Int'l L. 999 (2004), s. 1016.

³⁴ Schultz, 2014, s. 132–137.

³⁵ Se Michaels, 2007, s. 452–468.

³⁶ Se *Paul Smith Ltd. v. H & S International Holding Co. Inc.*, Queen's Bench Division (Commercial Court), [1991] 2 Lloyd's Rep. 127, 130.

mest sannolikt är lagen för skiljedomstolens säte,³⁷ även om det i vissa fall kan vara möjligt att välja en annan lag för genomförandet, eller välja skiljedomregler, exempelvis ICC-reglerna, för förfarandets genomförande.³⁸ Baserat på detta finns ett antal sätt där *lex mercatoria* eller PICC kan bli tillämpliga för den materiella frågan. Har parterna gjort ett lagval finns ett antal möjligheter att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC. På en internationell nivå tillåter den inflytelserika UNCITRAL:s modellag tillämpning av de ”rules of law” som parterna har valt som tillämpliga för den materiella frågan.³⁹ På nationell nivå finns det många rättsordningar som tillåter det, inklusive rättsordningar som inte följer modellagen.⁴⁰ Närmast enhälligt uppfattas ”rules of law” inkludera transnationella regler,⁴¹ såväl PICC,⁴² som *lex mercatoria*.⁴³ Det kan noteras att vissa skiljedomar tyder på att skiljedomstolar kan tänkas tillämpa

³⁷ Se Blackaby, Nigel & Partasides, Constantine, with Redfern, Alan & Hunter, Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration. 6th ed., Student Version, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 171–173, 183–185 (angående sätesteorin för *lex arbitri*).

³⁸ Se Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [IPRG] § 182 (CH); Code de procédure civile [CPC], Artikel 1520 (Fr.). Se även Blackaby & Parasides, 2015, s. 176–177 (angående att valet av en annan lag kan begränsas av grunderna för rättsordningen i forumstaten).

³⁹ Se UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 [UNCITRAL Model Law], Art. 28(1).

⁴⁰ Se t.ex. Zivilprozessordnung [ZPO] § 1051(1) (Ty.); Zivilprozessordnung [öZPO] § 603(1) (Österr.); CPC, Artikel 1511 (Fr.); IPRG § 187(1) (CH); Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering [Rv.], Artikel 1054(1–2) (Ned.); Lindskog, Stefan, Skiljeförfarande: En kommentar. Andra uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012, s. 1107–1108 (angående Sverige); Madsen, Finn, Commercial Arbitration in Sweden: A Commentary on the Arbitration Act (1999:116) and the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. 4th ed., Jure Förlag, Stockholm, 2016, s. 444–445, fn. 1362 (angående Sverige); *Nedermar Technology BV Limited V Kenya Anti-Corruption Commission & Attorney General*, High Court, Petition 390 of 2006, 30.10.2008 (2008) (Ken.) (tillåter uttryckligen val av *lex mercatoria*). Engelsk rätt tillåter parterna att avtala om att skiljedomstolen ska avgöra tvisten ”in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal”, se *Arbitration Act 1996*, Section 46(1)(b) (Eng.), vilket har funnits inkludera *Sharia*, *Musavi v RE International (UK) Ltd & Others*, [2007] EWHC 2981 (Ch), p. 82, och *Halakha* (judisk rätt), *Halpern & Ors v Halpern & Anr*, [2007] EWCA Civ 291, p. 37, och borde därför även inkludera *lex mercatoria* och PICC.

⁴¹ Berger, Klaus Peter, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 46 Am. J. Comp. L. 129 (1998), s. 147.

⁴² Scherer, Matthias, Preamble II: The Use of the PICC in Arbitration, in *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 110 (Stefan Vogenauer red.). 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 113–114, 116–119; Berger 1998; s. 147; Blessing, Marc, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, 14 J. Int'l Arb. 39 (1997), s. 56–57.

⁴³ Berger 1998, s. 147; Lando 1989, s. 154 (avseende UNCITRAL:s modellag); Blessing 1997, s. 56–57. Jfr dock *Arbitral Award 2004*, ICC case no 12193 (kunde enbart tillämpa *lex mercatoria* om dispyten har samma anknytning till flera länder eller om tillämplig nationell lag saknade svar).

PICC när parterna har valt vaga begrepp som ”general principles of law,” ”international trade usages,” ”international law,” eller *lex mercatoria*, för frågor som omfattas av PICC.⁴⁴ Den som vill tillämpa *lex mercatoria* men inte i form av PICC bör därför tydliggöra detta.

Vidare kan det finnas två andra möjligheter att välja tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC. Även om *lex arbitri* skulle kräva tillämpning av nationell rätt är det tänkbart att det kan åsidosättas av en hänvisning till skiljeförfaranderegler som tillåter tillämpning av ”rules of law”,⁴⁵ exempelvis ICC-reglerna.⁴⁶ Som vi kommer se nedan kan det emellertid innebära problem med klander och vägran att erkänna eller verkställa skiljedomen i vissa fall. Som alternativ kan parterna, om *lex arbitri* tillåter det, instruera domstolen att agera som *amiable compositeur* eller *ex aequo et bono* (i enlighet med det rätta och goda), där skiljedomstolen får döma i enlighet med billighet.⁴⁷ Såväl UNCITRAL:s modelllag som flera nationella rättsordningar tillåter detta,⁴⁸ vilket skulle kunna tillåta tillämpning av PICC,⁴⁹ samt *lex mercatoria*.⁵⁰

Slutligen, om parterna inte har valt tillämpliga regler för den materiella frågan kan skiljedomstolen endast välja att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC om den får välja

⁴⁴ Se t.ex. Arbitral Award 2003, ICC case no 11575 (föredrar PICC framför *lex mercatoria*); Arbitral Award 2003, ICC case no 12040 (tillämpning PICC av vid formuleringen ”international trade usages”); Arbitral Award 2003, ICC case no 12111 (tillämpning PICC av vid formuleringen ”governed by international law”). Se även Scherer, 2015, s. 120–121. Jfr. Berger, 2010, s. 216 (angående tillämpning PICC när parterna gjort andra vaga lagval avseende den materiella frågan) Jfr. även Arbitral Award 2001, ICC case no 10422 (i frånvaron av ett tydligt val, men beroende på parternas vilja att tillämpa en ”neutral lagstiftning” förstod skiljedomstolen detta som *lex mercatoria* och tillämpade PICC som ett uttryck för *lex mercatoria*).

⁴⁵ Se Scherer 2015, s. 115, fn. 12.

⁴⁶ ICC Rules (version in force from 1 January, 2012) [ICC Rules], Artikel 21(1).

⁴⁷ Scherer 2015, s. 141.

⁴⁸ UNCITRAL Model Law, Art. 28(3); CPC, Art. 1512 (Fr.); Rv., Artikel 1054(3) (Ned.); IPRG § 187(2) (CH) (agera *ex aequo et bono*); ZPO § 1051(3) (Ty.). Dock Arbitration Law of the People’s Republic of China 1994, Art. 7 (Kin.). Se även Blackaby & Parasides, 2015, s. 216–217 (till skillnad från de flesta länder där begreppen är synonyma skiljer schweizisk rätt skiljer på *amiable compositeur* och *ex aequo et bono*; det första kräver att skiljedomaren tillämpar rättsregler medan det senare tillåter även tillämpning av principer).

⁴⁹ Se Arbitral Award 1996, ICC case no 8874. Se även Berger 1998, s. 147.

⁵⁰ Maniruzzaman, Abdul F. M., The Arbitrator’s Prudence in Lex Mercatoria: Amiable Composition and Ex Aequo Et Bono in Decision Making, 18 Mealey’s Int’l Arb. Rep. (No. 12) 1 (2003), s. 2, fn. 9. Se även Lando 1989, s. 150 (när en skiljedomare agerar som *amiable compositeur* ligger det nära till hands att säga att skiljedomaren kan avgöra fallet baserat på *lex mercatoria*).

lämpliga ”rules of law” för tvisten, vilket endast är möjligt under fransk och nederländsk rätt.⁵¹

3.2 Begränsningar vid tillämpning

Tillämpningen av *lex mercatoria* och PICC kan främst begränsas av internationellt tvingande regler.⁵² Om valet är kompletterat med nationell rätt, vilket rekommenderas, kan tillämpningen begränsas av internationellt tvingande regler i lagen för den materiella frågan, internationellt tvingande regler i lagen för sätet, där genomdrivande kan sökas, eller i lagen för tredje land.⁵³ Vad som utgör internationellt tvingande regler kan variera mellan rättsordningar, exempelvis avseende konsumentskydd,⁵⁴ men i kommersiella sammanhang förekommer färre variationer. Internationellt tvingande regler ska tolkas snävt så att rekvisiten tveklöst är uppfyllda.⁵⁵ Dessutom måste det finnas en nära koppling mellan avtalet och den andra lagen,⁵⁶ samt att vi måste undersöka såväl syftet med den tvingande regeln,⁵⁷ som konsekvenserna vid tillämpning.⁵⁸ Tvingande regler som endast avser att skydda en stats finansiella, fiskala eller politiska intressen kommer inte nödvändigtvis anses värddiga att tillämpa som internationellt tvingande regler, men konkurrensrätt kommer mer sannolikt anses vara det.⁵⁹ Skiljedomstolar med säte inom EU kan

⁵¹ CPC, Art. 1511 (Fr.); Rv., Art. 1054(1) (Ned.).

⁵² Se PICC 2016, Art. 1.4 Off. Cmt. 4; Cuniberti, Gilles, General Provisions II: Arts 1.4–1.5—Mandatory Rules, in *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 166 (Stefan Vogenauer red.). 2nd ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 170 (avseende PICC); Blessing, 1997, s. 58–59.

⁵³ Se Blessing, 1997, s. 59–61. Se även Cuniberti, 2015, s. 170–171; Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser [Rom I-förordningen], Artikel 3(4), 9(2–3); IPRG §§ 18–19 (CH).

⁵⁴ Se Bisping, Christopher, Consumer Protection and Overriding Mandatory Rules in the Rome I Regulation, i *European Consumer Protection: Theory and Practice*, 239 (James Devenney & Mel Kenny red.). Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 246.

⁵⁵ Se Blessing, 1997, s. 61.

⁵⁶ *See* IPRG § 19(1) (CH); Blessing, 1997, s. 61; Cuniberti, 2015, s. 172, fn. 46. Se Rom I-förordningen, Artikel 9(3).

⁵⁷ Se IPRG § 19(2) (CH); Rom I-förordningen, Artikel 9(3). Se även Blessing, 1997, s. 61; Cuniberti, 2015, s. 172.

⁵⁸ Se IPRG § 19(2) (CH); Rom I-förordningen, Artikel 9(3). Se även Blessing, 1997, s. 61 (vi bör beakta effekten på avtalsförhållandet och effekten på den tvingande regeln, såsom nullitet eller partiell nullitet); Cuniberti, 2015, s. 172.

⁵⁹ Se Blessing, 1997, s. 61–64. Se även Blackaby & Parasides, 2015, s. 195–196 (angående att konkurrensrätt är kanske det vanligaste exemplet på tillämpade tvingande regler).

dessutom behöva tillämpa unionsrätten, särskilt konkurrensrätt, även *ex officio*,⁶⁰ men även sekundärrätt,⁶¹ för att undvika att skiljedomen senare utmanas.⁶²

Förutom ovanstående begränsningar under tillämpningen finns det ett antal faktorer som kan leda till varierande tillämpning av *lex mercatoria* och PICC, förutom att olika skiljedomare kan tillämpa dem olika, eftersom *lex mercatoria* och PICC måste kompletteras med nationell rätt,⁶³ exempelvis avseende bolagsrätt,⁶⁴ eller avtals ogiltighet.⁶⁵ Avslutningsvis är det tänkbart att avtalstolkningen kan variera beroende på vilken nationell rätt avtalet kompletteras med, vilket också kan fungera som en begränsning vid tillämpningen.⁶⁶

3.3 Begränsningar efter tillämpning

3.3.1 Inledning

Om den förlorande parten accepterar skiljedomen kommer inga ytterligare begränsningar bli tillämpliga.⁶⁷ Trots svårigheten att finna tillförlitlig statistik finns det visst stöd för att frivilligt acceptering av skiljedomen utan behov av verkställighet är det normala i kommersiella situationer,⁶⁸ vilket innebär att ytterligare begränsningar inte nödvändigtvis aktualiseras. Den förlorande parten har emellertid

⁶⁰ Mål C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, EU:C:1999:269. Se Brulard, Yves & Quintin, Yves, *European Community Law and Arbitration National Versus Community Public Policy*, 18 J. Int'l Arb. 533 (2001), s. 535–536 (angående *ex officio*-tillämpning).

⁶¹ Jfr. mål C-381/98, *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*, EU:C:2000:605, p. 14–26 (avseende den tvingande naturen av särskilda rättigheter för handelsagenter)

⁶² Se Yüksel, Burcu, *The Relevance of the Rome I Regulation to International Commercial Arbitration in the European Union*, 7 J. Priv. Int'l L. 149 (2011), s. 163.

⁶³ Se Brödermann, Eckart, *The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice – the Experience of a German Lawyer*, 16 Unif. L. Rev. 589 (2011), s. 592; Scherer 2015, s. 115.

⁶⁴ Brödermann 2011, s. 592.

⁶⁵ Se *Arbitral Award 2002*, ICC case no 11018 (en tvist med hänvisning till *lex mercatoria* som uttryckt genom PICC behövde kompletteras med fransk rätt eftersom PICC inte innehöll svar på ogiltighetsfrågan).

⁶⁶ Se Cordero-Moss, Giuditta, *Limits on Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, 4 Penn. St. J.L. & Int'l Aff. 186 (2015), s. 198–205 (avseende tolkning av integrationsklausuler och *force majeure*-klausuler).

⁶⁷ Jfr. Cordero-Moss, Giuditta, *Can an Arbitral Tribunal Disregard the Choice of Law Made by the Parties?*, 1 Stockholm Int'l Arb. Rev. 1 (2005), s. 2 (avseende hur en domstol inte kan ogiltigförklara ett avtal baserat på tvingande regler om skiljedomen accepteras).

⁶⁸ Blackaby & Partasides, 2015, s. 605–606.

möjlighet att klandra skiljedomen i domstol för den jurisdiktion där skiljedomstolen har sitt säte. Dessutom kan skiljedomen begränsas om den segrande parten söker erkännande eller verkställighet under den lag för den plats där den förlorande parten har tillgångar och verkställighet sedan ej accepteras.⁶⁹

3.3.2 Ogiltighet och upphävande

I UNCITRAL:s modellag finns en uttömmande och diskretionär lista för ogiltighet och upphävande (*set aside*),⁷⁰ däribland om skiljedomen inte omfattades av skiljeavtalet eller att skiljedomstolen på annat sätt överskridit sitt uppdrag (*excess of power*),⁷¹ brister i skiljedomstolens sammansättning (*procedural irregularities*),⁷² om part inte givits tillräcklig information om utseende av skiljeman eller om skiljeförfarandet, eller på annat sätt inte haft möjlighet att föra sin talan (*lack of due process*),⁷³ eller om skiljedomen eller dess tillkomstsätt är oförenlighet med grunderna i rättsordningen (*ordre public*).⁷⁴ Här kan det noteras att Frankrike och Schweiz har mer restriktiva grunder för klander än modellagen och tillåter parterna att fränsäga sig rätten till klander,⁷⁵ även om detta inte alltid accepteras i gentemot alla parter, exempelvis idrottare.⁷⁶

Några exempel på relevanta situationer kan ges. Skulle skiljedomstolen valt att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC i frånvaro av val, exempelvis efter bemyndigande från skiljedomsregler som ICC-reglerna, kan resultatet variera beroende på var skiljedomstolen har sitt säte.⁷⁷ Under fransk och nederländsk rätt får skiljedomstolen i frånvaro av lagval tillämpa de regler som de anser lämpliga,⁷⁸ vilket innebär att

⁶⁹ Cordero-Moss, 2005, s. 2; Born, Gary B., *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2012, s. 303; Scherer 2015, s. 142.

⁷⁰ Se UNCITRAL Model Law, art. 34. Se även Born, 2012, s. 304–305.

⁷¹ Se UNCITRAL Model Law, art. 34.2(a)(iii).

⁷² Se id., art. 34.2(a)(iv).

⁷³ Se id., art. 34.2(a)(ii).

⁷⁴ Se id., art. 34.2(b)(ii).

⁷⁵ Se CPC, art. 1520, 1522 (Fr.); IPRG § 190, 192 (CH). Se även Born, 2012, s. 334 (även belgisk rätt tillåter parterna att fränsäga sig rätten att klandra skiljedomen).

⁷⁶ Se Bundesgericht, 4P.172/2006, 22.03.2007, BGE 133 III 235, avsnitt 4.3.2.2–4.4.2 (CH) (trots att fränsägelsen till klander var formellt giltig upprätthölls den inte).

⁷⁷ Se Scherer, Matthias, *The Recognition of Transnational Substantial Rules by Courts in Arbitral Matters*, in *Towards a Uniform International Arbitration Law?*, 91 (Anne Véronique Schlaepfer et al. red., Philippe Pinsolle et al. red.). Juris Publishing/Staempfli Publisher, Huntington, NY/Bern, 2005, s. 95–102 (angående fall där tillämpning av *lex mercatoria* och PICC accepterats).

⁷⁸ CPC, art.1511 (Fr.); Rv., art. 1054(1) (Ned.). Se även Scherer, 2005, s. 96–97; Scherer, 2015, s. 144

tillämpningen inte kommer leda till ogiltighet. Länderna som följer modellagen, exempelvis Tyskland, kommer däremot troligen att ogiltigförklara skiljedomen.⁷⁹ Under österrikisk rätt ledde sådan tillämpning tidigare inte till ogiltighet,⁸⁰ men numera följer Österrike modellagen och kommer antagligen ogiltigförklara en sådan dom.⁸¹ Under schweizisk rätt skulle en sådan tillämpning antagligen endast leda till ogiltighet om resultatet skulle strida mot grunderna i rättsordningen.⁸² Trots att tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC därmed skulle vara tillåten i flera länder bör skiljedomstolen emellertid tydligt informera parterna om detta och ge dem utrymme att kommentera reglerna. Om skiljedomstolen överraskar parterna genom tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC skulle det kunna innebära att skiljedomen kan ogiltigförklaras för att part inte uppmärksammats tillräckligt om förfarandet eller eljest inte givits möjlighet att föra sin talan.⁸³ Den schweiziska Högsta domstolen (*Bundesgericht*) har vid flera tillfällen tydliggjort detta undantag till *iura novit arbiter*. Skulle skiljedomstolen tillämpa en rättsregel eller rättsprincip – även en avtalsbestämmelse – som parterna inte hade diskuterat eller förväntat sig att skiljedomstolen skulle anse avgörande, utan att bli informerad om detta och givits möjlighet att föra sin talan utifrån det, kan det utgöra grund för ogiltighet.⁸⁴

Skulle skiljedomstolen däremot frångått parternas lagval och istället tillämpat *lex mercatoria* eller PICC skulle det antagligen vara ett överskridande av uppdraget och leda till ogiltighet.⁸⁵ Under schweizisk rätt skulle däremot frångående av lagvalet i sig inte vara tillräckligt för ogiltighet. Där krävs att tillämpningen strider mot grunderna i rättsordningen, exempelvis genom att utfallet är avsevärt annorlunda än under den valda lagen eller strida mot en allmän rättsprincip i den valda lagen.⁸⁶

Slutligen skulle frångående från tvingande regler vara grund för ogiltighet. Från ett kommersiellt perspektiv kan det i synnerhet inkludera tvingande EU-rätt. Om en

⁷⁹ UNCITRAL Model Law, art. 28(2); ZPO § 1051(2) (Ty.).

⁸⁰ Se OGH 18.11.1982, 8 Ob 520/82, GesRZ 1983, 102 (Österr.) (tillämpning av *lex mercatoria*). Se även Scherer, 2015, s. 143.

⁸¹ öZPO § 603(2) (Österr.). Se även Riegler, Stefan, Petsche, Alexander, Fremuth-Wolf, Alice & Liebscher, Christoph, *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*. Juris Publishing, Huntington, NY, 2007, s. 414, fn. 48.

⁸² Se Scherer 2015, s. 143–144.

⁸³ Se UNCITRAL Model Law, art. 34.2(a)(ii).

⁸⁴ Se Bundesgericht, 4P.100/2003, 30.09.2003, BGE 130 III 35, 39–42 (CH); Bundesgericht, 4A_478/2016, 07.02.2017, avsnitt 3.4 (CH).

⁸⁵ Se Cordero-Moss 2005, s. 11–14; BGH, 26.09.1985 - III ZR 16/84, NJW 1986, 1436, p. 18 (Ty.). Jfr. Scherer 2015, s. 143, (avseende hur detta skulle tillåta domstolar i vissa jurisdiktioner att ogiltigförklara skiljedomen).

⁸⁶ Se Scherer 2005, s. 99–100; Scherer 2015, s. 143.

skiljedomstol med säte inom unionen inte tillämpat tvingande sekundärrätt, exempelvis avseende skydd för handelsagenter,⁸⁷ kan domen ogiltigförklaras enligt grunderna för rättsordningen om nationell rätt tillåter ogiltigförklarande baserat på detta.⁸⁸ Ett annat exempel är konkurrensrätt, såväl på nationell nivå som unionsnivå. EU-domstolen har funnit att en nationell domstol måste tillämpa EU-rätt, särskilt konkurrensrätt, vid en klandertalan när skiljedomstolen har agerat som *amiable compositeur*.⁸⁹ I målet *Eco Swiss* fann EU-domstolen att en domstol i en medlemsstat måste ogiltigförklara en skiljedom baserat på EU:s konkurrensrätt, enligt grunderna för rättsordningen, om nationell rätt tillåter klander på grund av detta, även om konkurrensrätt under nationell rätt inte anses vara en del av grunderna för rättsordningen.⁹⁰ Här kan det noteras att schweiziska *Bundesgericht* har funnit att vare sig EU:s konkurrensrätt eller nationell konkurrensrätt skall anses som grunderna för rättsordningen under schweizisk rätt,⁹¹ vilket innebär att resultatet kan variera beroende på skiljedomstolens säte.

3.3.3 Vägra erkännande och verkställighet

Erkännande och verkställighet av utländska kommersiella skiljedomar regleras av 1958 års New York-konvention. Om skiljedomen uppfyller kraven för erkännande och verkställighet, i form av att det är en skiljedom, som är utländsk, samt har sin grund i ett definierat och kommersiellt förhållande,⁹² finns en presumerad skyldighet att erkänna skiljedomen.⁹³ Vägran att erkänna eller verkställa skiljedomen är begränsad till den diskretionära och uttömmande listan av grunder i konventionen.⁹⁴

⁸⁷ Jfr. mål C-381/98, *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*, EU:C:2000:605, p. 14–26 (vissa rättigheter för egenanställda handelsagenter efter avslutandet av agentavtalet anses tvingande).

⁸⁸ Se *Yüksel* 2011, s. 163.

⁸⁹ Se mål C-394/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, EU:C:1994:171, p. 20–24 (Enligt skiljeavtalet skulle skiljedomstolen avgöra enligt vad som är rättvist och rimligt (*als goede mannen naar billijkheid*). EU-domstolen fann att en nationell domstol som prövar en skiljedom måste observera unionsrätten, särskilt konkurrensrätten, på grund av dess företräde och enhetliga tillämpning.). Se även *Yüksel* 2011, s. 162–163.

⁹⁰ Mål C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, EU:C:1999:269, p. 31–41. Se även *von Mehren* 2003, s. 467–469; *Yüksel* 2011, s. 160–162 (avseende *Eco-Swiss*); mål C-394/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij*, EU:C:1994:171, p. 20–24.

⁹¹ *Bundesgericht*, 4P.278/2005, 08.03.2005, BGE 132 III 389, avsnitt 3 (CH). Se även *Scherer* 2005, s. 118.

⁹² *The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, New York, 10 June 1958 [New York Convention], art. II(1), II(I); *Born*, 2012, s. 369–371.

⁹³ *New York Convention*, art. III, V; *Born*, 2012, s. 377–379.

⁹⁴ *New York Convention*, art. III, V; *Born* 2012, s. 379–383.

Listan motsvarar den i modellagen,⁹⁵ men tillämpningen behöver inte vara helt överensstämmande.

Inledningsvis kan noteras att om en skiljedom blivit ogiltigförklarad utgör det en grund att vägra erkännande i andra rättsordningar,⁹⁶ men vissa länder som Frankrike, Belgien, Österrike, Nederländerna, och USA kan i vissa fall ändå erkänna ogiltigförklarade skiljedomar.⁹⁷

I frånvaron av ett tydligt lagval finns det stöd för att en skiljedomstol ska kunna tillämpa *lex mercatoria* eller PICC utan att det anses vara ett överskridande av uppdraget.⁹⁸ I det amerikanska målet *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems* ansågs skiljedomstolens hänvisningar till PICC och ”to principles of fairness such as good faith and fair dealing” inte vara ett överskridande av uppdraget.⁹⁹ Och i det tyska målet *BB 1999, 19* vägrade den tyska domstolen inte erkännande av en skiljedom när parterna valt ”international law” som tillämplig lag och skiljedomstolen valt att tillämpa *lex mercatoria*, eftersom domstolen menade att det var varken ett överskridande av uppdraget eller ett intrång i rätten att föra sin talan.¹⁰⁰ Däremot kan vikten av att informera parterna om tillämpningen påpekas. Om skiljedomstolen tillämpar rättsregler eller rättsprinciper som parterna inte hade diskuterat eller förväntat sig skulle bli avgörande, kan det vara en grund för ogiltighet för att de inte blivit tillräckligt informerade om förfarandet eller haft möjlighet att föra sin talan,¹⁰¹ och sådana överraskningar skulle också vara en grund för att vägra erkännande och verkställighet under New York-konventionen.¹⁰² Däremot torde tillämpningen av *lex mercatoria* eller PICC sig inte strida mot grunderna för rättsordningen.¹⁰³ I det engelska målet *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v Ras Al-Khaimah National Oil Co* ansågs skiljedomstolens val att tillämpa internationellt accepterade avtalsrättsliga rättsprinciper i frånvaron av lagval under ICC-reglerna inte strida mot

⁹⁵ UNCITRAL Model Law, art. 34.2

⁹⁶ Se New York Convention, art. V(I)(e).

⁹⁷ Se Born, 2012, s. 338–341.

⁹⁸ Se Scherer, 2015, s. 144–145.

⁹⁹ *Ministry of Defense and Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, 29 F.Supp.2d 1168, 1173 (SD Cal. 1998).

¹⁰⁰ LG Hamburg, 18.09.1997 - 305 O 453/96, BB 1999, 19 (Ty.). Se även Scherer, 2015, s. 145, fn. 208.

¹⁰¹ UNCITRAL Model Law, art. 34(2)(a)(ii).

¹⁰² New York Convention, art. V(1)(b); Scherer 2015, s. 147.

¹⁰³ Se id., s. 146.

grunderna i rättsordningen.¹⁰⁴ För att kunna tillämpa grunden hade effekten av tillämpningen troligtvis behövt strida mot grunderna för rättsordningen.¹⁰⁵

Situationen är mer osäker om skiljedomstolen valt att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC istället för den valda lagen, eller som komplement till den valda lagen, eller agerat som *amiable compositeur* utan bemyndigande från parterna. Åtminstone situationen där skiljedomstolen valt att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC istället för den valda lagen skulle kunna vara en grund för att vägra erkännande och verkställighet.¹⁰⁶ Ett medvetet avsteg från den valda lagen är emellertid inte särskilt troligt, särskilt vid institutionellt skiljeförfarande där det finns skydd mot den typen av processuella brister.¹⁰⁷ Skulle det däremot ske är det möjligt att åberopa grunden att skiljedomstolen överskridit sitt uppdrag,¹⁰⁸ eller grunden att parterna inte kunnat framföra sin talan,¹⁰⁹ för att vägra erkännande och verkställighet, men det är oklart om detta skulle vara tillräckligt för att vägra erkännande och verkställighet.¹¹⁰ Vidare kan ett förfarande som inte skett i enlighet med skiljeavtalet vara grund för att vägra erkännande och verkställighet,¹¹¹ men baserat på en amerikansk dom är det tänkbart att tröskeln för detta kan vara hög,¹¹² så det inte är säkert att tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC i sig skulle innebära en sådan brist under konventionen.¹¹³

Avslutningsvis finns anledning att undersöka om effekterna av tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC strider mot grunderna i rättsordningen, exempelvis om skiljedomens strider mot tvingande regler. En stat ska emellertid endast vägra erkännande om en den tvingande regeln är del av grunderna för rättsordningen.¹¹⁴

¹⁰⁴ Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft mbH v Ras Al-Khaimah National Oil Co, Court of Appeal, [1987] 3 W.L.R. 1023, 1031–1035. Se även Scherer, 2015, s. 146.

¹⁰⁵ Se Scherer, 2015, s. 146.

¹⁰⁶ Se *id.*, s. 145–147.

¹⁰⁷ Se Cafaggi, 2012, s. 119, fn. 130 (institutionellt skiljeförfarande anses därför öka chansen för erkännande och verkställighet).

¹⁰⁸ Se New York Convention, art. V(1)(c).

¹⁰⁹ Se *id.*, art. V(1)(b).

¹¹⁰ Scherer, 2015, s. 144, 146.

¹¹¹ Se New York Convention, art. V(1)(d).

¹¹² Jfr. *Compagnie des Bauxites de Guinee v. Hammermills, Inc.*, 1992 WL 122712, *5 (DDC 1992) (“[T]he Court believes that a more appropriate standard of review would be to set aside an award based on a procedural violation only if such violation worked substantial prejudice to the complaining party.”). Se även Scherer, 2015, s. 145.

¹¹³ Se Scherer 2015, s. 145–146.

¹¹⁴ International Law Association, Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitration Awards (2002), Rule 3(a–b) (“A court should only refuse recognition or enforcement of an award giving effect to a solution prohibited by a rule of public policy forming part of its own legal system when: (i) the scope

Den schweiziska *Bundesgericht* har funnit att det faktum att en utländsk regel, som skiljedomen var baserad på, strider mot en tvingande regel i schweizisk rätt är inte tillräckligt för att skiljedomen ska anses strida mot grunderna i den schweiziska rättsordningen. För att tillämpa undantaget måste skiljedomen, på ett outhärdligt sätt vara stötande för rättskänslan som den generellt sett uppfattas i Schweiz, och strida mot fundamentala regler i den schweiziska rättsordningen.¹¹⁵ *Bundesgericht* har för ett flertal skiljedomar där frågan avsett advokatersättning som en andel av resultatet (*pactum quota litis*, på engelska *contingency fee*), något som är förbjudet i Schweiz, funnit att denna kompensation inte strider mot grunderna i den schweiziska rättsordningen.¹¹⁶

Det bör emellertid påpekas att resultatet kan variera mellan länder, trots harmoniseringen under New York-konventionen. Schweizisk och fransk rätt är mer skiljedomsvänliga än många andra rättssystem och i praktiken kommer ofta en skiljedom som strider mot tvingande regler i rätten där verkställighet söks ofta förvägras erkännande och verkställighet, även om reglerna inte är en del av grunderna för rättsordningen. Som noterades ovan är EU:s konkurrensrätt en del av grunderna för rättsordningen inom unionen,¹¹⁷ med konsekvensen att skiljedomar som strider mot EU:s konkurrensrätt måste vägras erkännande och verkställighet inom unionen. Skulle erkännande och verkställighet däremot sökas i Schweiz är skiljedomar som strider mot konkurrensrätten inte något som kan vägras erkännande och verkställighet på denna grund.¹¹⁸ Sammantaget kan erkännande och verkställighet därför variera även under denna grund.¹¹⁹

of the said rule is intended to encompass the situation under consideration; and (ii) recognition or enforcement of the award would manifestly disrupt the essential political, social or economic interests protected by the rule.”). Se även Scherer, 2015, s. 146.

¹¹⁵ Bundesgericht, 5P.201/1994, 09.01.1995, avsnitt 7, ASA Bullentin 2001 s. 294, 302–303 (CH) (“qui heurte de façon intolérable le sentiment du droit tel qu’il existe en Suisse et viole les règles fondamentales de l’ordre juridique suisse”).

¹¹⁶ Se t.ex. Bundesgericht, 5P.201/1994, 09.01.1995, avsnitt 7, ASA Bullentin 2001 s. 294, 302–303 (CH) (motsvarande 30 % av beloppet som den vinnande parten tillerkänts); Bundesgericht, 5P.128/2005, 11.07.2005, avsnitt 2.3 (mer än 6,5 miljoner CHF, motsvarande 6,5 % av beloppet som den vinnande parten tillerkänts); Bundesgericht, 5A_409/2014, 15.09.2014, avsnitt 7.2–7.3 (CH) (ungefär 1,8 miljoner USD, motsvarande 2 % av förlikningssumman); Bundesgericht, 4A_125/2018, 26.07.2018, avsnitt 3.2–3.3 (motsvarande 2 % av beloppet som den vinnande parten tillerkänts).

¹¹⁷ Mål C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*, EU:C:1999:269, p. 31–41.

¹¹⁸ Bundesgericht, 4P.278/2005, 08.03.2005, BGE 132 III 389, avsnitt 3 (CH). Se även Scherer, 2005, s. 118.

¹¹⁹ Se Scherer, 2015, s. 115.

3.3.4 Grundläggande rättigheter

I sammanhanget finns även anledning att beakta skyddet i artikel 6(1) i Europakonventionen, angående rätten till en rättvis rättegång, där det exempelvis stadgas att vara och en vid prövningen av sina civila rättigheter och skyldigheter ska ”vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag,” vilket har tolkats innefatta en rätt till domstolsprövning.¹²⁰ Inom vissa gränser är det emellertid möjligt att avsäga sig rättigheterna, för att kunna möjliggöra exempelvis skiljeförfarande. Ett skiljeavtal anses inte strida mot konventionen om samtycket till skiljeförfarande är fritt, lagligt och otvetydigt.¹²¹

Brister i samtycket torde inte vara ett vanligt förekommande problem för kommersiella skiljeförfaranden där *lex mercatoria* och PICC kan bli aktuella, men kan möjligtvis leda till större problem för andra former av transnationellt privat regelskapande som *lex sportiva*. Skulle ena parten enbart kunna välja mellan att acceptera skiljeklausulen för att utöva sitt yrke på professionell nivå eller att inte acceptera klausulen och ge upp sin rätt till att utöva sitt yrke på professionell nivå är det fråga om ett tvångsförfarande. I denna situation, eller när ena parten bett att få diskvalificera en viss skiljedomare, måste skiljedomstolen leva upp till kraven enligt artikel 6(1) i konventionen. Dessa krav aktualiserades i målet *Mutu och Pechstein mot Schweiz*. Där ansågs skiljedomstolen leva upp till kraven på en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. Skiljedomstolen hade full behörighet att pröva alla faktiska och rättsliga omständigheter som lades fram i tvisten, den förhöll sig till *Bundesgerichts* rättspraxis, skiljedomarna gick att klandra i *Bundesgericht*, samt det fanns ingen anledning att ifrågasätta skiljedomarnas oberoende och opartiskhet. Däremot ansågs skiljedomstolens ohörsamhet mot ena partens önskemål om en öppen förhandling strida mot konventionen.¹²²

Som noterades ovan tillåter bland annat schweizisk och fransk rätt att parterna avsäger sig rätten till klander av skiljedomen. I beslutet *Tabanne mot Frankrike* ansågs ett sådant otvetydigt avtal under schweizisk lag inte strida mot artikel 6(1) i konventionen när det saknades tecken på godtycklighet i processen. Bestämmelsen i schweizisk rätt ansågs inte strida mot konventionen då syftet att tillåta sådana avtal

¹²⁰ Golder mot Förenade Konungariket, nr. 4451/70, 21.02.1975, p. 36.

¹²¹ Transado-Transportes Fluviais do Sado, S.A. mot Portugal, nr. 35943/02, 26.09.2002; Eiffage S.A. och andra mot Schweiz, nr. 1742/05, 06.01.2005; Mutu och Pechstein mot Schweiz, nr. 40575/10 och 67474/10, 02.10.2018, p. 96; *Tabanne v. Switzerland* (beslut), nr. 41069/12, 01.03.2016, p. 23–27.

¹²² Mutu och Pechstein mot Schweiz, nr. 40575/10 och 67474/10, 02.10.2018, p. 113–115, 116–123, 145–149, 159, 169–191.

– att underbygga Schweiz position som ett attraktivt säte för internationellt skiljeförfarande genom att undvika dubbla granskningar av skiljedomar, först genom klandertalan och sedan genom erkännande och verkställighet, samt att minska arbetsbördan för *Bundesgericht* – ansågs vara legitimt och lösningen proportionerlig.¹²³

4 Analys

4.1 Möjligheter och begränsningar

Övergripande är det tydligt att lagstiftning, skiljedomar, rättspraxis och litteratur visar på att det finns goda möjligheter i många rättsordningar att tillämpa såväl *lex mercatoria* som PICC i skiljeförfarande, att det finns få begränsningar för skiljedomstolen under förfarandet, samt att det finns begränsade möjligheter att klandra en skiljedom efteråt, eller vägra erkännande eller verkställighet. Möjligheterna är särskilt goda för PICC. Eftersom PICC fungerar mer som en traditionell kodifikation är det därför tänkbart att vissa skiljedomstolar kommer att tillämpa PICC när parterna har valt att tillämpa *lex mercatoria* för den materiella frågan.

Det är emellertid tydligt att möjligheterna inte är obegränsade. Under tillämpningen måste skiljedomstolen beakta internationellt tvingande regler, vilket kan inkludera konkurrensrätt. Tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC i strid med instruktioner skulle kunna leda till ogiltighet eller vägran att erkänna och verkställa skiljedomen. Risken för att detta ska ske medvetet är emellertid liten, i synnerhet vid institutionellt skiljeförfarande. Det är mer tänkbart att skiljedomstolen skulle tolka vaga instruktioner, exempelvis ”international law”, som stöd för att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC, men det torde inte heller vara grund för att ogiltigförklara skiljedomen. Att förlita sig på auktorisation för tillämpning av *lex mercatoria* eller PICC baserat på skiljedomregler när inte *lex arbitri* tillåter det innebär också en risk för att skiljedomen ska förklaras ogiltig eller erkännande och verkställighet vägras. Oavsett om parterna gjort ett lagval eller ej bör skiljedomstolen vara tydlig gentemot parterna vilka rättsregler, rättsprinciper, avtalsbestämmelser och litteratur som skiljedomstolen tänker låta vara avgörande, åtminstone när parterna inte diskuterat dessa eller om de inte rimligen skulle kunna förvänta sig detta, för att parterna ska kunna anpassa sin argumentation. Trots detta måste vi komma ihåg att begränsningarna är relativt få till antalet och om vi dessutom beaktar att det finns

¹²³ Tabbane v. Switzerland (beslut), nr. 41069/12, 01.03.2016, p. 28–35.

visst stöd för att kommersiella skiljedomar accepteras i normalfallet,¹²⁴ bör den praktiska betydelsen av dessa begränsningar inte överdrivas.

Även om ovanstående möjligheter och begränsningar gäller i ett stort antal rättsordningar, tack vare UNCITRAL:s modellag och New York-konventionen, är det också tydligt att det finns rättsordningar som är mer eller mindre skiljedomsvänliga, i synnerhet för *lex mercatoria* eller PICC. Beaktar vi enbart möjligheterna att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC framkommer att i synnerhet fransk, nederländsk och schweizisk rätt är förmånliga. Väljer vi emellertid att även beakta begränsningar under tillämpningen och begränsningar efter tillämpningen framträder i synnerhet schweizisk och i viss mån fransk rätt som särskilt skiljedomsvänliga. Schweiz och Frankrike tillåter dessutom parterna att frånsäga sig rätten att klandra skiljedomen,¹²⁵ vilket avsevärt minskar begränsningarna för skiljedomstolar med säte i dessa rättsordningar. Konkurrensrätt betraktas i allmänhet som ett exempel på internationellt tvingande regler, men konkurrensrätt utgör inte internationellt tvingande regler i schweizisk rätt.¹²⁶ Att den schweiziska *Bundesgericht* i ett flertal fall inte vägrat erkännande och verkställighet av skiljedomar på grund av advokatersättning som andel av resultatet, trots ganska ansevärd summor – mer än 6,5 miljoner CHF i ett fall – och trots att det är förbjudet i Schweiz är ett ytterligare talande exempel på denna skiljedomsvänlighet. Bland de undersökta rättsordningarna är det tydligt att EU-rätten kan innebära påtagliga begränsningar i möjligheten att tillämpa *lex mercatoria* och PICC, även om det huvudsakligen begränsar sig till frågor som EU:s konkurrensrätt – som förvisso kan ha påtagligt begränsande effekter i vissa situationer – och internationellt tvingande bestämmelser i EU:s sekundärrätt, exempelvis avseende skydd för handelsagenter. För vissa former av transnationellt privat regelskapande kan det möjligtvis uppstå problem med kravet på en rättvis rättegång, exempelvis när samtycket till skiljeförfarande inte är fritt eller när ena parten önskat diskvalificera en skiljedomare, eller om en stat skulle sakna legitima skäl att tillåta parterna att frånsäga sig rätten till klander av skiljedom, men det torde inte innebära några större problem för *lex mercatoria* och PICC. Sammantaget innebär det att även om det finns mer skiljedomsvänliga rättsordningar bland de undersökta, som Schweiz, finns det inga avgörande begränsningar mot att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC inom de undersökta rättsordningarna.

Med dessa relativt goda möjligheter att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC vid kommersiella skiljeförfaranden finns det emellertid en elefant i rummet som vi måste

¹²⁴ Blackaby & Partasides, 2015, s. 605–606.

¹²⁵ Se CPC, Artikel 1522 (Fr.); IPRG § 192 (CH).

¹²⁶ Se Bundesgericht, 4P.278/2005, 08.03.2005, BGE 132 III 389, avsnitt 3 (CH).

rikta vår uppmärksamhet mot. Studerar vi statistik över tvister som slutar i skiljeförfarande – notera, inte alla avtal som kan tänkas innehålla skiljeklausuler – kommer förvisso de flesta innehålla en lagvalsklausul för den materiella frågan. I de allra flesta fall kommer denna lagvalsklausul emellertid peka ut nationell rätt,¹²⁷ och inte transnationellt privat regelskapande som *lex mercatoria* eller PICC. Med tanke på den energi som lagts på *lex mercatoria* och PICC kunde vi förväntat oss en mer omfattande tillämpning när det finns relativt goda möjligheter till tillämpning. Samtidigt måste vi beakta att det som vi numera betraktar som *lex mercatoria*, trots påståenden om historisk kontinuitet, och PICC saknar i civilrättsliga sammanhang den stabilitet som parterna kan önska sig. Beaktar vi de populära nationella rättsordningarna kan parternas val av dessa bland annat förklaras av att de är välutvecklade, stabila eller uppfattas som ”användarvänliga”,¹²⁸ epitet som är svårare att fästa på transnationellt privat regelskapande som *lex mercatoria* eller PICC. Över en längre period är det förvisso tänkbart att i synnerhet PICC blir mer välutvecklade och stabila, men bristen på prejudikatbundenhet i kommersiella skiljeförfaranden skulle kunna vara en faktor som försvårar framväxten av sådan stabilitet och förutsägbarhet som många kommersiella parter förväntar sig.

4.2 Går det att externalisera?

Om vi återvänder till Teubner och invändningarna mot Teubners teori är det något akademiska svaret att såväl Teubner, Schultz som Michaels på något sätt har rätt. Som visats ovan är möjligheterna att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC i en skiljedomstol goda och såväl de möjliga teoretiska som praktiska begränsningar är få. Med undantag för konkurrensrätt, samt möjligtvis grundläggande rättigheter i specifika situationer, kan skiljedomstolen i sitt förfarande undvika sådant som skulle kunna leda till problem i ett senare skede, exempelvis att överraska parterna. Om vi dessutom lägger till att det finns visst stöd för att kommersiella skiljedomar normalt sett accepteras skulle Teubners teori om att det är möjligt att externalisera avtalet genom skiljeförfarande – och att externaliseringen, det vill säga tillämpningen, är avgörande – kunna förklara varför det är möjligt att ge ett avtal rättslig legitimitet utan, eller endast med begränsad koppling, till nationell rätt. I enlighet med Teubners teori innehåller kommersiella avtal med hänvisningar till *lex mercatoria* eller PICC de

¹²⁷ Se Kaufmann-Kohler, Gabrielle & Rigozzi, Antonio, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 353–354 (baserat på ansökningar om skiljeförfarande vid Internationella handelskammaren (ICC) 2013. 97 % av dessa inkluderade en lagvalsklausul och de mest populära lagvalen var engelsk lag (15,64 %), schweizisk lag (10,09 %), lagarna i flera amerikanska delstater (8,70 %), fransk rätt (7,69 %), samt tysk rätt (7,31 %)).

¹²⁸ Se id., s. 353.

tre faktorerna hierarki (primära regler om förpliktelser och sekundära regler om hur dessa primära regler i avtalet och i *lex mercatoria*/PICC ska identifieras och tolkas, samt hur konfliktlösning ska gå till), tid (där avtalen och dess tillämpning leder till globala processer) och externalisering (där konfliktlösning flyttas till skiljedomstolar som avgör tvister enligt det binära paret rättsligt/icke rättsligt, det vill säga skiljedomstolen avgör vad i avtalet som är rättsligt bindande eller vilka förpliktelser som är rättsligt bindande mellan parterna). Den tredje komponenten externalisering är den viktigaste komponenten i denna teori och det internationella regelverket för skiljeförfarande, i form av UNCITRAL:s modellag och New York-konventionen, skapar goda förutsättningar för externalisering, vilket även framkommer av skiljedomar, rättspraxis och litteratur. Från detta perspektiv förefaller Teubners teori fungera relativt väl.

Det är emellertid relativt enkelt att visa på brister i Teubners teori, såväl teoretiska som empiriska. Utifrån undersökningen kan ett antal problem noteras. Teubner fokuserar på möjligheterna att externalisera avtalet genom tillämpning i skiljeförfarande. Möjligheterna till detta är goda men som vi har sett uppstår de flesta möjliga problemen efter förfarandet, antingen genom klander eller genom vägran att erkänna eller verkställa skiljedomen, även om det i vissa rättsordningar kan vara möjligt att fransäga sig rätten att klandra skiljedomen. Att enbart beskriva möjligheterna för transnationellt privat regelskapande utifrån externaliseringsmöjligheten blir därmed något missvisande. En central poäng hos Teubner är också att denna transnationellt privata regelskapande ska vara global (jfr. begreppet ”global law”). *Lex mercatoria* och PICC är transnationella i den betydelsen att det inte har kopplingar till en viss rättsordning utan bygger på drag som är gemensamma för åtminstone västerländska rättsordningar.¹²⁹ Att tillämpningen skulle vara fullständigt global är emellertid svårare att acceptera. Förvisso innebär

¹²⁹ Michaels, Ralf, Preamble I: Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model, i Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 31 (Stefan Vogenauer red.). 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2015, s. 36–37, 41–43 (avseende PICC).

framgången med UNCITRAL:s modellag¹³⁰ och New York-konventionen¹³¹ att det finns goda möjligheter att tillämpa *lex mercatoria* eller PICC i skiljeförfarande i ett stort antal länder och det finns få begränsningar för sådana skiljedomar i dessa regelverk. Som vi har sett ovan kan resultatet emellertid skilja sig åt mellan länder av ett antal anledningar, däribland att tillämpningen av harmoniserade regler varierar mellan länder, att övrig relevant nationell rätt kan variera mellan länder, samt att skiljeförfaranden är individuella och att resultatet kan variera från fall till fall. Efter att Teubner börjat utveckla sina tankar om möjligheten att övervinna självreferensens paradox tycks utvecklingen i vissa avseenden gått mot fler begränsningar utanför de harmoniserade regelverken för skiljeförfarande, dels i form av EU-rätten, dels i form av Europakonventionen, som kan motverka möjligheterna för en global tillämpning i vissa fall.

En annan brist i Teubners teori är argumentet att transnationellt privat regelskapande och skiljeförfarande skapar en autonom rättsordning. Även om frågan för denna undersökning inte primärt varit om *lex mercatoria* och PICC utgör en autonom rättsordning finns det anledning att kommentera detta som en del av teorin. Tyvärr har argumentet om *lex mercatoria* som en autonom rättsordning antagligen bidragit till den ytterst polariserande diskussion som följt *lex mercatoria* och annan transnationellt privat regelskapande i spåren. Mycket energi har ägnats åt de mer extrema sidorna i diskussionen; antingen att privat regelskapande är en chimär,¹³² eller att privat regelskapande skapar autonoma rättsordningar.¹³³ Utifrån denna undersökning är det tydligt att även om begränsningarna för *lex mercatoria* och PICC är få, finns de där, även i skiljedomsvänliga rättsordningar som Schweiz, även om flera av problemen kan undvikas under processen, och giltigheten och

¹³⁰ Se Status of UNCITRAL Model Law (with 2006 amendments), tillgänglig via <www.uncitral.org> (senast hämtad 2019-01-29) (modellagen har implementerats i 80 stater). I praktiken torde antalet stater som influerats vara högre än så. Den svenska lagen (1999:116) om skiljeförfarande är inte direkt baserad på modellagen, men den beaktades vid utarbetandet av lagen och den svenska lagen överensstämmer med modellagen i stor omfattning. Se Andersson, Fredrik, Isaksson, Therese, Johansson, Marcus & Nilsson, Ola, Arbitration in Sweden (Johnny Herre red.). Swedish Arbitration Association, Stockholm, 2011, s. 30; Lindskog, 2012, s. 36, fn. 86.

¹³¹ Se Contracting States for The New York Arbitration Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958, tillgänglig via <<http://www.newyorkconvention.org>> (senast hämtad 2019-01-29) (159 konventionsstater).

¹³² Radin, Margaret Jane & Wagner, R. Polk, The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism in Cyberspace, 73 Chi.-Kent L. Rev. 1295, 1998, s. 1296 (avseende privat rättsbildning).

¹³³ Schmitthoff, Clive M., The law of International Trade, Its Growth, Formulation and Operation, in Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law 137 (Chia-Jui Cheng red.) Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1988, s. 148–149 (avseende internationell kommersiell sedvana som "autonomous law of international trade.").

verkställigheten är beroende av faktorer utanför det transnationella privata regelskapandet. Avsaknandet av institutioner för genomdrivande skulle i Schultz terminologi innebära att *lex mercatoria* och PICC i bästa fall är en samling av normer och inte en rättsordning. Dessutom är *lex mercatoria* och PICC långtifrån heltäckande och behöver kompletteras med nationell rätt för att kunna lösa alla typer av frågor.¹³⁴ Teubner menar vidare att externaliseringen inte endast övervinner självreferensens paradox, utan även att den, genom i synnerhet institutionellt skiljeförfarande, skapar en hierarki av normer som krävs för *lex mercatorias* reflexivitet och därmed oberoende från andra distinkta rättsordningar.¹³⁵ Ett problem med denna argumentation är att hänvisningar i kommersiella skiljedomar till andra skiljedomar är ovanliga – även vid institutionellt förfarande – och vi kan inte tala om en prejudikatlära,¹³⁶ vilket hämmar oberoendet. Om vi betraktar autonomi som ett binärt begrepp blir det tydligt att autonomin inte är fullständig och vi skulle inte kunna använda begreppet autonom rättsordning för *lex mercatoria* och PICC. Skulle vi istället betrakta autonomi som ett graderat begrepp kan vi möjligtvis tala om en hög grad av autonomi för *lex mercatoria* och PICC.¹³⁷ En mer fruktbar argumentation vore emellertid att överge diskussionen om autonoma rättsordningar och likt Michaels betrakta statlig rätt och transnationellt privat regelskapande som beroende av varandra och att den mer relevanta frågan ligger i konkurrensen och interaktionen mellan varandra,¹³⁸ för att förstå gränserna för *lex mercatoria* och PICC.

Trots den möjliga kritiken mot Teubners teori är det lätt att bli för ivrig i sin kritik. Även om teorin är behäftad med brister, och möjligheterna till transnationellt privat regelskapande i viss mån krympt sedan teorin presenterades 1997, i synnerhet på grund av EU-domstolens tillämpning, kan teorin i relativt stor omfattning förklara hur transnationellt privat regelskapande som *lex mercatoria* och PICC kan fungera. Att direkt underkänna en teori som kan förklara det som i praktiken närmast förefaller vara en huvudregel men som inte kan förklara alla undantag (att det finns begränsningar i tillämpning, giltighet och verkställighet, samt att detta kan variera mellan länder) skulle kunna betraktas som ett oförstående inför helheten. Teubners fokus på tillämpningen och bortseende från genomdrivande har kunnat kritiserats från ett rättsligt perspektiv där genomdrivande är centralt, men om kommersiella parter i stor omfattning accepterar skiljedomar och genomdrivande i praktiken blir

¹³⁴ Se Arbitral Award 2002, ICC case no 11018 (behövde kompletteras med fransk rätt).

¹³⁵ Teubner, 1997, s. 15–17; Teubner 2002, s. 211–213; Fischer-Lescano & Teubner, 2004, s. 1016.

¹³⁶ Se Kaufmann-Kohler, Gabrielle, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, 23 Arb. Int'l 357, 2007, s. 362–365.

¹³⁷ Se Goode, 2007, s. 83–84 (angående en hög grad av autonomi för *lex mercatoria*).

¹³⁸ Se Michaels, 2007, s. 452–468.

en undantagsfråga förefaller Teubners teori som en rimlig utgångspunkt för att förklara den praktiska tillämpningen av *lex mercatoria* och PICC.

5 Sammanfattning

I kapitlet har möjligheterna och begränsningarna avseende tillämpning av *lex mercatoria* och PICC i skiljedomstolar undersökts och analyserats utifrån Teubners teori om möjligheten att övervinna självreferensen paradox genom externalisering av avtal till skiljedomstolar. Sammantaget finns goda möjligheter att tillämpa *lex mercatoria* och i synnerhet PICC vid skiljeförfarande. Vissa begränsningar kan emellertid aktualiseras vid förfarandet i skiljedomstol och efteråt i form av klander, vägran att erkänna eller verkställa skiljedomen, samt begränsningar i form av grundläggande rättigheter. Resultatet kan variera beroende på var skiljedomstolen har sitt säte och var skiljedomen möjligtvis ska verkställas, där Schweiz genomgående har de bästa förutsättningarna, medan EU-rätten, i synnerhet konkurrensrätt, samt möjligtvis Europakonvention i undantagsfall kan innebära tydliga begränsningar. De praktiska konsekvenserna av sådana begränsningar efter förfarandet behöver emellertid inte vara avgörande eftersom det finns visst stöd för att den normala utgången är att den förlorande parten accepterar skiljedomen. Undersökningen kan därmed ge stöd för huvuddragen i Teubners teori om att det går att övervinna självreferensens paradox genom externalisering till skiljedomstolar och teorin kan användas som utgångspunkt för att förstå den praktiska tillämpningen av *lex mercatoria* och PICC, även om delar i teorin saknar empiriskt stöd, exempelvis global tillämpning eller autonomi.

Det är ingen annans fel!

Några anteckningar om ett avgörande från Högsta domstolen

TOM MADELL¹ & HANS SUNDBERG²

1 Inledning

”Det är någon annans fel!” Så löd skylten utanför dörren till Örjan Edströms kontor på juridiska institutionen i Umeå. Han kommenterade själv denna devis med att ”många års forskning sammanfattas på anslagstavlan vid mitt tjänsterum”.³ En god levnadsregel kanske skulle kunna vara att i så stor utsträckning som möjligt ordna tillvaron så, att eventuella problem som uppstår i så stor utsträckning som möjligt är någon annans fel.

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 2018 s. 127, Flyget till Antalya, inte tillämpat någon sådan levnadsregel. Hade den gjort det, vilket vi menar att den borde, skulle den ha begärt förhandsavgörande från EU-domstolen om hur vi ska se på den omständigheten att det i flygpassagerarförordningen⁴ inte finns några uttryckliga regler som svarar på frågan om en passagerare, för att få ersättning för en försening, måste framföra sitt anspråk till flygbolaget inom viss kortare tid än den som gäller för preskription av sådana fordringar (enligt svensk rätt tio år). Ska vi, som Högsta domstolen gjorde, undersöka om det finns någon allmän regel i svensk rätt om reklamationsplikt och därefter tillämpa den regeln på omständigheterna i målet, eller ska vi konstatera att om lagstiftaren hade velat ha en sådan regel hade den framgått av förordningen, vilket inte är fallet? Det är om den frågan som denna artikel ska handla.

Frågeställningen aktualiserar två kategorier av ställningstaganden – dels vilken regleringsintensitet som ska anses gälla på området, dels på vilken nivå (EU eller

¹ Hovrättsråd vid Hovrätten för Övre Norrland och f.d. professor vid Umeå universitet.

² Hovrättsråd vid Hovrätten för Övre Norrland och rättssekreterare vid EU-domstolens tribunal.

³ Facebook, 17 september 2015 och 17 september 2018.

⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 261/2004 av den 11 februari 2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och om upphävande av förordning (EEG) nr 295/91.

nationell) som den frågan ska avgöras. Möjliga rättslägen kan illustreras i följande s.k. fyrfältsdiagram:

Hög	Låg	Regleringsintensitet /Processuell autonomi
[reklamation som allmän EU-rättslig princip] ⁵	Ingen reklamation kan krävas	Låg
Den av Högsta domstolen valda lösningen	Effektivt rättsmedel, icke särbehandlande	Hög

Det ska redan nu sägas att även om vi drar slutsatsen att Högsta domstolen, i vart fall med denna bedömning, inte bara åsidosatt sin skyldighet att begära förhandsavgörande från EU-domstolen, utan troligen även kommit fram till fel slutsats i sak, råder vi Örjan att framställa alla eventuella krav på förseningsersättning som han kan få, när han nu får mer tid att resa omkring i världen, så snart han kan.

2 Bakgrund

Fyra personer (passagerarna) reste i augusti 2013 med Turkish Airlines reguljärflyg från Göteborg till Antalya, Turkiet. Flyget blev försenat och anlände till Antalya mer än tre timmar efter utsatt tid. I november 2015, drygt två år och tre månader efter flygningen, krävde passagerarna med hänvisning till flygpassagerarförordningen ersättning av Turkish Airlines med 400 euro vardera på grund av den sena ankomsten.

Turkish Airlines medgav att flyget hade varit försenat på ett sådant sätt att passagerarna i och för sig skulle ha haft rätt till den begärda ersättningen. Flygbolaget invände dock att passagerarnas rätt till ersättning hade fallit bort, eftersom de hade meddelat flygbolaget sina krav för sent. Passagerarna bestred att de alls hade någon skyldighet att reklamera inom viss tid. I vart fall hade reklamation inte gjorts för sent, eftersom kraven hade framställts inom tre år från ankomsten.

Tingsrätten och hovrätten ansåg att passagerarna inte hade någon skyldighet att reklamera och att de därmed hade rätt till den begärda ersättningen under en tioårig

⁵ Utifrån hittillsvarande EU-rättslig praxis får detta alternativ anses enbart vara teoretiskt.

preskriptionstid. Turkish Airlines överklagade till Högsta domstolen, som meddelade prövningstillstånd. Den fråga målet rörde var om den rätt till ersättning enligt flygpassagerarförordningen som en passagerare har vid försening faller bort om passageraren inte anmäler sitt anspråk till flygbolaget inom viss tid eller om anspråk på ersättning kan framställas under den preskriptionsfrist som gäller för fordringar av aktuellt slag.

3 Flygpassagerarförordningen

Förordningens inledande bestämmelser i artiklarna 1–3 innehåller allmänna definitioner och förordningens tillämpningsområde. I artiklarna 4–6 anges de tre fall där ersättning enligt förordningen kan aktualiseras, som i tur och ordning är nekad ombordstigning, inställd flygning respektive försening. Rätten till kompensation anges i artikel 7 i förordningen. Artiklarna 8–12 i förordningen innehåller vissa ytterligare bestämmelser om hur flygbolaget ska uppträda i de fall som regleras i förordningen. Artikel 14 innehåller bestämmelser om hur flygbolagens informationsplikt ska fullgöras, medan artikel 15 innehåller ett förbud mot och ogiltighet av avtalade ansvarsbegränsningar från flygbolagens sida. Återstoden av förordningens bestämmelser rör implementeringsfrågor.

Förordningen innehåller således inga bestämmelser om när anspråk på ersättning enligt dess bestämmelser senast ska framföras, alltså varken om reklamation eller om preskription. Det framgår i stället av EU-domstolens praxis⁶ att nationella bestämmelser om ”talepreskription” ska tillämpas. Vi återkommer till tänkbara innebörder av detta avgörande. Det kan också noteras att den bestämmelse i förordningen som synes närmast reglera vad som ska ske när något ersättningsgrundande, t.ex. försening, inträffar är artikel 14.2, där det anges att flygbolaget då ”ge varje berörd passagerare skriftlig information om reglerna för kompensation och assistans i enlighet med denna förordning”.

⁶ Se EU-domstolens dom av den 22 november 2012 i mål C-139/11, Joan Cuadrench Moré, ECLI:EU:C:2012:741, där domstolen i svaret på den nationella domstolens tolkningsfråga uttalade att ”tidsfristen för väckande av talan för att erhålla sådan kompensation som föreskrivs i artiklarna 5 och 7 i förordningen ska fastställas i enlighet med varje medlemsstats egna regler om talepreskription”, vilket ju i svensk rätt som HD anför är tio år.

4 Underrätternas avgöranden

Göteborgs tingsrätt meddelade sin dom den 13 september 2016.⁷ Hovrätten fastställde domen blankt.⁸ Tingsrätten inleder sina domskäl med att konstatera att förordningen inte innehåller några bestämmelser om reklamation eller preskription, varefter den anförde att ”EU-domstolen har i flera domar uttalat att i avsaknad av unionsbestämmelser på ett visst område har varje medlemsstat att i sin rättsordning fastställa de processuella regler som gäller för en talan som syftar till att säkerställa skyddet för de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten, förutsatt att dessa regler följer principerna om likvärdighet och effektivitet”.⁹ Tingsrätten jämför därefter med vissa andra regelverk och även reklamationsfrister på det oreglerade området, men kommer fram till att dessa områden inte bör likställas med det nu aktuella, bl.a. eftersom det rör sig om tvingande regler till skydd för konsumenten och det är fråga om ett system med standardiserad och omedelbar ersättning utan koppling till skadans omfattning för den enskilde passageraren,¹⁰ varför de skäl som i andra sammanhang bär upp regler om reklamationsfrister inte gör sig gällande för denna typ av ersättning.

5 Högsta domstolens dom

Högsta domstolen gör alltså motsatt bedömning än underinstanserna och kommer fram till att det finns ett utrymme att, vid sidan av förordningens bestämmelser, föreskriva en skyldighet för flygpassagerare att göra reklamation i skälig tid för att inte förlora rätten till bl.a. förseningsersättning. Den bärande delen i Högsta domstolens dom återfinns i två första meningarna i punkt 14 i domen, som lyder: ”Frågan är emellertid om passageraren ändå ska anses ha en sådan skyldighet vid risk av att annars förlora rätten till ersättning. Detta avgörs i första hand av nationell rätt.” Ingen närmare förklaring till hur det kan komma sig att de nationella rättssystemen¹¹ skulle ha ett sådant handlingsutrymme ges, i vart fall inte förrän den i punkt 34 uttalar att ”EU-domstolen har, i ett mål som rörde preskription av anspråk

⁷ Tingsrättens mål FT 3054-16. Målet avgjordes på handlingarna.

⁸ Hovrättens för Västra Sverige dom 2017-05-04 i mål FT 4297-16.

⁹ Vi ska nedan återkomma till frågan om det funnits något utrymme för en sådan nationell processuell autonomi i detta fall.

¹⁰ ”I den bästa av världar är det således flygbolaget som självmant ska ge sina passagerare den kompensation som de har rätt till när ett flyg är försenat och det inte beror på eller kan tänkas bero på extraordinära omständigheter.” Se tingsrättens dom, s. 15.

¹¹ Med HD:s synsätt att frågan får avgöras enligt nationell *rätt* skulle ju lagstiftaren ha kunnat föreskriva regler om reklamation i så kallade genomförandebestämmelser till förordningen.

enligt flygpasagerarförordningen, anfört att det framgår av fast rättspraxis att det i avsaknad av unionsbestämmelser på området ankommer på varje medlemsstat att i sin rättsordning fastställa de processuella regler som gäller för talan som syftar till att säkerställa skyddet av de rättigheter för enskilda som följer av unionsrätten, förutsatt att dessa regler följer principerna om likvärdighet och effektivitet”.¹² Högsta domstolen ansåg att den ”processuella autonomi får i linje härmed anses omfatta även sådana regler om reklamation och dess rättsverkningar som aktualiseras vid en tillämpning av flygpasagerarförordningen”.¹³ Högsta domstolens slutsats var alltså dels att passagerarna enligt vad som måste anses gälla enligt svensk rätt hade dröjt alltför länge med att framställa sina önskemål, dels att det med hänsyn till den allmänna principen om medlemsstaternas processuella autonomi var tillåtet enligt unionsrätten att tillämpa denna regel trots att det inte finns någon regel i förordningen som gör det tillåtet. Den fråga som ska diskuteras i det följande är om detta var en riktig tolkning av EU-rätten.

6 Diskussion

6.1 *Är frågan om reklamationspliket något som får avgöras enligt nationell rätt?*

I artikel 16a.2 i kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av förordning (EG) nr 261/2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och av förordning (EG) nr 2027/97 om lufttrafikföretags skadeståndsansvar avseende lufttransport av passagerare och deras bagage¹⁴ föreslår kommissionen att en reklamationsregel ska införas: ”En passagerare som vill göra en reklamation hos ett lufttrafikföretag i fråga om sina rättigheter enligt denna förordning ska göra det inom tre månader från den dag då flygningen utfördes eller skulle ha utförts. Lufttrafikföretaget ska inom sju dagar efter det att reklamationen har mottagits bekräfta mottagandet för passageraren. Lufttrafikföretaget ska inom två månader efter det att reklamationen har mottagits ge passageraren ett fullständigt svar.” Efter att kommissionen lagt fram

¹² Nämligen i domen i det ovan nämnda målet C-139/11, Joan Cuadrench Moré, punkterna 25, 26 och 33.

¹³ Kursiverat här.

¹⁴ COM/2013/0130 final – 2013/0072 (COD), som diskuteras i punkt 27 i Högsta domstolens dom.

sitt förslag behandlades förslaget i flera omgångar. Europaparlamentet föreslog bl.a. att den berörda bestämmelsen borde ha följande lydelse:

En passagerare som vill göra en reklamation hos ett lufttrafikföretag i fråga om sina rättigheter enligt denna förordning ska göra det inom tre månader från den dag då flygningen utfördes eller skulle ha utförts. Passagerarens rätt att lämna in en reklamation inom tre månader och efter dessa tre månader ska inte påverka dennes rätt att göra sina anspråk gällande enligt denna förordning inom ramen för ett rättsligt förfarande eller ett tvistlösningsförfarande utanför domstol. Lufttrafikföretaget ska inom sju arbetsdagar efter det att reklamationen har mottagits bekräfta mottagandet för passageraren. Lufttrafikföretaget ska inom två månader efter det att reklamationen har mottagits ge passageraren ett fullständigt svar. Om lufttrafikföretaget inte lämnar detta fullständiga svar inom tvåmånadersperioden ska det anses ha godkänt passagerarens krav.¹⁵

Då medlemsstaterna inte kunde enas i frågan om ändring av förordningen bordlades förslaget den 20 maj 2014.

Det finns ingen förklarande text till den föreslagna bestämmelsen, som återfinns i den del av förslaget som rör ”tillsynsmyndighetens” verksamhet. Det anges inget i förslaget om vilken rättsverkan en utebliven reklamation ska ha. Som bestämmelsen utformats synes den snarare än att vara avsedd att utgöra ett moment för avveckling av avtalsförhållandet kunna ses som ett medel för en passagerare att på ett enkelt sätt tvinga fram en ståndpunkt från flygbolaget, genom att bolaget riskerar att anses ha gått med på passagerarens krav om svar inte lämnats inom två månader.

Vad betyder då detta för den i rubriken ställda frågan? Som Högsta domstolen går igenom i finns liknande bestämmelser om reklamation som den som kommissionen föreslagit i busspassagerarförordningen¹⁶ och fartygspassagerarförordningen.¹⁷ Däremot saknar tågpassagerarförordningen¹⁸ reklamationsbestämmelser just i här aktuellt avseende, försenad personbefordran.

¹⁵ Se Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 5 februari 2014 om förslaget till Europaparlamentets och rådets förordning om ändring av förordning (EG) nr 261/2004 om fastställande av gemensamma regler om kompensation och assistans till passagerare vid nekad ombordstigning och inställda eller kraftigt försenade flygningar och av förordning (EG) nr 2027/97 om lufttrafikföretags skadeståndsansvar avseende lufttransport av passagerare och deras bagage (COM(2013)0130 – C7-0066/2013 – 2013/0072(COD)). Vår kursivering.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 181/2011 av den 16 februari 2011 om passagerares rättigheter vid busstransport och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004.

¹⁷ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 1177/2010 av den 24 november 2010 om passagerares rättigheter vid resor till sjöss och på inre vattenvägar och om ändring av förordning (EG) nr 2006/2004.

¹⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1371/2007 av den 23 oktober 2007 om rättigheter och skyldigheter för tågresenärer.

Detta har av den svenska lagstiftaren inte ansetts utgöra något problem, då den i Ds 2013:44 på s. 88 f. uttalat att medlemsstaterna ”får anses ha möjlighet att reglera frågan om reklamation”. Detta ställningstagande grundas på just det rättsfall från EU-domstolen som Högsta domstolen också hänvisar till, nämligen det ovan nämnda avgörandet i mål C-139/11, Joan Cuadrench Moré, där ju den fråga som behandlades var preskription, inte reklamation.

Den enda rättskälla som kan åberopas till stöd för Högsta domstolens slutsats att frågan om reklamationsskyldighet (med preklusionsverkan), i avsaknad av bestämmelser i förordningen, ska avgöras enligt nationell rätt är alltså EU-domstolens dom rörande den näraliggande men ändå särskilda frågan om preskription. Det är en väldigt tunn spik att hänga upp en så långtgående inskränkning i flygpassagerarnas rätt till ersättning på. Den enligt vår mening naturliga frågan om varför kommissionen skulle behöva föreslå en reglering i 2013 års förslag till ändring av flygpassagerarförordningen om det nu var så att den frågan skulle regleras av medlemsstaterna själva berörs inte alls i Högsta domstolens dom.¹⁹ Detta argument är visserligen inte avgörande – det kan ju tänkas att EU hittills skulle ha godtagit att frågan om reklamationsskyldighet regleras av medlemsstaterna men i det ej genomförda förslaget såg ett behov att reglera frågan i flygpassagerarförordningen på unionsnivå. Det borde dock ha kommit till något slags uttryck om så varit fallet.

Ingenstans i Högsta domstolens dom nämns heller utgångspunkten att en förordning innebär en totalharmonisering av det område som regleras – eller annorlunda uttryckt – om EU-lagstiftaren, däribland Sverige, hade velat begränsa flygpassagerarnas rätt till ersättning genom att föreskriva en reklamerationsfrist så skulle det ha gjorts i förordningen.

Vi menar redan på denna grund att Högsta domstolens utgångspunkt i punkt 14 i domen, att frågan om reklamationsskyldighet avgörs i första hand av nationell rätt, är felaktig och att underrätternas avgöranden var riktiga. Det kan dock vara värt att säga några ord ytterligare om medlemsstaternas processuella autonomi och vad den innebär.

6.2 Omfattas frågan om reklamationsplikt av medlemsstaternas processuella autonomi?

Om vi godtar att EU-domstolens dom i mål C-139/11, Joan Cuadrench Moré, innebär att regler om preskription omfattas av medlemsstaternas processuella autonomi, får vi då inte godta att detsamma bör gälla för regler om

¹⁹ Europaparlamentets lydelseförslag berörs överhuvudtaget inte av Högsta domstolen.

reklamationskyldighet? Båda regelsystemen återfinns ju, i vart fall på det formella planet, inom civilrätten. Det förhållandet att EU-domstolen synes ha godtagit att preskriptionsbestämmelser omfattas av medlemsstaternas processuella autonomi kan väl i så fall också tas till intäkt för att reklameringsregler också gör det – eller har regler om preskription en tydligare koppling till det ”friare” området processrätt än vad regler om reklamation har?

Vi menar att det sistnämnda är fallet. Preskription innebär att talan inte får föras om en fordran sedan en viss tid gått,²⁰ men inte att fordran helt upphör i sig – den kan t.ex. under vissa förhållanden användas till kvittning.²¹ Utebliven reklamation innebär däremot att rätten till ersättning faller bort, eller med andra ord att fordran upphör. Regelsystemen skiljer sig således åt när det gäller *rättsföljden*.

De *skäl* som bär upp reglerna om preskription rör möjligheterna att på ett rimligt säkert sätt processa om en fordran. Reglerna om preskription av fordringar återfinns vidare huvudsakligen i en allmänt tillämplig lag, med några olika typfall (bl.a. allmän preskription och konsumentfordran) med olika krav på hur länge en person av visst slag ska anses vara skyldig att säkerställa bevisning till stöd för sin ståndpunkt, t.ex. att betalning skett. Det förefaller också ytterst ovanligt att parter skulle avtala om preskription, och sådana avtal är bara delvis tillåtna,²² vilket ju inte tillhör vanligheterna på den kommersiella avtalsrättens område. Det finns således starka skäl att, trots preskriptionsreglernas civilrättsliga ”hemvist”, se dessa som processrättsliga i den mening som avses i uttrycket ”medlemsstaternas processuella autonomi”.

Som framgår av Högsta domstolens i sig utmärkta genomgång av reklameringsregler i svensk rätt gäller inget av det som sagts ovan för dessa. Reklameringsregler är regelmässigt en del av ett visst civilrättsligt regelsystem, även om det finns allmänna principer som vilar över dessa särregleringar. De utgör regelmässigt en utgångspunkt för parternas avtal, och en tvingande sådan när det rör sig om skydd av svagare part. Det torde vara på gränsen till vårdslöst inom den kommersiella avtalsrätten att inte säkerställa att avtalet innehåller reklameringsregler. De *skäl* som bär upp reglerna om reklamation har en betydligt svagare koppling till intresset av att på ett rimligt sätt kunna processa om en fordran, utan rör snarare det allmänna omsättningsintresset genom att medverka till en snabb avveckling av avtalsförhållandet.²³ Det kan slutligen noteras att EU-domstolen i sitt svar på

²⁰ 8 § preskriptionslagen (1981:130).

²¹ 10 § preskriptionslagen.

²² 12 § preskriptionslagen.

²³ Som sagts ovan gör sig de skäl som normalt bär upp reklameringsregler som har med bevissäkring att göra knappast gällande alls när det gäller helt schabloniserade ersättningar som dessa, där den

tolkningsfrågan i den dom som Högsta domstolen grundat sitt resonemang på uttalat att ”tidsfristen för väckande av talan ... ska fastställas i enlighet med varje medlemsstats egna regler om *talepreskription*”.²⁴

6.3 Talar då inte sakskalet för uppställandet av en reklamationsfrist?

Är det verkligen rimligt att passagerarna ska kunna vänta i mer än två år med att framställa sina anspråk? Detta synes vara den fråga som Högsta domstolen ställt sig. Vi menar att den frågan ställs utifrån fel utgångspunkt.

En av flygbolagens grundläggande förpliktelser är att ”proaktivt informera passagerarna om deras rättigheter”.²⁵ Det rör sig, som tingsrätten framhöll i sin dom, om en helt schabloniserad ersättning utan koppling till vare sig grad av skuld – bortsett från sådana extraordinära omständigheter som befriar flygbolaget från ansvar – eller skadans omfattning i det enskilda fallet. De skäl som normalt bär upp regler om reklamationskyldighet – ordning och reda, bevissäkringsmöjligheter, skadebegränsning, snabb avveckling av rättsförhållandet m.m. – gör sig därmed inte alls gällande med samma styrka här.²⁶ Tvärtom medverkar den regel som Högsta domstolen ställt upp till att *belöna* det flygbolag som struntar i sin grundläggande skyldighet att informera passagerarna om deras rättigheter – risken för att passagerare ska dröja orimligt länge minskar ju avsevärt om denna skyldighet, som är *grundläggande för det system som inrättats genom flygpasagerarförordningen*, fullgörs. En sådan regel torde heller inte vara förenlig med ett konsumenträttsligt synsätt och det kan inte råda någon större tvekan om att förordningen kommit att vara en del av unionens konsumentskydd.

6.4 Något om skyldigheten att begära förhandsavgörande

Enligt artikel 267 FEUF får en nationell domstol begära förhandsavgörande från EU-domstolen om tolkningen av primär- eller sekundärrätten eller om giltigheten av sekundärrätten, om det *behövs* för att avgöra målet. En domstol mot vars

orsakande omständigheten – förseningen och dess orsak – som tingsrätten anförde är ”direkt iakttagbar för den som utfört flygningen”.

²⁴ Se det ovan nämnda avgörandet i mål C-139/11, Joan Cuadrench Moré, vår kursivering. I fransk språkversion talas om ”en matière de prescription d’action”, kurs. här. Det är alltså talerätten och inte anspråket som sådant som går förlorat när fristen försitts.

²⁵ Se det i fotnot 14 omnämnda förslaget till ändring i flygpasagerarförordning, avsnitt 1.1.

²⁶ Se närmare Christina Hultmark [Ramberg], Reklamation vid kontraktsbrott, Juristförlaget, Stockholm 1996, bl.a. s. 45–48.

avgörande det inte finns något rättsmedel, t.ex. Högsta domstolen, är under motsvarande förhållanden *skyldig* att begära förhandsavgörande. Det kan inte råda någon tvekan om att inget av de s.k. Cilfit-kriterierna²⁷ för att en domstol i sista instans ska kunna låta bli att fråga EU-domstolen var uppfyllda beträffande frågan om det enligt EU-rätten är tillåtet att i nationell rätt ställa upp en reklamationskyldighet som ytterligare förutsättning för ersättning enligt flygpassagerarförordningen. Frågan var i allra högsta grad relevant för avgörande av målet, den hade inte tidigare bedömts av EU-domstolen och det fanns ett tydligt utrymme för tvivel om vilket det korrekta svaret på frågan är. Förordningen innehåller inte någon reklamationsregel och kommissionen och europaparlamentet hade olika uppfattning i de förslag till ändring av förordningen som lades fram – kommissionen föreslog tre månader och europaparlamentet förordade en helt öppen reklamationsfrist och utan någon preklusionsverkan.

Magnus Schmauch har i SvJT²⁸ nyligen diskuterat våra högsta domstolars – Högsta domstolen, Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen – roll i prejudikatbildningen. Artikeln tar sin självklara utgångspunkt i att det intresse som ska tillgodoses enligt EU-rätten är en enhetlig och effektiv prejudikatbildning inom unionsrätten där det är EU-domstolen som är den som är den huvudsakliga prejudikatinstansen. Efter en utförlig diskussion om Cilfit-kriteriernas tillämpning i olika slag av domstolar dras slutsatsen att ”det finns goda förutsättningar att bättre integrera europarättslig prejudikatbildning i domstolarnas löpande verksamhet, främst vid dispensprövning inför prövningstillstånd. En förutsättning för att detta ska ske är att lagstiftare, underrätter och överrätter ser EU-domstolen som den huvudsakliga prejudikatinstansen i dessa sammanhang, tillsammans med bl.a. Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen, som spelar en annan roll i vårt rättsväsende”.

Det avgörande från Högsta domstolen som här diskuterats bär syn för sägen i detta avseende. Frågan om reklamationskyldighet och eventuell preklusionsverkan inte har varit föremål för EU-domstolens prövning. Genom att Högsta domstolen underlät att begära förhandsavgörande har vi, med detta synsätt på den EU-rättsliga prejudikatbildningen, förlorat en utmärkt möjlighet att skapa ett prejudikat i dessa frågor på rätt nivå.

²⁷ Se EU-domstolens dom i mål 283/81, Cilfit, EU:C:1982:335.

²⁸ En enhetlig unionsrättslig prejudikatbildning i våra domstolar, SvJT 2018 s. 658–673.

7 Slutord

”Vad kostar ett prejudikat?” Den frågan har, vilket synes ha lett till en mycket framgångsrik orientering av verksamheten, stått i främsta rummet för Högsta domstolens förre ordförande, f.d. justitierådet Stefan Lindskog. Det kan konstateras att vi genom Högsta domstolens här diskuterade dom fått ett mycket värdefullt prejudikat, genom den utmärkta genomgången av reklameringsregler som Högsta domstolen gjort och som utmynnar i uttalandet att ”det som huvudregel i svensk rätt anses föreligga en allmän princip på det kontraktsrättsliga området om reklamationsskyldighet för den som vill göra gällande krav på ersättning till följd av att prestationen har utförts för sent. En konsekvens av en utebliven reklamation är i sådana fall att den berättigade parten förlorar rätten att bl.a. kräva skadestånd eller liknande ersättning”.

Även om det således inte finns något att invända mot denna slutsats i sig, borde det emellertid ha stått klart för Högsta domstolen att den inte på egen hand, utan att begära förhandsavgörande från EU-domstolen, kunde komma fram till slutsatsen att frågan om denna i sig rimliga reklameringsregel ska tillämpas i en situation där flygpassagerarförordningen inte innehåller några bestämmelser om reklamation ska avgöras enligt nationell rätt. Att den ändå gör det, dessutom utan någon skiljaktig mening som påpekar detta uppenbara, skadar enligt vår mening den svenska synen på EU-domstolens roll i vårt rättssystem. Det var det inte värt. Och som ovan anförts ”kostade” Högsta domstolens prejudikat en utmärkt möjlighet att skapa ett EU-rättsligt prejudikat om reklamation med preklusionsverkan i detta sammanhang.

Risken är vidare uppenbar att en lägre domstol som får ett liknande anspråk på ersättning enligt flygpassagerarförordningen på sitt bord, där flygbolaget gör motsvarande preskriptionsinvändning, begär förhandsavgörande från EU-domstolen, snarare än att följa Högsta domstolens avgörande. Det är inte någon vågad gissning att EU-domstolen i så fall skulle besvara frågan på ett annat sätt än vad Högsta domstolen gjort, vilket i sin tur kan leda till behov av ett nytt pleniavgörande ”under galgen”, i likhet med när NJA 2013 s. 502 kom i kölvattnet av EU-domstolens dom den 26 februari 2013 i mål C-617/10, Åkerberg Fransson. Den skada det skulle innebära torde ta mycket lång tid att reparera.

Efter det att Högsta domstolen meddelade sin dom har det dessutom tillkommit en ytterligare tänkbar kostnadspost för ett prejudikat där skyldigheten enligt artikel 267 tredje stycket FEUF att fråga EU-domstolen om tolkningen av en EU-rättslig bestämmelse när det behövs för att avgöra målet åsidosatts. För första gången har nämligen EU-domstolen slagit fast att en medlemsstat gjort sig skyldig till *fördragsbrott* genom att en av dess högsta domstolar *i ett konkret fall* underlåtit att begära förhandsavgörande trots att dess tolkning av vissa unionsrättsliga bestämmelser

”inte var så uppenbar att den inte lämnade något utrymme för rimligt tvivel”.²⁹ Det vore oerhört tråkigt och onödigt om Sverige skulle göra Frankrike sällskap i detta avseende.³⁰

²⁹ Dom av den 4 oktober 2018 i mål C-416/17, kommissionen/Frankrike (ECLI:EU:C:2018:811).

³⁰

Några anteckningar om begreppet arbetsolycksfall

JONAS MALMBERG¹

1 Allmänt

Ersättning vid arbetsskada betalas dels av det allmänna genom arbetsskadeförsäkringen i socialförsäkringsbalken, dels genom kollektivavtalsgrundade försäkringar. Trygghetsförsäkring vid arbetsskada (TFA) träffas mellan Svensk Näringsliv, LO och PTK. Trygghetsförsäkring vid arbetsskada för anställda hos kommuner, landsting, regioner, trossamfundet Svenska kyrkan och vissa kommunala bolag (TFA-KL) träffas mellan Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Svenska kyrkans arbetsgivarorganisation och ett flertal arbetstagarorganisationer på den kommunala sidan. På statens område gäller PSA – Avtal om ersättning vid personskada.

Den grundläggande bytestransaktionen i kollektivavtalen om arbetsskadeförsäkring kan beskrivas som att arbetsgivarna åtar sig att teckna en försäkring mot att arbetstagarna avstår från möjligheten att rikta skadeståndsanspråk mot arbetsgivarna för arbetsskador. För arbetsgivarna har detta fördelen att kostnaderna för arbetsskador blir förutsebara. För arbetstagarna är fördelen att försäkringarna i de flesta, men inte alla, avseenden är mer förmånliga för dem än reglerna om skadestånd i skadeståndslagen. Den viktigaste fördelen för arbetstagarna är att ersättning enligt försäkringarna inte förutsätter att arbetsskador har orsakats av oaktsamhet från arbetsgivarens sida.

Reglerna i socialförsäkringsbalken, å ena sidan, samt TFA, TFA-KL och PSA, å andra sidan, är nära anpassade till varandra. Med stark förenkling kan sägas att förutsättningarna för att ett försäkringsfall ska föreligga är desamma i socialförsäkringsbalken och kollektivavtalsförsäkringarna, men att kollektivavtalsförsäkringarna ger ersättning utöver den som betalas enligt socialförsäkringsbalken.

¹ Ordförande i Arbetsdomstolen.

I det följande kommer jag att kortfattat redovisa vissa aspekter av begreppet olycksfall i arbetet.

Såväl i 39 kap. socialförsäkringsbalken som i TFA och TFA-KL definieras en arbetsskada som en skada till följd av olycksfall (arbetsolycksfall) eller annan skadlig inverkan (arbetssjukdom) i arbetet. Motsvarande gäller enligt PSA. Begreppet arbetsolycksfall definieras inte närmare vare sig i socialförsäkringsbalken eller i de olika försäkringsvillkoren. Olycksfallsbegreppet i TFA, TFA-KL och PSA lär vara avsett att ha samma innebörd som motsvarande begrepp i 39 kap. 3 § socialförsäkringsbalken och som tidigare fanns i 1976 års lag om arbetsskadeförsäkring.

Begreppet arbetsolycksfall har funnits länge inom socialförsäkringsrätten. 1916 års lag om försäkring för olycksfall omfattade bara olycksfall. Genom 1929 års lag om försäkring för vissa yrkessjukdomar kom försäkringen även att omfatta en ”lista” med särskilt angivna åkommor som inte kunde anses förorsakade av olycksfall, men som likväl härleddes från arbetet. Listan utvidgades med tiden. I 1954 års lag om yrkesskadeförsäkring övergavs principen med en lista över vissa yrkessjukdomar. I stället kom försäkringen att omfatta samtliga sjukdomar som orsakats av arbetet eller framkallats genom inverkan av ämne eller strålning.² Genom 1976 års arbetsskadeförordning infördes det mer generella arbetsskadeförordning som nu finns i socialförsäkringsbalken.

Genom rättsutvecklingen har betydelsen av gränsdragningen kring begreppet arbetsolycksfall minskat. Tidigare var följden av att en viss skada inte ansågs vara orsakad av en olycka att försäkringen inte alls var tillämplig. Numera kan en skada som inte anses ha berott på ett olycksfall likväl vara ersättningsgrundande som inverkan i arbete (arbetssjukdom). Uppdelningen mellan arbetsolycksfall och annan skadlig inverkan hade fram till 2003 betydelse för vilken bevisbörderegler som skulle tillämpas. Skilda regler för arbetsolycksfall och skadlig inverkan (arbetssjukdom) gäller vid tillämpning av socialförsäkringsbalken alltså för skadetidpunkten, vid färdolycksfall och vid smittsamma sjukdomar. Vid TFA och TFA-KL gäller dessutom skilda ersättningsnivåer under akut sjukdomstid.

Begreppet olycksfall används sedan länge även i andra försäkringar än sådana som avser arbetsskada. Inom försäkringsrätten brukar olycksfall beskrivas som en plötslig händelse som innebär ett avbrott i en normal utveckling och som träffar den skadelidande utifrån.³ NJA 2006 s. 53 rörde tolkningen av ett försäkringsvillkor som

² Blomqvist, Göte & Lundberg, Allan, Lagstiftningen om yrkesskador m.m., Norstedt, Stockholm, 1956, s. XII ff. och Carlsson, Mia, Arbetsskada: samspelet mellan skadestånd och andra ersättningsordningar, Jure, Stockholm, 2008, s. 60 ff. och SOU 1975:95 s. 81 ff.

³ Se t.ex. Hellner, Jan, Försäkringsrätt, 2 uppl. 1965, s. 486 ff.

angav att olycksfallsskada förelåg om en kroppsskada drabbade den försäkrade ofrivilligt genom plötslig yttre händelse. Enligt Högsta domstolen tog ofrivillighetskriteriet sikte på avsikt eller insikt hos den skadedrabbade, plötslighetskriteriet på en tidsaspekt och ordet yttre på den direkta orsaken till skadan.⁴

2 Rättspraxis om olycksfall i arbetet

I rättspraxis avseende arbetsskadelagen har ett olycksfall ansetts föreligga om den händelse som föregått skadan varit plötslig eller relativt kortvarig och i viss mån ovanlig och oförutsedd. Det ska också vara fråga om en yttre påverkan på kroppen, och skadan ska vara ofrivillig. Med relativt kortvarig avses någon arbetsdag eller något arbetsskift.⁵ Vid bedömning av om en händelse ska betraktas som ett olycksfall är det själva händelsen och händelseförloppet som är avgörande. Hur bedömningen gjorts kan illustreras med några rättsfall.⁶

Det har inte ansetts vara fråga om olycksfall i följande domar.

HFD 2011 ref. 26. En elektriker stod på en stege och var sysselsatt med att dra fram elkablar under ett tak när han kände att det högg till i vänster skulderblad. Händelseförloppet ansågs inte innehålla något ovanligt eller oförutsett moment på ett sådant sätt att det kan anses ha utgjort ett olycksfall, utan skadan skulle bedömas som en följd av annan skadlig inverkan i arbetet.

FÖD 1981:16. En bagare skadade ryggen då han lyfte en 50 kg tung sockersäck från en pall på golvet 80 cm upp till ett påfyllningsställe. Domstolen angav att det var fråga om ett ”ovanligt ansträngande arbetsmomentet”, men ansåg inte att det var fråga om ett olycksfall i arbetet.

FÖD 1992:15. Försäkringsöverdomstolen uttalade att ljumskbräck som debuterat i samband med specifika, momentana påfrestningar i arbete i rättspraxis godkänts som arbetsskador (FÖD 1984:21, se nedan). I det aktuella fallet hade den försäkrades ljumskbräck dock debuterat utan att ha föregåtts av någon specifik, momentan påfrestning i den försäkrades jordbruksarbete, och besvären godtogs därför inte som arbetsskada. Det kan noteras att Försäkringsöverdomstolen inte tog ställning till om det var fråga om olycksfall eller skadlig inverkan i arbetet.

⁴ Se om fallet Andersson, Håkan, Gränsproblem i skadeståndsrätten, Iustus, Uppsala, 2013, s. 242 ff.

⁵ Prop. 1954:60 s. 64

⁶ För ytterligare några fall, se Carlsson, Arbetsskada s. 188 ff.

NJA 2006 s. 53. En privatperson skurade av en nygjuten bottenplatta av betong till ett uterum. Under arbetet, som tog ett par timmer, blev hans knän våta av vätska från betongen. Efter slutfört arbete visade det sig att han på grund av frätande ingredienser i betongen fått frätskador i huden på knäna. Högsta domstolen ansåg inte att det var fråga om ett olycksfall i försäkringsvillkorens mening.

I följande fall har domstolarna ansett att det varit fråga om ett olycksfall.

FÖD 1988:36. En driftsarbetare vid en kvarn skadade sig i nacken, axlar, armar och övre delen av ryggen i samband med att hon lyfte ned en lastpall med en vikt av 30 kg från en höjd av 2,25 m. Enligt arbetstagaren ”knäckte det omedelbart till i nacken” vid lyftet. Enligt ett medicinskt utlåtande klarar ingen genomsnittlig kvinna av en sådan belastning. I arbetstagaren arbetsuppgifter ingick att några gånger varje skift lyfta ned en lastpall som vägde mellan 15 och 30 kg från en, som mest, två meter hög pallstapel. (Det aktuella lyftet var alltså både ovanligt tungt och från en högre höjd än normalt). Försäkringsöverdomstolen fann att skadan uppkommit genom ”en icke förutsedd kortvarig påfrestning” och att skadan ”uppkommit under sådana förhållanden att den får anses som en skada till följd av olycksfall i arbetet”.

FÖD 1988:16. En arbetstagarare skadade menisken under arbetstid i motionsgymnastik anordnad för personalen på hennes arbetsplats. Försäkringsöverdomstolen ansåg att skadan, bl.a. mot bakgrund av skadans karaktär måste ha uppkommit till följd av ”en icke förutsedd momentan påfrestning”. Skadan bedömdes därför vara en följd av ett olycksfall i arbetet. (Se vidare om fallet under rubriken ”Presumtion för olycksfall”).

FÖD 1987:28. En lärare skadade en hälsena när hon under en idrottsdag spelade brännboll. Hon sprang mellan två stolpar när det smällde till i hälsenan och hon föll till marken. Spelplanen var ojämn och sluttande. Försäkringsöverdomstolen ansåg att händelsen var ”plötslig, ovanlig och oförutsedd” och att den utgjorde ett olycksfall i arbetet.

FÖD 1984:21. En skada till följd av en enstaka, för arbetstagaren ovanlig, momentan fysisk ansträngning vid lyft av en platta, som vägde 42 kg godtogs som en arbetsskada på grund av ett olycksfall i arbetet (II). I samma rättsfall ansågs även en annan skada vara en följd av ett olycksfall i arbetet. Skadan hade inträffat när arbetstagarare halkade i samband med ett lyft (I).

I bland har det sagts att begreppet olycksfall i arbetet omfattar *ovanligt ansträngande och onormala förhållanden* som lett till skador. I flera av de ovan redovisade rättsfallen har skadan ansetts utgöra en följd av ett arbetsolycksfall när det aktuella händelseförloppet innehållit moment som kan betecknas som ovanliga eller oförutsedda, t.ex. när arbetet genomförts på ett sätt som inte var planerat eller avsett.

Så var t.ex. fallet i FÖD 1988:36 där det aktuella lyftet skedde från en högre höjd och med större tyngd än normalt. I FÖD 1984:21 (I) hade arbetstagaren halkat i samband med ett lyft. Som synes är det tillräckligt att det ovanliga och oförutsedda momentet varit relativt obetydligt.

I de fall där något sådant moment i händelseförloppet som kan betecknas som ovanligt eller oförutsett inte förekommit har i det allra flesta fall ansetts att det inte var fråga om ett olycksfall. Att det har varit fråga om arbetsuppgifter som förekommer mer sällan, är relativt kortvariga och ovanligt ansträngande har i dessa fall inte ansetts tillräckligt för att det ska vara fråga om ett olycksfall. Se HFD 2011 ref. 26, FÖD 1981:16, FÖD 1992:15 och NJA 2006 s. 53 (som redovisats ovan).

Det går dock att i rättspraxis hitta enstaka avgöranden där kortvariga och särskilt ansträngande förhållanden ansetts utgöra olycksfall, utan att ”något särskilt” inträffat. I FÖD 1984:21 (II) ansågs t.ex. en skada vid lyft av en 42 kg tung platta vara en följd av ett olycksfall.

Det ska återigen understrykas att om skadan inte berott på olycksfall (på grund av det inte förekommit något oförutsett moment) kan det likväl vara fråga om en skada till följd av skadlig inverkan i arbetet.

3 S.k. kortidspåverkan

I 1954 års lag om yrkesskadeförsäkring fanns en bestämmelse som tog sikte på skador som intog en mellanställning mellan olycksfallsskador och yrkessjukdomar. Enligt bestämmelsen skulle solsting, värmeslag, förfrysning, inflammation i arbetsvalk samt skada genom mekanisk inverkan under högst några få dagar alltid anses ha uppkommit genom olycksfall. Det sistnämnda lär ha syftat på kroppsskador som uppkommit genom en persons eller ett föremåls rörelser.⁷

Bestämmelsen kom inte att införas i 1976 års lag om arbetsskadeförsäkring. Yrkesskadeförsäkringskommittén, vars förslag låg till grund för arbetsskadelagen, ansåg att skada i de uppräknade fallen skulle anses uppkommen genom olycksfall även utan uttryckliga föreskrifter om detta.⁸ Uttalandet upprepades inte i propositionen.

Att uttalandet inte upprepades i propositionen har gett upphov till viss osäkerhet om de uppräknade fallen ska anses utgöra skador på grund av olycksfall i arbetet, även när händelsen som föregått skadan inte varit oförutsedd.

⁷ Blomqvist & Lundberg, s. 100 ff.

⁸ SOU 1975:84 s. 89.

Av Försäkringskassans vägledning framgår att kassan anser att det i dessa fall görs ett undantag från kravet på att det ska finnas en tydlig yttre påverkan som varit oförudd för att ett olycksfall ska anses ha inträffat. Det tycks dock som att Försäkringskassan menar det ska vara fråga om mekanisk inverkan som inte ingår i den försäkrades normala arbete.⁹

I kommentaren till socialförsäkringsbalken uttalas att någon helt klargörande rättspraxis inte har utvecklats sig beträffande korttidspåverkan och olycksfallsbegreppet i socialförsäkringens arbetsskadeförsäkring. Det uttalas vidare att i den mån nyare praxis har rört händelseförlopp som varat en hel arbetsdag eller sådant som tidigare enligt YFL skulle kunna kallas för ”skada genom mekanisk inverkan under högst några få dagar” så synes domstolarna ha valt att tala om skadlig inverkan i arbetet. I kommentaren nämns ett antal orefererade avgöranden där olycksfall inte förelegat vid kortvarig inverkan utan oförudd moment: tungt lyft i en något sned ställning (FÖD 970/86), ett vanligt lyft av en hink från en lastbrygga (FÖD 927/87), hjärtinfarkt under snöskottning (FÖD 1258/88) eller att någon bara sträckt sig för att ta ner en gardinstång (FÖD 2068/84).¹⁰

Dessa rättsfall och de som redovisats under föregående rubrik ger starkt stöd för uppfattningen att skador som uppkommit genom ”mekanisk inverkan under högst några få dagar” och som inte föregåtts av någon oförudd händelse, inte betraktas som olycksfall utan som skadlig inverkan. Mot bakgrund av Försäkringskassans vägledning kan det dock tänkas att solsting, värmeslag och förfrysning ska uppfattas som olycksfall, även utan en tydlig yttre påverkan som varit oförudd.

4 Presumtion för olycksfall

I rättspraxis har beträffande vissa typer av besvär ansetts att det är fråga om en skada till följd av olycksfall, utan att utredningen ger stöd för att händelsen som föregåt skadan varit plötslig, ovanlig och oförudd. Detta gäller besvär, som enligt tillgänglig medicinsk utredning, är sådana att de typiskt sett uppkommer efter sådant våld eller sådan kraft som bara förekommer vid olycksfall eller annat yttre våld. I FÖD 1988:16 ansågs en viss meniskskada vara sådan att den var resultatet av en oförudd momentan påfrestning och därmed en följd av ett olycksfall i arbetet. I FÖD 1987:28 fanns medicinsk utredning som gav starkt stöd för att en total hälseneruptur var bevis nog för att en olycka förkommit. Mot bakgrund härav

⁹ Försäkringskassan, Förmåner vid arbetsskada, Vägledning 2003:4 (Version 16) s. 37 och 45.

¹⁰ Hessmark, Lars-Göran; Liljeqvist, Peder; Lundin, Anna-Karin; Jansson, Henrik; Jenryd, Marianne; Rempler, Kjell och Tired, Petrus, Socialförsäkringsbalken, Zeteo kommentar 39 kap. 3 §.

uttalade Försäkringsöverdomstolen att en försäkrad som drabbats av en hälseneruptur i regel får anses ha varit utsatt för ett olycksfall. Försäkringskassan anser att FÖD 1987:28 inte kan förstås så att presumptionen gäller även vid partiella hälsenerupturer.¹¹ Ett skäl för denna ståndpunkt är att det saknas medicinskt stöd att för sådana skador i praktiken bara uppkommer vid olycksfall.

¹¹ Försäkringskassan, Vägledning 2003:4 s. 37.

Kraven på läkarintyg för sjukpenning

En lagstridig begränsning av den allmänna sjukförsäkringen?

RUTH MANNELQVIST¹

1 Inledning

”Arbetet ger oss mening i livet”. Citatet är hämtat från en artikel i tidningen *Arbetsliv*, som är en branschtidning inom arbetsmiljöområdet.² I artikeln framhålls arbetets ekonomiska och socialpsykologiska funktioner. Arbeta anses bland annat vara viktigt för vår identitet, det skapar självkänsla och är en social markör. Vidare är arbete många gånger en förutsättning för att kunna ta del av det allmänna socialförsäkringssystemet, innehållande exempelvis sjuk- och pensionsförsäkring. Ja, man kan helt enkelt säga att arbete skapar välfärd, ur flera olika perspektiv. Skydd mot arbetets negativa aspekter, som dåliga arbetsvillkor, bristande arbetsmiljö med enformiga eller innehållslösa arbetsuppgifter, fysiskt krävande och belastande arbete, eller låga löner och begränsade möjligheter att påverka arbetet, förväntas begränsas av exempelvis arbetsrättslig lagstiftning och kompenseras genom ett väl utbyggt och inkluderande socialförsäkringssystem.

I ett pågående tvärvetenskapligt forskningsprojekt som handlar om rättsliga aspekter på ett hållbart arbetsliv har jag och två andra kollegor³ förmånen att få samarbeta med Örjan Edström.⁴ Med bredd och djup, inom såväl det rättsvetenskapliga som det samhällsvetenskapliga forskningsområdet, bidrar Örjan med entusiasm, reflektion, ambition och engagemang i projektet. Våra diskussioner har varit många – och intressanta – med analyser och problematiseringar av rättsliga och beteendevetenskapliga förutsättningar för ett hållbart arbetsliv.

¹ Professor vid Juridiska institutionen Umeå universitet.

² Tidningen *Arbetsliv* är en facktidsning inom området arbetsmiljö. Utgivare är Prevent, en ideell förening inom arbetsmiljöområdet med Svenskt Näringsliv, LO och PTK som huvudmän. Artikeln är publicerad 7 augusti 2015.

³ Deltagande i projektet är, förutom Örjan och jag, Johan Holm vid Juridiska institutionen och Anita Pettersson-Strömbäck vid Institutionen för psykologi, Umeå universitet.

⁴ Projektet ”Ett hållbart arbetsliv – arbetsgivares rättsliga ansvar och faktiska åtgärder för förebyggande av ohälsa och rehabilitering” finansieras av Forte (dnr 2016-00792).

Förutom arbetsrättslig reglering, med arbetsmiljö och anställningsskydd som viktiga komponenter, återfinns rättsliga förutsättningar för ett hållbart arbetsliv också inom socialförsäkringsrätten. Utgångspunkten för såväl den rättsliga regleringen som forskningsprojektet är att *arbete* utgör både en förutsättning för som en del av välfärden och socialförsäkringen, och då inte minst sjukförsäkringen.

Samtidigt kan vi notera att allt färre får ta del av just sjukförsäkringen, då allt fler anses sakna medicinska förutsättningarna för ersättning. En orsak till detta är Försäkringskassans krav på läkarintygens innehåll och utformning. Det här kapitlet handlar därför om en ytterst begränsad, men principiellt mycket central aspekt inom sjukförsäkringen, nämligen Försäkringskassans normering av läkarintyg för sjukpenning. Frågan är vilken normgivningskompetens Försäkringskassan egentligen har i detta avseende, och vilka konsekvenser som nuvarande myndighetsnormering medför?

Kapitlet inleds med en kort beskrivning av den del av sjukförsäkringen som utgörs av sjukpenning samt rättsliga aspekter på läkarintyg. Därefter diskuteras Försäkringskassans normering, och vilka konsekvenser normeringen medför och kapitlet avslutas med en kort reflektion omkring följderna för rätten, välfärden och individen.

2 Läkarintyg som förutsättning för sjukpenning

Sjukförsäkringen innehåller ett flertal ersättningstyper, där sjukpenning är den vanligaste. Sjukpenning är avsedd att täcka inkomstbortfall vid ”kortare” sjukfrånvaro, det vill säga frånvaro som sammantaget understiger ett år som huvudregel.⁵ Rätten till ersättning förutsätter att den försäkrade har en nedsatt arbetsförmåga som beror på sjukdom och att nedsättningen kan styrkas med ett läkarintyg.⁶

Bedömningen av arbetsförmågan sker i olika steg i något som kallas rehabiliteringskedja.⁷ Den innebär att den nedsatta funktionsförmågan som sjukdomen resulterar i ska bedömas i relation till olika typer av arbeten i vissa lagstadgade tidsintervaller. Under de första 90 dagarna ska förmågan fastställas genom en prövning mot det ordinarie arbetet som en försäkrad har, eller andra arbeten som arbetsgivaren tillfälligt kan erbjuda. Efter 90 dagar vidgas bedömningsgrunden och då ska även andra arbeten som arbetsgivaren kan erbjuda ingå i prövningen. Ur arbetsrättsligt perspektiv betyder det att bedömningen görs

⁵ 27 kap. 21 § socialförsäkringsbalken (2010:110) SFB.

⁶ 27 kap. 2 § och 25 § SFB.

⁷ 27 kap. 46–49 §§ SFB.

mot arbete som arbetsgivaren erbjuder genom omplacering, med de nya arbetsvillkor som en omplacering kan innebära. Anses arbetstagaren ha arbetsförmåga för att klara ett sådant arbete förlorar hen sin ersättning från sjukförsäkringen (oavsett om hen accepterar omplaceringen).

Efter sex månader – eller 180 dagar – vidgas prövningen ytterligare och görs då i relation till normalt förekommande arbeten på arbetsmarknaden. Motivet till att vidga bedömningen att omfatta arbetsmarknaden är bland annat att försäkringen inte ska utgöra en yrkesförsäkring. Finns arbetsförmåga mot annat arbete förväntas den enskilde ställa sig till arbetsmarknadens förfogande, och har därmed inte längre någon rätt till ersättning.⁸

Ur rättsligt perspektiv behöver läkarintyget således innehålla både en medicinsk bedömning av sjukdomen och dess konsekvenser, samt en beskrivning av mot vilket arbete förmågan relateras.⁹ Läkarintyget förväntas således innehålla en reflektion över sjukdomens konsekvenser för att klara arbetet. Det finns emellertid också andra – av Försäkringskassans uppsatta – krav på läkarintyg för sjukpenning. Men hur förhåller sig med myndighetens rättsliga möjligheter att ställa ytterligare krav på läkarintyget?

3 Försäkringskassans normgivningskompetens för läkarintyg

Utöver den normeringsmakt som riksdagen och regeringen har enligt lag, kan riksdagen medge att regeringen överlåter åt förvaltningsmyndigheter att meddela föreskrifter. Genom sådan subdelegering kan regeringen besluta om både omfattningen av den vidaredelegerade kompetensen och valet av myndighet (8 kap. 10 § RF). Regeringen har också rätt att i förordning delegera rätten att meddela verkställighetsföreskrifter och föreskrifter inom restkompetensen till underordnade myndigheter (8 kap. 11 § RF). Riksdagen kan inte påverka regeringens möjligheter att utnyttja denna delegeringsrätt på annat sätt än genom att lagstifta i ämnet.¹⁰

⁸ Prop. 1996/97:28 Kriterier för rätt till ersättning i form av sjukpenning och förtidspension, s. 14 ff. Mannelqvist, Ruth (2019) Rättsfallskommentar: HFD 2018 ref. 51 (I och II). Normalt förekommande arbete på arbetsmarknaden, FT 2019, s. 119–125.

⁹ Se bl.a. Vahlne Westerhäll, Lotta, Thorpenberg, Stefan, Jonasson, Magnus (2009) Läkarintyget i sjukförsäkringsprocessen: Styrning, legitimitet och bevisning samt Mannelqvist, Ruth (2012) Arbetsförmåga i sjukförsäkringen: Rätt och tillämpning.

¹⁰ Ds 1998:66 Gröna boken (Statsrådsberedningens riktlinjer för författningsskrivning), prop. 1973:90 Proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m., SOU 2008:42 Normgivningsmakten, Expertgrupp, Grundlagsutredningen.

Myndigheter är således behöriga att besluta om externt bindande föreskrifter, dock endast efter bemyndigande eller delegation från regeringen. Försäkringskassan har rätt att besluta om rättsligt bindande föreskrifter enligt bemyndigandeförordningen¹¹ och enligt annan lagstiftning, bland annat socialförsäkringsbalken^{12,13}. Bemyndigandeförordningen innehåller särskilda normgivningsbemyndiganden samt en rätt för Försäkringskassan att meddela verkställighetsföreskrifter.

Riksdagen har gett en subdelegation till regeringen när det gäller läkarintyg enligt 27 kap. 25 § 2 st. socialförsäkringsbalken. Delegationen är emellertid begränsad och omfattar endast möjligheten att medge undantag från skyldigheten att lämna läkarintyg från och med sjunde dagen efter sjukperiodens första dag, eller om den ska gälla från och med en annan dag. Den avser således inte innehållet i eller formen för ett läkarintyg.

I 2 § bemyndigandeförordningen ges Försäkringskassan befogenheten att meddela föreskrifter om bland annat skyldighet för den som har rätt till sjukpenning att lämna de uppgifter som är av betydelse för tillämpningen av socialförsäkringsbalken.¹⁴ Formuleringen av normgivningsbemyndigandet i 2 § tyder på att regeringen inte meddelat några egna föreskrifter i det aktuella hänseendet, varför avgränsningen av delegationen enligt socialförsäkringsbalken gäller.¹⁵

Försäkringskassan ges också rätt att meddela ytterligare föreskrifter om *verkställighet* av sjukpenning med mera.¹⁶ Verkställighetsföreskrifter ska i huvudsak avse regler av administrativ eller kompletterande karaktär som gäller tillämpningen av en lag eller förordning, och ska således inte tillföra regelverket något väsentligt nytt.¹⁷

Försäkringskassan har å sin sida reglerat undantaget från skyldigheten att lämna läkarintyg i en särskild föreskrift.¹⁸ Bestämmelserna står helt i överensstämmelse med den delegation som myndigheten tilldelats enligt socialförsäkringsbalken. I

¹¹ Förordning 1998:562 med vissa bemyndiganden för Försäkringskassan.

¹² SFS 2010:110.

¹³ För diskussion om normgivning inom socialförsäkringsområdet; Vahlne Westerhäll, Lotta (2011) Maktindelning och normgivning på socialförsäkringsområdet, i *Retfærd* nr 4, s. 20–37.

¹⁴ Förutom sjukpenning omfattas föreskriftsrätten även andra ersättningar enligt 8–13 kap. eller 23–37 kap. SFB.

¹⁵ Ds 1998:66, s. 69 ff.

¹⁶ 3 § bemyndigandeförordningen.

¹⁷ Prop. 1973:90, s. 211. Se även Ds 2014:10 En tydligare beredning av myndighetsföreskrifter, samt Lavin, Rune (2008) Regeringsrätten och normkontrollen, i *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel*.

¹⁸ 6–8b §§ Riksförsäkringsverkets föreskrifter (RFFS 1998:13) om kontroll i sjukpenningärenden och ersättning för merutgifter vid resa till och från arbetet, m.m.

samma föreskrift framgår att i ärenden om sjukpenning ska de formulär för läkarintyg och särskild läkarutlåtande som Försäkringskassan fastställt i samråd med Socialstyrelsen användas.¹⁹ Här har emellertid Försäkringskassan gått utöver den lagenliga normgivningen som tilldelats myndigheten, eftersom Försäkringskassans normering i detta avseende är begränsad enligt 27 kap. 25 § 2 st. socialförsäkringsbalken, som framgått ovan.

4 Konsekvenser av Försäkringskassans reglering av läkarintyget

Det är emellertid inte endast en bokstavstolkning av bestämmelsen i socialförsäkringsbalken som leder till slutsatsen att Försäkringskassan gått utöver sitt mandat för normgivning omkring läkarintyg för sjukpenning. Som framgått tidigare ska den försäkrade styrka hans eller hennes nedsatta arbetsförmåga på grund av sjukdom genom läkarintyg.²⁰ Bestämmelsen anger bevismedel (och beviskrav), där läkarintyget således i första hand får ses som den försäkrades bevismedel, även om det också omfattas av Försäkringskassans utredning och ingår därmed i myndighetens beslutsunderlag.²¹

I såväl Försäkringskassans handläggning som förvaltningsprocess gäller principerna om fri bevisföring och fri bevisprövning, vilken innebär att en försäkrad får föra in vilken bevisning som helst i ett mål eller ärende. Med detta följer också principen om fri bevisvärdering, det vill säga att det som regel inte bestäms vilket värde ett bevis ska ges eller vilka bevis som får beaktas i rättsregler.²² Kravet på att den försäkrade ska styrka sin rätt till ersättning genom ett läkarintyg som bevismedel innebär inget undantag från dessa principer, och Försäkringskassan kan därmed inte införa begränsningar genom formaliakrav eller krav på visst innehåll i läkarintygen.²³

Detta kan jämföras med det uttryckliga bemyndigande som Försäkringskassan har att meddela föreskrifter när det gäller krav på skriftliga utlåtanden som ska sammanställas vid försäkringsmedicinska utredningar.²⁴ En annan jämförelse är läkarintyg som utfärdas vid särskilda personutredningar vid brottmål, där det uttryckligen framgår att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer (i detta fall Rättsmedicinalverket i samråd med Socialstyrelsen) får meddela

¹⁹ 9 § RFFS 1998:13.

²⁰ 27 kap. 25 § 1 st. socialförsäkringsbalken.

²¹ 23 § förvaltningslagen (2017:900).

²² 35 kap. 1 § rättegångsbalken och 8 § förvaltningsprocesslagen.

²³ Se Vahlne Westerhäll, Thorpenberg och Jonasson (2009) och Mannelqvist (2012).

²⁴ 10 § 2 st. lagen (2018:744) om försäkringsmedicinska utredningar. Det är en utredningsform som har särskilt stöd i Försäkringskassans utredningsbefogenheter enligt 110 kap. 14 § SFB.

föreskrifter om innehåll och utformning av rättspsykiatriskt utlåtande samt så kallade §7-läkarintyg.²⁵ Motsvarande bemyndigande saknas när det gäller läkarintyg för sjukpenning. Bestämmelsen i föreskriften kan inte heller ses som en verkställighetsföreskrift, eftersom den dels går utanför det verkställande uppdraget, dels innebär att Försäkringskassan tillfört regleringen väsentliga inslag.

4.1 *Krav på diagnoskod*

Som konstaterats saknar Försäkringskassan normgivningskompetens att föreskriva om visst formulär för läkarintyg. I formuläret finns därtill krav på att läkaren måste ange den enskildes sjukdom i en så kallad diagnoskod. Formuläret för läkarintyg innehåller nämligen ett antal rutor som förväntas fyllas i av läkaren.²⁶ Enligt ruta 4 ska den eller de sjukdomar som orsakar nedsatt arbetsförmåga åtföljas av diagnoskoder, enligt ICD-10 SE. Det är den svenska versionen av en internationell sjukdomsklassifikation med förkortningen ICD, som är en statistisk klassifikation med diagnoskoder för att gruppera sjukdomar och dödsorsaker för att kunna göra översiktliga statistiska sammanställningar och analyser. Utöver sjukdomar innehåller den många olika former av relaterade hälsoproblem som kan föranleda kontakt med hälso- och sjukvården, och klassifikationen är således inte en lista över godkända sjukdomar. Den är inte heller bindande för formuleringen av diagnoser som anges i patientjournaler eller annan medicinsk dokumentation.²⁷

Trots kodifikationens syften är uppgift om ICD-kod i läkarintyget en ”obligatorisk” uppgift som måste lämnas av läkaren. Det får därför antas att bedömningen av det socialförsäkringsrättsliga sjukdomsbegreppet i hög utsträckning baseras på de sjukdomar och hälsoproblem som återfinns i kodifikationen, vilket innebär en överhängande risk för att Försäkringskassans definition och tillämpning av sjukdomsbegreppet inte överensstämmer med gällande rätt.²⁸

4.2 *Bedömning utifrån DFA-kedja*

Vidare innehåller läkarintyget krav på att bedömningen av arbetsförmågan görs utifrån den så kallade DFA-kedjan, det vill säga diagnos-funktion-aktivitet. DFA-

²⁵ Lag (1991:2041) om särskild personutredning i brottmål m.m.

²⁶ Läkarintyg för sjukpenning (FK 7804).

²⁷ Socialstyrelsen (2019) Internationell statistisk klassifikation av sjukdomar och relaterade hälsoproblem, Systematisk förteckning, Svensk version, del I-III.

²⁸ Se vidare Westerhäll-Gisselsson, Lotta (1983) Sjukdom och arbetsförmåga: Om rätten till sjukpenning samt Vahlne Westerhäll, Thorpenberg, Jonasson (2009).

kedjan lanserades som utredningsmetod för Försäkringskassan i en offentlig utredning år 2009, och bygger i stor utsträckning på ICF, det vill säga Internationell klassifikation av funktionstillstånd, funktionshinder och hälsa. Till skillnad från ICD, som alltså utgör en klassifikation av sjukdomar, beskrivs ICF som en klassifikation av funktionstillstånd och funktionshinder som sammanhänger med hälsoförhållanden.²⁹ DFA-kedjan har sedan år 2010 införlivats i myndighetens utredningsmetodik samt lagts in som obligatoriska delar i läkarintyget genom rutorna 5 och 6.³⁰ Försäkringskassan använder DFA-kedjan för att fastställa en försäkrads nedsatta arbetsförmåga på grund av sjukdom.³¹ Den innebär att utöver att fastställa den nedsättning av funktioner som en sjukdom leder till, och hur den påverkar den försäkrades möjligheter att utföra sina arbetsuppgifter i arbetet eller på arbetsmarknaden, ska också förmågan till aktivitet beläggas. Vad som avses med aktivitet är inte helt klarlagt, men i Försäkringskassans vägledning framgår att med aktivitetsbegränsning avses hur sjukdomens påverkan på den försäkrades funktioner begränsar förmågan till aktiviteter i det dagliga livet och olika arbetsmoment.³² Aktiviteten behöver således inte vara helt relaterad till arbete, utan kan även omfatta andra aspekter.

Här är det viktigt att understryka att det är en tydlig skillnad mellan en allmän funktions- eller aktivitetsförmåga, vilka omfattar olika livsområden, och arbetsförmåga, som avser en särskild aktivitet i ett specifikt sammanhang, nämligen de krav som återfinns i arbete eller på arbetsmarknaden. Bedömningen av rätten till ersättning kopplad till en allmän förmåga om aktivitet uppvisar istället övervägande gemensamma drag med behovsprövade ersättningar, exempelvis den tidigare handikappersättningen och den nu införda merkostnadsersättningen.³³ Även i dessa bedömningar hänvisar Försäkringskassan till DFA-kedjan.³⁴ Sammantaget innebär Försäkringskassans obligatoriska krav på att en försäkrads förmåga ska bedömas gentemot en generell aktivitetsförmåga vid sjukpenning att myndigheten infört ytterligare ett pseudo-rekvisit som saknar motsvarighet i den rättsliga regleringen. Rätten till sjukpenning ska bedömas i relation till den försäkrades förmåga att arbeta, och inte i relation till andra aktiviteter.

²⁹ Socialstyrelsen (2003) Klassifikation av funktionstillstånd, funktionshinder och hälsa.

³⁰ SOU 2009:89 Gränslandet mellan sjukdom och arbete: Arbetsförmåga/Medicinska förutsättningar för arbete/Försörjningsförmåga. Slutbetänkande av Arbetsförmågeutredningen.

³¹ 27 kap. 2 § socialförsäkringsbalken.

³² Försäkringskassans Vägledning 2015:1 Sjukpenning, rehabilitering och rehabiliteringsersättning, Version 10, s. 232.

³³ 50 kap. SFB.

³⁴ Se Läkarutlåtande för omvårdnadsbidrag och merkostnadsersättning, FK 3220.

5 En begränsning av försäkringen och välfärden

Sammantaget kan konstateras att Försäkringskassans föreskrift begränsar såväl innehåll som utformning av läkarintyg för sjukpenning i relation till både bestämmelsen i 27 kap. 25 § socialförsäkringsbalken och grundläggande rättsprinciper om fri bevisföring, bevisprövning och bevisvärdering.³⁵ Försäkringskassan går därmed utanför den normgivningskompetens som ankommer myndigheten. Den utfärdade bestämmelsen står i strid med gällande rätt, eftersom det saknas rättsligt stöd att kräva särskild form eller särskilt formulär för läkarintyg för sjukpenning. Vidare saknas stöd i lagstiftning att kräva att det rättsliga begreppet sjukdom måste omdefinieras i diagnoskoder, eller att det ska finnas en beskrivning enligt DFA-kedjan för att sjukpenning ska utgå. Rätten till ersättning ska baseras på en bedömning av den försäkrades nedsatta arbetsförmåga på grund av sjukdom och kraven på diagnoskod och DFA-kedja innebär att förvaltningsmyndigheten gått utanför de rättsliga ramar som uppställts i socialförsäkringsbalken och därmed utanför sitt uppdrag. Reglering av form och innehåll i läkarintyget för sjukpenning är således inte förenligt med svensk gällande rätt.

För den enskilde blir konsekvensen att det sker en urholkning av principen om fri bevisföring, vilket i sin tur kan leda till att rätten till ersättning begränsas. Men det här riskerar också att omvandla sjukförsäkringen till en behovsprövad ersättning utan närmare koppling till arbete, något som i förlängningen urholkar välfärden och undergräver förutsättningarna för ett hållbart arbetsliv.

³⁵ 9 § Riksförsäkringsverkets föreskrift (RFFS 1998:13) om kontroll i sjukpenningärenden och ersättning för merutgifter vid resa till och från arbetet m.m.

Arbetstagarinflytande i Norge och i Sverige

BERNARD JOHANN MULDER¹

1 Temat

Denna text utgör mitt bidrag i hyllningsskriften till Örjan Edström. I det undersöks i all korthet några likheter och skillnader mellan Norge och Sverige på det omfattande område som temat arbetstagarinflytande utgör.² Ämnet torde vara väl bekant för jubilaren,³ men kanske kan min uppsats ändå bidra med viss å jour-föring på området.

Arbetsmarknadsmodellerna i Norge och Sverige handlar i mångt och mycket om samarbeten i olika former och på olika nivåer, genom samverkan och förhandlingar, på lokal nivå på den enskilda arbetsplatsen mellan företagsledningen och förtroendevalda, om medverkan i bolagsorgan, på central nivå mellan arbetsgivarorganisationerna och arbetstagarorganisationerna, mellan arbetsmarknadens parter och statsmakterna, reglerat genom lagar och avtal.

¹ Professor jur.dr, Instituttt for privatrett, Det juridiske fakultet, Universitet i Oslo.

² Uppsatsen bygger på, men är en omarbetad version av, ett föredrag hållet i september 2017 på Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (Comptrasec), Université de Bordeaux; se Mulder, Bernard Johann, La participation des travailleurs en Norvège et en Suède, i La participation de travailleurs dans la grande entreprise privée et publique, Revue de droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, 2018 n° 3, s. 52–69.

³ Se bland mycket annat Edström, Örjan, Involvement of Employees in Private Enterprises in Four Nordic Countries, i Wahlström, Peter (ed.), Stability and Change, s. 159–188; Edström, Örjan, Collective labour law in the Nordic countries. The relationship between individual employment contracts and state legislation, i Basedow, Jürgen, Su, Chen, Fornasier, Matteo, Likkunen, Ulla (eds.), Employee participation and collective bargaining in Europe and China, 2016, s. 3–28; Edström, Örjan, The Nordic Industrial Relations Model: Surviving the Impact from European Law?, i Carlsson, Laura, Edström, Örjan, Nyström, Birgitta, Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law, (eds.) 2016, s. 95–112; samt Edström, Örjan, Medbestämmandeavtal – en särskild typ av avtal?, i Ahlberg, Kerstin, Herzfeld Olsson, Petra, Malmberg, Jonas (red.), Niklas Bruun i Sverige. En vänbok, 2017, s. 71–85.

Organisationerna, de förtroendevalda och samverkan mellan arbetsgivarna och arbetstagarna och deras representanter är beståndsdelar som ingår i den norska såväl som den svenska arbetsmarknadsmodellen. Kännetecknande för de skandinaviska (och nordiska) länderna i detta hänseende, är att statsmakten endast i begränsad utsträckning ingripit i relationen mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, en nordisk version av *collective laissez-faire*⁴, grundad på att ”Arbidsmarkedets parter har i praksis en ’uskriven kontrakt’ med staten om at fastlægge løn- og arbejdsvilkårene. Staten har i forlængelse heraf indtaget en tilbagetrukken rolle i det arbejdsretlige system.”⁵ Trots aktivitet från EU:s institutioner på området, gäller detta i grunden fortfarande.⁶ Den skandinaviska modellen med självreglerande arbetsmarknadsparter ska inte blandas samman med ”flexibilisering” och ”avreglering”. Arbetsmarknadsparternas normering har stor betydelse långt utanför arbetsrelationen.”Zweifellos sind arbeitsrechtliche Normen eine wichtige Voraussetzung für eine funktionierende Marktwirtschaft und vor allem für nachhaltige Entwicklung.”⁷

Genomgången visar att norsk och svensk rätt lägger tonvikten på hur inflytandet ska uppnås något olika, samt att enskilda arbetstagare framför fackföreningar i olika grad är föremål för arbetstagarinflytandet. Gemensamt är emellertid utgångspunkten att arbetstagarinflytandet är en grundläggande idé om möjligheterna för arbetstagarna att kunna påverka sin arbetssituation, manifesterad i nationell rätt, i varierande grad under influens av internationella dokument, såsom ILO-konventionerna nr 87 och nr 98 och den Europeiska sociala stadgan, samt av överstatliga rättsakter såsom EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna. EU:s

⁴ Jfr Dukes, Ruth, *The Labour Constitution*, 2014, s. 23-30; Jacobs, Antoine, *Collective Self-Regulation*, i Hepple, Bob (ed.), *The Making of Labour Law in Europe*, 1986, s. 193-241; Kahn-Freund, Otto, *Labour Law*, i Ginsberg, Morris, *Law and Opinion in England in the 20th Century*, 1959, s. 215-263. Se också Ramm, Thilo, *Laissez-faire and State Protection of Worker*, i Hepple (ed.), *The Making of Labour Law*, s. 73-113.

⁵ Kristiansen, Jens, *Avtalemодellen og dens eurpæiske udfordringer*, 2013, s. 15. Se också Evju, Stein, *Kollektiv autonomi, ”den nordiske modell” og dens fremtid*, *Arbidsrett 2010* s. 1-29 (Se vidare Hasselbalch, Ole, *The Roots – the History of Nordic Labour Law*, Wahlström, Peter (ed.), *Stability and Change in Nordic Labour Law*, *Scandinavian Studies of Law Volume 43*, 2002, s. 22-30; Evju, Stein, *Labour Courts and Collective Agreements – the Nordic Model*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2008 s. 429-437; Fahlbeck, Reinhold, *Industrial Relations and Collective Labour Law*, i Wahlström, (ed.), *Stability and Change*, s. 94 f.

⁶ Jfr Iossa, Andrea, *Collective Autonomy in the European Union*, 2017, särskilt s. 240-260 (även Nielsen, Ruth, *Nordic and EU Labour Law*, i Wahlström, (ed.), *Stability and Change*, s. 37-76.

⁷ Weiss, Manfred, *Globalisierung des Arbeitsrechts und der Arbeitsbeziehungen*, i Schubert, Jens M. (utg.), *Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht*, *Festschrift für Otto Ernst Kempfen*, 2013, s. 384-400, s. 385. Min översättning: Arbetsrättsliga normer är tveklöst viktiga förutsättningar för en fungerande marknadsekonomi och framför allt för hållbar utveckling.

stadga om de grundläggande rättigheterna är inte en del av EES-avtalet, men kan likväl få betydelse vid tolkning av EES-rätten, dels för att stadgan kan påverka tolkningen av EES-relevant EU-rätt, dels innehåller grundläggande EU-rättsliga principer, och därmed påverkar medlemsstaternas rättsordning.⁸ I Norge är arbetsplatsdemokrati grundlagsfäst i det att det i Grunnloven § 110 heter att ”Närmere bestemmelser om ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass fastsettes ved lov”.

2 Motiv för arbetstagarinflytande

Motiven för och emot arbetstagarinflytande varierar.⁹ Det uppenbara är att sådant inflytande är ett ingrepp i arbetsgivarprerogativet, som postulerar vem som bestämmer i och över verksamheten;¹⁰ inflytandet har ju också just detta ingrepp som syfte, och det antas att arbetstagarinflytande medför att arbetstagarna utövar makt över en verksamhets beslutsfattande.¹¹ Sätillvida är det ett tydligt ideologiskt ställningstagande. Arbetstagarnas medverkan i beslutsorgan och deras intresse av att bli hörda före beslut, kan också vara motiv för och emot huruvida det av sådan medverkan följer beslutseffektivitet. Även om arbetstagarrepresentanterna har erfarenhet av verksamheten argumenteras det ibland för att de inte har adekvat utbildning eller kunskap för värvet, något som också sägs kunna påverka beslutseffektiviteten. Frågor uppkommer vem som ska tillhandahålla resurser för att dessa arbetstagarföreträdare har rätt kompetens. Bristen av utbildning eller kompetens kan emellertid leda till att göra arbetstagar kollektivet mer delaktigt i arbetsgivarens beslutsprocesser, snarare än att tillförsäkra att arbetstagarnas intressen som sådana tillvaratas i dessa processer; därigenom får arbets- och företagsledningsbesluten legitimitet. För arbetsgivarsidan kan arbetstagarnas medverkan bidra till att man vinner arbetsfred och att man i stället kan koncentrera

⁸ Fredriksen, Halvard Haukeland, Mathisen, Gjermund, EØS-rett, 3. utg. 2018, s. 41 f. och 300 f.

⁹ Jfr Sjödin, Erik, Ett europeiserat arbetstagarinflytande, 2015, s. 18–23; NOU 2010: 1 Medvirkning og medbestemmelse, s. 16; Jaumotte, Florence, Osorio Buitron, Carolina, Inequality and Labor Market Institutions, IMF staff discussion note 15/14, 2015; Preis, Ulrich, Arbeitsrecht. Kollektivarbeitsrecht, 4. Auflage 2017, s. 377 f.

¹⁰ Jfr Sinzheimer, Hugo, Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses (1928), i Sinzheimer, Hugo, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden. Band 1, 1976, s. 115–134; Weiss, Manfred, Re-Inventing Labour Law, i Davidov, Guy, Langille, Brian (eds.), The Idea of Labour Law, 2011, s. 43–56.

¹¹ Se exempelvis Innstilling om demokrati i bedriftslivet, 1971 (Eckhoffutvalget), samt prop. 1975/76:105 Demokrati på arbeidsplassen s. 1, och prop. 1975/76:105 bilaga 1, Lag om medbestemmende i arbeidslivet, s. 6.

sig på produktion eller annan verksamhet. Syftet med arbetstagarmedverkan är att sträva efter att arbetstagarintressen som ett kollektiv ska beaktas, något som i sin tur tillvaratas av intresseföreträdare för kollektivet, det vill säga typiskt sett fackföreningen och deras förtroendevalda (tillitsvalgte). Arbetstagarinflytande i verksamheter med gränsöverskridande aktivitet behandlas inte här.¹² Här finns heller inte plats att göra en genomgång av alla de olika inflytandeformerna i Norge och i Sverige och jämföra dem, utan jag ska bara peka på några saker.

Arbetstagarinflytandet kan uppnås på en mängd olika sätt, och är till stor del en följd av hur inflytandet vuxit fram samt beroende av och samverkar med den bolagsrättsliga och den ekonomiska strukturen i landet. I Tyskland, som haft stor inverkan på norsk och svensk arbetsrätt, skiljer man rättsligt på å ena sidan inflytande genom företagsråd (*betriebliche Mitbestimmung*) och å andra sidan inflytande genom säte i samt valbarhet och rösträtt till bolagsorgan (*unternehmerische Mitbestimmung*).¹³ Regleringen av inflytande genom företagsråd är arbetsrättslig, medan inflytande genom bolagsorgan följer av bolagsrättslig (selskapsrättslig) reglering.¹⁴ Själva sammansättningen av bolagsorganen, det vill säga hur många arbetstagarrepresentanter som ska utses, vem som har rätt att utse(s), följer emellertid av arbetsrättslig lagstiftning, om villkoren för att etablera representation enligt bolagsrättsliga regler är uppfyllda.¹⁵

Norsk och svensk arbetstagarinflytandereglering skiljer sig något från denna tyska, svensk något mer än norsk. Nationella system för arbetstagarinflytande skiljer sig åt, men under inflytande av ekonomisk och sociologisk och annan icke-rättsvetenskaplig forskning kan två perspektiv skönjas för hur analysen av arbetstagarinflytande genomförs.¹⁶ Avstamp tas ofta, antagligen efter kontinentalt mönster, i arbetstagarinflytande i bolagsorgan mer specifikt, snarare än generellt arbetstagarinflytande. Det ena perspektivet utgår från bolagsstyrning (*corporate governance*) och angår närmast och ingriper i förhållandet mellan principal och agent,

¹² Jfr istället Mulder, Bernard Johann, Arbetstagarrepresentation i internationella koncernbolag, i Niklas Bruun i Sverige, 2017, s. 275–288, och däri angivna källor.

¹³ Se Hromadka, Wolfgang, Maschmann, Frank, Arbeitsrecht Band 2. Kollektivarbeitsrecht + Arbeitsstreitigkeiten, 6. Auflage 2014, s. 215–234; Preis, Arbeitsrecht, s. 2–7, 377–686.

¹⁴ Se §§ 74–113 Betriebsverfassungsgesetz respektive § 96 Aktiengesetz. Se för en jämförelse mellan tysk och svensk reglering av arbetstagarinflytande Sleik, Max, Arbeitnehmerbeteiligung in Deutschland und in Schweden, 2011.

¹⁵ Se exempel i *Erzberger*, C-566/15, EU:C:2017:272; Mulder, Bernard Johann, The law concerning the election of employees' representatives in company bodies: Note in the light of the CJEU case *Konrad Erzberger v TUI AG*, C 566/15, European Labour Law 2017 s. 96–104.

¹⁶ Se Waddington, Jeremy (ed.), European Board-Level Employee Representation, 2018.

det vill säga förhållandet mellan ägare och ägarföreträdare.¹⁷ Det andra perspektivet utgår från relationerna mellan arbetsmarknadens parter (*industrial relations*) och berör frågeställningar om demokratisering av arbetslivet, huvudsakligen från ett utomrättsligt perspektiv.¹⁸ Detta perspektiv har en lång historia, med startpunkt i Beatrice Webbs och Sidney Webbs pionjärarbeten.¹⁹

Rättsligt sett regleras bolagsstyrningsfrågorna i bolagsrätten, medan relationerna mellan arbetsmarknadens parter delvis regleras av bolagsrätten, delvis av arbetsrätten. I gränslandet till den arbetsrättsliga disciplinen är det huvudsakligen förhållandet mellan arbetsmarknadens parter som har tilldragit sig intresse i detta avseende.²⁰

3 Arbetstagarinflytandets framväxt

Samarbetsmodellerna mellan arbetsmarknadens parter har i Norge och i Sverige haft snarlika utvecklingsdrag allt sedan modellernas framväxt till följd av industrialiseringens genombrott. Som en konsekvens av denna avgörande strukturomvandling skapades behov för skydd för arbetskraftens arbetssituation och i slutet på 1800-talet infördes regler om arbetarskydd (arbeidervern) i båda länderna. Efter några turbulenta decennier i början på 1900-talet, med krav på allmän rösträtt – införd i Norge 1898 för män och 1913 för kvinnor, i Sverige genomförd 1921 för både kvinnor och män – och omfattande arbetsmarknadskonflikter, träffades på 1930-talet i både Norge och Sverige de centrala huvudavtal som skulle ligga till grund för de arbetsmarknadsmodeller som kom att utvecklas i dessa länder och bana vägen för välfärdsstaten – och omvänt.²¹ 1935 träffades Hovedavtalen mellan Arbeidernes Faglige Landsorganisasjon (AFL) och Norsk Arbeidsgiverforening (N.A.F.). 1938 träffades det så kallade Saltsjöbadsavtalet mellan Landsorganisationen i Sverige och Svenska Arbetstagarförbundet (SAF).²²

¹⁷ Jfr Conchon, Aline, Workers' voice in corporate governance. A European perspective, 2015.

¹⁸ Se till exempel Elvander, Industrial Relations. A Short History of Ideas and Learning, 2002.

¹⁹ Webb, Sidney, Webb, Beatrice, Industrial Democracy, 1st ed. 1897, 9th ed. 1926.

²⁰ Se exempelvis Fahlbeck, Reinhold, Tankar om *industrial relations* som vetenskapsgren, Statsvetenskaplig tidskrift 1996 s. 53–76; Fahlbeck, Reinhold, Reflections on Industrial Relations, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 1996 s. 289–313; Biagi, Marco (ed.), Quality of Work and Employee Involvement in Europe, 2002; Rönmar, Mia (ed.), EU Industrial Relations v. National Industrial Relations, 2008.

²¹ Jfr NOU 2010: 1 Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet, s. 23; SOU 2018:40 Vissa fredspliktsfrågor, s. 43 f.

²² Se om denna utveckling i exempelvis Alsos, Kristin, Seip, Åsmund Arup, Nygaard, Pål, I arbeidsfredens tjeneste, 2016; Bergh, Trond (red.), Avtalt spill, 2010; Lundh, Christer, Spelets regler, 2010; Nycander, Svante, Makten över arbetsmarknaden, 3 uppl. 2017 (samma som 2 uppl. 2008!).

Som bekant har organisationerna något ändrat namn och konstellation under årens lopp: AFL blev 1957 Landsorganisasjonen i Norge (LO), N.A.F. slogs 1989 ihop med Norges Industriforbund (NI) och Norges Håndverkerforbund (NH) och blev Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO). Svenskt Näringsliv bildades 2001 genom en sammanslagning av SAF och Sveriges Industriförbund.

Samarbetsformerna arbetsmarknadens parter emellan i de båda länderna präglar och bär prägel av det som gärna betecknas som den nordiska modellen. Den reglering som finns, bygger på en princip om en rätt att påkalla förhandling, utan några egentliga begränsningar av vad det får påkallas förhandling om, annat än att det ska gälla relationen mellan arbetstagare och arbetsgivare. Någon legaldefinition på vad som avses med förhandling har inte funnits. I stället är det parterna själva inom ramen för sin relativt långtgående autonomi som har att bestämma förhandlingsrättens ramar och närmare innehåll. Som utgångspunkt har det varit fråga om förhandlingar för att erhålla eller revidera kollektivavtal. Sådana förhandlingar utgör en form av inflytande, och inrymmer olika former av inflytande på olika rättsliga grunder, såsom inflytande genom information och samråd, inflytande genom samverkan och förhandling, samt inflytande genom representation i bolagsorgan.

Redan 1915 reglerades i Norge för privat sektor förhållandet mellan arbetsmarknadens parter genom att arbeidstvistloven föreskrev en rätt för fackförening, enskild arbetsgivare eller arbetsgivarorganisationer att framställa krav om förhandlingar för att ingå eller revidera kollektivavtal.²³ I Sverige kom detta att regleras av 1928 års kollektivavtalslag, men framförallt av 1936 års förenings- och förhandlingsrättslag.²⁴ Redan 1915 hade emellertid Högsta domstolen erkänt kollektivavtalet som avtalsform;²⁵ Högsta domstolen uttalade att kollektivavtalet var bindande och att brott mot avtalet gav grund för skyldighet att utge skadestånd. Förenings- och förhandlingsrättslagen var emellertid mer detaljerad än arbeidstvistloven avseende själva förhandlingsrätten, något som avspeglas även i nu gällande reglering.²⁶ Samtidigt som denna första arbetsrättslagstiftning antogs, etablerades specialdomstolar för slitande av arbetsrättsliga tvister: Arbeidsretten (1916) och Arbetsdomstolen (1929).

²³ Se numera lov 27. januar 2012 om arbeidstvister § 4.

²⁴ Lag (1928:253) om kollektivavtal och lag (1936:506) om förenings- och förhandlingsrätt; lagarna kom till inte så ringa del att föras vidare i medbestämmandelagen, lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

²⁵ NJA 1915 s. 233.

²⁶ Jfr arbeidstvistloven § 3 och tjenestetvistloven § 3 med 10–17 § medbestämmandelagen.

Således har fackföreningarna och arbetsgivarorganisationerna det senaste decenniet spelat en central, dominerande och avgörande roll i skapandet och utvecklandet av arbetsrätten och relationerna mellan arbetsmarknadens parter. I såväl utvecklingsfasen av etablerandet av arbetsmarknadspartsrelationerna som utvecklingen av den och för skapandet av välfärdsstaterna har ett särskilt och viktigt drag i modellen utmärkt sig: tillit. Den i internationell jämförelse långtgående tilltron mellan organisationen och deras medlemmar, och emellan arbetsmarknadens parter på ömse sidor är slående. Lika slående, i internationell jämförelse, är tilliten från statsmakternas sida till arbetsmarknadens parter; man behöver inte förflytta sig långt geografiskt eller alls (rätts)kulturellt för att se att detta förhållande är unikt. Denna tillit har varit helt avgörande för utvecklingen av relationerna på arbetsmarknaden och för utveckling av den.

Naturligtvis är relationerna inte friktionsfria och intressekonflikterna har varit och är uppenbara i många avseenden: arbetsrätt är i mångt och mycket ”the product of conflicting ideologies”.²⁷ För närvarande diskuteras i Sverige gränserna för rätten till stridsåtgärd.²⁸ I Norge kan myndigheterna genom tvungen lönsnemnd ingripa i och avbryta en pågående konflikt som bedöms som samhällsfarlig.²⁹ Regeringen föreslår för Stortinget en ad hoc-lag om upprättande av tvungen lönsnemnd för slitande av den konkreta tvisten, varefter regeringen upprättar Rikslönsnemnda. Rikslönsnemndas avgörande har verkan som kollektivavtal.³⁰

4 Inflytandet för ”arbetare” och ”tjänstemän” och den grundläggande föreningsrätten (organisasjonsfriheten)

De nu beskrivna reglerna omfattade ursprungligen ”arbetare”. Tjänstemännen inom såväl privat som offentlig sektor (funksjonærene respektive tjenestemennene) omfattades inte av dessa regler. I både Norge och Sverige utvecklades därför en egen struktur för förhandlingar och samverkansformer på vardera dessa områden. I Norge erkändes tjänstemännens (funksjonærenes) organisationsrätt av arbetsgivarsidan på 1950-talet, efter att frågan lagreglerats genom ”Lex Askim”.³¹ Lagen, som primärt gav arbetsledare rätt att organisera sig, kom snart att bli obsolet

²⁷ Jfr Hepple, Bob (ed.), Introduction, *The Making of Labour Law*, 1986, s. 27.

²⁸ Jfr SOU 2018:40.

²⁹ Lov 27. januar 2012 om lønnsnemnd i arbeidstvister (lønnsnemndloven).

³⁰ Lønnsnemndloven § 2 annet ledd.

³¹ Midlertidig lov av 14. desember 1951 om organisasjonsfrihet m.v. for arbeidsledere i private bedrifter; jfr Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, 1967, s. 351–356; Evju, Stein, *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*, 1982, s. 68–71.

på grund av föreningsfrihetens (organisasjonsfrihetens) karaktär av grundrättighet och arbetsgivarsidans erkännande av funksjonærenes organisationsrett, och den upphörde 1978.³² I Sverige kom privatanställda tjänstemän uttryckligen omfattas av facklig föreningsrett och förhandlingsrett med den år 1936 införda förenings- och förhandlingsrettslagen.

Vad gäller statsanställda har det både i Norge och i Sverige för dessa gällt särskilda regler.³³ För norska statliga tjänstemän (tjenestemenn) reglerades förhållandet i förhandlingsloven av 1933, genom vilken en särskild Tjenestemannsrett etablerades med Arbeidsretten som modell. Denna ordning ansågs vara nödvändig eftersom de offentliganställda inte definierades som ”arbeidere” i arbeidstvistlovens mening och deras organisationer heller inte hade status som fackförening i lagens mening. När tjenestetvistloven av 1958 trädde ikraft kom den att omfatta också de som omfattats av förhandlingsloven, och samtidigt fick Arbeidsretten kompetens också över rättstvister som rör offentliganställda och Tjenestemannsretten avskaffades.³⁴ Detta hade skett för de kommunalanställda året tidigare.³⁵ Redan sedan 1918 fanns emellertid regler för ”offentlige tjenestemænd”.³⁶ I Sverige fick statliga tjänstemän rätt till förhandlingar, eller närmast rätt till information, genom en kungörelse 1937.³⁷ Kungörelsen ersattes 1965 av statstjänstemannalagen; samtidigt antogs kommunaltjänstemannalagen.³⁸ Med 1970-talets arbetsrättsreform kom de stats- och kommunalanställdas förhandlingsrett regleras av den generellt tillämpliga medbestämmandelagen. Däremot gäller för både norska och svenska statsanställda fortsatt en särskild lag som reglerar vissa speciella delar som det statliga anställningsförhållandet innebär, nämligen statsansatteloven 2017, respektive lagen om offentlig anställning 1994.³⁹

³² Se Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, s. 358; jfr Rikslønnsnemndas kjennelse av [?] desember 1964 i sak nr. 27/1964. Se Høyesterett om organisasjonsrettens sedvanerettslige skydd Rt. 2008 s. 1601 (Rieber Shipping).

³³ Se nærmere Engelsrud, *Gerd, Styring og vern*, 6. utg. 2017; Engelsrud, *Gerd, Statsansatteloven*, 2018; Andersson, *Anderz, Bejstam, Lars, Edström, Örjan, Zanderin, Lars, Arbetsrätten i staten*, 2004; Hinn, *Eskil, Aspegren, Lennart, Karlsson, Carl Johan, Offentlig arbeidsrett*, 3 uppl. 2016; Ehrnrooth, *Ylva, Statlig tjensteman*, 2017.

³⁴ Lov 18. juli 1958 om offentlige tjenestetvister. Se även Ot.prp. nr. 20 (1958).

³⁵ Se Ot.prp. 66 (1957).

³⁶ Lov 15. februar 1918 om offentlige tjenestemænd, som ersattes av lov 10. juni 1977 om statens tjenestemenn, som i sin tur ersattes av lov 4. mars 1983 om statens tjenestemenn m.m.

³⁷ Kungörelse (1937:292) angående förhandlingsrett för statens tjänstemän

³⁸ Statstjänstemannalagen (1965:274); kommunaltjänstemannalagen (1965:275).

³⁹ Lov 16. juni 2017 om statens ansatte mv. (som ersatte tjenestemannsloven av 1983, se fotnot 36), respektive lag (1994:260) om offentlig anställning.

I båda rättsordningarna fick och får föreningsrätten (organisationsfriheten) anses utgöra grunden för förhandlingsrätten, och därmed rätten att påkalla förhandling om kollektivavtal. I arbetstvistloven finns inte någon till rätten till förhandling motsvarande plikt att träda i förhandling.⁴⁰ En sådan rätt följer emellertid av tjänestetvistloven och medbestämmandelagen 1976, men följde redan av förenings- och förhandlingsrättslagen.⁴¹ I övrigt kan en plikt att träda i förhandling efter att part påkallat det föreligga för part genom kollektivavtal. Sanktionen som part kan tillgripa om den andra parten inte sluter upp till förhandling, eller om man efter förhandlingar inte träffar någon överenskommelse, är konfliktåtgärder (arbetskamp) under förutsättning att det rör intressetvister. Är det fråga om rättstvister, är det i stället specialdomstolen som ska avgöra den tvisten.⁴²

Någon uppdelning av arbetstagarkategorier görs inte lag; även om det i kollektivavtalslagen termen arbetare användes, avsågs med termen även tjänstemän. Annat är att det funnits och finns särregler för vissa kategorier av arbetstagare, såsom sjömän och arbetstagare i husligt arbete. I förenings- och förhandlingsrättslagen användes emellertid termen arbetstagare. Det blev i Sverige inget av den kategoriklyvning som föreslogs i ett betänkande 1935, huvudsakligen på grund av motstånd från LO, och frågan har egentligen aldrig mer varit aktuell.⁴³ I praktiken kom emellertid en uppdelning ändå att ske genom att olika arbetstagargrupper organiserades i olika fackföreningar som kom att tillhöra olika huvudorganisationer. Vid sidan av LO finns tjänstemannaorganisationen TCO och akademikerorganisationen SACO, båda bildade under 1940-talet. Uppdelningen består alltjämt. I Norge var situationen sådan att det rådde en dualism i det att arbetstvistlagstiftningen var uppbyggd på att arbetarnas (inte arbetstagarnas generellt) och arbetsgivarnas intressen skulle speglas av nuvarande LO och NHO; jämför vad som nyss sagts om terminologin i kollektivavtalslagen.⁴⁴ I denna modell fick inte särskilda organisationer för tjänstemännen (funktionsærene) plats, utan LO kom att organisera också tjänstemän. Dualismen skulle omsider föra det med sig att många arbetstagargrupper, som alltså inte ingick i LO, kom att stå utanför arbetstvistlagarnas tillämpningsområde – och därmed fredspliktreglerna. 1977 bildades huvudorganisationen Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS), som

⁴⁰ Se prop. 134 L (2010–2011), s. 73.

⁴¹ Jfr prop. 1975/76:105, bilaga 1 s. 36.

⁴² Se arbetstvistloven §8 och § 33 samt 41 § medbestämmandelagen och 2 kap. 1 §.

⁴³ SOU 1935:18 Betänkande med förslag till lag om arbetsavtal. Se även Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, Svensk arbetsrätt, 14 uppl. 2013 s. 67.

⁴⁴ Se exempelvis Alsos/Seip/Nygaard, I arbeidsfredens tjeneste, særskilt s. 267–280; se även Bergh, (red.), Avtalt spill.

organiserar arbetstagare, huvudsakligen i konkurrens med LO. 1997 bildades fackförbundet Akademikerne för att organisera akademiker, primärt verksamma i privat sektor. 2001 bildades Unio för att organisera olika yrkesgrupper med professionsutbildning huvudsakligen verksamma i offentlig sektor. Denna bakgrund i de två skandinaviska länderna speglar alltså dagens organisationsstrukturer där, och är alltså inte helt jämförbara med varandra.⁴⁵

I föreningsrättens regim har samarbetet mellan arbetsmarknadens parter kunnat ta form och etablera ytterligare ett centralt kännetecken för arbetsrätten, nämligen det kollektiva avtalet. Fortfarande får det sägas gälla för både Norge och Sverige att ”The collective agreement represents the most important method in use today for the regulation not only of wages and other working conditions but also of the relations between the labour market organizations”.⁴⁶

5 Former för arbetstagarinflytande

Samverkan mellan arbetsmarknadens parter förekommer på skilda nivåer och i olika former för varierande angelägenheter, från central, nationell, nivå, via branschomfattande nivåer till lokal nivå på företag, myndighet eller kommun. Denna samverkan utövas genom arbetstagarrepresentanter vilka blivit utsedda antingen av arbetstagarerna direkt eller av den fackförening de tillhör. Eftersom olika frågor behandlas på olika nivåer blir de olika formerna för medverkan ett komplement till varandra för att uppnå inflytande. Samtidigt medför de olika medverkansformerna inflytande i skilda frågor. Det rättsliga ramverket ser emellertid olika ut för de olika medverkansformerna. Dock är det inte i princip någon skillnad mellan privatanställda och offentligtanställda avseende arbetstagarinflytandet. Detta gäller även rätten till att vidta stridsåtgärder (arbetskamp), som ju betraktas som en kärnrättighet om arbetstagarinflytande ska vara något mer än ”kollektives Betteln” (kollektivt tiggeri).⁴⁷

⁴⁵ Se vidare Stokke, Torgeir Aarvaag, Nergaard, Kristine, Evju, Stein, Det kollektive arbeidslivet, 2. utg. 2013; Neergard, Kristine, Organisasjonsgrader, tariffavtaledekning og arbeidskonflikter 2016/17, 2018; Adlercreutz/Mulder, Svensk arbetsrätt, s. 91–95; Kjellberg, Anders, Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund, 2017.

⁴⁶ Adlercreutz, Axel, The Rise and Development of the Collective Agreement, i Schmidt, Folke (ed.), Scandinavian Studies in Law, 1958, s. 9–53, s. 11.

⁴⁷ Se BAG, 1 AZR/611, 54; BAG, 1 AZR 179/11, 117. jfr Estreicher, Samuel, Collective bargaining or ”collective begging”? Reflections on Antistrikebreaker Legislation, Michigan Law Review, 1995 s. 577–608, s. 599.

Tröskeln för att vidta stridsåtgärder är i Norge och i Sverige ganska låg. Förlorade arbetsdagar till följd av stridsåtgärder är högre i Norge än i Sverige och tendensen är att skillnaden ökar: för tioårsperioden 2007–2016 var snittet 21 000 förlorade arbetsdagar per år i Sverige, men 128 000 i Norge; för femårsperioden 2012–2016 var antalet förlorade arbetsdagar per år 142 000 i Norge, men knappt 12 000 i Sverige.⁴⁸ Vad gäller igångsättandet av en arbetskonflikt, kan den sägas vara mer formaliserad i Norge än i Sverige.⁴⁹ Den stora skillnaden är att man i Norge måste säga upp anställningsavtalen genom så kallad plassoppsigelse för att konflikten ska vara lovlig. Sedvanan påbjuder emellertid en rätt och plikt att återupprätta anställningsavtalen och det är, i likhet med förhållandet i Sverige, fråga om suspendering av anställningsavtalen. Vidare är statsmakternas inblandning i arbetskonflikter större i Norge än i Sverige. I Norge finns en möjlighet för Riksmekleren⁵⁰ att ingripa i tvisten och avbryta konflikten temporärt. Som bekant har inte medlarna i Sverige ett sådant mandat.⁵¹

Med arbetstagarinflytande menas att arbetstagarerna har rätt till medverkan i beslutsstrukturer och beslutsmakt, det vill säga en rätt för arbetstagar kollektivet att utöva inflytande över arbetsgivarens alla beslut. Reglerna om arbetstagarmedverkan kan sägas bygga på arbetsfredsregleringen och har den som förutsättning. Uttrycket antyder att det rör sig om inflytande genom representation i särskilda bolagsorgan som inte är företagsledande, såsom företagsråd eller bedriftsutvalg, eller om inflytande genom representation i företagsledande organ eller kan påverka sådana organs sammansättning, jfr bedriftsforsamling. Men uttrycket omfattar även inflytande genom (kollektiva) förhandlingar. Med termen arbetsplatsdemokrati förstås både att det rör sig om sådant inflytande och medbestämmande som utjämnar arbetsgivarens beslutsrätt, en ekonomisk maktutjämning, och som alltså riktar in sig på företagsledning, och om sådant inflytande och medbestämmande som riktar in sig på själva arbetsledningen.⁵² Försöket i Sverige med en variant av ekonomisk maktutjämning – och maktöverföring –, och för att få ekonomisk demokrati genomförd som ett komplement till den politiska demokratin, genom

⁴⁸ Medlingsinstitutets årsrapport, Avtalsrörelsen och lönebildningen 2018, s. 217.

⁴⁹ Se arbeidstvisteloven § 3, 8, 18 och 25.

⁵⁰ Arbeidstvisteloven § 11.

⁵¹ Se 46–53 § medbestämmandelagen.

⁵² Se om terminologin Schmidt, Folke, Löntagarrätt, 2 uppl. 1980, s. 162; Eklund, Ronnie, i Schmidt, Folke, m.fl., Löntagarrätt, rev. uppl. 1994, s. 224; Schmidt, Folke, Tjänsteavtalet, 1959, s. 154; Evju, Stein, Arbeidsrett og Styringsrett – et perspektiv, i Arbeidsrett och arbeidsliv. S. 3–32; SkonbergAlexander Naess, Hognestad, Eirike, Hotvedt, Marianne Jenum, Individuell arbeidsrett, 2, utg. 2017, s. 98 f.

löntagarfonderna, blev inte långvarigt (1984–1990).⁵³ Det är dock obestritt att inflytandet inte avser en överföring av beslutsmakt från arbetsgivaren till arbetstagarerna eller fackföreningarna, annat än i vissa väldigt speciella fall såsom arbetsmiljöregleringarnas i Norge och Sverige stoppningsrätt och fackets tolkningsföreträden i vissa fall enligt medbestämmandelagen och förtroendemannalagen.⁵⁴

I grund och botten finns det både i Norge och i Sverige åtminstone två olika sätt att erhålla inflytande på, nämligen inflytande på arbetsplatsnivå och inflytande i bolagsorgan. Dessa former ska ses i ljuset av bolagsstyrningsperspektivet och arbetsmarknadsrelationsperspektivet, se slutet avsnitt 2 ovan. I detta avseende föreligger emellertid en skillnad mellan Norge och Sverige. Enligt den norska aksjeloven och allmennaksjeloven § 6-35 i båda, det vill säga de två aktiebolagslagarna för privata respektive publika aktiebolag, finns det krav på aktiebolag med mer än 200 anställda att etablera ett särskilt så kallat medbestämmandeorgan, en så kallad bedriftsforsamling. Aksjeloven hänvisar till allmennaksjeloven. För aktiebolag med färre antal anställda, är inrättandet av bedriftsforsamling fakultativt. Är aktiebolaget och en majoritet av arbetstagarerna eller de lokala fackföreningar som representerar ett flertal av de anställda överens om det, behövs ingen bedriftsforsamling inrättas. En bedriftsforsamling är ett organ mellan bolagsstämman (generalforsamlingen) och styrelsen. Syftet är att organet ska utöva tillsyn över styrelsen och utse styrelseledamöter och styrelseordförande. Dessutom ska bedriftsforsamlingen efter förslag av styrelsen fatta beslut om ”Investeringer av betydelse omfatning i forhold till selskapets ressurser” och ”Rasjonalisering eller omlegging av driften som vil medføre større endring eller omdisponering av arbeidsstyrken”, allmennaksjeselskapsloven § 6-37 fjerde ledd, något som annars är styrelsens uppgifter. Bedriftsforsamlingen ska bestå av minst tolv ledamöter; två tredjedelar utses av bolagsstämman, en tredjedel av och bland de anställda, allmennaksjeloven § 6-35 tredje ledd och fjerde ledd. Denna ordning med bedriftsforsamling synes inte vara fullt ut efterlevd och ledde till regeländringar med verkan från 2018.⁵⁵ Ordningen ersätter inte ordningen med arbetstagarrepresentation i bolagsstyrelser.

⁵³ Se Nycander, Makten över arbetsmarknaden, särskilt s. 316–373.

⁵⁴ Jfr Evju, Stein, Arbeidsrett og styringsrett – ett perspektiv, i Arbeidsrett og arbeidsliv 2003 s. 3–32; Skjønberg, Alexander Næss, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne Jenum, Individuell arbeidsrett, 2. utg. 2017, s. 96-110; Glavå, Mats, Hansson, Mikael, Arbetsrätt, 3 uppl. 2016, s. 48–62; Adlercreutz/Mulder, Svensk arbetsrätt, s. 316–318, 320.

⁵⁵ Se <https://www.arbeidslivet.no/Lonn/Organisering-og-partene/Styromrommene-tommes-for-ansatte/>, läst 3 januari 2019. Se om översikt över ändringarna i Høringsnotat om endringer i representasjonsregelverket.

I tillägg till den lagstadgade ordningen med bedriftsforsamling och reglerna i arbetsmiljøloven finns genom huvudavtalen regler om arbetstagarinflytande. Den mest omfattande avtalsregleringen finns nog i Hovedavtalen LO–NHO 2018–2021 genom samarbetsavtalen i en del B. Detta avtal är i hög grad normbildande för de övriga huvudavtalen.

Någon motsvarighet till bedriftsforsamling finns inte i svensk rätt. Arbetstagarinflytande erhålls i stället huvudsakligen genom medbestämmandelagen. I Sverige har alltså reglerna i medbestämmandelagen kommit att få generell tillämpning, så att reglerna om förhandlingsrätt i 10–17 § omfattar alla arbetstagare, jfr 1 §. Den allmänna förhandlingsrätten motsvarande 10 § medbestämmandelagen om rätten att förhandla för att träffa kollektivavtal (tariffavtale) kan sägas motsvara förhandlingsrätten i tjenestetvistloven § 3, och i viss mån arbeidstvistloven § 3, med den skillnaden att reglerna i arbeidstvistloven inte medför plikt till att ingå i förhandlingar.⁵⁶ Dessa lagar reglerar också, liksom medbestämmandelagen, tvisteförhandlingar, där medlingen (meklingen) utgör en central del för konfliktlösningen på ett helt annat sätt än i svensk rätt, jämför ovan vid fotnot 49. Däremot finns det inte någon generell rätt till förstärkta förhandlingar eller medbestämmandeförhandlingar i den norska lagstiftningen motsvarande 11–13 § medbestämmandelagen, låt vara att grundsatsen om företagsdemokrati sedan 1995 är grundlagsfäst, i det att det i Grunnloven § 110 stadgar att ”Närmere bestemmelser om ansattes medbestemmelsesrett på sin arbeidsplass fastsettes ved lov” och att det i portalparagrafen till arbetsmiljøloven⁵⁷ av 2005 slås fast att ett av syftena med lagen är ”å gi grunnlag for att arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter og med nødvendig veiledning og kontroll fra offentlig myndighet”, arbetsmiljøloven § 1-1. Visserligen har man, liksom Sverige, genomfört informations- och samrådsdirektivet⁵⁸ med semidispositiva regler i arbetsmiljøloven kapittel 8, men direktivet ger egentligen inte rätt till förstärkta förhandlingar eller medbestämmandeförhandlingar som medbestämmandelagen gör.⁵⁹ Den norska lagstiftaren har heller inte gått längre än direktivet. I stället återfinns samverkans- eller medbestämmandeförhandlingar i kollektivavtal. Här har Hovedavtalen LO–NHO sedan 1935 varit mönsterbildande för i princip hela den norska arbetsmarknaden. På den statliga sidan finns Hovedtariffavtalene i staten 1. mai 2018–30. april 2020 och för samma period för kommunen Hovedtariffavtalen.

⁵⁶ Prop. 134 L (2010–2011), s. 73.

⁵⁷ Lov 17. juni 2005 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

⁵⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare i Europeiska gemenskapen.

⁵⁹ Se närmare om direktivet: Sjödin, Erik, Ett europeiserat arbetstagarinflytande, 2015.

Dessa avtal, ehuru olika till sin beteckning, kan sägas motsvara de centrala avtalen på den svenska arbetsmarknaden, men bilden är där mer spretig och avtalen revideras inte i reguljära cykler som i Norge. De norska hoved(tariff)avtalene är högst levande dokument som revideras vart fjärde år, till skillnad från vad som gäller för de svenska huvudavtalen. Dessa svenska avtal har närmast vidareförts i form av samarbets- eller förhandlingsavtal. Det ger sammantaget bilden av att de kollektivavtalsrättsliga ramarna är mer centraliserade i Norge än i Sverige.

Formerna för arbetstagarinflytande i bolagsorgan har nära samband med hur ett lands bolagsstyrningssystem (*corporate governance*) ser ut. Bolagsstrukturen i de skandinaviska ländernas bolagsrätt kan sägas ligga emellan ett monistiskt och ett dualistiskt. Medan det monistiska (*one-tier system*) dominerar i länder influerade av anglo-amerikansk rätt, dominerar det dualistiska (*two-tier system*) i Tyskland och andra kontinentala länder i Europa.⁶⁰ Skandinaviska bolagsstyrningssystem är tämligen hierarkiska system, uppdelade mellan aktieägarna å ena sidan och ledningen och administrationen av företaget å andra sidan. Aktieägarna är genom bolagsstämman (generalforsamlingen) den högsta instansen i bolaget, medan den dagliga verksamheten leds av styrelsen och verkställande direktören (daglig leder eller administrerande direktör). Bolagsstyrningssystemen är inom Europeiska unionen föremål för harmonisering genom direktivet (EU) 2017/1132 om vissa aspekter av bolagsrätt. Enligt detta direktiv står det bolaget fritt att välja mellan de olika medlemsstaternas bolagsstyrningssystem.

6 Avslutningsvis

Den ideologiska utgångspunkten i Norge och i Sverige är att demokratin inte bara ska kunna utövas i politiska församlingar, utan också i ekonomiska sammanhang, på arbetsplatsen. Att det inte är samma person som har de politiska som ekonomiska demokratiska rättigheterna är inget ovanligt eller kontroversiellt. Arbetstagare har med arbetsgivare och deras ägare emellertid ett gemensamt intresse i verksamheten och dess bedrivande. Dessa intressen går i normalfallet längre än andra intressenters (*stakeholders*) och är av annan karaktär.⁶¹ Det skulle vara att reducera betydelsen av arbetsgivarens (ägarens) och arbetstagarens intresse i betydelsen för verksamheten om arbetstagarna skulle betraktas som vilka intressenter som helst, vid sidan av,

⁶⁰ Se Block, David, Gerstner, Anne-Marie, One-Tier vs. Two Tier Board Structure. A Comparison Between the United States and Germany, 2016 och Andersen, Pål Krüger, m.fl., European Model Company Act, 2017.

⁶¹ Jfr Fahlbeck, Reinhold, What is prime: Work or Capital?, i Mestre, Christian, Sachs-Durand, Corinne, Storch, Michel (réds.), Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie. Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis, 2014, s. 389–396.

exempelvis, leverantörer, banker, kommuner, konsumenter. Tillsammans med ägarna har därför arbetstagarna få en särskild position som intressent i verksamheten och utgöra såsom så kallade interna intressenter, och således berättigas inflytande tillsammans med ägarna. Det är denna interna position som legitimerar arbetstagarinflytandet.

Sedan utvecklingen av flexibiliseringsdoktrinen i slutet på 1970-talet, inklusive den senaste utvecklingen av organisering av arbetet,⁶² utmanas arbetsrätten nationellt såväl som internationellt,⁶³ från ägarhåll⁶⁴ såväl som från internationella finansiella institutioner⁶⁵, utmaningar som påverkar arbetsrättsregimen.⁶⁶ I någon mån är dessa faktorer bristfälliga ur ett demokratiskt perspektiv eftersom andra än demokratiskt valda representanter fattar besluten som påverkar inflytandet i arbetet. Det är därför viktigt att bevara och upprätthålla, men också utveckla, former för arbetstagarinflytande.

Med slutandet av huvudavtalen under 1930-talet kom partssamarbetet att institutionaliseras, och försök till utjämning av arbetsgivarens, och därmed ägarens, makt. Med denna institutionalisering utarbetades rutiner för samarbetet och med tiden utvecklades tillit mellan parterna. Det kom att finnas utrymme tid att identifiera inte bara intressekonflikter, utan även intressegemenskaper. Detta i sin tur har lett till att arbetstagarna genom sina fackliga representanter kommit att kunna bli en del av och få inflytande över verksamhetens ledning. Detta är en i internationella sammanhang en raritet, men har visat sig vara bidragande för den ekonomiska utvecklingen med etablerandet och bevarandet av välfärdsstaten och utveckling av dessa. Denna bild gäller emellertid branscher med starka organisationer och hög anslutningsgrad och där arbetskraften huvudsakligen är anställd av den arbetsgivare som behöver få arbetsuppgiften i fråga löst. Med nya arbetsformer och flexibla kopplingar till arbetsmarknaden och arbetsgivaren, utmanas företagsdemokratin. Det blir oklarare vem som ska identifieras som part (arbetstagar) vis-à-vis arbetsgivaren. En flexibilisering av arbetsmarknaden har naturligtvis också konsekvenser för organisationsgraden, och därmed kan också det lönepolitiska

⁶² Se Prassl, Jeremias, Risak Martin, Uber, TaskRabbit & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Labour Law of Crowdwork, i Ahlberg, Kerstin Bruun, Niklas (eds.), *The New Foundations of Labour Law*, 2017, s. 97–126.

⁶³ Jfr Iossa, Andrea, *Collective Bargaining in a Globalised World: a Multi-dimensional Picture*, i Carlsson, Laura, Edström, Örjan, Nyström, Birgitta (eds.), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective*, 2016, s. 25–51.

⁶⁴ Jfr Fahlbeck, Reinhold, *What is prime*.

⁶⁵ Mwakagali, Mpoki, *International Financial Institutions and Labour Standards*, 2018.

⁶⁶ Se Fudge, Judy, *Blurring Legal Boundaries: Regulating for Decent Work*, i Fudge, Judy, McCrystal, Shae, Sankaran, Kamata (eds.), *Challenging the Legal Boundaries of work Regulation* 2012, s. 1–26.

systemet, med normering av lönesättning genom frontfagsmodellen respektive märket, komma att utmanas, men också plikten till att upprätthålla arbetsfred urholkas. Ingen är betjänt av arbetsmarknadskonflikter. Men rätten att vidta stridsåtgärder eller arbeidskamp är en grundläggande rättighet och central för att bevara arbetstagarinflytandet och generera välfärd.⁶⁷ Det är inte givet att det i länder med starka begränsningar i rätten i att vidta stridsåtgärder eller arbeidskamp skulle ge större välfärd. Men man bör vara försiktig med att dra några generella slutsatser från detta, och det är välkänt att ett fungerande kollektivarbetsrättsligt system i ett land inte kan automatiskt överföras till ett annat.⁶⁸

Det återstår att se i vilken riktning utvecklingen går, vilka (nya) problem den medför, om lösningar i likhet med en utvidgning av regelverkets tillämpning till andra än de som identifieras som part kan räcka,⁶⁹ eller eljest vilka lösningarna blir. Nu, liksom tidigare, är det i stor utsträckning upp till arbetsmarknadens parter att ta och behålla initiativet.

⁶⁷ Jfr Svea hovrätts dom i mål T-315/18, 13 mars 2018.

⁶⁸ Kahn-Freund, Otto, On Uses and Misuses of Comparative Law, *Modern Law Review* 1974, s- 1–27.

⁶⁹ Jfr 1 § andra stycket medbestämmandelagen om med arbetstagare jämförbar ställning; jfr Högsteretts dom i HR-2018-2371-A.

Sexuella trakasserier – hederskränkning eller diskriminering?

En kommentar i #metoo uppropets kölvatten

ANN NUMHAUSER-HENNING¹

1 Introduktion

#metoo uppropet har under senare tid gjort oss smärtsamt medvetna om den massiva förekomsten av övergrepp på och sexuella trakasserier av kvinnor inom snart sagt alla branscher av arbetslivet.² Sedan nu ganska lång tid regleras sexuella trakasserier som en form av diskriminering både i EU-rätten och i svensk rätt. Inte desto mindre kan lagstiftarens och arbetsmarknadsparternas hantering av sexuella trakasserier framstå som minst sagt ambivalent. En viktig slutsats av den komparativa studie av könstrakasserier och sexuella trakasserier som jag, tillsammans med min franska kollega Sylvaine Laulom, utförde inom ramen för EU Kommissionens Network of Legal Experts on Equality between Women and Men år 2011³ var, att trots att det stora flertalet medlemsstater i EU då hade

¹ Ann Numhauser-Henning är professor i civilrätt vid den juridiska fakulteten, Lunds universitet, där hon tidigare också varit prorektor. Hon är initiativtagare till och koordinator för The Norma Research Programme (www.jur.lu.se/norma) och var under åren 2003-2016 svensk expert i EU Kommissionens Network of Legal Experts on Equality between Women and Men.

² Uppropet startades av den amerikanska skådespelaren Alyssa Milano den 15 oktober 2017 efter anklagelserna mot Hollywoodproducenten Harvey Weinstein och startade en våg av reaktioner världen över. Angående förekomsten av bl.a. sexuella trakasserier, se exempelvis European Union Agency for Fundamental Rights, Violence against women: An EU-wide survey, Main results, European Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2014. Mest utsatta för sexuella trakasserier enligt undersökningen är unga kvinnor och välutbildade kvinnor på högre positioner.

³ Numhauser-Henning, A. och Laulom, S., Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries, European Commission, Directorate General för Justice, 2013, www.equalitylaw.eu/downloads/4541-harassment-related-to-sex-and-sexual-harassment-law-in-33-european-countries, hämtad 2018-09-24.

implementerat likabehandlingsdirektivets⁴ regler om trakasserier, så framstod regleringen i medlemsstaterna sedd i sin helhet långtifrån entydigt som en diskrimineringslagstiftning – snarare kan man tala om ett dubbelt eller rentav luddigt förhållningssätt.⁵ Diskrimineringsförbudet ”försvann” ofta bakom mer allmänt hållna arbetsrättsliga regler om våld och kränkningar i arbetslivet. I många fall riktade sig förbudet i första hand mot den enskilda förövaren i termer av administrativa eller kriminella förseelser (om vi inte talar om allvarigare sexuella övergrepp).

Genom att fokusera förövaren och i första hand uppfatta sexuella trakasserier som ett angrepp på den enskilda kvinnan och hennes heder, osynliggör man den strukturella och systematiska särbehandling av kvinnor i arbetslivet som sexuella trakasserier är ett uttryck för. Visst har #metoo uppropet gett uttryck för kvinnor som offer för sexuella trakasserier och övervåld – och visst har debatten i inte obetydlig omfattning kommit att handla om huruvida de anklagade männens skuld varit bevisad eller inte. Men, den har också med all önskvärd tydlighet visat oss hur sexuella trakasserier i arbetslivet är ett påtagligt strukturellt hinder för kvinnors professionella utveckling och karriärer. I Sverige ledde den under hösten 2017 till en rad hashtagbaserade upprop från kvinnor i olika branscher.⁶ Bara genom att se sexuella trakasserier som ett uttryck för den diskriminering i arbetslivet de faktiskt är, och genom att i termer av ett diskrimineringsförbud synliggöra diskrimineringen av (i detta fall mestadels) kvinnor och rikta oss mot dem som har makten och möjligheten att komma till rätta med ”arbetsplatskulturen” – dvs arbetsgivare och företag – kan vi åstadkomma den förändring i riktning mot ett jämställdare arbetsliv som är nödvändig! Om detta handlar denna artikel. Efter en bakgrundsbeskrivning av reglernas utformning såväl i EU-rätten som här hemma, följer en diskussion om för- och eventuella nackdelar med diskrimineringsapproachen.

⁴ Direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning), EUT L 204, 26.7.2006, s. 23.

⁵ Jfr också Generalrapporten till XX World Congress of Labour and Social Security Law, Santiago de Chile, September 2012 där sexuella trakasserier och ”moral harassment” behandlades som ett gemensamt ämne, se vidare Gamonal, S. och Ugarte, L., Sexual and moral harassment in the workplace, General Report Theme II, konferenshandlingarna.

⁶ För en uppräknning, se <https://sv.wikipedia.org/wiki/Metoo>, hämtad 2018-06-11.

2 Reglering

2.1 EU-rätten

Alltsedan antagandet av Direktiv 2002/73/EG⁷ har trakasserier på grund av kön och sexuella trakasserier definierats som en form av diskriminering i EU-rätten och därmed förbjudits i frågor som gäller anställning, yrkesutbildning och befordran. Detta skulle ha implementerats i nationell lagstiftning senast den 5 oktober 2005. Idag regleras frågan i likabehandlingsdirektivet (omarbetning) 2006/54/EG, som innehåller följande definition av könstrakasserier respektive sexuella trakasserier.

När ett oönskat beteende som har samband med en persons kön förekommer och syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks och att en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas (Art. 2.1.c).

När någon form av oönskat verbalt, icke-verbalt eller fysiskt beteende av sexuell natur förekommer som syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks, särskilt när en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas (Art.2.1.d).

I artikel 2.2.a stipuleras vidare att direktivet med diskriminering avser bla just sådana köns- och sexuella trakasserier. Direktivet har ett något bredare tillämpningsområde än tidigare likabehandlingsdirektiv och skulle vara implementerat senast den 15 augusti 2015.⁸ Dessutom innehåller Likabehandlingsdirektivet artikel 26 en regel om skyldighet för medlemsstaterna att särskilt uppmuntra ”arbetsgivare och dem som ansvarar för tillgång till yrkesutbildning att vidta effektiva åtgärder för att förebygga alla former av könsdiskriminering, särskilt trakasserier och sexuella trakasserier på arbetsplatsen, när det gäller tillträde till anställning, yrkesutbildning och yrkesmässig befordran”. Denna artikel kan sägas särskilt uppmärksamma den strukturella och makthierarkiska aspekten av sådana trakasserier.

Frågan är då om det är av någon betydelse att trakasserier numera klassificeras som en form av diskriminering. Bakom denna förändring ligger tydliga influenser från USA, där trakasserier redan från början uppfattats som en form av

⁷ EUT L 269, 5.10.2002, s. 15. Redan tidigare hade etniska trakasserier, genom Direktiv 43/2000/EG, och trakasserier på de grunder (religion och annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning och ålder) som täcks av Direktiv 78/2000/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (Arbetslivsdirektivet), betecknats som diskriminering.

⁸ I princip motsvarande reglering hade vidare redan införts på varu- och tjänsteområdet genom Direktivet 2004/113/EG, som skulle vara implementerat redan 21 december 2007.

diskriminering. Först var det trakasserier av svarta som stod i fokus för diskriminerande trakasserier under Titel VII Civil Rights Act från 1964. Begreppet ”sexual harassment” myntades dock redan under sextiotalet,⁹ och 1979 publicerade Catherine MacKinnon sin inflytelserika bok ”Sexual Harassment of Working Women”¹⁰ där hon kraftfullt argumenterar för sexuella trakasserier som en form av diskriminering under Civil Rights Act, en diskriminering som permanentar ”the interlocked structure by which women have been kept sexually in thrall to men and at the bottom of the labour market”. USAs högsta domstol bekräftade i en dom 1986 att sexuella trakasserier verkligen utgjorde en form av diskriminering.¹¹ Först skulle diskrimineringen avse *quid pro quo* situationer – dvs att sexuella tjänster skedde i utbyte för en på något sätt förmånligare behandling – men senare kom även en könstrakasserande miljö att omfattas.¹²¹³

Den europeiska traditionen hade varit annorlunda. Här var det ”dignity” eller heder som stod i fokus när vi talade om sexuella trakasserier – först kvinnors heder och senare arbetstagares mer allmänt. Detta har kallats ”Dignity Harm Approach” (hedersmodellen), till skillnad från den amerikanska ”Discriminatory Approach” (diskrimineringsmodellen).¹⁴

Frågan är då i vad mån omregleringen av trakasserier till ett uttryck för diskriminering har slagit igenom i en europeisk kontext. Den studie som jag själv

⁹ Jones, C., Sexual Harassment, New York: Facts on File, 1996, s. 3-90.

¹⁰ MacKinnon, C., Sexual Harassment of Working Women, Yale University Press, New Haven, 1979.

¹¹ *Meritor Savings Bank v Vinson* 477 US 58 (1986). Att sexuella trakasserier var ett uttryck för diskriminering hade redan tidigare accepterats av amerikanska domstolar, se *Bundy v Castle* 561 F.2d 983 (D.C.Cir. 1977).

¹² *Bundy v Jackson* 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981) och senare *Harris v Forklift Sys. Inc.* 510 US 17 (1993), 114 S. Ct. 367 (1993).

¹³ Det är också av intresse att jämföra med definitionen av sexuella trakasserier i FNs konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, 1979. I General Recommendation No. 19 on violence against women från 1992 sägs begreppet sexuella trakasserier inkludera ”such unwelcome sexually determined behavior as physical contact and advances, sexually colored remarks, showing pornography and sexual demands, whether by words or action. Such conduct *can be* (min kursivering) humiliating and may constitute a health and safety problem; it is discriminatory when the woman has reasonable ground to believe that her objection would disadvantage her in connection with her employment, including recruitment or promotion, or when it creates a hostile working environment”.

¹⁴ Friedman, G. S. och Whitman, J. Q., The European Transformation of Harassment Law; Discrimination versus Dignity, *Colombia Journal of European Law*, Vol. 9 2003, Clarke, I., Sexual Harassment Law in the United States, the United Kingdom and the European Union: Discriminatory Wrongs and Dignity Harms, *Comm. L. World Rev.* 79, 2007, och Sagay, A., Employment Discrimination or Sexual Violence? Defining Sexual Harassment in American and French Law, *Law & Society Review*, Volume 34, Number 4, 2000.

och Sylvaine Laulum genomförde 2011 rörande 33 medlems- och EES-stater visade, att även efter genomförandet av Likabehandlingsdirektivet och definitionen av sexuella trakasserier som en form av diskriminering, så var den bild som framträdde snarast ett uttryck för ett dubbelt – eller ambivalent – förhållningssätt.¹⁵

Redan likabehandlingsdirektivets egen definition av köns- respektive sexuella trakasserier gäller ju uttryckligen just sådana handlingar som ”syftar eller leder till att en persons värdighet kränks” samtidigt som kvalifikationen av sådana handlingar som en form av diskriminering var det nya. Ett fortsättningsvis ofta dubbelt förhållningssättet konfirmeras alltså av rapporten.¹⁶ Så gott som samtliga medlemsländer hade 2011 införlivat förbudet mot köns- och sexuella trakasserier i termer av diskriminering. Men, i många europeiska länder finner vi att detta skett dels genom att reglering mot köns- och sexuella trakasserier är infogade i den allmänna arbetsrätten och till och med integrerade med allmänt hållna förbud i termer av kränkande behandling på arbetsplatsen, dels genom en parallell reglering i befintliga diskrimineringslagar. Detta förhållningssätt återspeglas också i vem som är adressaten för de förbud mot trakasserier som införts. Där elementet av hederskränkning är centralt riktar sig förbudet ofta till arbetstagare i gemen och inte, på samma sätt som när det gäller diskrimineringsförbud i allmänhet, till arbetsgivare och personer i arbetsledande ställning. Inte sällan leder det i praktiken till att efterföljande tvister kommit att handla om orättfärdiga anklagelser rörande kränkande uppträdande i förhållande till förövaren – har han eller har han inte verkligen begått de påstådda övergreppen? – och inte om kränkningarna i arbetslivet som sådana.

De europeiska arbetsmarknadsparternas avtal 2007 inom ramen för den sociala dialogen – *Ramavtal om trakasserier och våld i arbetet*¹⁷ – måste sägas vara ett klart uttryck för hedersmodellen. I avtalets inledning talas om hur just ömsesidig respekt för varandras värdighet på alla nivåer på arbetsplatsen är avgörande för en framgångsrik organisation. Man behandlar sedan trakasserier och våld under en gemensam hatt –

¹⁵ Numhauser-Henning och Laulum, 2013.

¹⁶ Frankrike är ett av de länder som traditionellt präglats av hedersmodellen. För en framställning av det minst sagt komplexa rättsläget också efter införandet av likabehandlingsdirektivet och ett flertal reformer, se exempelvis Hébert, L.C., Dignity and Discrimination in Sexual Harassment Law: A French Case Study, working paper, Ohio State University, Moritz College of Law, August 27, 2018. Närmare om den konkurrerande lagstiftningen om mobbning i arbetslivet mer allmänt, Lerouge, L., Workplace Bullying and Harassment in France and Few Comparisons with Belgium: A Legal Perspective, Workplace Bullying and Harassment, 2013 JILPT Seminar on Workplace Bullying and Harassment, JILPT Report No. 12, 2013, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2013.

¹⁷ KOM(2007) 686 slutlig.

och med hänvisning till såväl gemenskapsrättens regler om diskriminering som arbetsmiljödirektivet 89/391/EEG. Sexuella trakasserier behandlas här alltså gemensamt med mobbning (bullying) och fysiskt våld. Man fortsätter, de europeiska arbetsmarknadsparterna anser att trakasserier och våld kan potentiellt påverka vilken arbetsplats och vilken arbetstagare som helst. Man påpekar samtidigt också att ”vissa grupper och sektorer är dock mer i riskzonen än andra”, men utan att gå närmare in på vilka dessa kan vara, och ännu mindre i termer av diskriminering.¹⁸ Syftet med avtalet är annars att öka medvetenheten om trakasserier och våld på arbetsplatsen och att förse både arbetsgivare, arbetstagare och partsrepresentanter med ett handlingsinriktat ramverk för att identifiera, förebygga och hantera problem med trakasserier och våld i arbetslivet. En uppföljning av ramavtalet har senare avrapporterats i rapporten *Implementation of the European Autonomous Framework Agreement on Harassment and Violence at Work*.¹⁹ Rapporten menar att ramavtalet varit en framgång och ser även framgent avtalet som ett viktigt verktyg för arbetet mot trakasserier och våld i arbetslivet. Man framhåller dock samtidigt hur skilda strukturer och processer för dialogen mellan arbetsmarknadens parter inom medlemsstaterna, liksom den närmare avstämningen mellan berörda rättsregler och redan befintliga avtal mellan parterna, hade utgjort viktiga utmaningar i implementeringsprocessen. I detta sammanhang nämns dock inte förhållandet mellan arbetsmiljö- och diskrimineringsreglering särskilt – åtminstone inte i den sammanfattande slutrapporten. Med hänvisning till bland annat de svenska initiativen – se vidare nedan under 2.2 – rörande en breddad syn på psykosocial arbetsmiljö diskuteras nu möjligheterna att nå ett direktiv om den psykosociala arbetsmiljön som täcker in även trakasserier och våld i arbetslivet och ersätter tidigare autonoma ramavtal om dels den psykosociala arbetsmiljön mer allmänt, dels 2007 års avtal mellan parterna med mer tvingande reglering.²⁰

2.2 *Svensk rätt*

Implementeringen av EU-rättens regler om trakasserier – liksom diskriminering i övrigt – återfinns numera i diskrimineringslagen (2008:567). Vi står här inför en lag som på ett i huvudsak enhetligt sätt reglerar samtliga de diskrimineringsgrunder –

¹⁸ Ibid. Under avsnitt 1, inledning.

¹⁹ Final joint report by the European social partners adopted at the Social Dialogue Committee on 27 October 2011.

²⁰ Se exempelvis *An ETUC resolution on actions for combatting stress and elimination psychosocial risk in the workplace: putting an EU Directive on the Agenda*, Bryssel 27 juli 2018, <https://www.etuc.org/en/document/etuc-resolution-actions-combatting-stressand-eli>, hämtad 2019-01-15.

kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder – och samhällsområden – arbetslivet, utbildning, arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag, start eller bedrivande av näringsverksamhet samt yrkestillhörighet, medlemskap i vissa organisationer, varor, tjänster och bostäder mm, hälso- och sjukvården samt socialtjänster mm, socialförsäkringssystemet, arbetslöshetsförsäkringen och studiestöd, värnplikt och civilplikt mm samt offentlig anställning – som täcks av diskrimineringsförbud i Sverige. Lagen trädde i kraft 1 januari 2009. Tidigare reglerades köns- och sexuella trakasserier särskilt i Jämställdhetslagen (1991:433) medan trakasserier på övriga grunder (i den mån de förbjöds) reglerades i separata lagar.²¹

Diskrimineringslagen är horisontellt utformad, så att de samhällsområden som täcks regleras kontinuerligt samtidigt som respektive diskrimineringsförbud täcker samtliga omfattade grunder. Trakasserier definieras i 1 kap. 4 § 4 p som ”ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna ...”. Sexuella trakasserier definieras i samma paragraf, femte punkten, som ”ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet”. Så som lagen är utformad gäller att sexuella trakasserier kan förekomma ”i samband med” samtliga de grunder som täcks av diskrimineringslagen och därmed saknar en uttalad relation till just kön.²² Det följer av paragrafens utformning – ”i denna lag avses med diskriminering” – att trakasserier och sexuella trakasserier är två av de former av diskriminering som regleras av lagen vid sidan av direkt diskriminering, indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet och instruktioner att diskriminera.

Kapitel 2 i diskrimineringslagen behandlar inledningsvis diskriminering i just arbetslivet. Först regleras själva förbudet mot diskriminering i allmänna termer (1§), så de undantag från förbudet som finns (2 §) och till sist arbetsgivarens skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier i verksamheten som kommit till dennes

²¹ En uppdelning på två trakasserikoncept, trakasserier och sexuella trakasserier, infördes i svensk rätt 2006 genom ändringar i jämställdhetslagen och lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering, se vidare prop. 2004/05:147 s. 53 f. För den tidiga regleringen av sexuella trakasserier pga kön, se vidare Numhauser-Henning, A., Arbetsrättsliga perspektiv på sexuella trakasserier, i Ketscher, K., Lindgård, J. och Nielsen, R., Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv, Jurist- och Økonomforbundets Forlag, 1995, 147-170.

²² Fransson, S. och Stüber, E., Diskrimineringslagen, en kommentar, andra uppl., Norstedts Juridik, Finland 2015, s. 86. Det kan diskuteras om svensk rätt skiljer sig från EU-rätten på denna punkt. Det är visserligen sant att sexuella trakasserier uttryckligen regleras endast i likabehandlingsdirektivet (omarbetning) och direktiv 2004/113/EG som rör könsdiskriminering. Samtidigt måste ju kränkningar av sexuell natur tolkningsvis kunna inkluderas i trakasserier mera allmänt, där sådana har en tydlig koppling till någon annan reglerad grund.

kännedom (3 §). Den arbetsgivare som åsidosätter sina skyldigheter enligt 3 § kan åläggas att utge diskrimineringsersättning till en drabbade (5 kap 1 §). Detta gäller givetvis också då det är arbetsgivaren själv som är trakasseraren. 2 kap. 18 § innehåller ett särskilt förbud mot repressalier från arbetsgivarens sida mot den som avvisat eller fogat sig i arbetsgivarens trakasserier eller sexuella trakasserier men också i förhållande till den arbetstagare som påtalat diskriminering eller medverkat i en utredning enligt lagen.

I kapitel 3 diskrimineringslagen regleras vidare arbetsgivarens skyldigheter att – i samverkan med arbetstagsidan – fortlöpande och planerat vidta aktiva åtgärder för att uppnå lika rättigheter och möjligheter och motverka diskriminering rörande samtliga omfattade grupper av arbetstagare. I 3 kap. 6 § nämns särskilt skyldigheten för en arbetsgivare att ha riktlinjer och rutiner för verksamheten i syfte att förhindra trakasserier, sexuella trakasserier och repressalier samt att följa upp och utvärdera sådana riktlinjer och rutiner. Dessa regler är emellertid tämligen ”trögarbetade” eftersom de bygger på tillsyn genom diskrimineringsombudsmannen och ytterst vitesföreläggande genom nämnden mot diskriminering – kapitel 4 diskrimineringslagen.

Köns- och sexuella trakasserier kan mot denna bakgrund framstå som väl förankrade som ett uttryck för just diskriminering i den svenska lagstiftningen. Det är också tydligt att det är arbetsgivaren som är adressaten för diskrimineringsförbudet – antingen som trakasserare (själv eller genom någon i företrädande befattning) eller genom att åsidosätta skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot andras trakasserier.

Också i svensk lagstiftning stöter vi emellertid på ett dubbelt förhållningssätt. Liksom i EU-rätten ingår ordet heder/värdighet i själva definitionen. Trakasserier omfattas vidare parallellt med diskrimineringslagen också av arbetsmiljölagstiftningen. Arbetsmiljölagen (1977:1160) (hädanefter AML) nämner visserligen inte uttryckligen vare sig trakasserier eller sexuella trakasserier, men det är enligt AML en arbetsgivares skyldighet att tillhandahålla en god arbetsmiljö (2 kap. 2a § AML) samtidigt som denne är skyldig att vidta alla åtgärder som behövs för ett förebygga att en enskild arbetstagare utsätts för ohälsa eller olycksfall (3 kap. 2 § AML), en skyldighet som omfattar också den psykiska arbetsmiljön som alltså inte får vara trakasserande. I den kompletterande lagstiftning som tagits fram av Arbetsmiljöverket reglerades trakasserier och sexuella trakasserier länge som en form av kränkande särbehandling i förordningen AFS 1993:17. Förordningen täckte alltså trakasserier och sexuella trakasserier i diskrimineringslagens mening, men också mobbning och annan kränkande behandling av individer som inte skyddas av diskrimineringslagstiftningen. Förordningen från 1993 har nu ersatts av AFS 2015:4 om organisatorisk och social arbetsmiljö. Den nya förordningen täcker den

psykosociala arbetsmiljön i vid mening, inbegripet krav i arbetet, kränkande särbehandling, ohälsosam arbetsbelastning, organisatorisk arbetsmiljö och frågor om resurser för arbetet. Den psykosociala arbetsmiljön omfattas av det systematiska arbetsmiljöarbetet och i förordningen finns särskilda krav på kunskapsutveckling hos chefer och arbetsledare när det gäller hur man förebygger och hanterar ohälsosam arbetsbelastning liksom kränkande särbehandling (4 §), krav på att uppställa mål för den organisatoriska och sociala arbetsmiljön (7 §) och särskilda indikationer rörande de faktorer som omfattas (9-14 §§). Till de senare hör alltså kränkande särbehandling, där arbetsgivaren har skyldighet att klargöra att sådan inte accepteras i verksamheten liksom att utveckla rutiner för hur sådan behandling ska hanteras, inbegripet vem som tar emot information om sådan särbehandling, vad som händer med informationen och hur och var de som är utsatta snabbt kan få hjälp. I förordningen nämns inte vare sig trakasserier eller sexuella trakasserier explicit. Kränkande särbehandling definieras som ”handlingar som riktas mot en eller flera arbetstagare på ett kränkande sätt och som kan leda till ohälsa eller att dessa ställs utanför arbetsplatsens gemenskap” (4 §). I Arbetsmiljöverket vägledning till den nya förordningen sägs om kränkande särbehandling att detta innebär ”att bli behandlad annorlunda än andra på ett obegripligt och orättvist sätt och att riskera att hamna utanför arbetsplatsens gemenskap”.²³ Här nämns också helt kort att även sexuella trakasserier och olika former av diskriminering ingår i begreppet och i en faktaruta omtalas att kränkande särbehandling på de grunder som omfattas av diskrimineringslagen ”också (kan) handla om diskriminering”.²⁴ Den närmare relationen mellan diskrimineringslagen och arbetsmiljöverkets föreskrifter klarläggs emellertid knappast. Risken är därför överhängande att kränkande särbehandling som samtidigt utgör diskriminerande trakasserier ”begravs” i det allmänna arbetsmiljöarbetet. Denna risk ökar av att det enligt AFS 2015:4 – till skillnad från enligt diskrimineringslagen – inte krävs att man ska utreda om händelsen är kränkande särbehandling eller inte. Istället talas om att ”utreda med omsorg” samtidigt som risken för förtroendeskada och splittring i den sociala arbetsmiljön understryks.²⁵

Problemet med arbetsmiljölagstiftningen är att denna i första hand har en offentlighetsprägel och framförallt handlar om arbetsgivares skyldigheter och tillsynsmyndigheternas roll och möjligheter i det sammanhanget. Regleringen ger förstås vissa möjligheter att ingripa på arbetsplatsnivån och att genom tillsyn och förelägganden – ibland även böteskyldighet – åstadkomma förändring. På

²³ Den organisatoriska och sociala arbetsmiljön – viktiga pusselbitar i en god arbetsmiljö, Vägledning till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om organisatorisk och social arbetsmiljö, s. 56.

²⁴ Ibid. s. 58 f.

²⁵ Ibid. s. 64 f.

individnivån är arbetsmiljölagen emellertid ett trubbigt instrument. För att komma till rätta med en trakasserande situation är individen närmast hänvisad till andra lagar, såsom anställningsskyddslagen – där rättsfiguren provocerad uppsägning kan bli aktuell – eller just diskrimineringslagen, om man tillhör en skyddad grupp. Anhängiggörandet av en individuell tvist är alltid en ansträngning på individen, men när vi talar om diskrimineringslagen finns möjligheten att vända sig till diskrimineringsombudsmannen (DO) som en särskild resurs och det faktum att vi talar om skadeståndsbelagda åtaganden för arbetsgivaren – att inte diskriminera själv men också att utreda och åtgärda – där anspråken stöds av regeln om omvänd bevisbörda. Man kan anta att diskrimineringslagens blotta existens har en viss förebyggande effekt på diskriminerande beteenden – inklusive trakasserier – samtidigt som såväl utrednings/åtgärdsskyldigheten som skyldigheten att vidta aktiva åtgärder kan förväntas leda till förändringar i organisationen/på arbetsplatsen.²⁶

3 Diskussion

Det framstår som alltför enkelt att säga att det helt enkelt gäller att göra ett val mellan hedersmodellen och diskrimineringsmodellen – utformningen av regleringen i ett enskilt land relaterar till både den historiska och materiella kontexten.²⁷ I den amerikanska kontexten har vi både förekomsten av rasmotsättningar och tillkomsten av Civil Rights Act på sextioalet som bakgrundsförklaringar till ett angreppssätt som bygger på just diskrimineringsförbud. Lägg därtill den särskilda betydelse anti-diskrimineringslagstiftning får i ett land med ett relativt sett utvecklat anställningsskydd. Europa å andra sidan har i större utsträckning präglats av just ett mer eller mindre väl utvecklat anställningsskydd, vilket gjort att – åtminstone när det gäller redan anställda – frågan om goda anställningsvillkor och en god arbetsmiljö på ett annat sätt har kommit att stå i fokus när det gäller trakasserier. Till detta kommer mer eller mindre väl utvecklade system för offentliga tillsynsmyndigheter när det gäller just hälso- och arbetsmiljöaspekter. Vid anställning och befordran framstår diskrimineringsaspekten dock även i en europeisk kontext som särskilt intressant, och det gäller inte minst i ljuset av den flexiblering av arbetslivet som präglat senare decennier.

²⁶ För en kritisk diskussion av rättsutvecklingen i USA, där vad författaren kallar ”symbolic structures” rörande förebyggande policies och rutiner vid anmälningar om sexuella trakasserier lett till att arbetsgivare i oroande stor utsträckning befriats från ansvar i formen *vicarious liability*, se Edelman, L., *Working Law*, University of Chicago Press Books, 2016.

²⁷ Sagay 2000.

Anti-diskrimineringslagstiftning är typiskt sett utformad som individuella anspråk på en icke-diskriminerande behandling, att utkrävas i tvister på individuell nivå. I botten på diskrimineringsförbuden ligger grundläggande föreställningar om alla människors lika värde och därmed också okränkbarhet. Att människovärdets okränkbarhet är en viktig logisk grund bakom varje diskrimineringsförbud återspeglas ju också redan i själva definitionen av könstrakasserier och sexuella trakasserier både i EU-rätten och svensk rätt. Det har också argumenterats för att just diskriminerande trakasserier – och åldersdiskriminering – är speciella genom att de inte på samma sätt som övriga diskrimineringsituationer bygger på jämförelse. Hederskränkningen skulle därmed träda i förgrunden.²⁸

Detta hindrar emellertid inte att det bakomliggande syftet med införandet av diskrimineringsförbud inte bara är att komma till rätta med individuella kränkningar, utan i lika hög grad – och kanske framförallt – med strukturell och systematisk diskriminering av vissa typiskt sett särbehandlade grupper. Det är ju sådana överväganden på makro-planet som ytterst motiverar ingrepp med diskrimineringsförbud rörande vissa särskilt utsatta grupper i samhället (kvinnor, funktionshindrade, etniska minoriteter, osv). Det är därför det enligt min mening är så viktigt att ta fasta på lagstiftarens intention att förbjuda trakasserier i termer av just diskriminering.

Hedersmodellen har nackdelen att ställa frågor om kvinnans värdighet/heder i fokus på ett sätt som just när det handlar om sexuella trakasserier associerar till hederskultur i termer av patriarkala strukturer och kvinnors sexuella underordning i samhället mera allmänt. Visst är våld och sexuellt våld något som föranleder särskilda ingripanden på samhällsnivån. Detta sker i första hand genom att straffbelägga sådana handlingar – bland annat i termer av sexuellt våld av olika slag. Då rör vi oss på individnivån – både när det gäller förövare och offer. När det handlar om arbetslivet – både tillträde i termer av anställning och befordran och arbetsmiljövillkor – är det emellertid inte bara individen som står i fokus utan de strukturella begränsningar för särskilt kvinnor som en sexualiserad kultur/arbetsmiljö representerar. Här är det inte i första hand hederstänk vi behöver, utan en ordning som ger kvinnor jämlika villkor med män i makt och inflytande. En kränkning av individen utgör samtidigt en kränkning av alla kvinnor.

Diskrimineringslagstiftningen är långt ifrån idealiskt utformad utifrån dessa utgångspunkter. Den traditionella utformningen – som utgår från bevisad diskriminering i det individuella fallet – lämnar en hel del i övrigt att önska. Men, vi har den omvända bevisbördan att luta oss emot och det faktum att adressaten för

²⁸ Se vidare Boni-Saenz, A., Age, Time and Discrimination, 53 Georgia Law Review, forthcoming 2019.

diskrimineringsförbudet är just arbetsgivare – med den makt över strukturer och förhållanden/villkor i arbetslivet som dessa typiskt sett besitter. Visst leder också arbetsmiljöarbete i bästa fall till förändring på arbetsplatsnivå. Detta görs emellertid bäst genom en vidareutveckling av just diskrimineringsmodellen, från individuella klagomål till att också omfatta det som går under beteckningen andra generationens diskrimineringsmekanismer och som syftar till att komma till rätta med systematisk diskriminering i andra former.²⁹ I det svenska perspektivet kan detta ske bland annat inom ramen för aktiva åtgärder enligt 3 kapitlet diskrimineringslagen och ett exempel är det arbete som nu påbörjats inom teatervärlden till följd av uppropet #tystnadtagna och #metoo-kampanjen. Ett gemensamt förhållningssätt till kränkningar, oavsett vem de drabbar, leder istället till att den av diskrimineringslagstiftningen utpekade gruppens särskilda utsatthet osynliggörs. Att diskriminera är något annat – mer och allvarligare – än att utsätta en individ vilken som helst för kränkande behandling. Diskrimineringsförbud är då ett långt vassare vapen än hederstänk i formen av kanske bötesstraff på individnivån och trubbigt arbetsmiljöarbete!

²⁹ Se exempelvis Manfredi, S., Vickers, L. och Clayton-Hathway, K., The public sector equality duty: enforcing equality rights through second-generation regulation, *Industrial law Journal* Vo. 47(3), 2018, 365-398, och Mercat-Bruno, M., Systemic discrimination: rethinking the tools of gender equality, *European equality law review* 2018/2, 1-18.

Samhällsfarliga konflikter i svensk arbetsrätt

BIRGITTA NYSTRÖM¹

1 Bakgrund

Örjan Edström har i sin forskning intresserat sig för den svenska kollektiva arbetsrätten och den svenska arbetsrätten i perspektivet av europeiseringen och internationaliseringen av arbetsmarknaden. Jag har haft nöjet att ha Örjan som arbetskamrat vid Umeå universitet och vi har arbetat tillsammans i det nationella nätverket för arbetsrättsforskare.² Det har varit mycket givande och trevligt att arbeta tillsammans med någon som har samma intresseinriktning och dessutom med en så kunnig och samvetsgrann person som Örjan. Jag har valt att i den här boken till honom skriva om stridsåtgärder, ett ämne som vi båda har behandlat i olika sammanhang. Stridsåtgärders samhällsfarlighet är dock en fråga som inte bearbetats särskilt mycket i svensk doktrin.

2018 avslutades ett internationellt projekt rörande ”Strikes in Essential Services” som jag har haft förmånen att få delta i.³ Det svenska systemet för att handskas med samhällsfarliga konflikter är mycket annorlunda jämfört med det i de flesta andra länder.⁴ Det mesta som finns skrivet om Sverige i ämnet återfinns i Konfliktutredningen, SOU 1984:18, 19 (den s.k. Rymanska utredningen).⁵ När detta skrivs (årsskiftet 2018/2019) finns ett lagförslag om att inskränka rätten att vidta

¹ Professor i civilrätt, Lunds universitet.

² Se t.ex. Nyström, Birgitta & Edström, Örjan & Malmberg, Jonas (red.), *Nedslag i den nya arbetsrätten*, Liber 2012; Carlson, Laura & Edström, Örjan & Nyström, Birgitta (eds.), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment law. A Swedish Perspective*, Iustus 2016.

³ Mironi, Moti & Schlachter, Monika (eds.), *Regulating Strikes in Essential Services. A Comparative ”Law in Action” Perspective*, Wolters Kluwer 2018.

⁴ Se Heissl, Christina & Schlachter, Monika, Chapter 17 *Comparative Analysis*, i Mironi & Schlachter 2018.

⁵ För en aktuell framställning i ett internationellt perspektiv, se även Nyström, Birgitta, Chapter 14 *Sweden*, i Mironi & Schlachter 2018.

stridsåtgärder, dels i situationer där arbetsgivaren redan är bunden av ett kollektivavtal för arbetet, dels i rättstvister.⁶ Även om förslaget inte uttalat inriktar sig på samhällsfarliga konflikter, har det sin bakgrund i förhållanden som ansetts inte kunna tolereras inom den annars förhållandevis tillåtande syn på stridsåtgärder som finns på den svenska arbetsmarknaden. Det finns alltså anledning att nu, cirka 35 år efter det att Konfliktutredningen presenterade sin kartläggning, åter fundera på frågan om samhällsfarliga konflikter i Sverige.

2 Regelverket

2.1 Inledning

Reglerna om arbetsmarknadskonflikter har en lång bakgrundshistoria. Fastän frågan om lagstiftning för att begränsa stridsåtgärder började diskuteras i den svenska riksdagen redan mot slutet av 1800-talet och sedan har återkommit vid olika tillfällen,⁷ så har det i hög grad varit arbetsmarknadens parter som genom kollektivavtal stått för regleringen kring arbetsmarknadskonflikter.⁸ Detta gäller inte minst i frågan om samhällsfarliga konflikter.

2.2 Lagstiftning

Kollektivavtalslagen (KAL) 1928 reglerade kollektivavtalets bindande verkan och den fredsplikt ett gällande kollektivavtal medförde.

Under början av 1930-talet tillsattes flera statliga utredningar som skulle bedöma olika aspekter av arbetsfredsfrågan. Frågan ansågs viktig, då den ekonomiska krisen hade till följd att antalet strejker och lockouter ökade kraftigt. Eftersom parterna tog initiativet och slöt det s.k. Saltsjöbadsavtalet 1938 ledde utredningarna inte till några lagstiftningsförslag. Saltsjöbadsavtalet innehöll bl.a. en förhandlingsordning och frivilliga restriktioner i rätten att vidta stridsåtgärder samt en ordning för att handlägga samhällsfarliga konflikter.⁹

⁶ Ds 2018:40.

⁷ Se Nyström, Birgitta, Medling i arbetstvister, Norstedts 1990, s. 58 ff. och där gjorda hänvisningar.

⁸ Allmänt om stridsåtgärder i Sverige i ett europeisk och internationellt perspektiv, se Nyström, Birgitta, Stridsåtgärder på en modern arbetsmarknad, Arbetsmarknad & Arbetsliv, 1997 s. 17 ff.

⁹ Simonsson, Birger, Den långa vägen till Saltsjöbadsavtalet, s. 37-52 i Saltsjöbadsavtalet 50 år. Forskare och parter begrundar en epok 1938-1988, Arbetslivsinstitutet 1988; Edlund, Sten,

Ett förslag som brutits ut ur en av de statliga utredningarna ledde dock till att det 1935 infördes en regel i 1906 års lag om förlikningsmän innebärande att parterna blev skyldiga att varsla motparten och förlikningsväsendet före det att man avsåg att vidta en stridsåtgärd.¹⁰

I samband med revideringen av den svenska grundlagen på 1970-talet infördes skydd för grundläggande fackliga rättigheter i Regeringsformen (RF) 1974. Bestämmelsen om stridsåtgärder återfinns numera i RF 2 kap. 14 §. Av stadgandet framgår att rätten att vidta stridsåtgärder tillkommer arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer samt enskilda arbetsgivare. Stridsrätten är lika för båda partssidor.¹¹ Rätten att vidta stridsåtgärder kan dock begränsas genom lag eller avtal. De inskränkningar som finns i lagstiftningen framgår av medbestämmandelagen (MBL)¹² och lagen om offentlig anställning (LOA)¹³. Dessa begränsningar är inte omfattande.

När MBL kom till tog man in reglerna om kollektivavtal och stridsåtgärder från KAL tämligen oförändrade i den nya lagen.¹⁴ MBL gäller både för privat och för offentlig sektor. Samtidigt med MBL antogs LOA med vissa särregler för offentliganställda. Efter det att MBL trätt i kraft har det införts ytterligare några små begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder, främst föranledda av domar från Arbetsdomstolen (AD) och EU-rätten.

Rätten att vidta stridsåtgärder återkom dock i den politiska debatten efter 1980-talets omfattande konflikter på arbetsmarknaden. Ånyo tillsattes ett antal statliga utredningar.¹⁵ 1997 slöts det s.k. Industriavtalet innehållande en särskild ordning för förhandlingar och medling syftande till att nya kollektivavtal skulle slutas innan de gamla löpt ut. Avtalet har kallats ”det andra Saltsjöbadsavtalet”¹⁶ och har, liksom

Saltsjöbadsavtalet i närbild, s. 55-69, i Saltsjöbadsavtalet 50 år; Nyström 1990, s. 77 ff. och där gjorda hänvisningar.

¹⁰ Se Nyström 1990, s. 312 ff.

¹¹ RF 2 kap. 14 § är ett undantag från huvudregeln att konstitutionella rättigheter endast kan göras gällande mot staten och inte mot andra privata rättssubjekt. Den grundlagsskyddade rätten att vidta stridsåtgärder är uttryckligen tillämplig också mot privata.

¹² SFS 1976:580.

¹³ SFS 1994:260. (Den äldre LOA var liksom MBL från 1976.)

¹⁴ Schmidt, Folke, Facklig arbetsrätt, rev. uppl. 1997 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström, s. 248 f. Beträffande Arbetsrättskommitténs överväganden rörande samhällsfarliga konflikter, se SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen s. 460 ff.

¹⁵ SOU 1984:18, 19 Arbetsmarknadsstriden I, II, III, IV; Ds 1998:2 Fack & samhälle; SOU 1991:13 Spelreglerna på arbetsmarknaden.

¹⁶ Elvander, Nils, Industriavtalet och Saltsjöbadsavtalet – en jämförelse, Arbetsmarknad & Arbetsliv 2002, s. 191-204.

detta, bildat mönster för avtal på andra områden av arbetsmarknaden. 2001 upphörde de gamla reglerna om förlikningsmän (med rötter från 1906) att gälla och en ny myndighet; Medlingsinstitutet, skapades. Medlingsinstitutet har större resurser och något större befogenheter gentemot parterna än vad förlikningsväsendet hade.

Den centrala regeln i MBL som reglerar fredsplikten i kollektivavtalsförhållanden, 41 §, innebär främst att beslut om stridsåtgärder ska fattas i behörig ordning, fredsplikt gäller när det finns gällande kollektivavtal och stridsåtgärder får inte vidtas i rättstvister. Ett viktigt undantag från förbudet att vidta stridsåtgärder när kollektivavtal gäller är rätten att vidta sympatiåtgärder till förmån för någon annan som vidtar en lovlig stridsåtgärd. Det är möjligt att avtala om en längre gående fredsplikt än enligt 41 §, men inte om en mera vidsträckt rätt att vidta stridsåtgärder (MBL 4 § tredje stycket).

Den s.k. Lex Britannia-principen (MBL 42 § första stycket) innebär att det är otillåtet att vidta stridsåtgärder syftande till att undantränga ett redan gällande kollektivavtal på en arbetsplats. (Om det inte är fråga om att undantränga ett "utländskt" kollektivavtal, 42 a §.¹⁷) Sedan 2000 är det inte tillåtet att vidta stridsåtgärder mot ensam- eller familjeföretagare (41 b §). Det är inte tillåtet att som stridsåtgärd innehålla förfallen lön (41 a §). Det är inte heller tillåtet att i utstationeringssituationer med hjälp av stridsåtgärder framtvunga ett kollektivavtal med villkor som ligger på en högre nivå än minimireglerna i ett rikstäckande kollektivavtal, eller som omfattar fler villkor än vad som ryms inom ramen för den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet (41 c §).

Utöver de begränsningar som anges i 41 a-c §§ och 42 § har Arbetsdomstolen när det inte råder kollektivavtalsförhållande mellan parterna, fallit tillbaka på grundlagsstadgandet i RF.¹⁸

Genom 1965 års stats och kommunaltjänstemannalagar fick de offentliganställda i princip full förhandlings- och stridsrätt. De lagreglerade ytterligare inskränkningar i stridsrätten som finns i dag för dessa grupper återfinns i 1994 års LOA. LOA:s begränsningar är ganska få och tar främst sikte på arbetstagare som sysslar med myndighetsutövning. I sådana arbeten får i princip inte partiella stridsåtgärder vidtas (LOA 23 § första stycket). Sympatiåtgärder är endast tillåtna till förmån för andra offentliganställda (23 § andra stycket). Politiska stridsåtgärder med inriktning på inhemska politiska förhållanden är otillåtna på den offentliga sektorn (23 § tredje stycket). De begränsningar som finns i LOA har inte till syfte att skydda den

¹⁷ Ett viktigt undantag från detta undantag är att det enligt EU-rätten inte är tillåtet att utsätta en utstationerande EES-arbetsgivare med ett utländskt kollektivavtal för stridsåtgärder för att undantränga detta "utländska" avtal, MBL 42 a § andra stycket.

¹⁸ Se AD 2003 nr 46, AD 2006 nr 58, AD 2003 nr 25, AD 2001 nr 89, AD 2008 nr 34.

offentliga verksamhetens bedrivande. Reglerna syftar i stället till att säkra den offentliga verksamhetens oberoende och opartiskhet.

Sammanfattningsvis råder det unika förhållandet i svensk rätt att offentliganställda och den offentlige arbetsgivaren har praktiskt taget samma rätt att vidta stridsåtgärder som parterna på den privata delen av arbetsmarknaden.

I ett internationellt perspektiv är rätten att vidta stridsåtgärder enligt svensk lagstiftning mycket vidsträckt.¹⁹ Några lagregler som behandlar samhällsfarliga konflikter eller som definierar detta begrepp finns inte, varken i lagstiftning eller i rättspraxis. Det anses dock allmänt att regering och riksdag kan ingripa när en enskild konflikt hotar väsentliga samhällsintressen. En allmän utgångspunkt är att samhällsfarliga konflikter ska kunna förbjudas.²⁰ Det finns inga särskilda regler för detta. Ett sådant ingripande har endast skett en gång. Det var 1971 när cirka 50,000 akademiker i statliga anställningar strejkade eller var lockoutade. Det gällde bl.a. personal inom tågtrafik, piloter, lärare, domare, läkare, tandläkare, militärer och socialtjänstemän. Situationen ansågs kunna vara samhällsfarligt och en lag som gjorde det tidigare kollektivavtalet gällande igen, och därmed förbunden fredsplikt, röstades igenom i riskdagen. Lagstiftning för att ingripa i enskilda konflikter har diskuterats vid ytterligare tre tillfällen.²¹

Det finns inte heller i svensk lagstiftning något undantag från rätten att vidta stridsåtgärder som inriktar sig på vissa grupper av arbetstagare som kan antas ha arbetsuppgifter och funktioner som, om dessa inte upprätthålls, skulle kunna skada samhället och enskilda. I flertalet länder undantas militären, vissa delar av polisväsendet m.m. från rätten att vidta stridsåtgärder. Sådana undantag är, med vissa reservationer, tillåtna enligt ILO-konventionerna 87 och 98, den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) och Europarådets Sociala stadga. I Sverige får alltså militärer strejka på samma villkor som andra offentliganställda.²² Arbetsgivaren har också rätt att lockouta militärer.

Det bör nämnas att det finns lagstiftning om skyddsarbete, dels i anställningsförordningen²³, dels i sjömanslagen²⁴. Reglerna innebär att en arbetstagare, när en stridsåtgärd sätts igång, är skyldig att avsluta verksamheten på

¹⁹ Schmidt, Kollektiv arbetsrätt, rev. uppl. 1977 s. 223 f.

²⁰ Prop. 1975/76:105 med förslag till arbetsrättsreform m.m., Bil. 1 s. 271.

²¹ Polismän 1947, sjuksköterskor 1951, fartygsbefäl 1955, se SOU 1984:19 s. 36-37, 44-47.

²² Bland Europarådets 47 medlemsstater är det endast Österrike och Sverige som inte har undantag för militär personal när det gäller stridsåtgärder.

²³ SFS 1994:373.

²⁴ SFS 1973:282.

ett tekniskt tillfredsställande sätt för att undvika att människor utsätts för fara eller att egendom förstörs.

2.3 *Kollektivavtal*

I kollektivavtal finns det betydelsefulla restriktioner i rätten att vidta stridsåtgärder. Här ska endast behandlas sådana begränsningar som kan beröra samhällsfarlighet och särskilt de s.k. samhällsfarliga nämnderna.²⁵

Huvudavtalet mellan SAF (numera Svenskt Näringsliv) och LO från 1938, det s.k. Saltsjöbadsavtalet, är fortfarande gällande i bl.a. de delar som gäller konflikter som berör samhällsviktiga funktioner. Det är arbetsmarknadsnämnden, som upprättades genom Saltsjöbadsavtalet, som ska pröva frågor om att undvika, begränsa eller häva sådana konflikter. Vid en sådan prövning är nämnden sammansatt av tre representanter från LO och tre representanter från Svenskt Näringsliv. Prövning i nämnden kan begäras av berörda organisationer, offentliga myndigheter eller annat jämförligt organ. Frågan ska behandlas skyndsamt. Det finns inga regler om uppskov med eller inställande av stridsåtgärder i avvaktan på nämndens ställningstagande. Om det blir majoritet i nämnden för att konflikten bör undvikas, hävas eller begränsas är LO och Svenskt Näringsliv skyldiga att vidta åtgärder för att förmå parterna till en uppgörelse. Arbetsmarknadsnämnden har inga tvångsmedel för att förmå parterna att följa nämndens utslag. Processen är utformad som en förhandlingsnämnd. Den har endast använts i ett fåtal situationer och endast en gång, 1953 rörande privata elkraftverk, har nämnden kunnat komma överens om att parterna bör inställa åtgärderna eftersom de är samhällsfarliga.²⁶

När de offentliganställda i princip fick full förhandlings- och stridsrätt 1965 var det ett villkor att man på dessa områden gjorde likartade kollektivavtalslösningar som på den privata sektorn.

I det statliga huvudavtalet (SHA)²⁷, kapitel 7, finns regler bl.a. om statstjänstenämnden. Nämnden består av åtta ledamöter, där arbetsgivarsidan utser tre och arbetstagarparten tre. Parterna utser gemensamt två ledamöter, som är ordförande respektive vice ordförande i nämnden. Part får hänskjuta prövning av frågor om samhällsfarlighet till nämnden. Hänskjutande till nämnden innebär att uppskov ska ske med de varslade stridsåtgärderna i avvaktan på nämndens utlåtande. Vid lika röstetal i nämnden har ordföranden utslagsröst. Om nämnden finner att

²⁵ För en kortfattad genomgång, se SOU 2018:40 Vissa fredspliktsfrågor, s. 71 ff.

²⁶ Se SOU 1984:18 s. 148 ff., SOU 1984:19 s. 34 ff.

²⁷ Huvudavtal mellan Arbetsgivarverket och OFR:s förbundsområden inom det statliga förhandlingsområdet sammantagna, Saco-S, Facket för Service och Kommunikation (SEKO) 2000.

konflikten är samhällsfarlig ska den hemställa att part undviker, begränsar eller häver konflikten. Några tvångsmedel för att förmå parterna att följa nämndens beslut finns inte.

I det statliga huvudavtalet har parterna vidare kommit överens om att från stridsåtgärder undanta arbetstagare som på grund av sin ställning i organisationen eller sina arbetsuppgifter får anses på ett särskilt sätt företräda arbetsgivaren eller som annars av särskilda skäl bör vara undantagna från stridsåtgärder. Denna s.k. undantagskrets är angiven i en bilaga till huvudavtalet och här tas bl.a. upp anställda vid Regeringskansliet, justitieråd, regeringsråd, justitiekansler, riksåklagare, hovrättspresident, anställda vid Medlingsinstitutet och Arbetsgivarverket, överbefälhavare, besiktningsveterinär, personer som ansvarar för samhällsinsatser vid Strålsäkerhetsmyndigheten och Myndigheten för samhällsskydd och beredskap.

Det kommunala huvudavtalet (KHA 94)²⁸, innehåller regler om samhällsfarliga konflikter i kapitel IV. En part som bedömer att en stridsåtgärd är samhällsfarlig ska begära förhandling med motparten för att undvika, begränsa eller avbryta stridsåtgärden. Om enighet inte uppnås vid förhandlingen får parten hänskjuta frågan till den centrala nämnden för prövning. Den centrala nämnden består av nio ledamöter; tre utses av arbetsgivar sidan och tre av arbetstagar sidan. Parterna utser gemensamt tre ledamöter, varav en ska vara ordförande. Varslade stridsåtgärder som inte påbörjats ska uppskjutas i avvaktan på nämndens utlåtande. Nämnden beslutar med enkel majoritet och om den finner åtgärden samhällsfarlig ska nämnden hemställa att parten undviker, begränsar eller häver stridsåtgärden. Inte heller här finns några tvångsmedel för att förmå parterna att acceptera nämndens utslag.

Parterna i KHA har vidare kommit överens om att förvaltningschef och arbetstagare som brukar företräda arbetsgivaren i kollektivavtalsförhandlingar bör undantags från stridsåtgärder.

Utöver dessa tre huvudområden på arbetsmarknaden finns det ytterligare några mindre områden där det slutits huvudavtal med anordningar för samhällsfarliga konflikter. (Se exempel nedan, avsnitt 3.2).

De s.k. samhällsfarliga nämnderna har inte varit särskilt frekvent anlitate.²⁹ Det är nämnden på det kommunala området som haft flest ärenden och det har då gällt

²⁸ Mellan Sveriges Kommuner och Landsting (tidigare Landstingsförbundet och Svenska Kommunförbundet), Svenska kyrkans arbetsgivarorganisation (tidigare Svenska kyrkans församling- och pastoratsförbund) och Svenska Kommunalarbetsareförbundet, TCO-OF:s förbundsområden allmän kommunal verksamhet, lärare och hälso- och sjukvård.

²⁹ Om nämndernas verksamhet för tiden fram till 1980 års storkonflikt, se SOU 1094:18 s. 148 ff.

vård och omsorg. Nämnderna har sällan kunnat enas om något utslag.³⁰ Det är däremot ganska vanligt att parterna beviljar undantag från varslade stridsåtgärder för att viktiga samhällsfunktioner inte ska störas. Detta görs ibland på den varslade partens initiativ, ibland efter det att motparten bett om det och ibland efter hemställan från medlarna.

I huvudavtalet finns det också regler om skyddsarbete. (Om skyddsarbete enligt lag, se ovan avsnitt 2.2.)

Skyddet för viktiga samhällsfunktioner i samband med stridsåtgärder på arbetsmarknaden bygger i Sverige alltså helt och hållet på parternas frivilliga åtaganden.

3 Vad är en samhällsfarlig konflikt?

3.1. *Går det att göra en definition?*

Det är komplicerat och nästan omöjligt att ge någon allmängiltig definition av begreppet ”samhällsfarlig konflikt”.³¹ Det är svårt att i förväg veta om en konflikt kan vara samhällsfarlig eller inte. Att en verksamhet bedrivs inom den offentliga sektorn innebär inte automatiskt att eventuella stridsåtgärder kan bli samhällsfarliga. Det går att i förväg bestämma sig för att vissa verksamheter är så betydelsefulla för samhället och medborgarnas rättigheter att stridsåtgärder där alltid är samhällsfarliga. En annan möjlighet är att för varje enskild konflikt beräkna hur mycket denna konflikt stör samhällets funktioner. Om soporna i en stad inte hämtas på en vecka så är det förmodligen inte samhällsfarligt, men det kan vara så efter tre veckor. Om tågen står stilla på grund av strejker, så är det knappast i sig samhällsfarlig så länge det finns bussar och andra former av kommunikationsmedel att tillgå. Om alla tågförare och bussförare strejkar under en period kan det däremot leda till en samhällsfarlig situation.

I samband med reformen för de offentliganställda 1965 uttalades ”Att i lag avgränsa de offentliga verksamhetsområden, där med hänsyn till samhälleliga intressen arbetsinställelse icke kan tolereras, torde möta närmast oöverstigliga

³⁰ Lägg dock märke till att statstjänstenämnden och den centrala nämnden, efter kritik i statliga utredningar, på 1990-talet förstärktes med opartiska ledamöter och konstruerats om för att möjliggöra att nämnderna kan fatta beslut.

³¹ Detta konstaterades redan av den s.k. Nothinska kommittén, SOU 1935:65, 66 Betänkande om folkförsörjning och arbetsfred. Se SOU 1984:18 s. 35 ff. om begreppet.

svårigheter...Värdet av gränsdragningen skulle med hänsyn till omöjligheten att förutse utvecklingen ... bli tvivelaktig.”³² .

Kommunikationer förekommer både i offentlig och privat regi. Transportsektorn utgör enligt praxis från ILO:s föreningsfrihetskommitté och expertkommitté rörande konvention nr. 87, Europarådets kommitté för sociala rättigheter rörande artikel 6 § 4 i Europarådets Sociala stadga samt Europadomstolen beträffande artikel 11 i EKMR³³ i sig inte en ”essential service”. Endast ekonomiska konsekvenser av en strejk räcket inte för att rättfärdiga ett strejktförbud, ekonomiska konsekvenser ligger i strejkens natur.³⁴

Även om verksamheter både på både den privata och den offentliga sektorn kan leda till situationer som kan vara samhällsfarliga, är det ändå fortfarande så att sådana funktioner är vanligare på den offentliga sektorn. Det har skett omfattande privatiseringar av offentlig verksamhet sedan 1980-talet, men fortfarande bedrivs t.ex. vår och omsorg oftast i offentlig regi.

I det kommunala huvudavtalet har man infört en definition av begreppet: ”Med samhällsfarliga stridsåtgärder avses sådana stridsåtgärder som genom sina verkningar skulle otillbörligt störa viktiga samhällsfunktioner eller medföra fara för människors liv eller risk för att bestående ohälsa uppstår.” I anmärkningen till denna bestämmelse anges att detta inte ska innebära att vårdområdet undantas från det tillåtna området för arbetskonflikt. Uttrycket ”fara för människors liv eller risk för att bestående ohälsa uppstår” har valts för att markera att vårdområdet är ett sådant område där rätten till stridsåtgärder bör användas med särskild försiktighet.

I det statliga huvudavtalet anger parterna att man övervägt att från arbetskonflikter i princip undanta vissa områden och funktioner. Men man konstaterar att en konflikts samhällsfarlighet är beroende av en rad faktorer, t.ex. vilka verksamhetsområden den berör, vid vilken tidpunkt den sätts in, dess varaktighet och konfliktläget i övrigt på arbetsmarknaden. Parterna förklarar sig dock ense om att rikets säkerhet, upprätthållande av lag och ordning, vården av sjuka, omhändertagna och andra behövande samt utbetalningar som behövs för enskildas ekonomiska trygghet är exempel på områden och funktioner där stridsåtgärder bör användas med särskild försiktighet. De är också ense om att undvika stridsåtgärder som kan befaras medföra allvarliga rubbningar av samhällsekonomin eller folkförsörjningen samt att undvika stridsåtgärder som kan vara stötande av humanitära skäl, t.ex. stridsåtgärd vid skola för handikappade.

³² Prop. 1965:60 s. 265. Ett system med obligatorisk skiljedom avvisades då de berörda parterna slöt huvudavtal efter mönster från den privata sektorn.

³³ Ognevenko v. Russia, Application no. 44873/09.

³⁴ Om internationella konventioner och samhällsfarliga konflikter, se Schlachter, M, *Regulating Strikes in Essential Services from an International Perspective*, i Mironi & Schlachter 2018, s. 30 ff.

3.2. *Exempel från några konflikter*

Eftersom det inte finns någon allmän definition i svensk rätt av vad som är att anse som en samhällsfarlig konflikt, har jag valt att under denna rubrik nämna några konflikter där det varit omfattande och/eller långvariga konflikter på områden som är centrala för att samhället ska fungera och medborgarna kunna få sina rättigheter tillgodosedda samt konflikter där de s.k. samhällsfarliga nämnderna varit verksamma.

1971 års konflikt på akademikerområdet har redan nämnts. Då sammanträdde nämnden på det statliga området i åtta ärenden och fann i ett av ärendena, som rörde besiktningsveterinärer, att konflikten var samhällsfarlig. Nämnden på det kommunala området sammanträdde två gånger och fann i bägge ärendena, det ena rörde besiktningsveterinärer och det andra tjänstemän vid socialförvaltningar, att det fanns risk för samhällsfarlighet.³⁵

Under storkonflikten 1980 var cirka 750,000 privatanställda lockoutade och över 100,000 strejkade. På den offentliga sektorn var 26,000 arbetstagare berörda, ungefär hälften strejkade och hälften var lockoutade. Arbetsmarknadsnämnden på den privata sektorn fick två ärenden att ta ställning till, oljeraffinaderier och transporter, men nämnden kunde inte enas om någon rekommendation i något av ärendena. Ett ärende prövades av statstjänstenämnden, posttjänstemän, men innan nämnden fattat beslut nådde parterna en uppgörelse. Till den centrala nämnden på det kommunala området hänsköts frågan om strejk bland operationssköterskor. Varslet återkallades och nämnden behövde inte ta ställning till frågan. Konflikten löstes efter sex veckors medlingsförhandlingar och de omfattande stridsåtgärderna varade en dryg vecka. Efter konflikten tillsattes flera statliga utredningar för frågor som rörde arbetsmarknadsstriden. En av dessa³⁶ föreslog att det skulle tillsättas en nämnd för hela arbetsmarknaden för att avgöra om en stridsåtgärd var samhällsfarlig. Nämnden skulle bestå av tre ledamöter från vardera partssidan med en opartisk ordförande. Om parterna inte följde nämndens beslut skulle nämnden meddela regeringen. Detta förslag ledde inte till några vidare lagstiftningsåtgärder.³⁷

I 1983 års avtalsrörelse hänsköts ett ärende till statstjänstenämnden. Det rörde säkerhets- och kontrollpersonal vid civila flygplatser, men nämnden kunde inte enas.

I statstjänstemannakonflikten 1985 strejkade cirka 20,000 statstjänstemän, främst inom tåg, flyg, utbildning, polis och tull. 80,000 arbetstagare, främst lärare, var lockoutade. Strejken rörande tulltjänstemän hänsköts till statstjänstenämnden, men

³⁵ SOU 1984:19 s. 44 ff.

³⁶ SOU 1991:13 Spelreglerna på arbetsmarknaden.

³⁷ SOU 1984:18 s. 29 ff; SOU 1984:19 s. 54 ff. Beträffande perioden 1980-1990, se Edlund, Sten & Nyström, Birgitta, Arbetsrätt i förändring, Nerenius & Santérus Förlag 1995, s. 65 ff.

den kunde inte enas om något ett beslut. Efter drygt två veckors stridsåtgärder löstes konflikten genom att medlarnas förslag godtogs.

Året därpå, 1986, utbröt strejker inom bl.a. sjuk- och socialvård. Arbetsgivarsidan varslade om omfattande lockouter som gällde 45,000 anställda, mest lärare som snart skulle börja sommarlovsledigheten. Medlarna fick parterna att skjuta på stridsåtgärderna över sommaren, men stridsåtgärderna återupptogs därefter. Då gällde det allmänna kommunikationer, förvaltning, post och vård. Arbetstagarorganisationerna gav omfattande undantag från varslade stridsåtgärder för att dessa inte skulle vara samhällsfarliga. Slutligen antogs medlarnas bud.

1990 var det en omfattande konflikt på bankområdet. 1,500 banktjänstemän gick i strejk och arbetsgivaren svarade med att lockouta 45,000 anställda. I stort sett all bankverksamhet var lamslagen. Efter närmare tre veckors medling löstes tvisten. Det torde då ha varit nära med ett regeringsingripande. Det fanns inte något kollektivavtal med särskilda åtgärder vid samhällsfarliga konflikter på området.

Även 1995 var det oroligt på arbetsmarknaden med strejker på den offentliga sektorn, framför allt gällde det sjuksköterskor som strejkande i sju veckor. En konflikt på Kommunalarbetareförbundets område under fyra veckor innebar att många sportanläggningar fick stängas, vilket gavs stort utrymme i massmedia då detta fick betydelse för seriespel i flera sporter. Den centrala nämnden sammanträdde på grund av sjuksköterskestrejken, men fann den inte vara samhällsfarlig.

2003 var det en vidsträckt konflikt på det kommunala området. Kommunalarbetareförbundet utlöste olika stridsåtgärder bl.a. inom hälso- och sjukvården och sympatiaktioner vidtogs från andra förbund. Kommunal varslade i ett senare skede om mycket omfattande stridsåtgärder inom bl.a. sjukvård, barnomsorg och transporter. Parterna godtog slutligen medlarnas bud. Den centrala nämnden sammanträdde inte.

2008 vidtog Vårdförbundet omfattande stridsåtgärder som berörde sjukhus och äldre- och handikappomsorg. Undantag gjordes från varslade åtgärder och vissa åtgärder sköts upp, men konflikten varade i 38 dagar och mer än 10,000 personer strejkade någon gång under denna period. Konflikten hade tydliga negativa följder för allmänheten med t.ex. uppskjutna operationer.³⁸ En central nämnd tillsattes, men efter dess hemställan att parterna skulle fortsätta att förhandla kom parterna fram till en uppgörelse.

Det senaste tillfället som någon samhällsfarlig nämnd varit aktuell på den svenska arbetsmarknaden var i tvisten mellan IT & Telekomföretagen och Unionen, Sveriges Ingenjörer 2016. Den främsta tvistefrågan gällde s.k. flexpensioner (delpensioner).

³⁸ Medlingsinstitutets årsrapport 2008.

Arbetstagsidan varslade om stridsåtgärder. Det förekom också varsel om sympatiåtgärder. Post- och telestyrelsen begärde vissa undantag från varslade stridsåtgärder inom telekomområdet med hänsyn till det allmännas intresse. Enligt det huvudavtal som gällde för området³⁹ prövades frågan om undantag i en särskild partssammansatt nämnd, men man kunde inte enas i denna. Några dagar tidigare hade arbetsgivaren till Arbetsdomstolen hänskjutit frågan om tvisten var olovlig eftersom den hade karaktären av rättstvist och varslade stridsåtgärder sköts därför upp. Arbetstagsidan vände sig också till Arbetsdomstolen med yrkande om intermistiskt beslut rörande stridsåtgärdernas lovlighet. Arbetsdomstolen avlog fackets yrkande och förklarade att kollektivavtalet reglerade delpensionsfrågan och att stridsåtgärderna därmed var olovliga. Alla varsel återkallades.⁴⁰

4. Avslutande reflektioner

Rätten att vidta stridsåtgärder är en grundläggande rättighet och ska skyddas som en sådan. Samhället har samtidigt ett ansvar för att viktiga samhällsfunktioner upprätthålls. I Sverige är det huvudsakligen arbetsmarknadens parter som har åtagit sig detta samhällsansvar. Detta har medfört att lagstiftning som innehåller restriktioner för stridsåtgärder i ett internationellt perspektiv är synnerligen sparsam.

Som framgått ovan är de samhällsfarliga nämnderna inte ofta anlidade. Från partshåll framförs att det är vetskapen om deras existens som har den största betydelsen för att förhindra samhällsfarliga konflikter. De ovan angivna exemplen ger också en uppfattning om varselpliktens betydelse för att bevilja uppskov och undantag eller inställa stridsåtgärder för att undvika samhällsfarlighet.

Lagstiftarens hot om att ingripa mot stridsåtgärder har i princip alltid lett till så kraftfulla åtgärder från parterna att lagstiftning avvärjts.⁴¹ Nyligen har, som inledningsvis nämndes, framlagts ett lagförslag om begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder. Även denna gång har arbetsmarknadens parter kommit överens om en lösning. Bakgrunden till lagförslaget är en konflikt i Göteborgs hamn, Skandinavians största hamn, som fått stora konsekvenser när det gäller antalet förlorade arbetsdagar, verksamheten i hamnen samt ekonomi och transporter i regionen. Det finns ett kollektivavtal för arbetet i hamnen, som är slutet mellan arbetsgivarens organisation Sveriges Hamnar, som är medlem i Svenskt Näringsliv,

³⁹ Mellan SFO-LO/PTK. Om detta avtal, se SOU 1984:19 s. 60 ff.

⁴⁰ AD 2016 nr 31. För en utförlig redogörelse av tvisten, se Avtalsrörelsen och lönebildningen 2016. Medlingsinstitutets årsrapport, s. 71-72.

⁴¹ Saltsjöbadsavtalet 1938, huvudavtalen på den offentliga sektorn 1965, förändringen av statstjänstenämndens och centrala nämndens respektive sammansättning samt Industriavtalet på 1990-talet.

och Svenska Transportarbetareförbundet, som är anslutet till LO. Hamnarbetarförbundet, som organiserar majoriteten av arbetstagarna i hamnen och inte är anslutet till någon huvudorganisation, har vidtagit strejker och blockader och arbetsgivaren har svarat med lockouter. Stridsåtgärderna är lovliga; det är inte helt klart vad Hamnarbetarförbundet vill uppnå, men man avser i vart fall inte att tränga undan det gällande kollektivavtalet. Regeringen tillsatte 2017 Stridsåtgärdsutredningen med uppgift att överväga begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder i andra syften än att reglera villkor i kollektivavtal och i situationer där en arbetsgivare redan är bunden av ett kollektivavtal. Utredningen presenterade sitt arbete i betänkandet SOU 2018:40 Vissa fredspliktsfrågor. Parallellt med utredningens arbete hade arbetsmarknadens parter förhandlat och huvudorganisationerna LO, TCO, Saco och Svenskt Näringsliv framlade ett eget förslag till ändringar i MBL för att uppnå nämnda syften. Det förslag till lagstiftning som nu lagts fram i en departementspromemoria (Ds 2018:40) bygger på parternas förslag. Förslaget innebär begränsningar i strejkrätten i situationer där en arbetsgivare redan är bunden av kollektivavtal för arbetet i fråga och i princip ett generellt förbud mot stridsåtgärder i rättstvister.

Det kan diskuteras om stridsåtgärderna i Göteborgs hamn⁴² skulle kunna bedömas vara samhällsfarliga. Här får då göras en bedömning av om denna konflikt kan anses störa viktiga samhällsfunktioner vid en viss tidpunkt med beaktande av sådana omständigheter som diskuterades under avsnitt 3.1., bl.a. omfattning och varaktighet. Man måste också väga in att inte endast ekonomiska konsekvenser är tillräckligt. Uppenbarligen har det i alla fall från många håll ansetts angeläget att få till stånd en lösning. Att i lag inskränka en grundläggande rättighet som rätten att vidta stridsåtgärder måste dock vara en yttersta åtgärd.

Den svenska modellen bygger på att arbetsmarknadens parter tar ett stort ansvar för arbetsmarknadens regelverk och funktionssätt. När enstaka spelare på marknaden inte följer de mer eller mindre uttalade, men inte lagstadgade, spelregler som traditionellt tillämpas, är detta en situation som är svår att lösa. Den svenska modellen bygger på ansvar, tillit och i grunden goda relationer mellan parterna och gentemot lagstiftaren samt en balans mellan dessa aktörer. Det kan då ytterst finnas skäl för att begränsa handlingsutrymmet för solospelare som rubbar denna balans.

I den föreliggande situationen har arbetsmarknadens huvudorganisationer tagit sitt ansvar, vilket är i enlighet med den svenska modellen för arbetsmarknadsrelationer. De regler som föreslås gäller för eller tillämpas redan av de etablerade organisationerna. Parternas lösning föreslås leda till begränsningar för

⁴² Som i januari 2019 följts av stridsåtgärder av Hamnarbetarförbundet i andra hamnar. Arbetsgivarsidan har svarat med lockouter.

andra, utomstående, organisationer. Dess genomförande får antas verka hämmande för att nya arbetstagarorganisationer bildas och utomstående organisationer får svårare att etablera sig och reglera sina medlemmars anställningsvillkor i kollektivavtal. Förslaget begränsar dock inte minoritetsorganisationernas rättigheter i en sådan utsträckning att det skulle kunna strida mot Sveriges internationella åtaganden.

Det återstår att se vad som blir av förslaget, som är avsett att träda i kraft den 1 januari 2020. Det förefaller dock att finnas en majoritet för förslagets genomförande i riksdagen.

Akademiska karriärvägar och arbetsrätt

MIA RÖNNMAR¹

1 Inledning

Under det senaste årtiondet har frågor rörande befattningsstruktur, karriärvägar, rekrytering samt meriteringsanställningar och tidsbegränsade anställningar vid svenska lärosäten varit föremål för utredning och diskussion. Debatten har under senare år särskilt rört ökningen av antalet forskare, och behovet av att skapa goda och tydliga karriärvägar för unga forskare och lärare.²

Syftet med detta bidrag är att diskutera ett antal centrala arbetsrättsliga frågor kopplade till akademiska karriärvägar.³ Lunds universitet används genomgående som ett praktiskt exempel. Detta ämne ligger i linje med den forskning som Örjan Edström har bedrivit under sin akademiska karriär. Det handlar om arbetsrättslig forskning i ett bredare arbetsmarknadsperspektiv rörande exempelvis betydelsen av kompetens och kvalifikationer i arbetslivet, arbetskraftens fria rörlighet och regleringen av arbetsrätten i staten.⁴

I avsnitt 2 belyses strategiska utgångspunkter kopplade till akademiska karriärvägar. Avsnitt 3 diskuterar ett antal centrala arbetsrättsliga frågor kopplade till akademiska karriärvägar, såsom frågor rörande jämställdhet och likabehandling,

¹ Professor och dekan vid den Juridiska fakulteten vid Lunds universitet.

² Se exempelvis SOU 2007:98, SOU 2016:29, Sveriges Unga Akademi, *Karriärsystem för svenska lärosäten* (Sveriges Unga Akademi, Stockholm 2013) och Vetenskapsrådet/S. Gerdes Barriere, *Forskningens framtid! Karriärstruktur och karriärvägar i högskolan*, Vetenskapsrådets rapporter (Vetenskapsrådet, Stockholm 2015).

³ Bidraget bygger på den rapport som jag författat inom ramen för den utredning som jag, som dekan vid den Juridiska fakulteten och på uppdrag av rektor vid Lunds universitet, har bedrivit för att undersöka och befrämja arbetet med goda och tydliga karriärvägar vid Lunds universitet. Se M. Rönnmar, *Goda och tydliga karriärvägar vid Lunds universitet. Rapport* (Lunds universitet, Lund 2018) (under arbetet med rapporten har Carina Wickberg vid universitetsledningens kansli bistått med utredningsstöd).

⁴ Se exempelvis Ö. Edström, *Anställningskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssambället* (Iustus förlag, Uppsala 2001) och A. Andersson, L. Bejstam, Ö. Edström och L. Zanderin, *Arbetsrätten i staten*, 2 uppl. (Studentlitteratur, Lund 2004).

rekrytering och anställningens ingående, tidsbegränsad anställning, läraranställningar och forskaranställningar samt anställningsskydd. Avsnitt 4 innehåller några avslutande reflektioner.

2 Akademiska karriärvägar: strategiska utgångspunkter

Goda och tydliga karriärvägar hänger nära samman med frågor om kompetensförsörjning, rekrytering och olika anställningar. Kompetensförsörjningen vid universitetet bestäms i huvudsak av utbildningens och forskningens behov. Goda och tydliga karriärvägar är lika mycket en fråga om verksamhetens behov, utveckling och kvalitet, som en fråga om individens karriärutveckling, anställningssituation och intresse av trygghet. Arbete för att främja goda och tydliga karriärvägar handlar bland annat om att tydliggöra och ”öppna upp” de olika stegen och anställningarna i karriärsystemet genom öppna utlysningar i konkurrens efter meritokratiska principer. Det är väl känt att inslaget av internrekrytering är alltför stort vid svenska lärosäten och att mobiliteten är alltför begränsad. En annan och lika viktig aspekt av arbetet med goda och tydliga karriärvägar är satsningar på kompetensutveckling, och en möjlighet att bli prövad för befordran till högre anställning vid olika steg i den akademiska karriären. Detta ger möjlighet till karriärutveckling inom ramen för en anställning som en gång erhållits i öppen konkurrens. Givet de skilda traditionerna och förutsättningarna vid fakulteterna vid Lunds universitet – liksom vid många andra svenska lärosäten – handlar det inte heller om en god och tydlig karriärväg, utan om flera olika karriärvägar liksom om karriärvägar inom och utom akademien.⁵ Det råder sedan flera år tillbaka en stor enighet om att ett särskilt fokus behöver läggas på yngre forskares och lärares karriärvägar.⁶

Lunds universitets strategiska plan för perioden 2017–2026 bygger på grundläggande akademiska värden som akademisk frihet, autonomi och meritokrati.⁷ Planen framhåller att utbildning och forskning ska sträva efter högsta kvalitet och vara sammanflätade. Studenter och medarbetare ska erbjudas attraktiva miljöer. Tydliga karriärvägar ska säkerställas och universitet ska arbeta strategiskt med rekrytering. Verksamheten ska vidare utmärkas av god arbetsmiljö, jämställdhet och förmåga att säkra likabehandling för både studenter och medarbetare. Utbildning, forskning och samverkan ska präglas av internationalisering, och det ska finnas

⁵ Se LERU, *Delivering talent: Career of researchers inside and outside academia*, LERU Position Paper, June 2018.

⁶ Se exempelvis SOU 2016:29 och Sveriges Unga Akademi, *Karriärsystem för svenska lärosäten* (Sveriges Unga Akademi, Stockholm 2013).

⁷ Se också G. Bexell, *Akademiska värden visar vägen* (Atlantis, 2011).

tydliga möjligheter för internationell rörlighet för studenter och medarbetare. Utbildning och forskning ska sammanflätas i lärandemiljöer där det både undervisas och forskas, och där meritering inom utbildning och forskning likställs.

Europeiska kommissionens arbete inom the *European Research Area* pekar ut sex prioriterade områden, till vilka en öppen arbetsmarknad för forskare och jämställdhet och jämställdhetsintegrering i forskningen hör.⁸ Det handlar exempelvis om att befrämja mobilitet över gränserna, utveckla stöd för karriär- och kompetensutveckling och skapa attraktiva forskarkarriärer. The *European Charter for Researchers* och the *Code of Conduct for the Recruitment of Researchers* bygger också på meritokratiska principer och liknande utgångspunkter.⁹ Vidare handlar det om att bedriva ett aktivt jämställdhetsarbete samt om att undanröja hinder när det gäller rekrytering av och karriärutveckling för kvinnliga forskare.¹⁰

Goda och tydliga karriärvägar befrämjar jämställdhet, likabehandling och mångfald samt internationalisering och mobilitet – och meriteringsanställningar, såsom postdoktorsanställningar och biträdande universitetslektorsanställningar, intar en särskild plats i detta sammanhang. Goda och tydliga karriärvägar kan göra ett universitet till en attraktiv, konkurrenskraftig och god arbetsgivare, som har möjlighet att rekrytera och behålla de mest kompetenta medarbetarna. Detta befrämjar i sin tur högsta kvalitet i utbildning och forskning. Det finns också ett behov av att proaktivt förhålla sig till den demografiska utvecklingen med en åldrande befolkning och förestående pensionsavgångar. Meriteringsanställningar gör det möjligt att kontinuerligt förnya gruppen medarbetare, och att sträva efter en åldersbalans i gruppen av lärare.

En rad utmaningar är emellertid förknippade med förverkligandet av goda och tydliga karriärvägar. Vid Lunds universitet lyfts exempelvis fram att ett begränsat utbildningsanslag (bland annat p.g.a. en fortlöpande urgröpning och otillräckliga prislappar) och ett begränsat fakultetsanslag gör det svårt att finansiera och utlysa meriteringsanställningar och andra läraranställningar.¹¹ Likaså har en obalans mellan

⁸ Se European Commission, *European Research Area Progress Report 2016, Report from the Commission to the Council and the European Parliament, The European Research Area: Time for implementation and monitoring progress*, COM(2017) 35.

⁹ Se European Commission, *The Code of Conduct for the Recruitment of Researchers*, Directorate-General for Research (Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2005) och European Commission, *The European Charter for Researchers*, Directorate-General for Research (Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2005).

¹⁰ Se vidare exempelvis LERU, *Women, research and universities: excellence without gender bias*, LERU Position Paper, July 2012, och LERU, *Implicit bias in academia: A challenge to the meritocratic principle and to women's careers – And what to do about it*, LERU Advice Paper, January 2018.

¹¹ Se också SULF/K. Åmossa, *Systemfel i kunskapsfabriken – om urholkning av ersättningsbeloppen till högre utbildning* (SULF, Stockholm 2018).

anslagsfinansierad och externfinansierad forskning – och ett alltför stort beroende av extern forskningsfinansiering, som kan vara tillfällig och oberäknelig – lett till en ökning av antalet forskaranställningar, vid Lunds universitet. Det finns också utmaningar kopplade till omfattningen av utbildningen respektive forskningen. Vid en ”utbildningstung” fakultet finns ett stort behov av universitetslektorer, vilket kan försvåra en satsning på mer ”forskningsintensiva” meriteringsanställningar. Samtidigt kan det vid en ”forskningstung” fakultet vara svårt att erbjuda samtliga forskare – ävensom doktorander – delaktighet i undervisningen och pedagogisk meritering.

3 Akademiska karriärvägar: centrala arbetsrättsliga frågor

3.1 Inledning

Den rättsliga regleringen av akademiska karriärvägar är komplex och omfattar EU-rätt, grundlagsreglering, offentlig rätt, högskolerätt, och arbetsrätt i form av lagstiftning, kollektivavtal, rättstillämpning och lokalt regelverk.¹² Anställningar i staten – och vid statliga lärosäten – vilar ytterst på civilrättslig grund och anställningsavtal.¹³ Centrala regler rörande tidsbegränsad anställning, anställningsskydd samt jämställdhet och likabehandling återfinns i EU-rätten och i anställningsskyddslagen (LAS)¹⁴ och diskrimineringslagen.¹⁵ Samtidigt får grundlagsreglering i Regeringsformen¹⁶ och andra offentligrättsliga regler stor betydelse vid bland annat rekrytering och anställningens ingående. Högskolelagen (HL)¹⁷ och högskoleförordningen (HF)¹⁸ omfattar vidare regler om läraranställningar. Efter införandet av den s.k. autonomireformen återfinns den grundläggande regleringen av läraranställningar i högskolelagen och högskoleförordningen, samtidigt som universitet och högskolor getts en större frihet när det gäller den närmare utformningen av läraranställningar och akademiska

¹² Exempelvis anställningsordning, rektorsbeslut och föreskrifter på universitets- och fakultetsnivå.

¹³ Se SOU 2016:29, s. 75 ff. och A. Andersson m.fl., *Arbetsrätten i staten* (2 uppl., Studentlitteratur, Lund 2004), s. 113 ff.

¹⁴ SFS 1982:80.

¹⁵ SFS 2008:567.

¹⁶ SFS 1974:152.

¹⁷ SFS 1992:1434.

¹⁸ SFS 1993:100.

karriärsystem.¹⁹ Det finns alltså inte något enhetligt och sammanhållet akademiskt karriärsystem på nationell nivå.

Det svenska arbetsrätts- och arbetsmarknadssystemet bygger i stor utsträckning på partsautonomi, samförståndsanda och självreglering genom kollektivavtal. Lagstiftning är ofta av s.k. semidispositiv karaktär, och medger avvikande reglering i kollektivavtalets form, såväl till arbetstagarnas fördel som till deras nackdel.

Det finns en grundläggande spänning mellan, å ena sidan, det meritokratiska systemet som bygger på grundlagsreglering, förtjänst och skicklighet och anställningar utlysta i öppen konkurrens, och å andra sidan, det allmänna anställningsskyddet i anställningsskyddslagen, som exempelvis innehåller regler om automatisk omvandling av tidsbegränsad anställning till tillsvidareanställning efter en viss tid, omplacering och företrädesrätt till återanställning.

3.2 Jämställdhet och likabehandling

Diskrimineringsrätten är en central och välutvecklad del av EU-arbetsrätten.²⁰ EU:s diskrimineringsrätt i stort bygger på utvecklingen av förbudet mot könsdiskriminering. I Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna fastslås alla människors likhet inför lagen och att män och kvinnor ska vara jämställda, och i artikel 21 finns en ”öppen lista” av diskrimineringsgrunder. Ett flertal av direktiven på könsdiskrimineringsområdet omarbetades och konsoliderades 2006 i likabehandlingsdirektivet.²¹ 2000 antogs två nya diskrimineringsdirektiv: direktivet mot etnisk diskriminering²² och det allmänna likabehandlingsdirektivet, som omfattar grunderna religion eller trosbekännelse, funktionsnedsättning, ålder och sexuell läggning.²³ Idag är diskrimineringsdirektiven i stor utsträckning anpassade till varandra och enhetligt utformade.

Jämställdhetslagen antogs 1979, och reformerades under årens lopp, bland annat under inflytande av EU-rätten. Skyddet mot diskriminering i arbetslivet utökades 1999 då Sverige införde tre nya lagar mot diskriminering p.g.a. etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, och sexuell läggning. Som en följd av utvecklingen på EU-nivå mot nya och fler diskrimineringsgrunder och ett vidgat tillämpningsområde antogs 2008 en samlad diskrimineringslag.²⁴

¹⁹ Se prop. 2009/10:149.

²⁰ Se vidare exempelvis E. Ellis och P. Watson, *EU Anti-Discrimination Law*, 2 uppl. (Oxford University Press, Oxford 2012).

²¹ Direktiv 2006/54/EG.

²² Direktiv 2000/43/EG.

²³ Direktiv 2000/78/EG.

²⁴ Se SOU 2006:22 och prop. 2007/08:95.

Diskrimineringslagen ersatte de tidigare diskrimineringslagarna, och samlar inte bara flera diskrimineringsgrunder utan omfattar också en rad samhällsområden utöver arbetslivet, såsom utbildning, arbetsmarknadspolitisk verksamhet, varor och tjänster, hälso- och sjukvård och socialförsäkringsskydd. Lagen syftar till att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder (kap. 1:1).

Diskrimineringslagen innehåller förbud mot direkt och indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet (vid funktionsnedsättning),²⁵ sexuella trakasserier, trakasserier och instruktioner att diskriminera (kap. 1:4), samt regler om positiv särbehandling för att främja jämställdhet mellan kvinnor och män (kap. 2:2 2p.),²⁶ aktiva åtgärder (kap. 3) och delad bevisbörda (kap. 6:3).²⁷

Bristande jämställdhet och ojämn könsfördelning är ett faktum inom det svenska universitets- och högskoleområdet och vid Lunds universitet. 2017 var andelen kvinnor av anställda professorer vid Lunds universitet 27 %. Mot denna bakgrund har rekryteringsmål för andelen kvinnor av nyrekryterade professor ställts upp: minst 40 % under perioden 2016–2020 enligt beslut av universitetsstyrelsen och minst 46 % under perioden 2017–2019 enligt beslut av regeringen i regleringsbrevet.²⁸

²⁵ Se AD 2017:51, som rörde diskriminering p.g.a. funktionsnedsättning vid anställning av en universitetslektor där den sökande var döv. Arbetsdomstolen fann att de åtgärder för tillgänglighet som högskolan hade behövt vidta för att kunna anställa den sökande i fråga inte vara skäligen, och att högskolan därför inte hade diskriminerat denne när högskolan avbröt anställningsförfarandet.

²⁶ Jfr också kap. 2:13 RF. – Positiv särbehandling är omdiskuterat, men inrymmer en viktig potential för att främja jämställdhet mellan kvinnor och män. Utrymmet för positiv särbehandling har tydligt begränsats av EU-domstolen i sin rättspraxis, och har därefter visat sig svårt att utnyttja i universitets- och högskolesektorn, p.g.a. rättslig oklarhet och/eller försiktighet. Klart är emellertid att EU-domstolens domar lämnar utrymme för fortsatt användning av den svenska praktiken/regeln att vid lika eller i det närmaste likvärdiga meriter tillsätta kandidaten av underrepresenterat kön. Se vidare S. Fransson och E. Stüber, *Diskrimineringslagen. En kommentar*, 2 uppl. (Norstedts Juridik, Stockholm 2015), s. 206 ff. och A. Numhauser-Henning, ”Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön” i A. Numhauser-Henning (red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (Juristförlaget i Lund, Lund 2000), s. 149–183.

²⁷ Se vidare S. Fransson och E. Stüber, *Diskrimineringslagen. En kommentar*, 2 uppl. (Norstedts Juridik, Stockholm 2015).

²⁸ Se även A. Numhauser-Henning (gästred.), *Women in Academia and Equality Law. Aiming High – Falling Short? Denmark, France, Germany, Hungary, Italy, The Netherlands, Sweden, United Kingdom, R. Blanpain* (red.), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 57 (Kluwer Law International, Haag 2006).

Det pågår ett omfattande jämställdhets- och likabehandlingsarbete på Lunds universitet och dess olika fakulteter. Det handlar exempelvis om en plan för jämställdhetsintegrering, rutiner för professorsrekrytering, gästprofessors-program, stimulansmedel för anställning av professorer och meriteringsanställda av underrepresenterat kön, mentors- och karriärutvecklingsprogram liksom utbildnings- och seminarieprogram av bredare slag för medarbetare och studenter.

3.3 Rekrytering, anställningens ingående och tidsbegränsad anställning

Utgångspunkten i svensk arbetsrätt är den fria anställningsrätten. Av Regeringsformen 12:5 följer emellertid att vid beslut om statliga anställningar ska avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. 4 § i lagen om offentlig anställning²⁹ preciserar vidare att vid anställning ska avseende fästas bara vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet, och att skicklighet-heten ska sättas främst om det inte finns särskilda skäl för något annat. 4 § i anställningsförordningen³⁰ anger vidare att vid anställning ska myndigheten utöver skickligheten och förtjänsten också beakta sådana sakliga grunder som stämmer överens med allmänna arbetsmarknads-, jämställdhets-, social- och sysselsättningspolitiska mål.

Det meritokratiska systemet bygger vidare på att anställningar i staten – och vid universitet och högskolor – utlyses i öppen konkurrens. Anställningsförordningen stadgar därför i 6 § att en myndighet som avser att anställa en arbetstagare på ett lämpligt sätt ska informera om detta så att de som är intresserade av anställningen kan anmäla det till myndigheten inom en viss tid. Undantag från utlysningskravet medges endast om särskilda skäl föreligger. Sådana särskilda skäl kan exempelvis avse omplacering och företrädesrätt enligt anställningsskyddslagen, och situationer när en namngiven forskare har sökt och erhållit externa forskningsmedel för den egna forskningstiden.³¹

Förvaltningslagen³² sätter också en viktig ram för universitetets rekryteringsprocesser och beslut, och exempelvis är ett noga iakttagande av jävsreglerna i 16–18 §§ centralt för saklig och kvalitativ rekrytering. Kapitel 12 i högskole-förordningen innehåller regler om vilka beslut kopplade till rekrytering som kan överklagas till

²⁹ SFS 1994:260.

³⁰ SFS 1994:373.

³¹ Se vidare Överklagandenämnden för högskolan, beslut 2014-11-14 och 2014-10-17 och SULF/A. Lundgren, G. Claesson Pipping och K. Åmossa, *Ett spel för galleriet? Om anställningsprocesserna i akademien* (SULF, Stockholm 2018).

³² SFS 2017:900.

Överklagandenämnden för högskolan, exempelvis beslut om anställning (med undantag av beslut om anställning som doktorand eller som lektor vid en befordran (enligt 4:12 c HF)) och beslut om att avslå en ansökan om befordran (enligt 4:13 HF).³³

Anställningsordningen vid Lunds universitet innehåller regler om anställning, befordran och rekryteringsprocessen.³⁴ Dessa regler kompletteras och preciseras av föreskrifter på fakultetsnivå.

Det finns ett nära samband mellan tidsbegränsad anställning och anställningsskydd. Regleringen av tidsbegränsad anställning syftar bland annat till att motverka kringgåendet av anställningsskyddet inom ramen för tillsvidareanställningen. Regleringen av tidsbegränsad anställning återfinns i det EU-rättsliga s.k. visstidsdirektivet³⁵ och i anställningsskyddslagen. Enligt svensk rätt utgör tillsvidareanställning huvudregel, och en tidsbegränsad anställning måste särskilt avtalas. Den som hävdar att en tidsbegränsad anställning har ingåtts har bevisbördan för detta. Tidsbegränsade anställningar får endast ingås under de förutsättningar som anges i 5 och 6 §§ anställningsskyddslagen. Till detta kommer att reglerna om tidsbegränsad anställning är semidispositiva – dvs. att tidsbegränsad anställning kan regleras i kollektivavtal, såsom det centrala kollektivavtalet om postdoktorsanställningar – och att bestämmelser om tidsbegränsad anställning i särskild lag eller förordning – såsom högskole-förordningen – har företräde framför reglerna i anställningsskyddslagen (2 och 3 §§ LAS).³⁶ Som en följd av detta kan sägas att utrymmet för tidsbegränsade anställningar är särskilt stort i högskolesektorn jämfört med övrig arbetsmarknad, något som visar sig i praktiken när man ser till statistiken över andelen tidsbegränsade anställningar i sektorn.

³³ På senare tid har frågan om det komplicerade förhållandet mellan civilrättsliga regler om anställning och offentlighetsrättsliga regler om överklagande av statliga anställningsbeslut aktualiserats i av-göranden från Arbetsdomstolen och Överklagandenämnden för högskolan, se vidare AD 2016:74, AD 2018:24 och Överklagandenämnden för högskolan, beslut 2018-01-26.

³⁴ Lunds universitets anställningsordning framhåller vikten av att anställningar utlyses internationellt och med bred ämnesinriktning, och att inriktningen endast vid särskilda skäl kan specificeras. Så kallade ”skonummerutlysningar”, dvs. kravprofiler och ämnesinriktningar som tar sikte på en viss sökande, bryter mot de grundläggande meritokratiska principerna och får inte förekomma. En sådan praktik leder till intern rekrytering, begränsad jämställdhet och mobilitet, och riskerar i förlängningen också att på ett allvarligt sätt underminera tilliten till det meritokratiska systemet och rekryteringsprocesserna vid lärosätet. Framtida kvalificerade sökande kan då avskräckas från att söka utlysta anställningar i tron att det finns någon intern kandidat, även i situationer där så inte är fallet.

³⁵ Direktiv 1999/70/EG.

³⁶ Se också prop. 1973:129, s. 144 ff. och prop. 1981/82:71, s. 38 ff.

Den allmänna utvecklingen har gått mot ett ökat utrymme för tidsbegränsad anställning. Genom en reform av tidsbegränsad anställning år 2007 ersattes en lång katalog av tidsbegränsade anställningar av allmän visstidsanställning (ALVA), vikariat,³⁷ säsonganställning, tidsbegränsad anställning när arbetstagaren har fyllt 67 år och provanställning (5 och 6 §§ LAS). Arbetsgivaren är fri att ingå allmän visstidsanställning. När arbetstagaren har varit anställd hos en arbetsgivare i allmän visstidsanställning eller som vikarie i sammanlagt mer än två år under de senaste fem åren så övergår anställningen automatiskt i en tillsvidareanställning enligt 5 § 2 st. LAS – arbetstagaren blir ”in-lasad”.³⁸ Tiden räknas här separat för respektive anställningsform.³⁹

3.4 *Läroanställningar och forskaranställningar*

Läroanställningar regleras i kapitel 3 i högskolelagen och kapitel 4 i högskoleförordningen.⁴⁰ Högskolelagen anger att för utbildning och forskning ska det finnas professorer och lektorer anställda som lärare vid universitet och högskolor. I högskoleförordningen regleras anställning som professor, lektor och biträdande universitetslektor. Efter den s.k. autonomireformen reglerar alltså nu varje universitet och högskola i sin anställningsordning vilka ytterligare lärarkategorier som ska finnas, liksom vilka närmare behörighetskrav och bedömningsgrunder som gäller för respektive läroanställning (jfr 3:6 HL och 4:3–4:4a HF). Det finns också möjlighet att sluta kollektivavtal om läroanställningar, såsom det centrala kollektivavtalet om postdoktors-anställningar. Lunds universitets anställningsordning innehåller alltså universitetets regler för anställning.⁴¹

³⁷ Vikariatsanställningen förutsätter en koppling till ledig person eller ledig befattning.

³⁸ Se AD 2004:58, som rörde sådan ”in-lasning” av en vikarierande universitetslektor vid Lunds universitet.

³⁹ Efter Europeiska kommissionens motiverade yttranden rörande den bristfälliga implementeringen av visstidsdirektivet i svensk rätt infördes en ny regel i anställningsskyddslagen. Enligt 5a § 2p. LAS övergår en allmän visstidsanställning också till en tillsvidareanställning när en arbetstagare har varit anställd hos arbetsgivaren i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år under en period då arbetstagaren har haft tidsbegränsade anställningar hos arbetsgivaren i form av allmän visstidsanställning, vikariat eller säsongarbete, och anställningarna följt på varandra, se prop. 2015/16:62.

⁴⁰ Anställning som doktorand regleras i kapitel 5 i högskoleförordningen.

⁴¹ Mot bakgrund av fakulteternas skilda traditioner och förutsättningar har fakulteterna getts möjlighet att genom egna föreskrifter ytterligare precisera behörighetskrav och bedömningsgrunder – vilket också har skett i stor omfattning och med olika precisionsgrad. Fakulteterna får emellertid inte sänka kraven vad gäller behörighetskraven.

Universitetslektorsanställningen är en central läraranställning som tar sin utgångspunkt i universitetets forskningsanknutna utbildning, sammanflätningen av utbildning och forskning samt samverkan med det omgivande samhället. Universitetslektorsanställningen regleras i 4:4 HF och i anställningsordningen. *Universitetsadjunksanställningen* regleras i anställningsordningen.⁴² Anställning som universitetslektor och universitetsadjunkt kan tidsbegränsas med stöd av anställningsskyddslagen, exempelvis som allmän visstidsanställning eller vikariatsanställning enligt 5 § LAS. Den tidsbegränsade anställningen kan sedan efter en viss tid och enligt reglerna i anställningsskyddslagen automatiskt omvandlas till tillsvidareanställning – och arbetstagaren ”lasas-in” – som universitetslektor eller universitetsadjunkt utan öppen utlysning och sakkunnigprövning.

Forskaranställningen kan tidsbegränsas med stöd av anställningsskyddslagen. Det handlar vanligen om en allmän visstidsanställning enligt 5 § 1p. LAS (eftersom det sällan finns en koppling till ledig arbetstagare eller ledig befattning, vilket krävs för vikariatsanställning). En tidsbegränsad forskaranställning kan sedan efter en viss tid och enligt reglerna i anställningsskyddslagen automatiskt omvandlas till tillsvidareanställning, och arbetstagaren ”lasas-in” som forskare. En institution kan också välja att anställa en forskare som har fått ett flerårigt externt forskningsanslag, sökt i eget namn och i konkurrens, tillsvidare från anställningens början. Enligt högskoleförordningen ska examinator vara lärare vid universitetet eller högskolan.⁴³ Motsatsvis följer alltså av reglering i högskoleförordningen och Lunds universitets anställningsordning att forskare inte är lärare, utan teknisk-administrativ personal. Forskare kan inte examinera och deltar också vanligtvis i mindre omfattning i undervisningen. Forskaranställningen medger begränsade möjligheter till pedagogisk meritering, är relativt otrygg (även i tillsvidareanställningens form) eftersom den oftast är direkt kopplad till tillgången till externa forskningsmedel, och ger vid Lunds universitet – såsom vid många andra lärosäten – ingen rätt att bli prövad för befordran till universitetslektor eller professor. Forskare kan naturligtvis söka läraranställningar utlysta i konkurrens.

Postdoktorsanställningen regleras i ett centralt kollektivavtal.⁴⁴ Avtalet gäller arbetstagare som anställs som postdoktor, och som i huvudsak ska bedriva

⁴² Regler om befordran av en tillsvidareanställd universitetsadjunkt till anställning som universitetslektor återfinns i anställningsordningen.

⁴³ Se UKÄ/Mikael Herjevik, *Rättssäker examination. En vägledning från Universitetskanslerämbetet*, (3 uppl., UKÄ, Stockholm 2017), s. 30 f.

⁴⁴ Se Avtal om tidsbegränsad anställning som postdoktor, slutet mellan Arbetsgivarverket och OFR:s förbundsområden inom det statliga förhandlingsområdet sammantagna, Saco-S, och Facket för Service och Kommunikation (SEKO).

forskning. Även undervisning kan ingå i arbetsuppgifterna, dock till högst en femtedel av arbetstiden. En postdoktor får anställas tills vidare dock längst två år.⁴⁵

Den *biträdande universitetslektorsanställningen* reglerades under perioden 2001–2011 i högskoleförordningen, men ersattes i och med den s.k. autonomireformen av en mer allmän meriteringsanställning i 12a § HF, som möjliggjorde lokal reglering på lärosätetsnivå. Vid Lunds universitet slöts ett lokalt kollektivavtal om biträdande lektorsanställning med rätt att bli prövad för befordran till universitetslektor.⁴⁷ Forskarkarriärutredningen fick bland annat i uppdrag att utreda hur meriteringsanställningen i högskoleförordningen kunde förändras i syfte att skapa en attraktiv forskarkarriär, och hur användningen av på varandra följande tidsbegränsade anställningar under lång tid i högskolan kunde motverkas. Forskarkarriärutredningen föreslog ett återinförande av anställningen som biträdande universitetslektor i högskoleförordningen som ett led i skapandet av ett mer attraktivt och enhetligt karriärsystem.⁴⁸ Den biträdande universitetslektorsanställningen regleras nu i 4:4a § och 4:12a–12c §§ HF. En biträdande universitetslektor får anställas tills vidare, dock längst under en tid på minst fyra och högst sex år som bestäms av högskolan före anställningens utlysning. Syftet med anställningen är att läraren ska ges möjlighet att utveckla sin självständighet som forskare och meritera sig såväl vetenskapligt som pedagogiskt för att uppfylla kraven på behörighet för en anställning som lektor.⁴⁹ Behörig att anställas som biträdande universitetslektor är den som har avlagt doktorsexamen eller har motsvarande vetenskaplig kompetens. Främst bör den komma i fråga som har avlagt doktorsexamen eller har nått motsvarande kompetens högst fem år innan tiden för ansökan av anställningen som biträdande universitetslektor har gått ut.⁵⁰ En biträdande universitetslektor ska efter ansökan befordras till en

⁴⁵ Anställningen får förlängas om det finns särskilda skäl (såsom ledighet på grund av sjukdom, föräldraledighet och klinisk tjänstgöring).

⁴⁶ Här finns inte utrymme för en fördjupning i den omdebatterade frågan rörande postdoktorstipendier. Den frågan anknyter också till diskussionen om – och den nya regleringen i högskoleförordningen rörande – doktorandstipendier, se vidare SOU 2016:29 och SOU 2018:3.

⁴⁷ Se Lokalt kollektivavtal om meriteringsanställning – biträdande universitetslektorer Dnr PE 2013/365 mellan Lunds universitet, Saco-S, OFR/S och SEKO.

⁴⁸ Se SOU 2016:29, s. 197 ff.

⁴⁹ En anställning får förnyas, dock högst sammanlagt två år, om det på grund av den biträdande lektorns sjukfrånvaro, föräldraledighet eller andra särskilda skäl krävs ytterligare tid för att uppnå syftet med anställningen (4:12a § HF).

⁵⁰ I det tidigare gällande lokala kollektivavtalet var denna period sju år. – Även den som har avlagt doktorsexamen eller har uppnått motsvarande kompetens tidigare kan komma i fråga om det finns särskilda skäl. Med särskilda skäl anses ledighet på grund av sjukdom, föräldraledighet eller andra liknande omständigheter (4:4a § HF).

tillsvidareanställning som universitetslektor om han eller hon har behörighet för anställning som universitetslektor och vid en prövning bedöms lämplig för en sådan anställning enligt de bedömningsgrunder som ska tillämpas i befordringsärendet (4:12c § HF). Den biträdande universitetslektors-anställningen utgör alltså en s.k. *tenure track*-anställning, och rätten till prövning för befordran är inte beroende av anställningens framtida finansiering eller verksamhetens undervisnings- eller forskningsbehov vid befordringstillfället. Den strategiska bedömningen av verksamhetens behov av den biträdande universitetslektorsanställningen – och efter framgångsrik befordran, sedermera universitetslektorsanställningen – görs vid tillfället då beslut fattas om att utlysa den biträdande universitetslektorsanställningen. Om arbetsbrist därefter skulle uppstå, exempelvis p.g.a. medelsbrist, så får den lösas med hjälp av anställningsskyddsreglerna om saklig grund, omplacering, turordning och företrädesrätt till återanställning.

Professorsanställningen är den främsta läraranställningen. Professorer ska som huvudregel anställas tillsvidare, med undantag för professorer inom konstnärlig verksamhet, adjungerade professorer och gästprofessorer (4:9–12 §§ HF). Professorsanställningen regleras i högskolelagen, högskoleförordningen och Lunds universitets anställningsordning. Vid Lunds universitet kan man bli anställd som professor efter en öppen utlysning i konkurrens, man kan bli befordrad till professor, och man kan bli kallad som professor. Den s.k. autonomireformen innebar en avreglering också av rätten för tillsvidareanställda universitetslektorer att bli prövade för befordran till professor. Lunds universitet valde att behålla en möjlighet – men att avskaffa rätten – att bli befordrad till professor. Beslut om prövning om befordran till professor ska vid Lunds universitet baseras på ett strategiskt övervägande, vari ska ingå en bedömning om den anställde lämnat dokumenterade bidrag till verksamhetens utveckling och bedöms lämplig för befordran. Den anställde ska uppvisa progression inom pedagogisk och vetenskaplig/konstnärlig skicklighet, sett ur ett övergripande och långsiktigt perspektiv och ska prövas mot behörighetskraven och bedömningsgrunderna för professorsanställning.

En *gästprofessor* ska uppfylla behörighetskraven för anställning som professor och ha en specifik kompetens av värde för den aktuella verksamheten. En professor kan efter pensionering anställas i en tidsbegränsad anställning som *seniorprofessor* med stöd av 5 § 4p. LAS.⁵¹ En *adjungerad professor* ska anställas tillsvidare dock längst till en viss

⁵¹ Enligt 32a § LAS har en arbetstagare rätt att kvarstå i anställningen till utgången av den månad då han eller hon fyller 67 år. Om en arbetsgivare vill att en arbetstagare ska lämna anställningen vid utgången av den månad då han eller hon fyller 67 år ska arbetsgivaren enligt 33 § ge arbetstagaren besked om detta minst en månad i förväg. En bred parlamentarisk överenskommelse om höjd pensionsålder och ålder för avgångsskyldighet slöts under 2017 (där avgångsskyldigheten successivt

tidpunkt (och sammanlagt högst i tolv år) (4:11 HF). *Adjungerade universitetslektorer* och *universitetsadjunkter* kan också anställas med stöd av ett centralt kollektivavtal.⁵² Anställning som professor eller universitetslektor kan *förenas med anställning* vid en sjukvårdsenhet som är upplåten för medicinsk utbildning och forskning (3:8 HL). En *lärare inom konstnärlig verksamhet* får anställas tillsvidare dock längst fem år (en sådan anställning får förnyas och vara sammanlagt i högst tio år (HF 4:10)).

3.5 Anställningsskydd

Anställningsskyddslagen är tillämplig på både privat och offentlig sektor, och innehåller centrala regler om anställningsskydd vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist och personliga skäl. Detta allmänna anställningsskydd kompletteras av regler i bland annat lagen om offentlig anställning och kollektivavtal i staten om turordning och omställning, som är tillämpliga i arbetsbristsituationer.⁵³

Varje uppsägning kräver saklig grund enligt 7 § LAS. Arbetstagare har rätt till lagstadgad uppsägningstid enligt 11 § LAS.⁵⁴ Uppsägningstidens längd vid Lunds universitet bestäms och förlängs dessutom i arbetsbristsituationer som en följd av omställningsavtalet.⁵⁵ En uppsägning kan vidtas antingen p.g.a. arbetsbrist eller p.g.a. personliga skäl. Arbetsbrist är alla de uppsägningsskäl som inte hänför sig till arbetstagaren personligen, och omfattar ekonomiska, organisatoriska eller andra verksamhetsrelaterade skäl. Arbetsbrist utgör i princip saklig grund för uppsägning.

föreslås höjas från 67 till 69 år). – Regler om avgångsskyldighet utgör enligt EU-domstolen i princip särbehandling p.g.a. ålder och kan komma att stå i strid med förbudet mot åldersdiskriminering. EU-domstolen fann emellertid i det s.k. *Hörnfeldt*-målet, mål C-141/11 *Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB*, att de svenska reglerna om avgångsskyldighet kunde rättfärdigas, och var förenliga med EU-rätten, se vidare A. Numhauser-Henning och M. Rönömar, ”Compulsory Retirement and Age Discrimination – The Swedish Hörnfeldt Case Put in Perspective” i P. Lindskoug m.fl. (red.), *Essays in Honour of Michael Bogdan* (Juristförlaget i Lund, Lund 2013). – *The Norma Elder Law Research Environment* (www.jur.lu.se/elderlaw) vid den Juridiska fakulteten vid Lunds universitet bedriver omfattande och gränsöverskridande forskning om äldrerätt och äldres rättsliga ställning.

⁵² Se det centrala kollektivavtalet om tidsbegränsad anställning för adjungerad lärare.

⁵³ Här finns inte utrymme för att närmare presentera regler om tvistlösning, information, varsel, överläggning och förhandling vid uppsägningar i staten och vid universitet och högskolor. Inte heller finns det utrymme för att utveckla resonemanget rörande sanktioner.

⁵⁴ Genom ett avskedande så avbryter arbetsgivaren anställningen istället med omedelbar verkan (4 och 18 §§ LAS) Ett avskedande får endast äga rum när arbetstagaren grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren.

⁵⁵ Se Avtal om omställning, slutet av Arbetsgivarverket och OFR:s förbundsområden inom det statliga förhandlingsområdet sammantagna, Saco-S och SEKO, som ersatte ett tidigare Trygghetsavtal.

Arbetsbrist definieras allmänt som de uppsägningsskäl som inte hänför sig till arbetstagaren personligen, dvs. ekonomiska, organisatoriska eller andra verksamhetsrelaterade skäl. Anställningsskyddet i anställningsskyddslagen bygger på förutsättningen att en uppsägning betraktas som orsakad antingen av arbetsbrist eller personliga skäl.⁵⁶

Utgångspunkten för det lagstadgade anställningsskyddet är att arbetsgivaren i möjligaste mån ska undvika friställningar, och att en uppsägning därför alltid ska utgöra sista utvägen. Innan arbetsgivaren går så långt som till uppsägning är han skyldig att med mindre ingripande åtgärder ha försökt komma till rätta med problemet.⁵⁷ Medan arbetsbrist alltid utgör saklig grund så sker vid en uppsägning på grund av personliga skäl en mer ingående prövning av arbetsgivarens beslut, överväganden och agerande. Arbetsdomstolen gör här en intresseavvägning mellan arbetsgivarens intresse av att avsluta anställningen och arbetstagarens intresse av att behålla anställningen. Domstolen prövar om arbetsgivaren i tillräcklig utsträckning har försökt undvika uppsägning genom att vidta andra mindre ingripande åtgärder, såsom omplacering, rehabilitering, anpassning, eller utbildning. Arbetsgivarens skyldigheter i detta sammanhang har sammanfattats i arbetsgivarens lojalitetsplikt vid uppsägningssituationer. I prövningen fästs bland annat (vid sidan om arbetsplatsens storlek, arbetstagarens ställning och anställningstidens längd) stor vikt vid om arbetsgivaren genom varningar eller andra åtgärder har gjort arbetstagaren medveten om risken för uppsägning, och därigenom gett honom eller henne en möjlighet att bättra sig. Centralt för prövningen är de slutsatser rörande arbetstagarens fortsatta lämplighet för arbete som man kan dra av de aktuella händelserna.

En uppsägning är aldrig sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig (7 § 2 st. LAS). Arbetsgivaren är skyldig att göra en noggrann omplaceringsutredning. Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet är vidsträckt, och omfattar i princip hela verksamheten – vilket innebär att omplaceringsskyldigheten inte endast omfattar avdelningen, institutionen eller fakulteten, utan hela Lunds universitet. Arbetsgivaren är dock inte skyldig att inrätta eller skapa några nya tjänster. För att en omplacering ska bli aktuell krävs också att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det nya arbetet. Arbetsgivaren ska i första hand försöka omplacera

⁵⁶ Arbetsdomstolen har också utvecklat principer om s.k. fingerad arbetsbrist och splittrad motivbild för situationer då gränsen mellan arbetsbrist och personliga skäl är mer oklar, se exempelvis från senare rättspraxis AD 2017:58.

⁵⁷ Se prop. 1981/82:71, s. 65. Se också AD 1993:101.

arbetstagaren inom ramen för anställningen, och först i andra hand erbjuda arbetstagaren en annan, helst likvärdig, anställning inom verksamheten.⁵⁸

Anställningsskyddslagens turordningsregler avgör vilka arbetstagare som ska sägas upp i en arbetsbristsituation. Arbetstagarnas plats i turordningen bestäms av principen sist-in-först-ut (22 § LAS). Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid, och vid lika anställningstid så ger högre ålder företräde. Turordningen bestäms inom ramen för en turordningskrets, som i sin tur hänför sig till driftsenheten och kollektivavtalsområdet. Om arbetstagaren endast efter omplacering kan beredas fortsatt arbete hos arbetsgivaren gäller som en förutsättning för företräde enligt turordningen att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Som utgångspunkt för bedömningen gäller att arbetstagaren skall ha de allmänna kvalifikationer som normalt krävs av den som söker en sådan anställning som det är fråga om. En jämförelse skall alltså göras med de krav som arbetsgivaren skulle kunna ställa vid en nyanställning till det aktuella arbetet. Det krävs inte att arbetstagaren från början fullständigt behärskar de nya arbetsuppgifterna utan endast att han eller hon har möjlighet att inom rimlig tid lära sig dem. En viss kortare inlärningsperiod måste arbetsgivaren acceptera, men arbetstagaren kan inte göra anspråk på en mer regelrätt omskolning.⁵⁹

Turordningsreglerna är semidispositiva vilket medför att turordningskretsarnas närmare innehåll, liksom andra generella turordningsfrågor, kan bestämmas och preciseras i kollektivavtal. Så har skett inom staten, och det statliga turordningsavtalet TurA-S är tillämpligt vid Lunds universitet.⁶⁰ 3 § i TurA-S anger att istället för reglerna i 22 § LAS så ska turordning vid uppsägning omfatta arbetstagare med i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter hos myndigheten på den

⁵⁸ Se exempelvis AD 2016:15 som handlade om Blekinge Tekniska Högskolas uppsägning av två universitetslektorer i sociologi p.g.a. arbetsbrist, och frågan huruvida arbetsgivaren hade varit skyldig att omplacera dem till två lediga anställningar som universitetslektor i ämnet omvårdnad/vårdvetenskap, och om arbetstagarna hade haft tillräckliga kvalifikationer för de lediga befattningarna. Arbetsdomstolen slog fast att de aktuella personerna ”inte hade doktorsexamen inom omvårdnad/vårdvetenskap eller akademiska kvalifikationer som kunde jämföras med en sådan examen [vilket] innebär enligt Arbetsdomstolens mening att de inte uppfyllde en sådan faktiskt uppställd – och inte obefogad eller överdriven – grundläggande allmän kvalifikation för befattningarna som lektor i ämnet som inte kan botas genom t.ex. allmän akademisk och pedagogisk skicklighet, lång akademisk erfarenhet eller en upplärningstid”. De aktuella personerna befanns därför inte ha tillräckliga kvalifikationer för de lediga befattningarna.

⁵⁹ Se prop. 1981/82:71, s. 56 f.

⁶⁰ I en konkret arbetsbristsituation så kan anställningsskyddslagens turordningsregler också sättas åt sidan genom att arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen kommer överens och, även på lokal nivå, avtalar om en s.k. avtalslista (2 § 3 st. LAS).

ort där arbetsbristen finns.⁶¹ – En följd av denna turordningsregel är att tillsvidareanställda forskare som sägs upp p.g.a. arbetsbrist när det externa forskningsanslaget är slut (ibland långt i förväg eftersom uppsägningstiden kan vara upp till tolv månader) ofta anses utgöra en s.k. ”enmansturordningskrets”, då det inte anses finnas någon annan med jämförbara arbetsuppgifter. Annat är ofta fallet vid övertalighet bland universitetslektorer och uppsägning p.g.a. arbetsbrist, då universitetslektorer är verksamma i både undervisning och forskning inom ett bredare ämnesområde och flera arbetstagare kan anses ha jämförbara arbetsuppgifter.

Enligt 25 § LAS har arbetstagare som har sagts upp på grund av arbetsbrist företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta. Detsamma gäller arbetstagare som har anställts för begränsad tid enligt 5 § LAS, exempelvis en vikarierande universitetslektor eller universitetsadjunkt eller en forskare med allmän visstidsanställning, och som på grund av arbetsbrist inte har fått fortsatt anställning. En förutsättning för företrädesrätt är dock att arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren och har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen. Företrädesrätten gäller från den tidpunkt då uppsägning skedde eller besked lämnades och därefter till dess att nio månader har förflutit från den dag då anställningen upphörde. I staten, och vid Lunds universitet, innebär reglerna i Regeringsformen, lagen om offentlig anställning och anställningsförordningen om förtjänst och skicklighet att företrädesrätten får en någon annan innebörd än på den privata arbetsmarknaden.⁶²

I det svenska arbetsrätts- och arbetsmarknadssystemet utgör trygghets- och omställningsavtalen ett betydelsefullt komplement till det lagstadgade anställningsskyddet, arbetslöshetsförsäkringen och den aktiva arbetsmarknadspolitiken. Det statliga omställningsavtalet, som ersatte det tidigare Trygghetsavtalet för några år sedan, är tillämpligt både vid uppsägningar p.g.a. arbetsbrist och när tidsbegränsade anställningar löper ut. Kvalificeringstid och rätt till stöd varierar beroende på anställningsform och kvalifikationstid. Omställningsavtalet innebar begränsningar i skyddet för tidsbegränsat anställd personal (vilket fackförbundet SULF under förhandlingarna reserverade sig mot), vilket har stor betydelse för doktorander och tidsbegränsat anställda forskare och lärare. Vid uppsägning p.g.a. arbetsbrist kan omställningsavtalet ge rätt till individuellt stöd från

⁶¹ Angående Tur-AS, se exempelvis AD 1997:33 och AD 2010:94.

⁶² Se exempelvis A. Andersson m.fl., *Arbetsrätten i staten*, 2 uppl. (Studentlitteratur, Lund 2004), s. 312 ff. och 292 ff.

Trygghetsstiftelsen med syfte att få ny anställning eller starta eget och olika former av ekonomisk kompensation.

4 Avslutning

Den rättsliga regleringen av akademiska karriärvägar är omfattande, och innefattar ett komplicerat samspel mellan regler från olika rättsområden och på olika nivåer. Det finns en grundläggande spänning mellan det grundlagsstadgade och meritokratiska systemet för att öppet utlysa läraranställningar i konkurrens och anställningsskyddsregler rörande automatisk omvandling till tillsvidareanställning, omplacering, turordning och företrädesrätt. En spänning i anställningsskyddet är kopplad till det faktum att Lunds universitet – som andra lärosäten – i arbetsrättsligt hänseende i princip är att betrakta som *en* arbetsgivare, medan verksamheten i praktiken är mångfacetterad och präglas av decentralisering och en hög grad av självbestämmande. Vidare finns det en inbyggd spänning – som på alla mer eller mindre segmenterade arbetsmarknader – mellan tillsvidareanställda lärare med goda och trygga villkor och en växande grupp lärare och forskare med tidsbegränsade och/eller prekära anställningar. Man kan i detta sammanhang konstatera att ett arbete med att skapa goda och tydliga karriärvägar för fler lärare och forskare, långsiktigt kan öka risken för att övertalighet och uppsägningar kan komma att involvera fler grupper av arbetstagare.

Lunds universitet är ett fullskaligt, forskningsintensivt och decentraliserat universitet. Traditionerna och förutsättningarna skiljer sig mycket åt mellan universitetets olika fakulteter, vilket i sin tur försvårar införandet ett enhetligt karriärsystem. Att främja goda och tydliga karriärvägar i alla delar av verksamheten är emellertid av största vikt för Lunds universitet. Det är mycket angeläget att arbetet på detta område styrs av gemensamma principer om bland annat meritokrati och akademiska värden, högsta kvalitet i, och sammanflätning av, utbildning och forskning, jämställdhet och likabehandling samt internationalisering.

Ekonomisk belöning som incitament för visselblåsare?

CLAES SANDGREN¹

1 Bakgrund

1.1 Inledning

Den grova brottsligheten i världen breder ut sig i form av korruption, skatteflykt, penningtvätt, insiderhandel och annat marknadsmissbruk, svindleri, bokföringsbrott, illegal handel med vapen och metaller m.m. Dessa former av ekonomiska brott är notoriskt svåra att utreda, bland annat därför att det ofta saknas tydliga målsägande som kan underlätta lagföringen.

Rättssamhällena står i många fall maktlösa även som en följd av att förbrytarna har upphöjda positioner i samhället och ekonomiska resurser att förhindra lagföringen. Till det kommer att dessa typer av brott ofta har internationella förgreningar men också att det internationella, rättsliga samarbetet fungerar illa, framför allt senfärdigt.

1.2 Betydelsen av visselblåsning

Det finns flera sätt att upptäcka och utreda dessa former av grov brottslighet. I det följande kommer visselblåsningens betydelse att belysas, särskilt belöning av visselblåsning som metod att få till stånd incitament för informerade personer att slå larm.² Erfarenheten visar nämligen att visselblåsning, rätt utformad, kan vara en effektiv, brottsbekämpande metod men att många presumtiva visselblåsare tvekar att slå larm av rädsla för repressalier. De får nämligen sällan uppskattning för sitt handlande utan riskerar snarare att trakasseras av sin arbets- eller uppdragsgivare och t.o.m. arbetskamrater.

¹ Professor em. i civilrätt, verksam vid Centre for Commercial Law vid Stockholms universitet.

² Jfr C. Sandgren, Belöna visselblåsare som avslöjar grova ekobrott, DN Debatt 18.12.2018.

Missförhållanden kan därför råda över en lång tid utan att någon slår larm, även i de fall där det finns en vid krets av personer som har relevant information, såsom anställda, styrelseledamöter, leverantörer, konsulter, praktikanter, kunder och fackliga ombud. Det är därför angeläget att de är motiverade att agera, har det mod som krävs och att det råder goda förutsättningar för att deras larm ska leda till att åtgärder vidtas.

1.3 *Visselblåsarbegreppet*

Det finns ingen vedertagen definition av en ”visselblåsare” och därmed en precisering av de personer som kan komma i åtnjutande av ett särskilt skydd när de rapporterar missförhållanden.³ För denna uppsats behövs dock ingen exakt definition. I huvudsak åsyftas en person, vilken rapporterar lagöverträdelser eller andra missförhållanden av ett visst allvar, som föreligger i en offentlig eller privat organisation till vilken visselblåsaren är knuten såsom anställd, konsult, praktikant, leverantör eller liknande. Rapporteringen ska ske till vissa personer eller organisationer – interna eller externa – som kan vidta åtgärder, såsom en chef på en viss nivå, en person ansvarig för regelefterlevnad (”compliance”), en styrelseledamot, en interrevisor, en tillsynsmyndighet, polisen, en facklig organisation, en extern institution med uppdrag att handlägga rapporter, t.ex. en advokat- eller revisionsbyrå m.fl.⁴

1.4 *Svensk rätt*

Arbetsrätten innehåller visserligen regler som ger en visselblåsare ett grundskydd, bl.a. skydd mot obefogade uppsägningar och avskedanden, men visselblåsarens situation blir i många fall ohållbar och arbetsgivare kan alltid ”köpa ut” en anställd, även om deras misshag med den anställde har sin grund i en allmännyttig visselblåsning som denne företagit, t.ex. ett larm om miljöfarlig verksamhet. Ett sådant utköp är dyrt för arbetsgivaren men kan stå den anställde än dyrare, därför att hon eller han kan bli paria på arbetsmarknaden.

Vi har emellertid en lag i Sverige till skydd för arbetstagare som slår larm, nämligen lag (2016:749) om särskilt skydd mot represalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden. Den har veterligen inte tillämpats, något som

³ I det följande används växelvis orden visselblåsare, den som slår larm, den som rapporterar, anmälaren m.fl. begrepp utan att någon saklig skillnad åsyftas.

⁴ Jfr P. Larsson, Skyddet för visselblåsare – en konstitutionell och arbetsrättslig studie, JURE Förlag AB, Stockholm 2015 s. 22 f. Larsson ansluter sig, med vissa förtydliganden, till Europarådets definition, som är något snävare än den definition som används i denna artikel.

var väntat med tanke på att lagen är minst sagt rumphuggen. Den innehåller visserligen en rätt till skadestånd för den visselblåsare som utsatts för repressalier. Men det saknas en skyldighet för arbetsgivare att inrätta rutiner för visselblåsare så att de vet hur de ska gå till väga. Det saknas också en möjlighet till sekretess för en visselblåsares identitet i offentlig verksamhet liksom en tystnadsplikt till skydd för visselblåsares identitet i privat verksamhet. Och likaså saknar visselblåsaren en rätt att få information om resultatet av sin anmälan.

1.5 Förslaget till ett EU-direktiv om visselblåsarskydd

På de nämnda punkterna har den svenska lagen fått bakläxa i förslaget till EU-direktiv, som skiljer sig fördelaktigt även på annat vis från den svenska lagen.⁵

Det föreslagna direktivet är inspirerat av 2002 års US Sarbanes-Oxley Act men har ett vidare tillämpningsområde. Det föreskriver att alla företag och offentliga organisationer, som har mer än 50 anställda, ska ha rutiner för konfidentiell rapportering (visselblåsning). Begreppet visselblåsare ges en vid innebörd så till vida som det omfattar varje person som ”förvärvat information om överträdelser i ett arbetsrelaterat sammanhang”, vare sig inom privat eller offentlig sektor. Direktivet förbjuder en lång rad repressalier av skilda slag, lägger bevisbördan på arbetsgivaren vid påstådda repressalier m.m. Förslaget är alltså både omfattande och detaljerat. I skrivande stund (januari 2019) pågår regeringsförhandlingar i syfte att enas om ett direktiv om skyddet för visselblåsare inom EU.⁶ Det återstår därför att se vad som slutligen bestäms.

Det föreslagna direktivet går alltså långt men innehåller ingen rätt för visselblåsare att få ekonomisk belöning. I Europa råder det i själva verket en skepsis mot att ge dem rätt till ersättning för att de slår larm. Det är främst två invändningar som rests: den ena är att ett sådant system uppmuntrar till angiveri, en synpunkt som hämtar sin näring i förhållandena i Nazityskland och de socialistiska staterna. Den andra invändningen är att det är administrativt betungande. Erfarenheterna från USA och modern ekonomisk forskning talar emellertid i motsatt riktning.

⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 23 April 2018, COM(2018) 218 final, 2018/0106 (COD).

⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, Presidency revised text, 15178/18, 10 December 2018, 2018/0106 (COD).

2 Incitament att slå larm

Som framgått är det önskvärt att personer, som besitter information om missförhållanden, har incitament att slå larm om dessa. Tablån nedan illustrerar de mål som larm bör uppfylla (x-axeln) och i vänstra spalten (y-axeln) finns incitamenten, dvs. faktorer som kan påverka benägenheten att slå larm.

	Högkvalitativa larm	Låga administrativa kostnader	Förbättringar = minskade missförhållanden
Anonymitet	1	2	3
Identifierat larm	4	5	6
Samhälleligt erkännande	7	8	9
Publicitet	10	11	12
Moralisk övertygelse	13	14	15
Ekonomisk belöning	16	17	18

Det finns således åtskilliga former av incitament. Deras effektivitet bestäms bl.a. av de mål för larmen som ställs upp. Men de kan också vara ”situationella” så till vida som de bara i vissa fall fungerar väl. Ett exempel är publicitet som kan uppmuntra en visselblåsare, i andra fall ha motsatt verkan. I det följande görs ingen jämförelse av de skilda incitamenten; tablån har endast syftet att åskådliggöra den ram inom vilken ekonomiska belöningar befinner sig. Dessa ska inte ses isolerade, utan de kan samspela med en eller flera av de övriga incitamentsformerna.

3 Amerikanska och kanadensiska erfarenheter

Flera anglo-sachsiska stater har varit föregångsländer vad gäller det rättsliga skyddet av visselblåsare. Australien är ett sådant, vilket dock inte berörs närmare här, eftersom det landet inte tagit ekonomiska belöningar i bruk.⁷ Det har däremot USA gjort som en följd av att de traditionella modellerna för skydd mot repressalier inte

⁷ Utvecklingen i USA och Australien analyseras ingående av T.M. Dworkin och A.J. Brown, *The Money or the Media? Lessons from Contrasting Developments in US and Australian Whistleblowing Laws*, *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 11:2, 2013 s. 652-713.

varit framgångsrika. Fram till 1990 bestod lagstiftningen i USA till skydd av visselblåsare främst av skydd mot repressalier, inklusive möjligheten att få ersättning för förlorad inkomst och annan ekonomisk förlust och att få anställningen tillbaka om visselblåsaren förlorat den pga. larmet. I brist på effektiva sanktioner mot de ansvariga för repressalierna har den här modellen inte gett eftersträvat resultat.⁸ ”Indeed, the approach has been spectacularly unsuccessful in protecting whistleblowers.”⁹ Exempel på sådana modeller är Civil Service Reform Act (CSRA), som antogs 1978. Ett annat är Sarbanes Oxley Act (SOX), som antogs 2002 i spåren av flera skandaler (Enron, WorldCom m.fl.).

Däremot har de regelverk som är inriktade på att ge visselblåsare ekonomisk belöning haft goda resultat. Dessa innehåller alla sanktioner mot repressalier som vidtagits mot en visselblåsare, men det är belöningssystemen som fått störst effekt. Det gäller inte minst *The False Claims Act* (FCA), också benämnd ”the Lincoln Law”. Lagen, som antogs 1863, hade sitt ursprung i det amerikanska inbördeskriget då upphandlingen till armén sköt fart. Den byggde på tanken att medborgarna skulle kunna föra talan på statens vägnar i fall då de upptäckt lagöverträdelse – t.ex. av leverantörer – och i gengäld få en belöning för sitt agerande, s.k. *qui tam*.¹⁰ Lagen hade fallit mer eller mindre ur bruk när den reviderades på 1980-talet, en översyn som innebar säkrare utsikter att belönas, större belöningar, sänkta beviskrav, förlängda preskriptionstider m.m. En visselblåsare kan erhålla upp till 30 procent av det belopp som staten återvinner vilket kan uppgå till tre gånger statens intäktsbortfall pga. lagöverträdelsen. Det har lett till ett stort antal mål – 100-tals varje år – och mycket höga belöningar, inte sällan flera miljoner dollar per fall. Visselblåsaren kan grunda sitt anspråk enbart på information som staten inte har och på det belopp som staten vinner, varför det saknas incitament att göra falska anmälningar. Tack vare belöningarnas storlek får visselblåsaren ekonomiskt skydd för det fall anmälan leder till avsked eller andra repressalier. Staten har återvunnit mycket stora belopp på detta vis och delstaterna har följt efter och återvinner också mycket stora belopp.¹¹ Kritik har dock inte saknats. Det är förenat med

⁸ Id. s. 657-665.

⁹ Id. s. 657.

¹⁰ Qui tam är en förkortning för det latinska uttrycket ”*qui tam pro domino rege quam pro si ipso in hac parte sequitur*”, vilket kan översättas: ”den som för talan å kungens vägnar liksom för sig själv.” (Black’s Law Dictionary 6 uppl. 1990 s. 1251). En qui tam-talan är ”an action that is brought by a person on behalf of a government against a party alleged to have violated a statute especially against defrauding the government through false claims and that provides for part of a penalty to go to the person bringing the action.” (Merriam-Webster.com Dictionary, Internet 24.11.2018).

¹¹ Dworkin & Brown s. 669.

administrativa kostnader för staten att handlägga systemet. Det kan även försämra samarbetet i en organisation och så misstro mot dess ledning. Dessa nackdelar har dock kommit att tonas ned med åren.¹²

En särskild FCA-liknande lagstiftning har införts i form av 2006 års *Deficit Reduction Act*, som tar sikte på bedrägerier avseende Medicaid.

Övriga belöningsystem är inte qui tam – system för privat tvistelösning – utan av administrativ art, d.v.s. myndigheter beslutar om en visselblåsare ska belönas och i så fall med vilket belopp. Det gäller alla de program som kommenteras i det följande.

Inom skatteområdet har skattemyndigheten Internal Revenue Service (IRS) sedan länge haft ett belöningsystem, *IRS Informant Reward Program*, vilket dock inte varit särskilt effektivt. Men en ny lag, *The Tax Relief and Health Care Act (2006)*, lade grunden för ett effektivare system, som medger att en visselblåsare kan få 15-30 procent av det belopp som återvinns som en följd av visselblåsarens larm, förutsatt att beloppet uppgår till minst en miljon dollar.¹³ Även detta system har kommit att fungera väl, dock kritiserat för att utbetalningarna sker med stor eftersläpning.

The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, som var en reaktion på finanskrisen 2008 och trädde i kraft 2010, innehåller också regler om ekonomisk belöning av visselblåsare. Denna lagstiftning ledde till att *The Securities and Exchange Commission (SEC)* införde ett belöningsystem inom det finansiella området. En visselblåsare kan erhålla 10-30 procent av det belopp som staten vinner på dennes anmälan, förutsatt att beloppet uppgår till minst en miljon dollar. Systemet har genererat ett stort antal anmälningar om brott mot SEC:s regler, vilken resulterat i att en liknande lag införts för *Commodity Futures Trading Commission (CFTC)*.

Även i *Kanada* finns ersättningsystem inom den finansiella sektorn, som rönt stor uppmärksamhet. Provinsen Ontarios finansinspektion, *Ontario Securities Commission (OSC)*, inrättade 2016 ett kontor som ger stöd åt visselblåsning enligt ett särskilt program (*OSC Policy 15-601 Whistleblower Program*). Kontoret kan bl.a. erbjuda visselblåsare finansiella belöningar upp till 5 milj. Can. \$. Ett huvudsyfte är att uppmuntra bl.a. anställda att slå larm och företag att förbättra sina system för regelefterlevnad. Systemet är inspirerat av det system som SEC har. Ontarios modell har dock ansetts vara svag, bl.a. därför att ingen ersättning kan utgå, om en visselblåsare riskerar åtal. Vidare har OSC:s belöningsnivå hävdats vara för låg [sic!],

¹² Om denna problematik se bl.a. E.S. Callahan & T.M. Dworkin, *Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act*, *Villanova Law Review*, vol.37, 1992 s. 333 ff.

¹³ Internal Revenue Service, *History of the whistleblower informant program*, www.irs.gov 2018.

dels därför att de som har högkvalitativ information befinner sig högt upp i organisationen, dels därför att de typiskt sett har mest att förlora på att slå larm.¹⁴

Det kan sammanfattningsvis sägas att belöningsystemen – med en gemensam term benämnda ”bounty programs” – visat sig vara mycket verkningsfulla. Det saknas dock inte kritiska synpunkter på hur systemen fungerar.¹⁵ Men med tiden har det införts ett antal restriktioner av den krets av personer som kan belönas för larm och modifieringar av de förfaranden som tillämpas för att en visselblåsare ska kunna få sin belöning. En studie som gått till botten med de nämnda programmens för- och nackdelar mynnar ut i en klart positiv slutsats:

”Bounty programs, as a concept, work; agencies can greatly increase the efficiency of enforcement at fairly low cost by creating systems that encourage the appropriate level of private informing.”¹⁶

4 Samhällsekonomisk forskning

Det finns flera nationalekonomiska studier, bl.a. av experimentell natur, om förutsättningarna för bruket av ekonomiska belöningar som incitament för visselblåsning.

De tre forskarna *Butler*, *Serra* och *Spagnolo* framhåller att den stora mängden av grov, ekonomisk brottslighet och andra allvarliga missförhållanden sällan blir föremål för larm från anställda eller andra med inblick i förhållandena.¹⁷ De har gjort laboratoricexperiment varigenom de undersöker om och hur finansiella incitament och förväntningar om samhälleligt erkännande eller ifrågasättande, samt dessa faktorerers samspel, påverkar anställdas beslut att slå larm.

Forskarna har funnit att ekonomiska belöningar väsentligt ökar sannolikheten för att en person ska slå larm och att dessa inte gröper ur icke-monetär motivering i form av förväntningar om samhälleligt erkännande. Ekonomiska belöningar är alltså

¹⁴ T. Nyrröd & G. Spagnolo, Myths and Numbers on Whistleblower Rewards, SITE Working Paper No. 44, April 2018 s. 21.

¹⁵ A.S. Kesselheim, D.M. Studdert & M.M. Mello, Whistleblowers’ Experiences in Fraud Litigation against Pharmaceutical Companies, *The New England Journal of Medicine*, May 13, 2010 s. 1837 ff. och Y. Feldman & O. Lobel, The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality, *Texas Law Review*, vol.88:6, May 2010 s. 1207.

¹⁶ M.J. Ferziger och D.G.Currell, Snitching for Dollars: The Economics and Public Policy of Federal Civil Bounty Programs, *University of Illinois Law Review*, vol. 1999:4, s. 1200.

¹⁷ J.V. Butler, D. Serra och G. Spagnolo, Motivating Whistleblowers, CEIS Working Paper No. 419, SSRN 13 December 2017.

lika effektiva vare sig visselblåsaren förväntar sig sådant erkännande eller inte. Ett erkännande ökar benägenheten att visselblåsa, när allmänheten är medveten om de negativa effekter ("externaliteter") som genereras av missförhållandena och kanske påverkas av de negativa effekterna av de missförhållanden som visselblåsaren rapporterat. För att optimera visselblåsningen bör därför sektorer och typer av missförhållanden bedömas på basis av de uppfattade externaliteter som dessa har på allmänheten och olika policies bör antas som antingen skyddar eller exponerar visselblåsare.¹⁸

Den tyske nationalekonomen *Wallmeier* har gjort en liknande experimentell studie.¹⁹ Visselblåsarlagstiftning kan å ena sidan avskräcka från felaktigt beteende i en organisation men den kan å andra sidan vara skadlig för de organisationer som är särskilt beroende av ett gott samarbetsklimat i den mån som lagstiftningen ökar risken för falsk visselblåsning. Han visar att rapportering, som är anonym för den anställdes chef, är att föredra; den ökar benägenheten att slå larm. *Wallmeiers* huvudslutsats är positiv: en väl avvägd visselblåsarpolicy kan balansera – finna en gynnsam trade-off mellan - å ena sidan minskad skada av missförhållanden och å den andra skador från falsk visselblåsning.

Även forskarna *Nyreröd* och *Spagnolo* pekar på fördelarna med ekonomisk belöning av anställda såsom incitament att slå larm. De gör en ingående granskning av påståendena att belöning för visselblåsning leder till angiveri och att de administrativa kostnaderna blir hanterliga. Deras slutsats är att visselblåsning kan kontrolleras och att fördelarna överväger nackdelarna av de administrativa kostnaderna. Det är oansvarigt av institutionella aktörer såsom Bank of England att grundlöst sprida information till nackdel för en policy, som bevisats vara ett effektivt medel att bekämpa missförhållanden, menar forskarna.²⁰

Här kan till vidare hänvisas till en forskningsrapport, som publicerats på Centre for Economic Policy Research (CEPR) Policy Portal. Rapporten av *Buccirossi*, *Immordino* och *Spagnolo* sammanfattar amerikanska erfarenheter och ett större antal publikationer till stöd för uppfattningen att man kan utforma modeller för

¹⁸ Id. s. 24.

¹⁹ N. Wallmeier, The Hidden Costs of Whistleblower Protection, SSRN, 5 February 2018.

²⁰ Nyreröd & Spagnolo (not 14) s. 21. De syftar på en rapport "Financial Incentives for whistleblowers" (2014) av Bank of England's Financial Conduct Authority and Prudential Regulation Authority, som skrev: "There is as yet no empirical evidence of incentives leading to an increase in the number or quality of disclosures received by regulators." Det kan noteras att mycket av de goda erfarenheterna uppenbarats klart och tydligt först efter myndighetsrapportens tillkomst, något som även gäller en stor del av forskningen, varför rapportens underlag i stora delar är överspelat. – Se även en kommentar av samma författare till förslaget till EU-direktivet: A proposed EU directive on whistleblower protection, VOX, CEPR Policy Portal, 28 May 2018.

ekonomisk belöning av en visselblåsare, vilka kan vara effektiva medel för att bekämpa ekonomisk brottslighet.²¹ Författarna påpekar att de invändningar som framförts i Europa mot sådana belöningar, bl.a. i rapporten av Bank of England,²² inte beaktat de goda erfarenheter eller den empiriska forskning som finns på området, t.ex. en rigorös studie av *Dyck, Morse* och *Zingales*, som publicerades redan 2010 i en välrenommerad tidskrift.²³

Till sist kan nämnas tyskarna *Mechtenberg, Mueblerheusser* och *Roider* som utfört ett laboratorieexperiment rörande visselblåsning, vilket dock inte avser belöningar såsom incitament.²⁴ Experimentet inbegrep ett scenario vari anställda såsom potentiella visselblåsare samspelade med arbetsgivare (rörande potentiella missförhållanden) och åklagare som skulle kunna väcka åtal. Syftet var främst att undersöka effekten av det rättsliga skyddet för visselblåsare genom att jämföra jurisdiktioner med relativt lågt ställda krav för att en visselblåsare ska få skydd (enligt amerikansk rätt och enligt förslag från G20-gruppen) å ena sidan med jurisdiktioner med strängare krav å den andra. Deras slutsats är att lätt tillgängligt skydd leder till fler anmälningar, både riktiga och falska. Falska anmälningar har litet värde som källa för information, något som minskar åklagares benägenhet att utreda brott, vilket i sin tur försvagar larmens förebyggande effekt. Stränga krav har motsatt effekt. Det talar för att det ska ställas stränga krav för att en anmälare ska få skydd. Forskarna antar också att sådana krav minskar risken för att det uppstår en misstänksam atmosfär på en arbetsplats.

5 Ersättning enligt svensk rätt

Det finns ingen rätt för visselblåsare i svensk rätt att få ekonomisk belöning som tack för att de rapporterat missförhållanden. En visselblåsare kan få ersättning enligt den ovan nämnda lagen 2016:749 enbart som en följd av repressalier pga. larmet. Utredningen är inte särskilt upplysande i fråga om skadeståndsberäkningen.²⁵ Den påpekar att en visselblåsare bör kunna erhålla såväl ekonomiskt som allmänt

²¹ P. Buccirossi, G. Immordino och G. Spagnolo, Whistleblower rewards, false reports, and corporate fraud, VOX, CEPR Policy Portal, 11 October 2017.

²² Rapporten nämnd i not 20 ovan.

²³ A. Dyck, A. Morse och L. Zingales, Who blows the whistle on corporate fraud?, *Journal of Finance*, 2010, 65 (6) p. 2213-2253.

²⁴ L. Mechtenberg, G. Muehlheusser and A. Roider, Whistle- Blower Protection: Theory and Experimental Evidence, IZA Institute of Labor Economics, IZA DP No. 10607, March 2017.

²⁵ Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden, SOU 2014:31.

skadestånd med anledning av repressalien. Den kommenterar inte förutsättningarna för visselblåsaren att erhålla ekonomiskt skadestånd för det fall denne drabbats av annan repressalie än uppsägning eller avskedande. För beräkningen av det allmänna skadeståndet hänvisar utredningen till Arbetsdomstolens praxis vid tillämpningen av exempelvis 38 § lagen om anställningsskydd: ”Storleken på det allmänna skadeståndet bör således vara beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Därvid bör arbetstagarens agerande kunna beaktas.”²⁶

Regeringen uttalar att Arbetsdomstolens praxis vid tillämpningen av exempelvis 38 § LAS bör kunna utgöra vägledning vid beräkningen av såväl det ekonomiska som det allmänna skadeståndet. I propositionen förs ett resonemang om förutsättningarna för ekonomiskt skadestånd för det fall visselblåsaren gått förlustig en befordran eller löneökning eller om denne inte är tillsvidareanställd och riskerar att inte erbjudas fortsatt anställning pga. sitt larm. Regeringen påminner om svårigheterna att utreda skadeståndets storlek i fall som dessa men anser ändå att ekonomiskt skadestånd ska kunna utgå. Regeringen finner dock att skadeståndet får sättas ned eller helt falla bort, om det är skäligt. Det är aktuellt om arbetsgivaren återtar eller rättar den förbjudna åtgärden, alternativt om arbetstagaren medverkat till den uppkomna situationen genom sitt handlande. Den förordar också en begränsning av det slag som finns i 39 § LAS.²⁷

Arbetsdomstolens praxis i fråga om det allmänna skadestånd som kan utgå till en arbetstagare som felaktigt förlorat sin anställning ger dock viss ledning. Beloppen skiftar en hel del men ganska vanliga skadeståndsnivåer under senare år är 75 000 kr för uppsägning utan saklig grund och 100 000 kr för avskedande utan saklig grund.²⁸ Beloppen är alltså inte särskilt höga och till det kommer att skadeståndet är skattepliktigt.

De som överväger att slå larm om missförhållanden är vanligen medvetna om de risker som de löper. De ekonomiska incitamenten att ändå slå larm är som synes svaga. Det saknas möjlighet att få ekonomisk belöning för larmet som sådant och det skadestånd som en visselblåsare kan få p.g.a. repressalier är begränsat.

6 Kriterier för ett belöningsystem

Den bakgrund som tecknats i det föregående visar att det behövs goda incitament för att relevant och välgrundad visselblåsning ska komma till stånd. Det återstår att

²⁶ Id. s. 295.

²⁷ Ett särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden, prop. 2015/16:128 s. 74 f.

²⁸ S. Öman, Anställningsskyddspraxis, 8 uppl., Jure förlag, Stockholm 2016 s. 481 ff.

se vad som blir utfallet av förhandlingarna om ett EU-direktiv (1.5 ovan). Det kommer hur som helst inte att innehålla ekonomisk belöning som incitament trots att denna form av incitament fungerar väl. Amerikanska och kanadensiska erfarenheter liksom ekonomisk forskning talar för det. Men det krävs att en sådan incitamentsform utformas på ett sådant sätt att de mål som pekades ut i tablån i avsnitt 3 ovan (x-axeln) så långt som möjligt kan uppfyllas. Man bör också beakta den skepsis mot ekonomiska incitament som råder i Europa, Sverige inbegripet. De falska larm och den tungrodda administration, som befaras uppkomma, spelar här en roll. Det talar för att utrymmet för belöningar bör vara snävt i ett flertal avseenden.

Det kan vara skäl att begränsa belöningsystemens tillämplighet till vissa *sektorer* eller typer av *missförhållanden*, exempelvis till offentlig upphandling, finansiella sektorn, skatter, miljöskydd och korruption.

Valet av begränsningar bör även påverkas av att vissa larm skulle komma till stånd belöningarna förutan. Det är fallet då missförhållandena är uppenbara och direkt *påverkar* den presumtive visselblåsaren, exempelvis arbetsmiljörisker. Denne har vanligen god inblick i missförhållandena och är motiverad att slå larm. Ett löfte om belöning leder alltså inte till fler välgrundade larm ("crowding out"), utan andra remedier kan räcka, såsom skydd mot repressalier och anonymitet. Särskilt om belöningarna är små kan systemet dämpa dem som är etiskt motiverade att rapportera (utan belöning) med följd att antalet larm eller antalet högkvalitativa larm inte ökar.²⁹ En sådan direkt och uppenbar påverkan föreligger inte från exempelvis korruption, skattefusk eller fusk vid upphandlingar. I dessa fall är det en stor och mer eller mindre anonym grupp som påverkas. Här kan det därför finnas skäl för betydande belöningar som incitament.³⁰

En annan begränsning kan dikteras av strävan att undvika *twister* och tungroddhet. Det kan innebära att grunden för belöningen av ett larm bör vara konkret och väl definierad och därmed avgränsad i lagstiftningen. Skattelagstiftningen torde från den här synpunkten typiskt sett vara ett tjänligt underlag för att bedöma visselblåsares anspråk på ekonomisk belöning.

Man kan vidare överväga om en visselblåsare som själv *medverkat* till den lagöverträdelse som anmäls ska vara behörig att få en belöning eller i vart fall ska få sin belöning reducerad.

Som påpekats leder lätt tillgängligt skydd till fler anmälningar, både riktiga och falska.³¹ Falska anmälningar har litet värde som källa för information, något som

²⁹ D. Freeman Engstrom, Whither Whistleblowing? Bounty Regimes, Regulatory Context, and the Challenge of Optimal Design, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 15:605 2014 s. 616 och 622.

³⁰ Feldman & Lobel (not 15) s. 1204 och Freeman Engstrom (not 29) s. 623.

³¹ Mechtenberg m.fl. (not 24) s. 32.

minskar åklagares benägenhet att utreda brott, vilket i sin tur försvagar larmens förebyggande effekt. Det talar för att det ska ställas stränga *krav* för att en anmälare ska belönas, lämpligen lagöverträdelse av visst allvar. Det bör även finnas en lägre *gräns* för det belopp som staten vinner tack vare visselblåsningen för att en belöning ska kunna utgå. Annars kan den administrativa bördan bli ohanterlig.

7 Slutsatser

Ekonomisk forskning talar för att ekonomisk belöning är ett gott incitament för informerade personer att slå larm. Även erfarenheterna från USA och Kanada är som framgått goda. De invändningar som framförts mot belöningsystem har inte tillräckligt beaktat detta kunskapsunderlag. Det bör dock hållas i minnet att USA har en individualistisk tradition och viss misstänksamhet mot kollektiva lösningar. Förtroendet för de samhälleliga institutionerna och pragmatiska förhållningsätt kan vara begränsade. Det betyder att de amerikanska erfarenheterna bör tas till vara med restriktivitet, särskilt *qui tam*-modellen. De begränsningar som föreslogs ovan (6) tjänar det syftet.

Invändningarna mot ekonomisk belöning av visselblåsare är hur som helst hanterliga. Falska påståenden om missförhållanden kan i svensk rätt utgöra falsk tillvitelse och förtal. Även om inga ekonomiska ersättningar utgår, finns för övrigt risker för sådana påståenden. Det finns därför en risk för att felaktiga anspråk framställs, vilket leder till administrativa merkostnader. Men dessa måste vägas mot fördelarna (kost-nytta-analys).

Det är lämpligt att ekonomiska belöningar för visselblåsare införs försöksvis inom exempelvis en viss sektor eller i fråga om upphandlingar och bara avseende påtagligt allvarliga missförhållanden. Är erfarenheterna goda, kan de läggas till grund för en vidgad tillämpning av systemet.

Arbetstagares villkor i skymundan vid upphandling av sociala välfärdstjänster

EVA SCHÖMER¹ & LINNÉA OLSSON²

1 Bakgrund

Det här kapitlet syftar till att belysa på vilket sätt kommuner väljer att styra urvalet vid upphandling av välfärdstjänster vid hemtjänst och personlig assistans, särskild uppmärksamhet fästs vid frågor om anställdas arbetsmiljöer och arbetsvillkor.³ Lag (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) berättigar kommuner och landstingskommuner att konkurrenspröva sina respektive verksamheter, genom att överlåta valet av utförare av stöd, vård och omsorgstjänster till brukaren. Lagen gäller för kommuner och landsting när de inför valfrihetssystem för hälsovård och socialtjänster. Det är frivilligt för kommuner att införa valfrihetssystem men obligatoriskt för landstingen inom primärvården (5 § Hälso- och sjukvårdslagen 2017:30 [HSL]). Genom LOV regleras vad som gäller när upphandlande myndigheter konkurrensutsätter verksamhet, genom att överlåta till enskilda personer att välja utförare bland godkända leverantörer i ett valfrihetssystem. Det offentliga har visserligen kvar det övergripande ansvaret för verksamheten och kostnaden för brukaren är densamma oavsett utförare. Privata utförare får ersättning

¹ Professor i rättsvetenskap, Högskolan Kristianstad.

² Universitetsadjunkt, Linnéuniversitet.

³ Den här artikeln är producerad inom ramen för ett från AFA finansierat forskningsprojekt, 140318. En engelsk version av artikeln är under publicering i ”Grounding worker conditions in the procurement of social welfare services” i Carlson, Laura, Herzfeld-Olsson, Petra och Pietrogiovanni, Vincenzo, Arbetsrätt och välfärdsstaten, Iustus förlag, under publicering 2019. Ytterligare artiklar, som har publicerats inom projektet är Schömer, Eva (2017b). Personlig assistans [Elektronisk resurs] En arbetsrättslig limbo. *Arbetsmarknad & Arbetsliv*. 23:3, 24-40, tillgänglig på Internet: <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:kau:diva-67047>; Schömer, Eva & Olsson, Linnéa ”I skärningspunkten av arbetsmiljö och socialrätt – Arbetsmiljöproblematiken vid arbete i någons hem i form av personlig assistans i Rönneby, Mia & Votinius, Jenny Julén (red.) (2017a). *Festskrift till Ann Numhauser-Henning*. Lund: Juristförlaget i Lund samt Schömer, Eva ” Anhöriga till brukare i kläm – Hur brukares rättigheter blir anhörigas skyldigheter”, *Nordisk Socialrättslig tidskrift*, 17-18, 2018.

från kommunerna enligt en fastställd taxa för utfört arbete hos brukaren (4 kap 1-2 §§ LOV). Det betyder att det offentliga står den ekonomiska risken för verksamheten, samtidigt som de inte har ”direkt” insyn i hur arbetet av hemtjänst och/personlig assistans utförs. Vid sidan av LOV gäller lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), som trädde ikraft den 1 januari 2017. Konkurrensverket (KKV), som är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling framhåller, att det ”finns goda förutsättningar att skapa goda affärer och samtidigt bidra till en hållbar utveckling och säkra en god konkurrens på marknaden”.⁴ Upphandlade myndigheter är skyldiga att behandla alla leverantörer på ett ”likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet”. (4:1 LOU) Upphandlingen får inte heller utformas så att konkurrensen begränsas. Lagen föreskriver att leverantörer varken får missgynnas eller gynnas på ett otillbörligt sätt (4:2 LOU), men att det ändå bör vara möjligt att ”beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta” (4:3 LOU).

1.1 En konkurrensutsatt social välfärd

År 1998 antogs den nationella handlingsplanen för äldrepolitiken, i vilken de tre huvudprinciperna för politiken beskrevs, som demokratiskt styrd, genom folkvalda församlingar, solidariskt finansierad genom skattemedel samt tillgänglig efter behov, inte efter köpkraft.⁵ Tanken var att äldre skulle få möjlighet att leva ett aktivt liv, ha inflytande i samhället och över sin vardag, kunna åldras i trygghet och med bibehållet oberoende, bemötas med respekt och få tillgång till god vård och omsorg. Insatser att främja huvudmännens utveckling av god kvalitet i vård och omsorg om äldre kvinnor och män, skulle ske utifrån honörsorden *trygghet, oberoende* och *inflytande*. Begrepp som också återkommer i socialtjänstlagens (2001:453 [SoL]) portalparagraf, 1:1 SoL.⁶

Utförandet av äldreomsorgen och personlig assistans har sedan slutet av 1990-talet genomgått stora förändring, bland annat genom influenser av New Public Management (NPM), som fokuserar på kostnadseffektivt marknadsekonomiska lösningar. Begrepp som beställare och utförare ersatte tidigare former av ”sociala

⁴ <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/> Hämtad den 8 januari 2019.

⁵ *Hälvtidsuppföljningen av arbetet med den Nationella Handlingsplanen för äldrepolitiken (prop 1997/98:113)*. Stockholm: Äldreprojektet, Socialdep.

⁶ SOU 2008:15, Frittvalutredningen (2008). *LOV att välja - lag om valfrihetsystem: betänkande*. s. 65, Stockholm: Fritze.

välståndsmått”. Bakom förändringarna finns idén att en konkurrensutsatt välfärdssektor både kan leda till bättre omsorg för de vårdbehövande och en mer kostnadseffektiv offentlig sektor.⁷ Marknadsanpassningen av äldreomsorgen var tänkt att utvecklas så att konsumenterna och utförarna gavs ”makten” att bestämma innehållet i välfärdutbudet. Tankar om att utökade valmöjligheter av offentliga välfärdstjänster innebar också att begreppen förändrades. Brukare omvandlades till kunder. Att enskilda gavs möjlighet att välja mellan privata och offentliga utförare skulle i sin tur leda till att utbudet av välfärdstjänster skulle marknadsanpassas efter ”kundernas” behov. De första kundvalen inom äldreomsorgen gjordes redan under 1990-talet. Under åren 1999-2003 ökade förekomsten av kundval från sex till tio kommuner, varav de flesta fanns i Stockholms län.⁸ NPM kan förstås som ett sätt att styra och kontrollera utbud och efterfrågan på den offentliga sektorn, med fokus på att effektivisera det offentliga genom att konkurrensutsätta allt som erbjuds/saluförs på marknaden.

NPM har sin bakgrund i England och USA och den kom att utvecklas under 1980-talet under ledning av Margaret Thatcher respektive Ronald Reagan. Utgångspunkten var att den offentliga förvaltningen var för kostsam och att en konkurrensutsatt offentlig sektor skulle kunna leda till minskade kostnader för det allmänna. Uttalanden som “war on waste” (Ronald Reagan) “let managers manage” (Bill Clinton) och “toward a government that works better and costs less” (George W. Bush) utgör exempel på hur NPM formulerades i USA.⁹ I Sverige har fokus legat på att förenkla administrationen och minska byråkratin inom välfärdssektorn samt tillmötesgå enskilda brukares behov av en varierad marknad.

Maktutredningen¹⁰, som initierades av den socialdemokratiska regeringen, beskrev medborgarna som maktlösa i förhållande till den svenska välfärden. En bild som spädades på av regeringens egna rapporter om att produktiviteten och effektiviteten brast inom den offentliga välfärdstjänstesektorn.¹¹ Det var mot

⁷ Petersson, Jan & Blomberg, Staffan, *Konkurrensutsatt äldreomsorg. Utmaningar och dilemman*, http://lup.lub.lu.se/search/ws/files/35574382/RRSW_2017_5.pdf. s. 15 f.

⁸ SOU 2008:15.

⁹ Lynn, Jr, Laurence. (2008). “New Public Management Comes to America”. Harris School of Public Policy Studies, University of Chicago, Working Papers.

¹⁰ Maktutredningen initierades av Ingvar Carlsson. Det publicerades en mängd böcker och rapporter under utredningsarbetet som pågick under nära fem år, december 1985 till juni 1990, Maktutredningen (1990). *Demokrati och makt i Sverige: Maktutredningens huvudrapport*. Stockholm: Allmänna förl.

¹¹ Antman, Peter & Thorvaldsson, Karl-Petter (1994). *Hur förena jämlikhet med individens frihet?: om välfärdens mål och organisering*. Stockholm: Brevskolan; Hugemark, Agneta (1994). *Den fängslade marknaden: ekonomiska experter om välfärdsstaten*. Diss. Uppsala : Univ., 1995; *Effektivare sjukvård genom*

bakgrund av de här beskrivningarna, som en konkurrensutsatt välfärd ansågs vara ett bra förslag på att råda bot på den bristande effektivitet och det upplevt svaga medborgarinflytandet. NPM ansågs kunna erbjuda kompletterande välfärdslösningar, genom att konkurrensutsätta välfärden blev det möjligt att både ha kvar den offentliga sektorn och utöka variationen och bredden på utbudet.¹²

Paula Blomqvist beskriver det som att NPM tilltalade flera aktörer på samma gång genom att:

Ekonomer tog fasta på föreställningen om konkurrens som ett medel för ökad effektivitet, medan politiker gärna fokuserade på den förbättrade styrning och kontroll som utlovades. Brukargrupper av olika slag attraherades av tanken på ökat medbestämmande genom valfrihet, och företrädare för kommuner och landsting såg möjligheterna till kostnadsbesparingar och lokal innovation. Till detta kom att socialdemokraterna och de borgerliga partierna hade ganska olika tolkningar av innehållet i NPM (Millares 2015, Blomqvist 2013, 2002). Vad som verkade vara en samstämmighet kring behovet av konkurrens, mångfald och valfrihet dolde i själva verket ideologiska skillnader i synen på exempelvis privata aktörer, en oenighet som kom att präglade den välfärdspolitiska debatten under lång tid framöver.¹³

Det har nu gått mer än två decennier sedan NPM initierades i Sverige. Vi ska i den här artikeln belysa hur kommuner har valt att upphandla tjänster inom personlig assistans och hemtjänst. Artikeln är deskriptiv, men med en rättssociologisk infallsvinkel, genom att den ställer den rättsliga regleringen i relation till den vardagliga praktiken, det vill säga belyser om och i så fall hur kommuner väljer att styra urval vid upphandling av sociala välfärdstjänster inom hemtjänst och personlig assistans. De rättsliga reglerna kan förstås som ett raster, vilket både ger en bakgrund och förklaring till hur kommunerna väljer att upphandla på de här områdena. Regleringen kan emellertid varken ge svar på varför kommuner väljer att göra de val de gör och varför, eller vilka konsekvenser LOV har för de som arbetar inom aktuella verksamheter. Artikeln avslutas med en diskussion om NPM:s framväxt inom svensk välfärd och hur svenska kommuner väljer att agera vid upphandling av

bättre ekonomistyrning: rapport till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi. (1986). Stockholm: Liber/Allmänna förl., s. 13.

¹² Hood, Christopher (1995). "The 'new public management' in the 1980s: Variations on a theme", *Accounting, Organizations and Society*, 20(2), s. 93–109 och Blomqvist, Paula & Rothstein, Bo, 2000. *Välfärdsstatens nya ansikte*. Stockholm: Agora.

¹³ Blomqvist, Paula (2016). NPM i välfärdsstaten: hotas universalismen? *Statsvetenskaplig tidskrift*, 118(1). Hämtad den 11 februari 2019, från <https://statsvetenskapligtidskrift.files.wordpress.com/2016/03/2016-nr-01-03-blomqvist.pdf>.

välståndstjänster och vad detta kan få för konsekvenser för de som arbetar inom hemtjänst och personlig assistans.

2 Studien

För att belysa hur kommuner väljer att upphandla välfärdstjänster genomfördes en kvantitativ studie i vilken samtliga landets kommuner tillsändes en enkät. Svarefrekvensen uppgick till ungefär 50 procent. Enkäten besvarades huvudsakligen av personer i ledandes ställning. 136 kommuner har svarat på utskicket. Enkäten omfattade 31 frågor och inleddes med frågor om det finns möjlighet för privata aktörer att etablera sig hos kommunen, och i så fall hur länge den möjligheten har funnits, samt hur många aktörer som har godkänts fram till maj 2017. Frågor om annonsering och vilka åtgärder som kommuner vidtar för att nå ut till potentiella privata aktörer med möjligheten att ansöka om att bli godkända som leverantörer av omsorgs- och servicetjänster inom hemtjänst och/eller personlig assistans.

Frågorna utformades som en kombination av kunskapsfrågor och frågor om normer och värderingar avseende de krav som kommunerna ställer i sitt förfrågningsmaterial enligt LOV alternativt underlag för upphandling enligt LOU. Genom frågorna synliggjordes såväl de principer som de värderingar som ligger till grund för upphandling av hemtjänst och/personlig assistans. I enkäten ställdes bland annat frågor om det ställs krav på att arbetstagarna skulle omfattas av meddelarskydd, om utföraren hade kollektivavtal, om det fanns krav på att utföraren kunde tillämpa särskilda arbetsmetoder, utrustning, att det fanns krav på att personalen skulle ha någon särskild utbildning.

Frågorna var utformade med utgångspunkt i Kammarkollegiets och Sveriges kommuner och landstings vägledningar och informationsmaterial om lagen om valfrihetssystem. Respondenterna har lovats anonymitet, samt att det inte ska vara möjligt att identifiera kommunerna vid publiceringen av resultaten.

2.1 Genomförande

Enkäten skickades ut i början av maj 2017 med en påminnelse i juni 2017. I vissa fall har flera kommuner gått samman till en gemensam upphandlare och då har denna kontaktats. Kontaktuppgifter till respondenterna har hämtats från respektive kommuns hemsida. Identifieringen av enskilda personer har utgått från sökningar på kommunernas hemsidor med sökord som ”offentlig upphandling” och ”inköp”. I några fall har varken en allmän e-postadress eller kontaktuppgifter till en specifikt ansvarig person gått att finna på kommunens hemsida, i stället har sökanden hänvisats till allmänna kontaktformulär. Mot bakgrund av att det skapades en unik

länk för varje respondent vid e-postutskicket var det inte möjligt att inkludera de här respondenterna i undersökningen; de kommunerna är således strukna.

Av svaren inkom 91 svar under den första veckan, 22 svar efter den första påminnelsen, tolv (12) svar efter den andra påminnelsen, åtta (8) svar efter den tredje påminnelsen samt tre (3) svar efter den fjärde och sista påminnelsen.

2.2 Resultat

En majoritet (65 procent) av de 136 kommuner som besvarade frågorna hade i mitten av juni 2017 öppnat upp marknaden för hemtjänst och/eller personlig assistans för privata aktörer genom LOV, sju (7) procent hade öppnat möjligheten genom LOU. Två (2) procent hade beslutat att införa möjligheten, men hade vid enkätens utskick ännu inte implementerat beslutet. En fjärdedel av kommunerna hade fattat beslutet att inte införa valfrihetssystem. Tre (3) kommuner, som tidigare hade använt sig av LOV, hade senare beslutat att avskaffa de införda valfrihetssystemen. En kommun hade öppnat upp för privatisering av omsorgsmarknaden redan 1991, vilket skedde genom entreprenad utan en formaliserad upphandling, det vill säga långt innan varken LOU eller LOV hade införts.¹⁴ Sammantaget hade 13 kommuner infört möjligheten för privata utförare innan LOV trädde i kraft. Under det första året efter införandet av LOV utökades antalet kommuner med möjlighet till privat utförd hemtjänst och/eller personlig assistans med 14 kommuner och de kommande fyra åren med ytterligare 54 kommuner. Sedan 2014 har endast nio kommuner tillkommit och en kommun uppgav att den planerade att införa systemet under 2018.

Av de 136 kommunerna, som svarade på enkäten, hade 30 procent inga privata utförare i juni 2017. Endast en kommun hade fler än 50 utförare och merparten (58 procent) hade 1-10 utförare. Den vanligaste formen för utförandet var privata hemtjänst- och assistansbolag, (89 procent). Elva (11) procent hade kooperativ och 25 procent anställningar direkt av brukaren. I en kommun skedde omsorg genom ett kommunalt bolag. Det finns anledning att notera att en och samma kommun kan ha privata omsorgstjänster i flera former, vilket betyder att den totala procentsatsen i resultatet av undersökningen överstiger 100 procent.

För de fall en enskild brukare inte gjorde ett aktivt val av utförare hänvisades den till kommunens egna omsorg, vilket gällde för 40 procent av fallen. 46 procent av kommunerna uppgav däremot att de i dessa fall tillämpade en turordningsprincip bland utförarna. I ett fåtal kommuner fördelades dessa brukare till en privat utförare upphandlad enligt LOU alternativt utifrån kriterier såsom utförarens närhet till

¹⁴ LOU trädde i kraft 1994 och LOV 2009.

brukarens hem. Av kommunerna hade 20 procent under 10.000 invånare, 37 procent mellan 10.000 och 25.000, 26 procent mellan 25.000 och 50.000, åtta (8) procent mellan 50.000 och 100.000 och slutligen nio (9) procent mellan 100.000 och 300.000.

2.2.1 *Annonseringen och utförarnas inflytande över uppdraget*

De främsta *annonseringskanalerna* för att nå privata utförare av hemtjänst och personlig assistans är den nationella webbplatsen: valfrihetswebben.se och kommunens hemsida (ca 75 procent i båda fallen). 13 procent använder andra webbplatser, såsom sidorna för de privata upphandlingssystemen E-avrop, Tendsign och Opic. Ett fåtal kommuner uppgav att de inte annonserade alls. Sålunda kan konstateras att informationen till privata utförare finns förhållandevis lättillgänglig för de aktörer som är intresserade.

2.2.2 *Begränsa målgruppen av brukare*

I 40 procent av kommunerna kunde en privat utförare *begränsa brukarmålgruppen* utifrån framför allt kapacitet avseende antal brukare, tid, geografi eller efter en uppdelning av tjänsterna i omsorg och/eller service. I hela 17 procent av kommunerna kunde utföraren även säga nej till att ta emot enskilda brukare. I dessa ingår sex (6) procent där den privata utföraren skulle godkänna varje individuell brukare.

I 40 procent av kommunerna där utförarens kapacitetstak kunde begränsa brukarmålgruppen ingick även möjlighet att inte åta sig brukare utanför ett visst geografiskt område, till exempel på landsbygden, vilka också skulle kräva långa resor för personalen inom hemtjänsten eller de personliga assistenterna. I de fallen blir det kommunernas eller andra privata utförarens uppdrag att ta hand om dessa dyrare och mindre lönsamma brukare. Brukare, som har mer komplexa behov eller förutsättningar, riskerar därmed att få begränsade möjligheter att utnyttja sitt självbestämmande enligt socialtjänstlagen och LSS jämfört med de brukare som har lättare behov och/eller bor i tätorten. Det här är något, som riskerar att strida mot syftet med införandet av LOV, vilket beskrivs som att öka brukares inflytande vid val av hemtjänst och/personlig assistans.¹⁵

¹⁵ Sverige. Regeringen (2009). *Regeringens proposition 2008/09:150: offentlighets- och sekretesslag*. Stockholm: Regeringen, s. 54.

2.2.3 Uteslutna utförare

På frågan om vilka skälen var att en ansökande *utförare uteslutits* från upphandlingen uppgavs i över hälften av fallen att sökanden lämnat ofullständiga eller oriktiga uppgifter i upphandlingen (58 procent). Andra vanligt förekommande situationer var att sökanden haft skatteskulder och/eller obetalda socialförsäkringsavgifter (20 procent), att sökanden gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (18 procent) eller varit i konkurs alternativt varit föremål för en ansökan om konkurs (11 procent). I fem kommuner (8 procent) hade sökande uteslutit på grund av att de hade gjort sig skyldiga till brott i yrkesutövningen. Ansökningarna kontrolleras således avseende utförarnasandel. Det ställdes även krav på en lägsta godtagbar nivå när det gällde kvalitén på ansökningarna. Det här bör ses i ljuset av att kommunerna även i de fall som servicen och/eller omsorgen utförs av en privat aktör behåller huvudansvaret för tjänsternas kvalitet enligt socialrättslagstiftningen, vilket syftar till att säkerställa att tvivelaktiga utförare gallras bort innan de får tillträde till marknaden.

2.2.4 Service och omvårdnadstjänster

En överväldigande majoritet (87 procent) av kommunerna uppgav att det i hög eller mycket hög grad framgår av förfrågningsmaterialet vilka *service- och omvårdnadstjänster* som ingår i uppdraget och vilka som eventuellt undantagits. Den aktuella brukarmålgruppen och dess behov presenterades i hög eller mycket hög grad av en klar majoritet (77 procent). Likaså tydliggjorde de flesta kommuner (85 procent) det *geografiska område* inom vilket omsorgen skulle utföras. Övriga kommuner fördelade sig jämt över de lägre alternativen i de tre frågorna, möjligen med en viss avvikelse avseende det geografiska området, där fem (5) procent av kommunerna uppgav att detta inte preciserades alls. Det blir således tydligt att kommunerna anser det angeläget att styra upphandlingen, genom att ge de privata utförarna tydlig information om förutsättningarna för uppdraget, så att de upphandlande ska kunna inkomma med ansökningar som svarar mot uppdragets behov.

På frågan om i vilken mån, som kommunen preciserar vilka resultat, som ska uppnås avseende brukarnas omsorg, placerade sig närmare hälften (44 procent) i mitten på den tiogradiga skalan (alternativ 5-7), vilket kan förklaras av den öppna innebörden av begreppet ”resultat”. Frågan hade formulerats öppet i syfte att inte begränsa svaren till att endast handla om ett visst resultat, såsom ekonomi eller särskilda detaljer i omsorgen. Tanken var i stället att få en övergripande bild av om och i så fall i vilken omfattning kommunerna förtydligar vad de privata utförarna ska uppnå med omsorgen och/eller servicetjänsterna. Det visade sig dock att kommunerna hade en förhållandevis oklar uppfattning om vilka resultat som

eftersträvades. Att kommunerna lämnar över ansvaret till de privata utförarna är inte att se som en slump, i stället bör det här förstås som att kommunerna avsiktligt väljer att inte blanda sig i. Något, som också bekräftas genom en rapport från Sveriges kommuner och landsting (SKL) 2014, i vilken det konstateras att krav på att ett visst resultat ska uppnås endast ställs i en mindre utsträckning hos kommunerna.¹⁶ I den studien analyserades 132 svenska kommuners förfrågningsmaterial och kravspecifikationer i syfte att se vilken typ av kvalitetskrav som ställs i samband med att privata aktörer godkänns som utförare av hemtjänst enligt LOV. Av kraven utgjordes endast en (1) procent av krav på resultat kvalitet såsom brukarnöjdhet och god hälsa och hela 88 procent av krav på processen, det vill säga hur själva omsorgen och/eller servicen ska gå till. Resterande elva (11) procent utgjordes av krav på strukturkvalitet utifrån hur resurser fördelades i verksamheten genom exempelvis personaltäthet och utbildning hos personalen. Forskarna bakom SKL:s rapport framhöll att de omfattande kraven på processen riskerar att komplicera processen särskilt för de mindre aktörerna, som får svårt att ta sig in på marknaden. Det betyder bland annat att målet att öka mångfalden bland utförare försvåras.¹⁷

En majoritet av kommunerna (72 procent) uppgav att de i hög eller mycket hög grad tydliggjorde i sitt förfrågningsmaterial om och hur ett beviljat *godkännande* som utförare skulle kunna *återkallas*. Resultatet är intressant att ställa i relation till övriga 28 procent avseende de opreciserade kraven på resultat. Anvisningarna till de privata utförarna över vad de förväntas uppnå framstår, som otydliga samtidigt som villkoren för att behålla uppdraget inte klargörs. Det här riskerar att skapa en osäkerhet kring hur omsorgens kvalitet och mål kan påverka verksamhetens framtid, närvaro och därmed förutsättningar på omsorgsmarknaden. En otydlighet kring villkoren för att behålla sitt tillstånd riskerar också att leda till att de privata utförarna väljer att inte ansöka från början, varpå syftet med valfrihetssystemen inte uppnås i full grad.

2.2.5 *Krav på utföraren och utförandet*

Endast knappt en tredjedel av de responderande kommunerna ställde krav på *kollektivavtal* när de presenterade underlaget för upphandlingen. Kollektivavtal kan ses som en garanti för en lägsta standard avseende arbetstagares arbetsvillkor och anställningsförhållanden och kollektivavtal innebär även en utökad insyn och inflytande för arbetstagarorganisationerna, enligt lag (1976:580) om

¹⁶ Sveriges Kommuner och Landsting, Kvalitetskrav i valfrihetssystem – en analys av förfrågningsunderlag för hemtjänst, 2014 (SKL, 2014).

¹⁷ SKL, 2014.

medbestämmande i arbetslivet. Det här kan vara särskilt betydelsefullt i en verksamhet, som präglas av icke-traditionella arbetsförhållanden, vilket är fallet för de arbetsplatser där arbetsgivaren inte är ”fysiskt” närvarande såsom är fallet inom hemtjänst och/personlig assistans.

Knappt hälften (48 procent) uppgav att de i hög eller mycket hög grad ställer *sociala krav* på utförarna och/eller utförandet av omsorgen och/eller servicen. Elva (11) procent svarade att de inte alls ställer sådana krav i förfrågningsmaterialet. Flera kommenterade dock att de ansåg att det var otydligt vad, som avsågs med sociala krav. Frågan var öppet formulerad i syfte att dels få svar på den kunskap kommuner har om möjligheten att använda sig av ”sociala kriterier” vid upphandling av sociala välfärdstjänster och dels får svar på hur kommuner tolkar ”sociala villkor” i 4 kap 2 § LOV.

18 procent av kommunerna uppgav att de inte ställde några krav på att specifika *arbetsmetoder* ska användas i verksamheten. 15 procent ställde endast sådana krav i låg eller mycket låg omfattning. 13 procent svarade att de endast i liten grad gjorde så (de uppger siffran 3 på den tiogradiga skalan), 17 procent uppgav att de ställde sådana krav på medelhög nivå (5 på den tiogradiga skalan). 27 procent uppgav att de ställde relativt höga krav i det här avseendet (nivå 7-8 på den tiogradiga skalan). Övriga elva (11) procent uppgav att de ställde mycket höga krav (nivå 9-10 på den tiogradiga skalan). Spridningen var förhållandevis stor, men en övervikt fanns åt den lägre delen av skalan. Avseende frågan om krav på hur *bemanningen* ska se ut ställdes i förfrågningsmaterialet lägger sig närmare hälften (44 procent) i mitten av skalan. Få kommuner (2 procent) uppger att de ställer preciserade krav i mycket hög grad, medan 19 procent inte anser sig ställa några krav alls i detta avseende. Mer än en tredjedel av kommunerna (35 procent) uppgav att de inte ställer några krav på *teknisk utrustning* såsom lyftanordningar och liknande hos utföraren. Endast knappt en fjärdedel (24 procent) ansåg sig ställa sådana krav i hög eller mycket hög grad.

Svaren på de tre sistnämnda frågorna är intressanta att sätta i relation till den ovan nämnda rapporten från SKL från 2014 där forskarna konstaterade att 88 procent av kvalitetskraven som ställdes i förfrågningsmaterialet rörde processen. Dessa krav inriktade sig dock till den största delen på rapportering till kommunen, genomförandeplaner och samverkan med kommun/samhälle. De ställer huvudsakligen inga krav, som relaterar till hur omsorgen och/eller servicen ska utföras. Avsaknaden av krav avseende arbetsmetod, bemanning och teknisk utrustning bör ses mot bakgrund av LOV:s syfte att underlätta för privata aktörer att gå in på omsorgsmarknaden och därmed öka mångfalden bland utförarna. Det betyder att kommunerna måste balansera mellan att inte införa alltför försvårande och därmed hindrande villkor för de privata aktörerna, samtidigt som de måste tillse att den grundläggande kvaliteten på omsorgen garanteras enligt 2 kap 1 § SoL (och

15 § LSS för personlig assistans).¹⁸ Från ett arbetsrättsligt och arbetsmiljörättsligt perspektiv innebär detta att kommunerna i princip överlämnar utformningen av omsorgen och därmed villkoren för de personer som ska utföra omsorgen, de individuella arbetstagarna, till den privata utföraren. Kommunerna förlorar därmed inflytandet och ansvaret för att arbetet utförs under säkra och sunda arbetsförhållanden; arbetsgivaransvaret. Arbetstagarna, som redan utför arbete i en stressig och pressad arbetsmiljö, utlämnas således till den privata arbetsgivaren. Detta behöver i och för sig inte vara ett problem, men då den privata utföraren befinner sig på en konkurrensutsatt marknad öppnar detta upp för kompromisser med arbetsmiljön genom att effektivisera arbetet. Ersättningen för de privata utförarna är förvisso densamma för alla, men vad tjänsten fylls med är upp till den enskilde utföraren att precisera. En privat aktör kan sålunda välja att utföra omsorgen med billiga men mindre säkra arbetsmetoder utan att kommunen egentligen kan ingripa, eftersom den inte ställt krav på sådana arbetsmiljöaspekter, något som annars hade varit möjligt med hänvisning till bland annat 4 kap 2 § LOV.

2.2.6 Meddelarskydd

76 procent av kommunerna uppgav att de i hög eller mycket hög grad ställer krav på att de anställda i utförarföretagen omfattas av *meddelarskydd*, medan 10 procent inte ställde några sådana krav. I sammanhanget är det värt att notera att enkätundersökningen genomfördes under tiden från den 3 maj till den 15 juni 2017, det vill säga ungefär två veckor innan lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter trädde i kraft, vilket skedde den 1 juli 2017. Genom den lagen infördes meddelarskydd bland annat i offentligt finansierad omsorg med stöd av socialtjänstlagen, LSS och personlig assistans som utförs med assistansersättning enligt 51 kap Socialförsäkringsbalken (2010:110). Lagen medför sålunda att även arbetstagare inom privat hemtjänst och personlig assistans numera omfattas av meddelarskyddet utan godkännande av deras arbetsgivare. Utifrån den dåvarande lagstiftningen kan vi konstatera, att så många som var tionde kommun inte ansåg att det var väsentligt att privat och/kooperativt anställda arbetstagare skulle kunna rapportera till media om missförhållanden i verksamheten. De här arbetstagarna stod sålunda utanför det skydd som kommunens egna anställda hade på motsvarande arbetsplatser. För den enskilde arbetstagaren kan det ha varit svårt att förstå vad som berättigade de här skillnaderna i anställningsvillkoren.

¹⁸ Det här berörs dock ej i SKL:s studie, SKL, 2014.

2.2.7 *Kompetens hos verksamhetschefer och anställdas utbildning*

Avseende krav på utförarna och deras anställda uppgav tre fjärdedelar (75 procent) att de i hög eller mycket hög grad ställde krav på *kompetens och lämplighet på verksamhetscheferna* hos de privata utförarna avseende deras arbetsgivarroll inklusive deras arbetsmiljöansvar. Ett fåtal kommuner (2 procent) ställde inga sådana krav. När det gällde de *anställdas utbildning* ställde endast tre femtedelar (59 procent) krav i hög eller mycket hög grad. Dock ökade siffran till närmare 75 procent om även de kommuner som skattat kraven till 7 på den tiogradiga skalan inkluderades. En överväldigande majoritet av kommunerna (74 procent) ställde även krav på utförarnas *ekonomiska förhållanden* för att genomföra uppdraget i hög eller mycket hög grad. Tre (3) procent ställde dock inga sådana krav. Av detta kan vi se att kommunerna lägger stor vikt vid formella förutsättningar hos de privata utförarna, vilket får fungera som en sorts garant för att utförarna har den kompetens som krävs för att kunna bedriva verksamheten på ett adekvat sätt. Att utförarna kan visa att de besitter den formella kompetensen genom utbildning och en god ekonomi ger kommunerna en upplevd trygghet, vilket gör att de förlitar sig på att verksamheten kommer att hålla en hög kvalitet avseende både omsorg och anställningsvillkor.

Utförarens förmåga att hantera *oförutsedda behov* hos brukaren efterfrågas i hög eller mycket hög grad av två tredjedelar av kommunerna (67 procent). Mot bakgrund av att formuleringen ”oförutsedda behov hos brukaren” är tämligen vag ingår även de kommuner som värderat detta krav till 7 i den sammanlagda siffran. Frågan, om hantering av oförutsedda behov blir intressant, utifrån hur utförarens flexibilitet påverkar arbetsförhållanden för arbetstagarna. Utan beredskap för oväntade situationer finns det risk att arbetsmiljöerna vid arbete i annans hem hamnar i ett vakuum, där frågor löses ad hoc. Risken är således stor att konflikter och problem i arbetsmiljöerna hanteras med hjälp av improviserade lösningar. Om det finns möjlighet att exempelvis tillkalla extra personal istället för att den enskilda arbetstagaren ska utföra ett tungt lyft ensam kan de här arbetsmiljöproblemen undvikas. På så sätt läggs ansvaret på arbetsgivaren, som har det formella arbetsmiljöansvaret, i stället för att den enskilde arbetstagaren får finna egna lösningar allt efter som problemen dyker upp.

Svaren på frågan om kommunerna ställer krav utöver de som föreskrivs i LOV spretar. Det är således svårt att dra några slutsatser utifrån den här frågan mer än att konstatera, att medan några kommuner ställer högre krav än de, som föreskrivs enligt LOV, ställer andra kommuner inga krav utöver de som anges i lag.

2.2.8 Samverkan med brukare och anställda

Ett intressant resultat visades avseende kommunernas krav på *samverkan* hos den privata utföraren. Kraven på att utföraren kan visa hur samverkan går till skiljde sig starkt åt beroende på gentemot vilken aktör som samverkan skulle ske. De tydligaste kraven uppgavs ställas i förhållande till *brukaren*, där något mer än hälften (56 procent) uppgav att sådana krav ställs i hög eller mycket hög grad. Endast fyra (4) procent uppgav att de inte ställde krav på visad samverkan till brukaren, och nio (9) procent befann sig i den nedre delen av den tiogradiga halvan. Den tydliga betoningen på samverkan i förhållande till brukaren kan ställas i relation till socialrättens krav på brukarinflytande, självbestämmande och rätt att påverka sin omsorg enligt såväl socialtjänstlagen som LSS. Det blir därmed angeläget för kommunerna att de privata utförarna visar hur dessa socialrättsliga intressen tillvaratas då kommunerna ansvarar för och beviljar brukarna den omsorg som de har rätt till utifrån sina behov. Det ställdes även tydliga krav på visad samverkan i förhållande till kommunen. Nästan lika många kommuner (54 procent) uppgav sig ställa krav i hög eller mycket hög grad på att utföraren kunde visa hur samverkan mot *kommunen* genomförs. Endast tio (10) procent av kommunerna ställde dessa krav i låg eller ingen grad alls, fyra (4) procent avseende det sistnämnda. Här markeras betoningen på samverkan med huvudmannen/uppdragsgivaren, något som kan knytas till det socialrättsliga perspektivet i omsorgen, då den visar att huvudmannen är angelägen om att få insyn i hur uppdraget som den gett till den privata utföraren sköts för att förvissa sig om huvudansvaret som kommunen åläggs enligt socialtjänstlagen och LSS kan uppfyllas vid en eventuell tillsyn av Inspektionen för vård och omsorg (IVO). Siffrorna är snarlika avseende samverkan till brukaren och kommunen och de visar sålunda att kommunen lägger stor vikt vid att dessa två aktörer får insyn och inflytande i verksamheten. Detta resultat ligger i linje med studien från SKL, som anger att av 2708 krav i förfrågningsmaterialet rörde 655 information/rapportering till kommun/samhälle, 160 samverkan med kommun/samhälle och 132 brukarinflytande och klagomålshantering.¹⁹

Synen på samverkan internt hos de privata utförarna avviker däremot markant mot de övriga. Endast knappt en tredjedel av kommunerna (30 procent) uppgav att de ställer krav på att den ansökande utföraren kan visa hur samverkan genomförs i förhållande till de anställda hos utföraren. I studien från 2014 rörde 48 av de 2708 kraven personalfrågor i allmänhet, vilket torde vara den post där samverkan med anställda ingår.²⁰ Mot bakgrund av de tidigare presenterade resultaten avseende kraven på hur omsorgen ska utföras, till exempel med vedertagna ergonomiskt eller

¹⁹ SKL, 2014.

²⁰ Ibid.

arbetsbelastningsavlastande arbetsmetoder eller arbetsutrustning, framträder en bild av att kommunerna närmast oinskränkt och utan kontroll från kommunens sida överlämnar åt de privata utförarna att utforma villkoren för omsorgen och/eller servicen. I dag finns det ingen möjlighet för kommuner att ställa uttryckliga krav på att den privata utföraren ska ha kollektivavtal, utan de är istället hänvisade till att precisera vilka arbetsrättsliga krav som de vill ställa avseende exempelvis arbetstider och lön. Då krav på ett konkret kollektivavtal är uteslutet blir det istället preciseringen av arbetsrättsliga och arbetsmiljörättsliga villkor, som blir avgörande för de privata arbetstagarnas anställningsförhållanden. Ett krav på samverkan i relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare skulle kunna utgöra åtminstone en garanti för att arbetstagarnas villkor och förutsättningar beaktas.

3 Avslutningsvis – vad gör kommuner

Marta Szebehely, professor och ledande forskare inom välfärdsforskning, framhåller att Sverige anses inta en särställning när det gäller välfärdstjänster för äldre och personer med funktionsvariationer.²¹ Att verksamheten är skattefinansierad innebär bland annat att finansieringen, dels bidrar till att brukare ges ökade möjligheter att delta fullt ut i samhället, dels underlättar för anhöriga genom att avlasta dem som närmast sörjande, dels ock att människor erbjuds anställning inom välfärdssektorn. Från ett internationellt perspektiv anses den svenska välfärdsmodellen som ”universell”; omsorgstjänsterna är både av hög kvalitet och den är tillgänglig för alla, oavsett social status. Karaktäristiskt för den nordiska modellen är också att välfärdstjänsterna inte bara är offentligt finansierade utan också i huvudsak offentligt utförda.²² Den offentligt finansierade omsorgen om äldre och funktionshindrade expanderade kraftigt under efterkrigstiden förlades i princip hela verksamheten i offentlig regi. Vid den tiden ansågs den offentliga sektorn vara bäst lämpad att ansvara för att uppnå de socialpolitiska målen om alla människors lika rätt till omsorg efter behov och inte efter köpkraft. Det offentliga arbetsgivarskapet var i stort sett inte ifrågasatt.²³ På samma sätt som övriga västvärlden kom välfärdstjänsterna att

²¹ Den följande texten utgör en sammanfattning av Szebehely, Marta & Trydegård, Gun-Britt, ”Omsorgstjänster för äldre och funktionshindrade: skilda villkor, skilda trender?” *Socialvetenskaplig tidskrift* nr 2-3, 2007.

²² Sipilä, Jorma (red.) (1997), *Social care services. The key to the Scandinavian welfare model*. Aldershot: Avebury; Daly, Mary & Lewis, Jane (2000), “The concept of social care and the analysis of contemporary welfare states”, *British Journal of Sociology*, 51 (2), s. 281–298.

²³ Blomqvist, Paula (2004), “The Choice Revolution: Privatization of Swedish Welfare Services in the 1990s.”, *Social Policy and Administration* 38 (2), s. 139–155.

förändras organisatoriskt i Sverige mot slutet av 1980-talet, då nyinstitutionell teori och NPM gavs utrymme inom välfärdstänket.²⁴ I Sverige har 1990-talet betecknats som marknadens decennium på välfärdstjänsteområdet.²⁵ Konkurrensutsättning av offentligt finansierade välfärdstjänster är en central aspekt av NPM, och en kommunallagsreform 1991, som möjliggjorde för kommunerna att införa en separation mellan beställare och utförare, och att låta privata organisationer – även vinstsyftande företag – ta över utförandet av tjänsterna. Det var det här, som möjliggjorde att välfärdstjänsterna kunde överlätas till privata utförare. Szebehely framhåller att det är det anmärkningsvärt att det inte har skett någon nationellt övergripande uppföljning. År 1992 genomfördes den s.k. Ädelreformen²⁶, vilken bland annat innebar att hemsjukvården överfördes från landstingen till kommunerna, vilka även blev betalningsansvariga för de medicinskt färdigbehandlade patienterna. Ädelreformen utgör ett av många exempel på hur den offentlig verksamheten ansågs kunna effektiviseras, genom att korta vårdtiderna av äldre, då bl.a. begreppet välfärdsbokslut lanserades.²⁷ Det finns emellertid inte några generella måttstockar om hur välfärdstjänsters effekter ska mätas. Den här studien utgör endast en pusselbit i helheten av hur kommuner väljer att hantera och agera vad beträffar upphandling av hemtjänst (och i förekommande fall även personlig assistans) genom LOV.

Av studien framgår att majoriteten av kommunerna överlämnar utformandet av själva utförandet av omsorgstjänsterna till utförarna själva. Underlaget för vilken typ av tjänster, som ska utföras och vilka behov som brukargruppen har preciseras i tämligen hög grad, det vill säga vad som ska utföras och för vem, medan det närmare innehållet och vilket resultat som ska uppnås, tillvägagångssättet och därmed

²⁴ Hood, Christopher (1998), *The art of the state – Culture, Rhetoric and Public Management*. Oxford: Oxford University Press; Pollitt, Christopher & Bouckaert Geert (2000), *Public Management Reform – A comparative analysis*. Oxford: Oxford University Press. För en översikt av NPM i Sverige se bland annat: Gustafsson, Rolf Å. (2000), *Välfärdstjänstearbetet. Dragkampen mellan offentligt och privat i ett historie-sociologiskt perspektiv*. Göteborg: Daidalos; Vabø, M. (2005), "New Public Management i nordisk äldreomsorg – hva forskes det på?" I: Marta Szebehely, (red.) *Äldreomsorgsforskning i Norden: en kunskapsöversikt*. Köpenhamn: Nordiska ministerrådet; Almqvist, Roland (2006), *New public management – om konkurrensutsättning, kontrakt och kontroll*. Stockholm: Liber; Hasselbladh, Hans, Bejerot Eva & Gustafsson Rolf Å. (2008), *Bortom New Public Management. Institutionell transformation i svensk sjukvård*. Lund: Academia Adacta.

²⁵ Svedberg Nilsson, Karin (2000), "Marknadens decennium – gränsomdragande reformer i den offentliga sektorn under 1990-talet", I: Szebehely, Marta (red.) *Välfärd, vård och omsorg*. Forskarantologi. SOU 2000:38. Kommittén Välfärdsbokslut. Stockholm: Fritzes.

²⁶ *Regeringens proposition 1990/91:14, Om ansvaret för service och vård till äldre och handikappade m.m..* (1990). Stockholm.

²⁷ Kommittén Välfärdsbokslut (2001). *Välfärdsbokslut för 1990-talet: slutbetänkande*. Stockholm: Fritzes offentliga publikationer.

kvaliteten på omsorgen läggs i händerna på den privata utföraren. Detsamma gäller förutsättningarna och verktygen den enskilda hemtjänstpersonalen och den personliga assistenten får för sitt arbete. Med andra ord ges den privata utföraren möjlighet att utforma verksamheten på ett sätt som den önskar, oavsett vilka effekter det får på arbetstagarnas anställningsvillkor och arbetsförhållanden. Kommunen frånhänder sig på detta sätt det arbetsgivaransvar som man tidigare haft när verksamheten var kommunal. På en konkurrensutsatt marknad möjliggör frånvaron av dessa krav på utförandet sålunda att arbetsgivare, som saknar intresse för arbetstagares hälsa och välbefinnande kan förhandla med arbetstagarnas arbetsmiljö och säkerhet för att hålla kostnaderna nere utan att kommunerna kontrollerar förhållandena innan en eventuell skada har uppstått. Skulle en skada uppstå kan det inte uteslutas att kommunen skulle ha ingripit och uteslutit aktören från vidare upphandling, men det skulle i så fall innebära att kommunen väljer att ingripa i efterhand istället för att aktivt förebygga exempelvis förslitningsskador genom att ställa krav på ergonomiskt godtagbara arbetsätt.

Att kollektivavtal kan ses som en garanti för en lägstanivå av anställningsvillkor, innebär också att avsaknaden av ett krav på kollektivavtal medför en risk för försämrade villkor för arbetstagarna och ett minskat inflytande och insyn för arbetstagarorganisationerna. Dessa får således försvagade möjligheter att ta tillvara medlemmarnas intressen i de fall där anställningsvillkor och anställningstrygghet utmanas av mindre ansvarstagande arbetsgivare.

Privata utförare ges förhållandevis stora möjligheter att begränsa sitt uppdrag till att endast omfatta brukare med mindre omfattande behov och enklare förutsättningar. På detta sätt skapas luckor i upphandlingen, som i sin tur möjliggör en osund konkurrens där seriösa utförare ställs mot utförare med mindre ädla avsikter och ett större fokus på en maximering av vinsterna, vilket kan ske genom att sortera bort krävande och kostnadstunga brukare. I slutändan riskerar både dessa enskilda brukare och arbetstagare hos icke seriösa utförare att bli förlorare till följd av att kommunerna inte ställer högre krav på utförarna. Något som skulle kunna ske, genom att till exempel ställa krav på att utföraren kan utföra assistans hos alla brukare.

Sammanfattningsvis visar resultaten från undersökningen att det inte sker några större reflektioner över det arbetsrättsliga innehållet i omsorgen från flertalet kommuner. Det bristande beaktandet av dessa mjukare aspekter är anmärkningsvärt med tanke på att de, som besvarade enkäten har ansvar över människors välbefinnande. Fokus ligger således främst på att utföraren har god samverkan med kommunen, och/ att utföraren har god samverkan med brukarna. Samverkan mellan utförare och arbetstagarna är en förhållandevis lågt prioriterad fråga. Sammanfattningsvis kan man konstatera att det arbetsrättsliga och

arbetsmiljörättsliga perspektivet får stå tillbaka för socialrättens fokus på den behövande brukaren. Av tidigare studier framgår att arbetsvillkoren för personliga assistenter är tämligen vaga i relation till övriga arbetsmarknaden och att det finns risk att personalen utnyttjas som en slags ”allt-i-alla” om inte arbetsvillkoren preciseras.²⁸ För att undvika att så sker finns det anledning att uppmärksamma kommuner på betydelsen av att ställa krav på att utförare inte bara beaktar brukarnas särskilda behov, utan att utförarna även förstår vikten av att beakta de anställdas behov av stabila förhållanden med goda arbetsvillkor.

²⁸ Se bl.a. Schömer 2017b, och Calleman, Catharina (2008): En flexibel arbetsrätt inom personlig assistans *Svensk Juristtidning* häfte 4-5, 494-498.

God fackföreningsssed?

Något om fackföreningarnas uppgifter, intern föreningsrätt och organiserade arbetstagares rättsliga ställning vis-à-vis sin arbetstagarorganisation

NIKLAS SELBERG¹

1 En underskattad och utforskad aspekt av den svenska modellen för arbetsmarknadsreglering

Fackföreningarnas styrkeposition på arbetsmarknaden upprätthålls och förutsätts (fortfarande) i den svenska modellen för arbetsmarknadsreglering.² En stor mängd regler – EU-rättsliga, människorättsliga, folkrättsliga, nationell grundlag och lag – syftar till att skydda fackföreningen och dess verksamhet från angrepp från stat och arbetsgivare.³ Fackföreningarna har alltså ett vidsträckt mandat att agera på arbetsmarknaden och de har en motsvarande bred behörighet att företräda och på olika sätt binda medlemmen i förhållande till bland annat arbetsgivaren (avsnitt 3). Men mellan arbetstagaren i egenskap av fackföreningsmedlem och fackföreningen som ideell förening gäller ingen generell lagstiftning.

Mot denna bakgrund ägnar jag mitt kapitel till Örjan Edströms ära åt den interna föreningsrätten, dvs. frågor om medlemmens rättsliga relation till sin fackförening.

¹ Jur.dr, Ragnar Söderberg-postdoc, Juridiska fakulteten vid Lunds universitet. Författaren tackar Erik Sjödin för värdefulla kommentarer på manuskript.

² Se t.ex. Fahlbeck, Reinhold, *Employee Participation in Sweden. Union Paradise and Employer Hell or..?*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2008, Fahlbeck, Reinhold, *Nothing Succeeds Like Success. Trade Unionism in Sweden*, Juristförlaget i Lund, Lund, 1999.

³ Föreningsrätt avser förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och föreningsfrihet förhållandet mellan det allmänna och enskilda. Herzfeld Olsson, Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus förlag, Uppsala, 2003, Malmberg, Jonas m.fl., *Medbestämmandelagen. En kommentar. Del I, 1–32 §§*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018, s. 65-88, Sigeman, Tore och Sjödin, Erik, *Arbetsrätten. En översikt (7 uppl.)*, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 78-82, Källström, Kent, Malmberg, Jonas och Öman, Sören, *Den kollektiva arbetsrätten. En lärobok*, Iustus förlag, Uppsala, 2016, s. 31-37.

Den svenska kollektiva arbetsrätten är i hög grad utforskad⁴, men idag är det länge sedan lagstiftaren eller rättsvetenskapen ägnade sig åt den anknytande problematiken kring den interna föreningsrätten.

Temat för uppsatsen är att lyfta fram och diskutera svenska motsvarigheter till den i USA välutvecklade rättsliga standarden för god fackföreningssed; *a duty of fair representation*,⁵ som kan liknas vid god fackföreningssed.

Uppsatsen *syftar* till att undersöka den interna föreningsrätten, och medlemmens rättsliga möjligheter att utverka enligt sin uppfattning bättre företräderskap och tillvaratagande av hens intressen av sin fackförening.

Eftersom det saknas prejudikat på området beskriver och diskuterar jag orefererad underrättspraxis (avsnitt 5). Högsta domstolen har på denna punkt inte utnyttjat det utökade manöverutrymme som frånvaron av lagstiftning anses ge domstolarna.⁶

Med utgångspunkt i att underrättspraxis har en svag ställning i juridisk argumentation kan angreppssättet uppfattas som en form av åberopande av empiriskt material, som i och för sig analyserats på ett sätt som förekommer inom ramen för positivrättsliga studier. Beskrivningen avser vad Sandgren benämner gällande rätt i faktisk mening, ”d v s den rätt som realiteter tillämpas framförallt i första instans”. I alla händelser illustreras åtminstone några av de problem och rättsfrågor som uppstår på detta område.⁷

Uppsatsens *avgränsningar* innebär att situationer där en arbetstagares missnöje med sin organisations agerande tar sig uttryck i rättsliga åtgärder riktade mot arbetsgivaren inte uppmärksammas.⁸ Extern föreningsrätt, oorganiserade

⁴ Se bl.a. Edström, Örjan, MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag. Fritze, Stockholm, 1994, Edström, Örjan, Involvement of Employees in Private Enterprises in Four Nordic Countries, i Wahlgren, Peter (red.), Stability and Change in Nordic Labour Law, Vol. 43 Scandinavian Studies in Law, 2002.

⁵ Gould IV, William B., A Primer on American Labor Law (4 uppl.), The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 2004, s. 169-184, Gorman, Robert A., Finkin, Matthew W., Basic Text on Labor Law. Unionization and Collective Bargaining (2 uppl.), Thomson West, St. Paul, MN, USA, 2004, s. 981-1018, Fahlbeck, Reinhold, Industrial Relations I USA. Ett porträtt av 'The Land of the Free', Juristförlaget i Lund, Lund, 1988, s. 152-158, i Eklund, Ronnie, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1983, s. 258-273.

⁶ Ramberg, Christina, Prejudikat som rättskälla i förmögenhetsrätten, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017, s. 116f. Ramberg inkluderar i och för sig underrättsavgöranden i rättskällan 'rättspraxis', se s. 27.

⁷ Sandgren, Claes, Vad är rättsvetenskap?, Jure förlag, Stockholm, 2009, s. 17, s. 46.

⁸ Jfr t.ex. AD 1983 nr 107, AD 1983 nr 112, AD 1996 nr 114, AD 2011 nr 37.

arbetstagares ställning i relation till den etablerade arbetstagarorganisationen och arbetsgivares anspråk på sin organisation undersöks ej.

Också speciallagstiftning – här märks 2 kap. 11, 19 §§ diskrimineringslagen (2008:567) och EU:s dataskyddsförordning⁹ – som reglerar förhållandet mellan medlem och organisation, och arbetstagarorganisationens ställning som syssloman (18 kap. handelsbalken) utelämnas av utrymmesskäl.

Bidragets *disposition* är följande. Först behandlar jag översiktligt några av de relevanta associationsrättsliga principerna och fackföreningarnas roll ur arbetsrättslig synvinkel. Därefter illustreras tillämpningsproblemen förknippade med de associationsrättsliga principerna i en genomgång av underrättspraxis. Uppsatsen avslutas med att diskussionen återförs till några arbetsrättsliga teman.

2 Fackets interna förhållanden ur associationsrättslig synvinkel

2.1 Reglering, men inte lagstiftning, om ideella föreningar

Fackföreningar är ideella föreningar som inte omfattas av särskild lagstiftning. Detta betyder, för att tala med Giertz och Hemström, emellertid inte att de skulle stå ”utanför rättsordningen”.¹⁰ Föreningarnas verksamhet regleras i första hand av stadgarna kompletterade med den aktuella föreningens praxis, och i andra hand av allmänna associationsrättsliga principer.¹¹

2.2 Principen om likabehandling

Domstolarnas kontroll av fackföreningarnas verksamhet och medlemmens ställning däri sker framförallt med tillämpning av den så kallade likhetsgrundsatsen, som innebär att alla medlemmar ska behandlas lika.¹² Som en allmän princip gäller att ”föreningen är skyldig att behandla alla medlemmar lika i den mån inte stadgarna

⁹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning); lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning. Jfr AD 2018 nr 65 och AD 2010 nr 87.

¹⁰ Hemström, Carl och Giertz, Magdalena, Föreningar. Om ekonomiska och ideella föreningar samt något om stiftelser (2 uppl.), Jure, Stockholm, 2011, s. 33.

¹¹ Hemström och Giertz, 2011, s. 33. Dessa stadgar kan av utrymmesskäl inte beskrivas här.

¹² Fahlbeck, Reinhold, Praktisk arbetsrätt (3 uppl.), Liber-Hermods, 1994, s. 64.

eller andra sakliga skäl kan motivera olika behandling”.¹³ Likhetsprincipen är, framhåller Giertz och Hemström, ”möjlig att använda så snart medlemmar under liknande omständigheter behandlas olika” i ”lika situationer”.¹⁴

Likabehandlingsprincipen innebär, enligt Hemström, inte att ”alla medlemmar alltid har rätt att kräva föreningens bistånd i alla uppkommande frågor”. Att lika fall ska behandlas lika innebär att om en medlem fått en viss typ av biträde, så har en annan medlem i lika situation ett anspråk på motsvarande biträde.¹⁵

Även *Arbetsrättskommittén* utgår från att en likabehandlingsprincip existerar i termer av ”principen att medlemmarna inte får utan sakliga skäl behandlas olika”, samtidigt som kommittén i och för sig utgår från att det saknas ”klara riktlinjer”, och att likabehandlingsprincipen är ”av outredd räckvidd”.¹⁶

2.3 *Generalklausulen om förbud mot otillbörliga fördelar*

Den så kallade associationsrättsliga generalklausulen kompletterar likhetsprincipen som normkälla för ideella föreningar och därmed för fackföreningar. I associationsrättslig doktrin definieras generalklausulen av Giertz och Hemström som en regel om att föreningar inte får ge någon medlem ”en otillbörlig fördel på en medlems eller föreningens bekostnad”. Generalklausulens tillämpningsområde är bredare än likhetsprincipens, eftersom den inte förutsätter ”lika situationer” för att vara tillämplig. Ifråga om generalklausulen är det kravet på otillbörlighet avseende fördelen som snävar in tillämpningsområdet.¹⁷ Det krävs således inte något ”formellt” brott mot likabehandlingsprincipen, utan snarare att beslut och åtgärder ”i verkligheten” inneburit nackdelar för vissa och fördelar för andra medlemmar.¹⁸

¹³ Källström, Kent, i Schmidt, Folke, Facklig arbetsrätt. Reviderad upplaga 1997 ombesörjd av Ronnie Eklund under medverkan av Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman (4 uppl.), Norstedts Juridik, Stockholm, 1997, s. 97.

¹⁴ Hemström och Giertz, 2011, s. 11.

¹⁵ Hemström, Carl, Fackföreningen och de anställda. Om arbetstagarorganisationernas uppgifter för och skyldigheter mot medlemmar och icke-medlemmar, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1981, s. 141.

¹⁶ SOU 1975:1, s. 611f, s. 803 (specialmotiveringen till förslaget 23 §).

¹⁷ Hemström och Giertz, 2011, s. 11.

¹⁸ Hemström, 1981, s. 142.

2.4 Rättsföljd av överträdelser av likhetsprincipen och generalklausulen

En arbetstagare som drabbats av ekonomisk skada med anledning av att dess fackförening agerat eller rättshandlat i strid med likhetsprincipen eller generalklausulen är berättigad till skadestånd om fackföreningen orsakat skadan uppsåtligen eller av vårdslöshet.¹⁹

I övrigt framstår rättsläget som oklart. Det kan, exempelvis, sättas ifråga om en enskild medlem ska vara bunden av fackföreningens rättshandlande i strid med likhetsprincip och generalklausul och motparten arbetsgivaren var i ond tro om saken.²⁰ Vilket läge som ska träda istället för det åsidosatta avtalet framstår som oklart.

2.5 Behörig domstol för tvister mellan medlem och organisation

De allmänna domstolarnas behörighet omfattar ”t.ex. frågor om skadestånd eller andra sanktioner mot föreningsorgan för behörighetsöverskridande, vägran att ta tillvara medlems rätt eller liknande”.²¹

Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister är således inte tillämplig på tvister mellan medlemmar och arbetstagarorganisation. Departementschefen ansåg att detta inte skulle vara ”lämpligt”, och även om han fick vidgå att ”frågor med arbetsrättslig anstrykning någon gång skulle kunna uppkomma också i sådana tvister”, ansåg han tvister mellan medlem och organisation ”generellt sett” vara ”av ett annat slag än tvister rörande anställningsförhållanden”.²²

Medlemmars talan mot sina organisationer avvisas av Arbetsdomstolen,²³ och detsamma gäller en medlems stämning med yrkande att domstolen ska tolka organisationens stadgar.²⁴

¹⁹ Hemström, 1981, s. 169f.

²⁰ Jfr således diskussionen i Hemström, 1981, s. 166-169 med hänvisning till AD 1947 nr 13, AD 1958 nr 23 och AD 1971 nr 14.

²¹ SOU 1975:1 s. 611.

²² Prop. 1974:77, s. 105.

²³ AD 1948 nr 73, jfr AD 1940 nr 28.

²⁴ AD 1965 nr 29.

3 Fackföreningens funktion och skyldighet mot medlemmen: arbetsrättsligt perspektiv

Lagstiftning om arbetsgivare- eller arbetstagarorganisationer eller ideella föreningar över huvud taget kom inte att föreslås vid reformen om medbestämmande i arbetslivet. Departementschefen kunde i lagstiftningsärendet acceptera att ”problem som rör förhållandet mellan föreningar, ekonomiska eller ideella, och deras medlemmar” karaktäriserades som ”föreningsrättsliga”, men ansåg sist och slutligen att den typen av problem ”i princip inte [är] av arbetsrättslig natur”.²⁵

Tankegångar om intern föreningsrätt kan förankras i föreningsrättens och föreningsfrihetens generella idé: på samma sätt som det är betydelsefullt att en arbetstagarare inte utan sakliga skäl hindras från att tillhöra fackföreningen och dra nytta av medlemskapet, är det viktigt att medlemmen inte av osakliga skäl förvägras de fördelar som medlemskapet ger.²⁶

Fackföreningarna är intresseorganisationer som utgör sammanslutningar av arbetstagarare med ”ändamål att ta tillvara medlemmarnas intressen i deras egenskap av arbetstagarare”, genom att träffa och administrera kollektivavtal samt påverka utformningen och tillämpningen av arbetsrättslig lagstiftning.²⁷

Fackföreningens uppdrag är att genom professionella förhandlare tala med en röst för ett kollektiv av personer, och vilka prioriteringar som organisationen ska göra i en förhandling med arbetsgivaren är i sig resultatet av interna förhandlingar i organisationen.²⁸

Att fackföreningen har en skyldighet att företräda medlemmarna och tillvarata deras intressen framhålls av Fahlbeck, som samtidigt noterar att det inte är klart hur omfattande denna föreningens skyldighet är; den lokala fackliga organisationen ”torde” ”ha relativt långtgående skyldigheter att hjälpa och stödja sina medlemmar”, som en motprestation till medlemsavgiften.²⁹ Källström antar att fackföreningsmedlemmar har ett anspråk på att organisationen ”*skall bistå bonom* i

²⁵ Prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 26 (avsnittet om gällande rätt ifråga om föreningsrätt).

²⁶ Magnusson, Per och Sandberg, Dan, Rättssäkerheten i fackföreningar, Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet, Stockholm 1985, s. 64.

²⁷ Källström, 1997, s. 100. Även Hemström, 1981, s. 87f. 6 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

²⁸ Webb, Sydney och Webb, Beatrice, The History of Trade Unionism 1666-1920, Longmans, London, 1920, s. 173, Webb, Sydney och Webb, Beatrice, Industrial Democracy, Longmans, London, 1897/1914, s. 842, Dunlop, John T., The Social Utility of Collective Bargaining, i Ulman, Lloyd (red.), Challenges to Collective Bargaining, Prentice-Hall, Englewood, Cliffs, N.J., 1967, s. 173.

²⁹ Fahlbeck, 1994, s. 64f.

hans egenskap av arbetstagare.”³⁰ Schmidt formulerade i *Facklig arbetsrätt* medlemmens anspråk på organisationen i följande termer:

Vid tvist om en arbetstagares rättigheter och skyldigheter i förhållande till arbetsgivaren är fackföreningen skyldig att lämna medlemmen stöd såvida hans krav inte är ogrundade eller kommer i konflikt med andra medlemmars intressen. Med organisationens uppgift att förhandla för medlemmens räkning och att företräda honom inför AD följer skyldigheten att föra fram och argumentera för medlemmens anspråk. Vid arbetskonflikt har medlemmen rätt till understöd enligt vad som kan vara föreskrivet i stadgarna.³¹

Arbetstagarorganisationer är sammanfattningsvis (ur associationsrättslig synvinkel) ideella föreningar med (ur arbetsrättslig synvinkel) legal behörighet att ingå kollektivavtal och att väcka talan med anledning av tvister om kollektivavtal och andra arbetstvister.³²

Att intresseorganisationer inte är självändamål framhålls särskilt av Källström. Företrädare för intresseorganisationer ska därför agera med utgångspunkt i vad som gagnar medlemmen, och inte endast med utgångspunkt i vilket agerande som kan tänkas gagna organisationen. Den som företräder arbetstagarorganisationen har ”att positivt verka för att de avtal som ingås och de handlingar som i övrigt företas är i medlemmarnas – och därmed för all del indirekt i föreningens – intresse”.³³

4 God fackföreningssed?

Rättsläget ifråga om organisationens ansvar i relation till medlemmen framstår som oklart. Uttalandena i rättskällorna är ålderstigna och allmänt hållna, men ger sammanfattningsvis stöd för att fackföreningen har skyldigheter i relation till sina medlemmar, att dessa kan motiveras och förklaras på olika sätt och att räckvidden i dessa skyldigheter delvis är okänd. Diskussionen om intern föreningsrätt borde återupptas, så att förutsättningarna för och effekterna av fackligt medlemskap förtydligas ytterligare.

³⁰ Källström, 1997, s. 101. Kursiverat i original. Även Hemström, 1981, s. 89.

³¹ Schmidt, Folke, *Facklig arbetsrätt*, P. A. Norstedt & söners förlag, Stockholm, 1976, s. 48.

³² 23 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. 1 kap. 1 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, se även 6 kap. 1 § diskrimineringslagen (2008:567).

³³ Källström, 1997, s. 101. Även Hemström, 1981, s. 89.

Ur associationsrättslig synvinkel föreligger två grunder för utveckling av normer om god fackföreningssed; likabehandlingsprincipen och generalklausulen – men vid närmare betraktande framstår de som i hög grad överlappande.

Likabehandlingsprincipen förutsätter att de relevanta jämförelsepersonerna är i lika situation. Mot bakgrund av fackföreningens karaktär av intresseorganisation på arbetsmarknaden framstår det ofta som att alla arbetstagare är i lika situation: de är lika ifråga om att de är dels anställda av arbetsgivaren, dels medlemmar i organisationen.³⁴ Likabehandlingsprincipens räckvidd blir omfattande, samtidigt som den blir mindre distinkt; fackföreningar måste ha sakliga skäl för sitt agerande – och härmed blir likhetsprincipen i praktiken närmast synonym med generalklausulen, som ju förbjuder en otillbörlig fördelning av fackföreningens insatser och resurser.

De associationsrättsliga reglerna ger således endast ett förbud mot osakliga skillnader eller otillbörliga fördelar. Dessa utgångspunkter framstår onekligen som avvägningsnormer³⁵ i likhet med LAS-reglerna om (7 §) saklig grund för uppsägning eller (22 §) tillräckliga kvalifikationer för att få vara med i turordning. Det framstår emellertid som oklart vilka intressen som förutsätts kunna avvägas mot varandra i tillämpningen, och sammanfattat förefaller den rättsliga måttstocken för vad som ska anses vara god fackföreningssed hölj i dunkel.

5 God fackföreningssed i svensk orefererad underrättspraxis

5.1 Inledning

Härnäst följer en genomgång av orefererad underrättspraxis som förhåller sig till ovanstående grundläggande utgångspunkter.³⁶

³⁴ Jfr departementschefens kommentar om jämförbarhetsrekvisitet vid direkt diskriminering: ”I ytterligare andra fall är utgångspunkten att i princip alla befinner sig i en jämförbar situation i den meningen att alla – oavsett personliga egenskaper – har rätt att inte bli bemötta på ett diskriminerande sätt. Så bör vara fallet t.ex. vid restaurangbesök, vid besök i nöjeslokaler, för kunder i butiker och för den som söker olika typer av samhälllig service. I situationer som dessa lär kriteriet jämförbar situation ha en underordnad praktisk betydelse.” Prop. 2007/08:95, s. 488.

³⁵ Edström, Örjan, Anställningsskydd och förändrade kvalifikationskrav i kunskapssamhället. En undersökning av rättens funktion för kärnarbetskraftens etablering, särskilt tillämpningen av regeln om tillräckliga kvalifikationer i LAS 22 § vid uppsägningar pga. arbetsbrist. Iustus förlag, Uppsala, 2001, s. 19, s. 40 med hänvisning till bl.a. Hydén, Strömholm och Eckhoff och Sundby.

³⁶ Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 13282-17 har i skrivande stund inte meddelats.

Domarna presenteras med utgångspunkt i kändens/arbetstagarens talan eftersom jag uppfattat denna som ett viktigt uttryck för de praktiska behoven av konfliktlösning och som en indikation på vilka motsättningar mellan medlem och fackförening som kan behöva hanteras (regleras?).³⁷ Svarandens/fackföreningens argumentationslinjer är likartade och domstolarnas skäl är ofta korta och inte särskilt detaljerade.

Underrättsdomarna beskrivs ur synvinkeln att skapa underlag för slutsatser om god fackföreningssed. Eftersom fokus är på relationen mellan medlem och organisation krävs inte några detaljerade beskrivningar av det bakomliggande arbetsrättsliga tvisteläget.

5.2 *Nedflyttning på turordningslistan vid arbetsbrist*

En organiserad arbetstagare hade varit anställd i företaget i 21 år när behov av nedskärningar ledde till arbetsbrist och att det lokala facket och arbetsgivaren ingick en turordningsöverenskommelse. Den innebar att kändens, till skillnad från flera arbetstagare med kortare anställningstid än hen, sades upp och fick lämna arbetet, 61 år gammal.³⁸

Medlemmen yrkade skadestånd från fackföreningen för ekonomisk skada. Som grund åberopade hen att fackets agerande att flytta ner hen på turordningslistan inneburit att hens intressen inte tillvaratagits fackmannamässigt, att facket förfarit vårdslöst och att likhetsprincipen åsidosatts. Facket hade inte fullgjort sitt uppdrag som syssloman. Vidare ansåg sig medlemmen ha bättre kompetens än många som fått behålla anställningen med stöd av turordningslistan. Av det skälet var uppsägningen av hen en överträdelse av LAS, som ju bygger på att bolagen ska behålla kompetens vid nedskärningar.

Svaranden, fackföreningen, åberopade som grund för bestridandet av skadeståndsskyldighet att den inte förfarit vårdslöst, att likhetsprincipen inte åsidosatts, samt att fackföreningen inte varit syssloman i relation till sin medlem. Mandatet att ingå turordningsöverenskommelser, argumenterade facket, regleras inte av förhållandet mellan medlem och fackförening, utan föreskrivs av kriterier i lag. Fackföreningen har vid förhandlingar om turordning att se till hela kollektivet av arbetstagare på arbetsplatsen, som ju alla vill ha kvar sina anställningar.

³⁷ Jfr t.ex. metod- och materialdiskussionen i Westberg, Peter, Det provisoriska rättsskyddet i tvistemål. En funktionsstudie över kvarstad och andra civilprocessuella säkerhetsåtgärder. Bok 1, Juristförlaget i Lund, Lund, 2004, s. 37-42.

³⁸ Stockholms tingsrätt, dom i mål nr T 15825-04, den 6 november 2006.

Tingsrätten slog fast att tvisten avsåg frågan om ”med vilken rätt” fackföreningen ingått avtalet om turordning. Mot bakgrund av att möjligheterna till avsteg från LAS-reglerna om turordning motiveras av behovet av att beakta företagsekonomiska aspekter och intresset av att kunna sätta samman en lämplig personalstyrka för framtiden har de fackliga organisationerna ”fått ett brett mandat” att ingå avtal om turordning. Det har, fortsatte tingsrätten, inte varit lagstiftarens avsikt att de enskilda medlemmarna ska konsulteras vid förhandlingar om turordning, än mindre att de ska lämna fullmakt. Tingsrätten ansåg det avslutningsvis vara ”förståeligt” att den aktuella arbetstagaren upplevt det hela som en ”orättvisa”. Käromålet ogillades.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom och prövningstillstånd i målet nekades av Högsta domstolen.³⁹

5.3 Försämrad senioritet för en grupp arbetstagare vid företagsammanslagning

När SAS förvärvat aktiemajoriteten i Linjeflyg AB överfördes 1993 verksamheten i det sistnämnda bolaget till det förstnämnda. Överföringen innebar att piloterna i Linjeflyg erbjöds anställning inom SAS. För SAS gällde ett kollektivavtal som krävde att piloter skulle vara uppsatta på en senioritetslista. Efter förhandlingar mellan SAS och arbetstagarorganisationerna i de respektive nordiska länderna (SAS är ett konsortium av nordiska flygbolag), placerades piloterna från Linjeflyg på SAS-piloternas senioritetslista, samtidigt som deras senioritetstid minskades med fem år.⁴⁰

Tre Linjeflyg-piloter fick mot denna bakgrund se sin respektive plats på senioritetslistan i SAS nedflyttad med 292, 846 och 221 platser jämfört med vad de skulle ha haft om all anställningstid i Linjeflyg räknats med.

Linjeflygpiloterna yrkade i stämning att arbetstagarorganisationen skulle betala skadestånd för ekonomisk skada i form av löneförluster, orsakade av att fackföreningen uppsåtligt eller av vårdslöshet ”diskriminerat och särbehandlat” piloter från Linjeflyg i relation till SAS-piloterna.

Fackföreningen/svaranden bestred skadeståndsskyldighet under påstående att ekonomisk skada inte uppstått.

Tingsrätten inledde sina domskäl med att redogöra för den associationsrättsliga likhetsprincipen respektive generalklausulen. I målet är fråga, fortsatte tingsrätten, om två grupper av samma yrkeskategori, som är medlemmar i samma fackförening: Linjeflygpiloterna fick nya anställningar, och SAS-piloterna fick nya arbetskamrater – och därför var de två grupperna av arbetstagare inte lika fall som måste behandlas

³⁹ Svea hovrätt, dom i mål nr T 9461-06, den 28 augusti 2007, Högsta domstolen, beslut i mål nr T 3743-07, den 11 april 2008.

⁴⁰ Stockholms tingsrätt, dom nr DT 590 i mål nr T 2127-94, T 2128-94, T 2129-94, den 18 juni 1996.

lika vid förhandlingarna. Inordningen av de nya piloterna på senioritetslistan i SAS innebar inte heller att SAS-piloterna som redan var på listan fick några otillbörliga fördelar i relation till de Linjeflyg-piloter som tillfördes listan. Skillnaden i anställningstid mellan de två grupperna var max fem år, och båda grupperna av piloter gynnades av att flygproduktionen i bolaget totalt sett blev större – och inordningen av Linjeflygs piloter hos SAS innebar att även SAS-piloter kan ha flyttats ner. Käromålet ogillades.

Domen överklagades till hovrätten som fastställde tingsrättens domslut under det att skälen ändrades något.⁴¹ I hovrätten förtydligade kändanden att grunden för talan utgjordes av ett kontraktsbrott från arbetstagarorganisationens sida och att det var fråga om ett inomkontraktuellt skadeståndsyrkande. Skadan hade uppstått till följd av uppsåtligt eller vårdslöst agerande eller passivitet från arbetstagarorganisationen.

Svaranden/arbetstagarorganisationen tillade att kontraktsbrott inte varit för handen och att goda skäl förelegat för handlandet.

Hovrätten instämde i tingsrättens tillämpning av likhetsprincipen; de båda grupperna piloter var inte lika fall vid förhandlingarna. Vid den aktuella tiden, noterade hovrätten vidare, rådde risk för nedskärningar och övertalighet i SAS, och de danska och norska arbetstagarorganisationerna i SAS hade därför motsatt sig att Linjeflygs piloter skulle få tillgodoräkna sig hela sin anställningstid vid inplaceringen på senioritetslistan i SAS. Eftersom företrädare för arbetstagarorganisationen i Linjeflyg uppgett att de inte trott att det varit möjligt att utverka förmånligare villkor för Linjeflygs piloter och att företrädare för de danska och norska arbetstagarorganisationerna i SAS uppgett att de inte hade möjlighet att gå med på bättre villkor, ansåg hovrätten att den instämnda fackföreningen haft godtagbara skäl för att handla som den gjort. Varken likhetsprincipen eller generalklausulen hade åsidosatts och skadeståndsansvar förelåg inte.

Högsta domstolen nekade prövningstillstånd i målet.⁴²

5.4 Det borttappade anspråket på företrädesrätt till återanställning

När ett flygbolag överlät sin verksamhet till ett annat i början av 1990-talet sades piloterna i överlåtARBOLAGET upp och gavs företrädesrätt till anställning i förvärvARBOLAGET.⁴³ Piloterna erbjöds anställning där, men nekade, med hänvisning till lönevillkoren, inledningsvis till erbjudandet. Efter vissa turer ändrade sig piloterna och godtog erbjudandet. I en arbetstagares fall kom emellertid av misstag

⁴¹ Svea hovrätt, dom i mål nr T 1199-96, den 4 april 1997.

⁴² Högsta domstolens beslut den 2 juni 1997 i mål nr T 1824-97.

⁴³ Stockholms tingsrätt, dom i mål nr T 11701-00, den 14 oktober 2002.

accepten inte att skickas till arbetsgivaren och anställningserbjudandet förföll. Fackföreningen förhandlade vid ett senare tillfälle med arbetsgivaren i syfte att utverka anställning till arbetstagaren. Arbetsgivaren ställde då som krav för anställning att fackföreningen och de piloter som inte erbjudits anställning skulle skriva på en ”förbindelse om att de inte skulle komma att föra klander mot” arbetsgivaren. Fackföreningen uppfyllde inte dessa krav och arbetstagaren anställdes inte.

Arbetstagaren/käranden yrkade att tingsrätten skulle fastställa att arbetstagarorganisationen var skadeståndsskyldig mot honom med anledning av att hen inte fick anställning.

Fackföreningen/svaranden bestred yrkandet under påstående att kravet var omöjligt att uppfylla, och att någon skyldighet att uppfylla det inte förelåg.

Tingsrätten utgick i sin bedömning från likhetsprincipen respektive generalklausulen, och noterade att, med anledning av att den aktuella arbetstagaren (käranden) inte längre hade företrädesrätt till återanställning, så kunde hen inte anställas av arbetsgivaren med mindre att rätten till återanställning hade kränkts avseende de arbetstagare som stod efter hen i turordningshänseende. Därför, fortsatte tingsrätten, skulle arbetstagarorganisationen ha kränkt likhetsprincipen och generalklausulen i relation till arbetstagarna längre ner i turordningen för den händelse den hade gått käranden/arbetstagaren till mötes. Arbetstagarorganisationen hade därför gjort vad den kunnat och hade således inte agerat vårdslöst. Talan ogillades.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom och Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd i målet.⁴⁴

5.5 Felaktiga respektive uteblivna råd och biträde

En arbetstagare var missnöjd med vissa beslut om pension och ersättningar för yrkes- och arbetsskador och sökte därför biträde av sin fackförening för att representera hen i försäkringsärendet. Tingsrätten, som i mellandom i och för sig inte fann tillräcklig bevisning för käromålet, uppehöll sig vid förhållandet mellan medlemmen och arbetstagarorganisationen.⁴⁵ Tingsrätten sade sig uppfatta medlemskapet i arbetstagarorganisationen som ”ett kontraktliknande förhållande” med ”ömsesidiga rättigheter och skyldigheter”, och fortsatte:

⁴⁴ Svea hovrätt, dom i mål nr T 9695-02, den 17 november 2004. Högsta domstolens beslut i mål nr T 5139-04, den 8 september 2005.

⁴⁵ Stockholms tingsrätt, mellandom i mål nr T 1894-99, den 12 december 2001.

Vilka dessa rättigheter och skyldigheter är får avgöras med hänsyn till bl.a. vad som anges i förbundets stadgar och liknande och till vad som konkret framkommit om parternas agerande och befogade uppfattningar om varandras agerande från fall till fall. En facklig organisation anses knappast inta någon generell rådgivarroll i sådant sammanhang som nu är i fråga, utan det får i det aktuella fallet utredas om förbundet agerat som rådgivare...

Hovrätten fastställde domen och prövningstillstånd i målet nekades av Högsta domstolen.⁴⁶

5.6 Skada till följd av felaktig information om preskriptionstid

Arbetsagarorganisationens ansvar för korrektheten i den information som ges medlemmar, samt bestämningen av ekonomisk skada har prövats av hovrätten i ett fall.⁴⁷

En arbetstagare hade efter överklagande fått sex månaders provanställning vid en statlig myndighet. Fackföreningen väckte därefter talan i AD och gjorde gällande att anställningen bort vara tillsvidare. AD godkände emellertid i interimistiskt beslut (prov-)anställningen varpå fackföreningen återkallade sin talan och skickade ett brev till sin medlem. I brevet lämnade organisationen viss information om preskriptionstider. Arbetstagaren väckte sedermera talan mot staten och yrkade skadestånd på olika grunder (vägran att tillsvidareanställa utgjorde uppsägning utan saklig grund, fel eller försummelse vid myndighetsutövning, etnisk diskriminering). Svaranden bestred talan under invändning om preskription. Tingsrätten förklarade i mellandom att talan preskriberats, och efter överklagan fastställde AD tingsrättens mellandom. I tingsrättens dom fastställdes slutligen att talan var preskriberad, och arbetstagaren förpliktades att som tappande part ersätta svaranden för dess rättegångskostnader.

Arbetstagaren ansåg sig emellertid ha följt instruktionerna om preskription som fackföreningen meddelat hen brevlades. Arbetsagarorganisationen hade lämnat hen felaktig information om tidsfrister att beakta vid väckande av talan med anledning av anställningen och om hen fått korrekt information, hade hen inte som tappande part behöva ersätta rättegångskostnaderna i tingsrätten och vunnit framgång i tvisten

⁴⁶ Svea hovrätt, dom i mål nr T 308-02, den 25 juni 2002. Högsta domstolens beslut i mål nr T 2921-02, den 9 december 2002.

⁴⁷ Svea hovrätt, dom i mål nr T 17698-01, den 26 maj 2004 (det överklagade avgörandet var Stockholms tingsrätts dom i mål nr T 10250-00, den 9 oktober 2001). Högsta domstolen meddelade i beslut i mål nr T 2762-04, den 26 augusti 2004, inte prövningstillstånd i målet.

om anställningen, argumenterade arbetstagaren. Organisationen hade orsakat denna ekonomiska skada av vårdslöshet och skadeståndsskyldighet förelåg.

Arbetstagarorganisationen bestred skadeståndsansvar under invändning att den inte förfarit oaktsamt och att det i alla händelser inte förelåg kausalitet mellan oaktsamheten och den ekonomiska skadan. Det invändes vidare att skadan inte inbegriper utebliven framgång i målet om anställningen.

Hovrätten framhöll att det hade visat sig att arbetstagaren med anledning av preskription förlorat rätten att föra skadeståndstalan redan vid den tid då arbetstagarorganisationen skickade brevet till arbetstagaren. Arbetstagaren har haft fog för att förlita sig på upplysningarna som lämnades i brevet, och det har härvidlag ingen betydelse att hen sedermera anlitat juridiskt biträde. Arbetstagarorganisationen hade förfarit oaktsamt och var ansvarig för uppkommen skada, summerade hovrätten.

Men vilken var den ersättningsgilla skadan? Hovrätten menade att arbetstagarorganisationen borde ha förutsett dels att arbetstagaren skulle väcka skadeståndstalan, dels att preskriptionsinvändning skulle göras om medlemmen följde organisationens instruktioner. Arbetstagarorganisationen förpliktades således att ersätta arbetstagaren för rättegångskostnaderna i tingsrätten. Fackföreningen var emellertid inte skyldig att ersätta arbetstagaren för den uteblivna framgången i tingsrätten, eftersom hen antingen förlorat talan redan innan den oaktsamma handlingen företogs, eller, i vart fall att hen inte gjort sannolikt att hen skulle ha vunnit framgång i rättegången mot arbetsgivaren på det sätt som hen påstått i hovrätten.

5.7 Vårdslöst biträde och det frånträdde uppdraget

En arbetstagarare som drabbats av arbetsskada hade beviljats rättshjälp av sin fackförening för att driva ärenden rörande försäkringsersättningen.⁴⁸ Arbetstagaren blev emellertid missnöjd med fackföreningens agerande och yrkade i stämning bland annat ekonomiskt skadestånd för utebliven höjning av försäkringsersättningen. I första hand åberopade arbetstagaren att fackföreningen orsakat hans skada genom vårdslöst biträde och vårdslös rådgivning och i andra hand genom avtalsbrott.

Svaranden/fackföreningen bestred yrkandet under påstående att uppdrag respektive vårdslöshet inte förelegat samt att skada inte uppstått.

Tingsrätten inledde sin dom med en allmän karaktärisering. Om en arbetstagarorganisation beviljar en medlem rättshjälp, uppstår ett avtalsförhållande

⁴⁸ Stockholms tingsrätt, dom i mål nr T 11305-99, den 31 maj 2001.

mellan parterna och ett personligt uppdrag för den person hos fackföreningen som åtagit sig uppdraget, och härvidlag gäller att

[Fackföreningen] – som uppdragstagare – har vid fullgörande av uppdraget haft en allmän skyldighet att utföra det med omsorg. För uppdragsarbetet i dess helhet – till skillnad från särskilda åtgärder som t.ex. att iakta tidsfrister – gäller att det är för betydande avvikelser från den standard som uppdragsgivaren kan förvänta sig som han kan göra gällande avtalsbrott som kan resultera i skadeståndsskyldighet. Den som anlitar ett rättsligt ombud för att föra sin talan kan som regel inte med framgång rikta krav mot ombudet för att talan förloras eller inte uppnås i önskad utsträckning.

Vad gäller den del av talan som avsåg påstående att fackföreningen uppgett felaktiga uppgifter till myndigheter ansåg tingsrätten att den lämnade felaktiga inkomstuppgiften inte utgjorde en så betydande avvikelse från de korrekta förhållandena, att det varit fråga om en vårdslöst lämnad uppgift. I ärendet hade fackföreningen felaktigt antagit att livräntan skulle beräknas på en tänkt anställning i Västerås, och inte på inkomstläget i Stockholm. Försäkringskassan hade sedermera omprövat livränteunderlaget, men enligt tingsrättens mening var detta inte en ”omständighet som kan leda till att den tidigare bedömda inkomstuppgiften skall anses ha lämnats av vårdslöshet”:

I frågan får utrymme sägas ha funnits för en bedömning vilket innebär att en senare ändrad bedömning inte leder till att den första varit att anse som felaktig eller försumlig i ersättningsrättslig mening. Ett motsatt synsätt innebär ett strikt ersättningsansvar vilket inte kan göras gällande i målet [sic].

Arbetstagaren hade som vårdslöshet även lagt arbetstagarorganisationen till last att den frånträtt uppdraget efter förvaltningsdomstolens avgörande i första instans. Efter att ha tagit del av domen hade arbetstagarorganisationen bett arbetstagaren att skaffa kompletterande läkarbedömningar, men arbetstagaren hade, trots påminnelser, inte ordnat detta material. Arbetstagarorganisationen hade, ansåg tingsrätten, därefter frånträtt uppdraget om försäkringsersättningen efter ”bedömning av möjligheterna att med framgång driva ärendet vidare”, och detta är tillåtet. Tingsrätten fortsatte:

Att parterna må ha haft olika uppfattningar i denna fråga – eller gjort olika bedömningar – är inte en omständighet som innebär att [fackföreningen] handlat felaktigt eller försumligt. Också här gäller att utrymme finns för olikartade bedömningar som leder till att ett handlande inte kan anses försumligt; olikartade bedömningar grundar inte rätt till ersättning.

Tingsrättens sammantagna slutsats var att arbetstagarorganisationen inte förfarit vårdslöst vid utförandet av uppdraget att biträda medlemmen med försäkringsersättningen.

Medlemmen hade gjort gällande att organisationens stadga innebar en närmast ovillkorlig rätt till rättshjälp. Tingsrätten anförde härvidlag att saken var beroende av organisationens prövning, och att det inte var fråga om en oinskränkt rätt till rättshjälp.

Hovrätten fastställde tingsrättens dom och Högsta domstolen meddelade inte prövningstillstånd i målet.⁴⁹

6 Sammanfattande bedömning: god fackföreningssed i underrättspraxis

Med stöd i den ovanstående genomgången av underrättspraxis låter sig följande reflektioner göras.

Arbetstagarorganisationen representerar samtliga arbetstagare, och detta får till följd att dess ageranden och beslut framförallt kan hanteras som en sammanhållen helhet. Det framstår överhuvudtaget som svårt att bryta ut en enskildhet ur ett beslut som avser ett kollektiv, och karaktärisera detta som en överträdelse (otillbörligt/osakligt). Den inneboende kollektiviteten i lösningarna, medför att det förefaller enklare att göra en arbetsrättslig prövning av en sammanhållen helhetsbedömning (t.ex. senioritetslistans utformning) än att extrahera en enskildhet (t.ex. en viss arbetstagares placering på listan) ur helhetsbedömningen och fråga om den ska anses vara klandervärd i ljuset av associationsrättsliga principer (jfr avsnitt 5.2).

Ovan har jag förespråkat att arbetstagare hos samma arbetsgivare närmast definitionsmässigt alltid ska anses befinna sig i lika situation (avsnitt 4). I det mål då domstolen bedömt en situation i vilken grupper av arbetstagare från två olika arbetsgivare ska sammanföras hos en enda, förefaller domstolen ha uppställt ett lågt krav för att anse att olika situation ska föreligga (jfr avsnitt 5.3).

Rättstillämpningen utgår från ett antagande om att, om ett visst agerande från organisationens sida skulle kränka någon annan arbetstagares rätt, kan detta agerande inte krävas av fackföreningen. Denna norm är hanterbar i de lägen där det går att fastställa vad någon annan arbetstagare har rätt till, t.ex. då det finns en

⁴⁹ Svea hovrätt, dom i mål nr T 4888-01, den 3 juni 2002. Högsta domstolens beslut i mål nr T 2570-02, den 15 november 2002.

etablerad turordningslista. Organisationens skadeståndsskyldighet mot medlem kan bli föremål för fastställsetalan⁵⁰ (jfr avsnitt 5.4).

En grundläggande förutsättning för att en arbetstagare ska kunna ha ett anspråk på fackföreningen är att det råder en viss tydlighet om önskan att bli företrädd och om uppdragets utformning (jfr avsnitt 5.5).

Arbetstagarorganisationen har ansvar för ekonomiska skador till följd av vårdslöst lämnade felaktiga råd. Arbetstagare har med andra ord rätt att förlita sig på besked från fackföreningen. Det krävs emellertid att arbetstagaren gör i vart fall sannolikt att denne skulle vunnit framgång med en rättslig åtgärd, som nu inte kunnat vidtas med anledning av organisationens agerande, för att denna skada ska vara ersättningsgill (jfr avsnitt 5.6).

Det föreligger ett utrymme för fackföreningen att göra felbedömningar i rådgivning och processföring och också ifråga om beslut att frånträda uppdraget (eftersom framgång inte kunde förväntas) (jfr avsnitt 5.7).⁵¹

Sammanfattningsvis. Även om fackföreningens agerande regleras av den associationsrättsliga likhetsgrundsatsen respektive generalklausulen, förmedlar underretspraxis bilden av att fackföreningens marginaler för agerande är vida: normen god fackföreningssed är förknippad med många tillämpningssvårigheter och det är svårt att idag prognosticera vad som skulle kunna utgöra skadeståndsgrundande vårdslöshet i relation till en medlem respektive överträdelser av generalklausulen och likhetsgrundsatsen.

7 Rättens gränser, fackföreningens natur och god fackföreningssed

7.1 *Fackföreningen som arbetstagarens – och arbetsgivarens – motpart*

Medlemmars missnöje med det materiella utfallet av kollektiva förhandlingar respektive domstols dom eller beslut i rättsprocesser kan ge upphov till skadeståndsprocesser mot fackföreningen. Den arbetstagare vars rätt fackföreningen i något avseende avstått eller nedprioriterat i en kollektivavtalsförhandling (t.ex. vid turordning), eller den arbetstagare som förlorat ett mål mot arbetsgivaren kan bli missnöjd med det sätt på vilket facket representerade hen i förhandlingen eller rättsprocessen. Om facket inte kan förklara och motivera sin förhandlingsstrategi eller processföring kan en grogrund uppstå för medlemmars skadeståndsprocesser mot sina organisationer.

⁵⁰ 13 kap. 2 § rättegångsbalken.

⁵¹ Jfr om advokater NJA 2018 s. 414 och RH 21:82.

De genomgångna fallen antyder att stundom har de missnöjda arbetstagarna tillika medlemmarna använt stämning mot fackföreningen som ett sätt att skapa möjlighet att indirekt göra ett individuellt intresse gällande i relation till arbetsgivaren, trots att det aktuella intresset inte har omfattats av arbetstagarnas individuella behörighet, utan av fackföreningens.

Vidare finns en grupp mål som antyder att den missnöjda arbetstagaren/medlemmen har uppfattat en talan mot fackföreningen som en form av extraordinärt rättsmedel⁵² att indirekt rikta mot ett lagakraftvunnet domstolsavgörande av en bakomliggande konflikt med arbetsgivaren.

Twister om påståenden om bristande fackföreningssed kan leda till att fackföreningen tillfälligtvis ansluter sig till arbetsgivarens ståndpunkt i relation till den missnöjda arbetstagaren. En tillfällig intressegemenskap kan uppstå mellan de avtalsparter – arbetsgivare och arbetstagarorganisation – som i relation till en missnöjd medlem ska förklara och försvara sitt gemensamma agerande, t.ex. i form av ett kollektivavtal.

7.2 Facket som ombud för medlem i rättstvist med arbetsgivaren

En medlems missnöje med sin fackförening kan avse hur fackföreningen agerat i egenskap av ombud för den enskilde arbetstagaren. Det handlar här om att fackföreningen åtagit sig att inför domstol eller myndighet agera som juridiskt ombud för arbetstagaren i en tvist med t.ex. arbetsgivaren eller en myndighet. Fackföreningen åberopar rättsliga grunder för kraven, och utför medlemmens talan på ett sätt som i princip motsvarar andra ombuds roll i tvister mellan enskilda eller överklaganden av myndighetsbeslut. Det betyder att allmänna normer – t.ex. avseende god advokatsed⁵³ – för juridisk rådgivning, rättsligt ombudsmannaskap och processföring kan åberopas som måttstock för bedömning av om arbetstagarorganisationen förfarit vårdslöst vid tillvaratagande av medlemmens rätt i något visst fall.

Fackföreningens uppdrag från medlemmen avser att föra talan i en konflikt som ska lösas av en domstol med tillämpning av lagstiftning. Det betyder att fackföreningens roll i sammanhanget framförallt inte handlar om att balansera ett kollektivt intresse, utan om att utveckla de rättsliga grunderna för ett enskilt arbetstagaranspråk. Bifall eller avslag på medlemmens talan har bäring på svarandens

⁵² Jfr 58 och 59 kap. rättegångsbalken.

⁵³ T.ex. Peyron, Claes, Advokatetik. En praxisgenomgång (2 uppl. med supplement) Sveriges Advokatsamfund, Stockholm, 2017, Bentelius, Lars, God advokatsed, Sveriges Advokatsamfund, Stockholm, 1998, Wiklund, Holger, God advokatsed, Norstedts Juridik, Stockholm, 1973.

ställning, men innebär inte att någon annan arbetstagares, tillika medlems, rätt eller ställning påverkas omedelbart. En medlems skadeståndstalan mot sin organisation för bristande ombudsmannaskap handlar således här inte om hur organisationen har prioriterat bland olika arbetstagare, och utgör därmed inte de facto en indirekt konflikt mellan olika arbetstagare om knappa resurser (jfr fackföreningens agerande i kollektivavtalsförhandlingar om turordningslistor).

Stundom ska fackföreningens agerande bedömas mot bakgrund av om arbetstagarens rättsliga anspråk mot arbetsgivaren framstår som befogat eller inte, och då blir det fråga om att i medlemmens skadeståndsmål i allmän domstol mot fackföreningen hypotetiskt pröva bärkraften i arbetstagarens arbetsrättsliga anspråk mot arbetsgivaren. Det framstår som mycket svårt att göra denna bedömning med något anspråk på säkerhet. Mot denna bakgrund kommer arbetstagaren ofta ha svårigheter att styrka ekonomisk skada.

7.3 Facket som representant för arbetstagarkollektivet och som arbetsgivarens motpart: medlemmen och semi-dispositiviteten

En medlems missnöje med sin fackförenings agerande kan avse hur denna förvaltat sitt uppdrag att representera ett kollektivt intresse (dvs. flera arbetstagares rätt) i relation till arbetsgivaren inom ramen för avtalsfrihet i kollektivavtalets form.⁵⁴ I detta sammanhang saknas i allt väsentligt arbetsrättsligt stöd för att avgöra vilken arbetstagares ställning som ska prioriteras av facket. På viktiga delar av detta område har arbetsgivaren maktpositionen och ställer fackföreningen inför att medverka i att hantera förändringar som förutsätter att knappa resurser (t.ex. anställningar vid arbetsbristsituation) ska fördelas på arbetstagarkollektivet.

Semi-dispositiv lagstiftning kan således uppfattas som rättsregler som skyddar den enskilde arbetstagaren gentemot arbetsgivaren ensam, men inte gentemot facket och arbetsgivaren i förening.⁵⁵

Avtalsfriheten för kollektivavtalsparterna innebär att det i princip blir omöjligt för en enskild arbetstagare att – i ett skadeståndsmål mot arbetstagarorganisationen – angripa sin enskilda plats på turordningslistan med stöd av arbetsrättslig lagstiftning och argumentera för att hen rätteligen skulle ha haft någon annan plats

⁵⁴ Dvs. inom ramen för *god sed på arbetsmarknaden* (AD 1983 nr 107, AD 1983 nr 113, AD 1996 nr 114) och utan att *oömligt urholka arbetstagares lagstadgade rättigheter* (AD 1995 nr 108, AD 1996 nr 12, AD 1996 nr 20) samt utan att vara *diskriminerande* (AD 2011 nr 37) eller *oskäliga enligt 36 § avtalslagen* (AD 1986 nr 26, AD 2015 nr 70).

⁵⁵ Fahlbeck, 1994, s. 56f.

(och därmed i förlängningen att andra arbetstagare skulle ha haft andra platser på listan).

Vidare; semi-dispositiviteten innebär inte att facket ska kompensera den arbetstagare som på något sätt drabbats negativt av att en arbetsrättslig regel ersatts av en lösning i kollektivavtal (t.ex. en arbetstagare som förlorat sin anställning med stöd av en turordningslista, men som skulle haft anställningen kvar om turordning gjorts med stöd av 22 § LAS). Om en på detta sätt förbigången medlem hade kunnat kräva kompensation för den förlorade anställningen från fackföreningen, så hade i praktiken systemet med turordningslistor avskaffats (och semi-dispositiviteten på den här punkten helt urholkats), eftersom fackföreningen då den ingår kollektivavtal om turordning, hade blivit ekonomiskt ansvarig för övertalighet hos arbetsgivaren (arbetsgivarens beslut att det råder arbetsbrist⁵⁶ i verksamheten innebär ju att någon ska sägas upp, och blir det inte den ena, så blir det den andre – och varför skulle facket då ingå avtal om turordning med avsteg från LAS?).

Mot denna arbetsrättsliga bakgrund framstår det som tydligt att arbetstagare oerhört sällan, om någonsin, kommer kunna nå framgång med en skadeståndstalan mot facket med anledning av att organisationen ingått en turordningsöverenskommelse med arbetsgivaren.

7.4 *Slutord*

Vilken norm kan då användas för att identifiera god fackföreningssed i en situation där det inte finns någon rättsregel eller rättskälla att åberopa till stöd för en ståndpunkt? Ett rättesnöre för att ta tillvara uppgiften att företräda medlemmarnas intresse kanske kan hämtas ur kollektivitetens demokratiska funktion i relation till arbetsgivaren, nämligen att verka för att arbetsgivarens agerande beaktar alla arbetstagares intressen. Fackföreningens roll är således att verka för att arbetsgivaren beaktar intressena och preferenserna inte endast hos de arbetstagare som kan vara benägna att lämna arbetsgivaren, dvs. de yngre och mer välutbildade och med kortare anställningstid, utan också intressena hos de arbetstagare, kanske äldre och med längre anställningstid (dvs. de med företagsspecifikt yrkeskunnande) som av olika skäl har svårare att lämna arbetsgivaren vid missnöje med anställningsvillkoren.⁵⁷

Frågan om god fackföreningssed och intern föreningsrätt inbegriper således frågan om fackföreningens natur och funktion – och i den diskussionen måste

⁵⁶ Se t.ex. AD 1994 nr 122, AD 1993 nr 101.

⁵⁷ Freeman, Richard B., Medoff, James L., *What do unions do?*, Basic Books, New York, 1984.

fackföreningarna själva vara tongivande. Här ska endast framhållas att fackföreningens demokratiska uppgift stundom kan vara att sätta intresset hos arbetstagare som kan upplevas som mer perifera i centrum för sitt agerande. Diskussionen måste av utrymmesskäl fortsätta på annan plats.⁵⁸

⁵⁸ Den föreliggande uppsatsen har utgjort en förstudie till en mer omfattande och djuplodande undersökning av god fackföreningssed och intern föreningsrätt.

EU-rättsligt arbetstagarinflytande och genomförandestrategier i medbestämmandelagen

ERIK SJÖDIN¹

1 Inledning: en EU-rätt – tre genomförandestrategier

Örjan Edström har vandrat före mig genom den mylla av rättsligt material som rör arbetstagarinflytande och EU-rätten, särskilt fri rörlighet för tjänster möte med den svenska modellen. Örjan har gått först och jag följt efter och försökt att trampa upp en egen väg i vid sidan om den som han lagt. Örjan har lämnat ett väsentligt bidrag till den svenska arbetsrätten och har genom sin närvaro i det nationella nätverket för arbetsrättsforskare bidragit till min och jag tror även andras forskarutbildning. Jag har många glada minnen från sådana träffar där Örjan varit en ständig deltagare.

År 2007 utkom Örjan som redaktör med boken *Svensk rätt i EU*. Hans eget bidrag i den handlade om olika genomförandestrategier för EU-rätt i svensk arbetsrätt.² Mitt bidrag för att fira Örjan kommer att upprätthålla sig hur EU-direktiv med bestämmelser om arbetstagarinflytande genomförts i medbestämmandelagen och hur EU-rättens genomslag kan vara olika tydligt. 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.³

Genomförandet av EU:s arbetsrättsliga direktiv har skett på olika sätt och med anförande av delvis olika skäl. Beroende på vilken målsättning som direktivet har,

¹ Universitetslektor i civilrätt, särskilt arbetsrätt vid Institutet för social forskning, Stockholms universitet.

² Se Ö. Edström, *Svensk arbetsrätt i EU – mellan lag och kollektivavtal i Svenskrätt i EU – en antologi* (2007).

³ Se t.ex. J. Kleineman, *Rättsdogmatik* 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).

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 är mellan den nationella lagstiftningen och EU-rätten, 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.⁴ 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 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 bidraget med exempel från medbestämmandelagen. Fokus kommer att vara på reglerna om arbetstagarinflytande, dvs. *allmän förhandlingsrätt*, *primär förhandlingsskyldighet* och *informationsrätt*, dvs. främst 10-19 §§ medbestämmandelagen.⁵ 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

Arbetstagararnas 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

⁴ Se 13 § 2 st. och 19 a §§ medbestämmandelagen. Det finns många fler bestämmelser i medbestämmandelagen som har tillkommit med anledning av genomförande av EU-rätten alternativt ändrats för att tillgodo se den.

⁵ För vidare läsning om dessa bestämmelser hänvisas till Ö. Edström, Lexino djupkommentar till medbestämmandelagen.

bl.a. med motiveringen att det därigenom var möjligt att undvika stridsåtgärder. Förhandlingsrätten är även erkänd i flera internationella instrument.⁶

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.⁷

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 allmänna förhandlingsrätten är implicit. Den lagstiftningsakt som framförallt genomförs i 10 § är samrådsdirektivet.⁸

Samrådsdirektivet innefattar en allmän ram för information och samråd. Den innehåller, likt medbestämmandelagen, en *avvägningsnorm* för när samråd mellan arbetsgivare och arbetstagar ska ske.⁹ Ordalydelsen i samrådsdirektivet är något annorlunda medbestämmandelagens, men information och samråd ska genomföras ”om beslut som kan medföra *väsentliga förändringar* i arbetsorganisationen eller anställningsavtalen”.¹⁰

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.¹¹ 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.¹²

Vid medbestämmandelagens utarbetande valdes termen förhandling före samråd för att markera den förstärkning av arbetstagarinflytandet som var målsättningen med lagen.¹³ Genomförandet av direktivet medför en sammansmältning av samråd och förhandling, eftersom samråd ska genomföras i förhandling. Förhandling kan

⁶ Se t.ex. sammanställningen i SOU 2018:40 s. 77 ff.

⁷ 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.

⁸ Direktiv 2002/14/EG av den 11 mars 2002 om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagar i Europeiska gemenskapen.

⁹ T. Sigeman & E. Sjödin, Arbetsrätten: En översikt sjunde uppl. (2017) s. 128.

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

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

¹² E. Sjödin, Ett europeiserat arbetstagarinflytande (2015) s. 189 ff.

¹³ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 225 f. EU-stadgan gör skillnad mellan förhandling och stridsåtgärder som skyddas artikel 28 och information och samråd som omfattas av artikel 27.

begäras, alternativt inledas, med stöd av olika bestämmelser i medbestämmandelagen.¹⁴ Som nämnts har det primära syftet med den allmänna förhandlingsrätten varit att åstadkomma förhandlingar i *intressefrågor*, som lösas genom ingående av kollektivavtal. Även om den allmänna förhandlingsrätten också alltid möjliggjort förhandlingar i frågor där 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.¹⁵ 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 besluten är involverade.¹⁶

EU-arbetsrättens samrådsdirektiv har således inte försett den allmänna förhandlingsrätten i 10 § medbestämmandelagen med någon ny materiell innebörd, men direktivets genomförande har inverkat på 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).¹⁷ Den största nyheten med medbestämmandelagen var skyldighet för arbetsgivaren att involvera arbetstagarna i beslutsfattandet, och att beslut inte fick fattas förrän

¹⁴ Det kan ske med t.ex. 10, 11, 12, 13 eller 38 §§ medbestämmandelagen.

¹⁵ H. Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, (1988), s. 34 ff. och M. Hansson, Kollektivavtalet: En rättsvetenskaplig berättelse (2010) s. 54.

¹⁶ E. Sjödin, Ett europeiserat arbetstagarinflytande (2015) s. 23 ff.

¹⁷ Till den primära förhandlingsskyldigheten kan även räknas 11 § avsnitt om viktigare förändring av arbets- och anställningsvillkor, och även den förhandlingsskyldighet som följer före utläggande av arbete på entreprenad enligt 38-39 §§.

förhandlingarna avslutats; den s.k. uppskovskyldigheten. Den primära förhandlingsskyldigheten ledde till ett antal uppmärksammande domstolsavgöranden strax efter det att lagen trätt ikraft.¹⁸

11 § medbestämmandelagen genomför ett flertal av direktiven om arbetstagarinflytande; direktivet om kollektiva uppsägningar¹⁹, verksamhetsövergångsdirektivet²⁰ och samrådsdirektivet.²¹ 11 § medbestämmandelagen och de tre olika direktivens bestämmelser om arbetstagarinflytande överensstämmer med varandra på så sätt att de handlar om att involvera arbetstagarerna 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 att 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.²²

Utgångspunkten för samspelet mellan nationell rätt och EU-rätt är att det aktuella direktivet är ett minimidirektiv som inte hindrar för arbetstagarerna mer förmånliga regler.²³ Detta innebär att avvikelser ”uppåt” är förenliga med EU-rätten.²⁴

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

¹⁸ Se t.ex. AD 1978 nr 51, AD 1978 nr 56, AD 1979 nr 149 och AD 1980 nr 39.

¹⁹ Direktiv 98/59/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar.

²⁰ 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.

²¹ Direktiv 2002/14/EG om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagarare i Europeiska gemenskapen. Här benämns de tre direktiven inflytandedirektiven.

²² Jfr t.ex. AD 2008 nr 3.

²³ Artikel 5 direktivet om kollektiva uppsägningar.

²⁴ Se S. Deakin & R. Rogowski, *Reflexive labour law, capabilities and the future of social Europe* i R. Rogowski *Transforming European employment policy* (2011). Se 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.

till vilka alternativ som föreligger.²⁵ Av Arbetsdomstolens praxis framgår bl.a. att arbetsgivaren lojalt ska skapa utrymme för förhandlingarnas genomförande.²⁶

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.²⁷

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 arbetstagarerna. I denna situation kan således EU-rätten utan svårigheter sammanjämkas med medbestämmandelagen.

4 Primär förhandlingsskyldighet inför ägarbyten

Aktiebolaget är i praktiken den vanligaste associationsformen för den som bär ansvaret som arbetsgivare.²⁸ Det är aktiebolaget som är arbetstagarens motpart i anställningsavtalet, och för arbetstagarorganisationen i kollektivavtalet.²⁹ 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

²⁵ Prop. 1975/76:105 bilaga 1 s. 356.

²⁶ Se AD 1986 nr 53, jfr även J. Malmberg m.fl., Medbestämmandelagen: En kommentar Del I, 1-32 §§ (2018), s. 122 ff.

²⁷ C-44/08 Akavan Erityisalojen Keskusliitto m.fl. EU:C:2009:533, p. 49. Se även C-68/17 IR EU:C:2018:696.

²⁸ N. Selberg, Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: en studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö (2017).

²⁹ I vart fall när bundenhet uppkommer genom att arbetsgivaren själv tecknar kollektivavtal.

detta gäller olika regler för bolag som är börsnoterade och sådana som inte är det.³⁰ 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 11 § medbestämmandelagen, eftersom det är fråga om verksamhetsövergång.³¹

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 regler innebär. Följande uttalande från AD 1980 nr 72 ”Halmstad järnverk”, som rörde tillsättning av VD, är symptomatiskt:

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 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.³²

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.³³ Det mest närliggande är fallet AD 1978 nr 156 ”Hvilans elektriska”, där det framgår att om en aktieöverlåtelse är förenad med

³⁰ Se D. Stattin, Takeover: Offentliga uppköpserbjudanden på aktiemarknaden enligt svensk rätt, andra uppl. (2009).

³¹ Se artikel 7 verksamhetsövergångsdirektivet.

³² 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 allmänrättslära, femte uppl. (1996) s. 358 ff.

³³ Se Ds 1991:34 där en särskild lag avseende denna fråga övervägdes.

sådant som är en viktigare förändring, så medför det förhandlingsskyldighet i målbolaget. I målet var aktieöverlåtelsen förenad med uppsägning av en stor del av personalstyrkan.

Den rådande uppfattningen är således att ett ägarbyte inte aktualiserar förhandlingsskyldighet för målbolaget, och anledningen till detta hänför sig till frågan om vem som kan besluta om överlåtelsen; nämligen *ägaren*, och inte arbetsgivaren.³⁴ Av 1 § medbestämmandelagen framgår att lagen är tillämplig på 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 tolkning tolka 11 § så att den omfattar förhandlingsskyldighet, också inför ett ägarbyte.³⁵

Det kan för övrigt nämnas att saken är delvis reglerad i det s.k. takeoverdirektivet, som i denna situation ger visst inflytande till de anställda, men inte samrådsskyldighet.³⁶

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 artikel 4.2:s ordalydelse; ”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 4.³⁷ 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

³⁴ 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 7, s. 114.

³⁵ Se t.ex. C-441/14 Ajos EU:C:2016:278.

³⁶ Se artikel 6 direktiv 2004/25/EG om uppköpserbjudanden (takeover).

³⁷ Se även skäl 6 och 8 till samrådsdirektivet.

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.

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.³⁸ 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.

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 ska 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 informationsskyldigheten 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 formuleringar.

³⁸ Se t.ex. artikel 7 verksamhetsövergångsdirektivet.

6 De olika genomförandestrategierna och MBL 40 år

EU-rätten påverkar medbestämmandelagens regler om arbetstagarflytande 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 rättskällebild*: 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 arbetstagarerna. Det är ofta möjligt att sammanjämka medbestämmandelagen och EU-arbetsrätten (se avsnitt 3). 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.³⁹ 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.⁴⁰ 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

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

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.

År 2017 hade medbestämmandelagen varit i kraft i 40 år och Örjan Edström varit doktor i 23 år. Temat för Örjans avhandling var utvecklingsavtalet och sådana medbestämmandeavtal var även det sätt på vilket företagsdemokratien skulle utvecklas. För det försäkrades arbetstagarorganisationerna en kvardröjande stridsrätt.

Medbestämmandelagens öppenhet mot att arbetstagarna genom avtal skulle tillskapa sig mer långtgående inflytande har inte realiserat. Sedan EU-inträdet är det tydligt att diskussionen om arbetstagarinflytande i lika hög grad förs inom ramen för EU:s lagstiftningsprocess och med utgångspunkt i EU-domstolens praxis.

Lagar lever olika länge men om vi antar att dess livslängd är jämförbara med en människa skulle det placera medbestämmandelagen mitt i livet. En sak som den kanske då funderar på är om det finns skäl för att ompröva det som den hittills gjort och om den verkligen levererar demokrati på arbetsplatsen och vilken omfattning som arbetsgivare och arbetstagare numera efterfrågar det.

Employees' rights to influence the work environment and some challenges

MARIA STEINBERG¹

1 Introduction

1.1 Background

A work-related injury or accident is a catastrophe and an economic loss for the individual and a cost for the employer and for society as a whole. The cost for poor work environment in Sweden has been estimated to 164 billion crowns a year.² It has been estimated that more than 1000 employees in Sweden lose their lives each year because of work related accidents and injuries.³ In Sweden there is a long tradition that employers and the employees co-operate in order to prevent work accidents and injuries. Sweden became an industrial society in the middle and end of the 19th century. It was during that time trade unions developed to strive for better working conditions. The confederations of Swedish Trade Unions (LO) was formed in 1898 and The Swedish Employers Confederation(SAF) was formed 1902. In 1906 the first nationwide compromise (Decemberkompromissen) was settled between SAF and LO, including statements of respect from both sides. Today around 70% of the employed belong to a trade union 2018.⁴

This article is to honor professor Örjan Edström. He was my very well prepared and knowledgeable opponent, when I defended my dissertation in 2004 on the

¹ Associate professor in work environment law at the University of Örebro, Sweden.

² *Tidningen Arbetarskydd*, 17-10-27. The figures are based on information from Internationella arbetsmiljökommissionen, ICOH, Internationella arbetsorganisationen ILO, Europeiska arbetsmiljöbyrån.

³ *Du & Jobbet* mars 2017. Part of the information comes from an interview of professor Bengt Järholm. His figures are based on two studies made by him and two of his colleagues at Yrkes-och miljömedin in Umeå.

⁴ LO, *Facklig anslutning* 2018, LO Arbetsmarknadsrapport.

subject of *Safety delegates- in the interest of everyone*.⁵ Professor Edström has devoted much of his research in the area of co-operation between the parties, here meaning the employers and their confederations on one hand and the trade union on the other hand. The title of professor Edströms dissertation was: *The Co-determination Act and the Efficiency and Participation Agreement. Co-operative Negotiation in Companies* (1994).⁶ This work was primarily concerned with the national collective agreement (Utvecklingsavtalet) from 1982 between the employers in the private sector and trade unions. The agreement gave the trade unions the right to negotiations and co-operation before the company made decisions concerning major company and labour management issues. Professor Edström has written an article with his doctoral student Johan Holm, *Work Environment Regulations, Co-Determination and Collective agreement- Cooperation in the greyzones between public law and collective agreements* (2017).⁷ He has published an article named *Co-operation in Labour law* (2019). In this article he gives three examples of co-operation in labour law. One originates from the Co-Determination Act, one from the Work Environment Act and one from the Discrimination Act. He discusses some of its dilemmas.⁸

Research in the area of work environment legislation, co-operation and participation has been carried out by Håkan Hydén in *The Nordic Model* (1990), by Ronny Eklund in *Splitting old companies- a trend or a necessity?* (1992) and by Peter Andersson in *Take all precautions necessary* (2013) and by Nicklas Selberg in *The concept of Employer and Labour Law in Complex Work Organisations* (2017).⁹

The idea of this article is to deepen the knowledge of participation and co-operation in the field of work environment.

⁵ Steinberg, Maria, *Skyddsombud i allas intresse* (2004) Norstedts Juridik, Ak. avh. Stockholms universitet.

⁶ Edström, Örjan *MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag* (1994) Norstedts Juridik, Ak. avh. Umeå universitet.

⁷ Edström, Örjan & Holm, Johan, *Arbetsmiljoreglering, medbestämmande och kollektivavtal. Samverkan i gränsen mellan offentlig rätt och kollektivavtal* (2017), Jubileumsskrift till Juridiska institutionen, 40 år. Redaktörer Örjan Edström, Johan Lindholm & Ruth Mannelqvist, Umeå universitet, Juridiska institutionen.

⁸ Edström *Samverkan i arbetsrätten* (2019), Festskrift till Håkan Hydén, red. Reza Banakar, Karl Dahlstrand & Lotti Ryberg Welander, Juristförlaget i Lund, p. 165-185.

⁹ Hydén, Håkan *Den nordiska modellen, Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden*, Kap. 4 *Arbetsmiljö* (1992), Liber AB (1990), Eklund, Ronny, *Bolagisering - ett mode eller ett måste?* Juristförlaget. Andersson, Peter, *Vidta alla åtgärder som behövs* (2013). Juridiska institutionens skriftserie 13, Handelshögskolan i Göteborg,, Selberg, Niklas, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer* (2017), Juridiska fakulteten, Lunds universitet.

1.2 Purpose, method and disposition

The purpose of the article is to study different kinds of employees' rights to influence the work environment and discuss some of its challenges. This will be done through the study of the work environment regulations and decisions from a study of the Work Environment Authority 2016-2017. A few examples will be given from collective agreements.

Some definitions will first be made of what can be regarded as employees' rights to influence the work environment. Then there will be an historical overview of the development of the employees' legal possibilities to influence the work environment direct or indirect, through safety delegates or through the trade union. Some examples will then be given of decisions (injunctions) by the Work Environment Authority, Finally, I will make a summary of the employees' right to influence whether it is direct or indirect and point some legal possibilities, if their right to influence is not neglected. Lastly, there will be a discussion of strength and challenges of the present system.

1.3 The right to influence, what does it mean?

The employees' right to influence is regulated in the Swedish Work Environment Act (1977:1160) (WEA), which is the prime regulation for preventing work accidents and injuries. The Act is complemented with a Work Environment Ordinance (1977:1166) (WEO) and several Provisions from the Work Environment Authority (WEAuthority). The WEA gives the employer the main responsibility for the work environment (Ch.3, Sec.2 WEA). The right to influence in this article means both the employees right to influence directly by participation or indirectly by participation or co-operation by safety delegates or the trade union. Participation (delta i) can mean both an employee's right to participate (Ch.2, Sec.1 WEA) or can mean an obligation to participate (medverka) (Ch.3, Sec.4 WEA). It can also mean the right to participate (delta i) by a safety delegate (Ch.6, Sec.4 WEA). Co-operation means here both co-operation between employers and with the safety delegates or with the trade union in a safety committee (Ch.6, Sec.1 and 9 WEA).

In order to understand the meaning of co-operation and participation, there is a need to know the development of these terms starting in 1889 until today.

2 The development of participation and co-operation

2.1 *Participation and co-operation 1889-1970*

From 1889 to 1970 one can say that the development of participation from the individual employee, was first an obligation and became later a right for the safety delegates and then there was co-operation with the trade union based on collective agreements focused on health and safety issues. In 1889 the first national preventive Health and Safety Act, (Yrkefarelagen) was passed by Parliament. The employer was given the main responsibility for health and safety. Employees were obligated to participate (medverka), meaning to follow the safety rules. A Labour Inspection was formed at the same time.

In 1912 there was a new Health and Safety Act (Lag om arbetarskydd). Employees who took away a safety device without a permit, could be forced to pay a fine from 5-200 Sw. Crowns. At the same time the employees were given a right to appoint an ombudsman who should represent them, when the health and safety inspectors visited their factory.

In 1929 the International labour organization (ILO) issued the *Recommendation nr 31 on prevention of accidents at work*. It was agreed that health and safety issues at work were a common interest for the employers, the employees and for the government (staten). The result of this recommendation was that the Swedish employers in 1931 became obligated to co-operate (samråda) with the now called safety delegate. If the co-operation failed, the safety delegate was given a right to turn to the Labour Inspectorate for help. This can be seen as some kind of co-operation between the state and the employees.

In the 1930's and before the second world war, there were a lot of strikes in Sweden. A need to co-operate between the parties developed. In 1938 there was a national agreement (Saltsjöbadsavtalet) in Sweden between SAF and LO. Instead of strikes, there should be negotiations on different levels.¹⁰ The same year, the Parliament decided that co-operation in safety matters could take place in factories with over 50 employees and be called safety committees. The idea came from the USA and from the Safety Movement meaning that the employer must listen to the employees when it came to health and safety.¹¹ In an investigation prior to the

¹⁰ Johansson, Anders, *Saltsjöbadspolitikens förhistoria* (Del 1) (1989), Edlund, Sten m.fl. i red. Kommittén. Saltsjöbadsavtalet 50 år. Forskare och parter begrundar en epok 1938-1988, Arbetslivscentrum, 1989.

¹¹ Sund, Bill, *The safety movement. En historisk analys av den svenska modellens amerikanska rötter. Arbetarskyddsnämnden 50 år* (1993), Arbetarskyddsnämnden.

decision of Parliament about safety committees, it was mentioned that co-operation between the employer and the employees had been very successful.¹²

In 1942 SAF and LO agreed on the first national collective agreement on health and safety. This was one of the first collective agreements after the Saltsjöbadsavtalet. A reason behind the agreement was that SAF did not want further regulations from the Parliament and hoped that the agreement would make the legislator less interested in regulating safety issues. The agreement gave suggestions for co-operation between the employer, trade union and the safety delegates.¹³

In 1949 the Parliament issued a new Health and Safety Act (Arbetskyddslagen). A chapter was called Co-Operation. This meant primarily co-operation between the employer and the safety delegates. At the same time, regional safety delegates could be appointed. They should co-operate with small businesses who did not have a safety committee. They were appointed by a department (avdelning) of a trade union and with the consent of the Labour Inspectorate

2.2 *Co-operation expands in 1973-1990*

In 1973 the safety delegates were given the power to stop work, if there was an immediate danger and co-operation failed. At the same time, the trade union was given a right to appoint members to the safety committee, if the trade union had a collective agreement with the employer. There was a wish that the trade union should participate with a representative. The idea was to give the committee better stability.¹⁴

In 1976, the Co-Determination Act was passed. This gave the trade union a right to negotiate before the employer made important decisions, for example, about new buildings and work organization. In 1977 the present Work Environment Act was enacted. The Act determined that the employer now was responsible for preventing mental risks. In the new Act, it was suggested that the work should be organized in a way so the individual employee could influence his/hers work situation (Ch.2, Sec.1 WEA). The individual employee was given a right to stop his or her work, if there was an immediate danger and they did not have to pay compensation for the damage this could lead to (Ch.3, Sec.4 WEA). The safety delegates were given a right to participate in the planning, for example of new buildings and were given rights to different kinds of information (Ch.6, Sec.4 and 6 WEA).¹⁵ Here one can see how

¹² SOU 1937:52, *Betänkande avgrivet av 1937 års arbetskyddskommitté.*

¹³ *Den lokala säkerhets tjänsten*, SAF-LO 1942.

¹⁴ SOU 1972:86, *Bättre arbetsmiljö*, p. 248.

¹⁵ Prop. 1976/77:149 *med förslag om arbetsmiljölöslag m.m.*

the Co-determination Act and the Work Environment Act will handle the same issues, but from two different angles.

Collective agreements concerning health and safety expanded. From 1942 to 1990 the private sector had national collective agreements concerning the work environment. In 1976 to 1990 there was a national work environment collective agreement between SAF, LO and PTK (PTK representing several white collar unionens). The agreement covered questions like co-operation in safety committees and the situation of safety delegates. Employees in public hospitals got their first work environment agreements in 1968. The rest of the public sector was covered by collective agreements during the seventies.¹⁶

At the end of the 1970's and in the beginning of the 1980's agreements were signed dealing with the trade unions right to negotiate and acquire information in work related matters based on the new Co-Determination Act. The government (staten) and the trade unions closed several collective agreements on work environment (1974, 1975, 1978). In 1978 the government and the trade union closed a co-determination agreement.¹⁷ This included issues concerning co-operation and participation based on matters related to the work environment and on the WEA. Ten years later these parties signed a new collective work environment for the work environment, AMLA 89.¹⁸

In 1981 a work environment agreement called Miljö 81 was signed covering employees in local and regional communities (kommuner och landsting). Parallel to this agreement, there was a collective agreement called MBA-KL 80 covering the same parties, but based on the new Co-Determination Act. In 1982 a national collective agreement was signed between most of the parties in the private sector named The Efficiency and Participation Agreement (Utvecklingsavtalet).

These work environment agreements were to support co-operation between the employers, trade union and safety delegates. In the end of the 1980's it is estimated that 80-85 % of the Swedish work force was covered by national collective agreement concerning the work environment.¹⁹ The development during the 1980's was that there were to parallel collective agreement based on two different kinds of legislation, but both were about co-operation and participation of the employees, whether it was with safety delegates or trade union representatives or both.

¹⁶ Steinberg (2004).

¹⁷ Förordning (1978:829) om vissa medbestämmandeformer i statligt reglerade lärartjänster m.fl..

¹⁸ Steinberg (2004), p. 96-97.

¹⁹ This estimate is based on the fact that most of the public sector were covered by these work environment agreements and that SAF-LO and PTK work environment agreement covered a large proportion of the private sector.

2.3 *Individual participation expands and turbulence in the collective agreements 1991-2019*

In the 1990's the employees right to participate in the work environment was strengthened according to a revision of the WEA. At the same time, most of the national work environment collective agreements were terminated.

In 1991 there was an important revision of the WEA. The employee was given the right to participate in matters that concerned the work environment for the individual employee (Ch.2, Sec.1 WEA). The employer was obligated to have systematic work environment management (SWEM). In a special Provision called *Internal control* (Internkontroll, AFS 1992:6) it was required to let the employees participate in the work of SWEM. How the employers organized their work become now a work environment issue, which was regulated in the WEA. The safety delegates were given a special right to participate in the planning of a new or changed work organization and when the employer made their action plans for the work environment. The safety delegates were also given the authority to control that the employer carried out the systematic work environment requirements.

In the local and regional public sector, the two collective agreements, Miljö 81 and MBA-KL 80, merged into one collective agreement on co-operation (Utveckling 92). The employees were given a right to participate in work place meetings (arbetsplatsträffar) and was given an opportunity to have annual talks with their employer (medarbetarsamtal). Safety committees, according to the WEA and negotiation and information according to the Co- Determination Act was going to take place in so called co-operations groups (samverkansgrupper). These groups were to replace the employers' obligation to negotiate certain important issues such as work organization, new buildings and to give ongoing information and in some instances not allowing companies from the outside to come and work (the right to veto) to Sec.11, 19 and 38 Co-determination Act. At the same time these groups could become safety committees. The groups consisted of representatives from the employer, the trade unions and safety delegates. If the parties did not agree, there could be a negotiation or the question could be taken to the Labour inspectorate. This collective agreement has been replaced both in 2005 (Improvement, Work Environment and Co-operation)²⁰ and in 2017. Most of the base is the same.

In 1995, Sweden became a full member of the European Union and became obligated to follow the Council Directive of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (89/391/EEC). Under Article 11 Consultation and participation of workers requires

²⁰ FAS05, *Förnyelse-Arbetsmiljö-Samverkan* (2005)

that the employer shall consult the workers and/or their representatives and allow them to take part in discussions on all questions relating to safety and health at work. The directive included that workers or workers' representatives with specific responsibility for the safety and health of workers shall take part in a balanced way, in accordance with national laws and/or practice.

In 1997 the government and the trade unions for the employees agreed on a collective agreement on Co-operation for development (*Samverkan för utveckling 97*). This agreement has been replaced in 2016.²¹ The agreement does not deal with the work environment in any details. It is up to the local parties to decide how they want to organize this.

The private sector ended up not agreeing on a national agreement, but rather relying on different kinds of work sector agreements where work environment issues were mentioned. Otherwise the question was left to the WEA. In 2012 the largest union for the white color employees called Unionen published a work material for their members called: *Negotiate for better work environment*. The idea was to suggest that the parties also could negotiate in matters of health and safety.

In 2015, a new Provision was issued named *The Organizational and Social Work Environment* (AFS 2015:4). The Provision made it clear that work-loads, working hours and harassment were part of the work environment. The demands in the Provision and how to solve them should be seen as part of the systematic work environment management. This gave the employees and the safety delegates a clearer right to participate in these kind of matters.

But who is an employee today? The Swedish WEA protects mainly employees, and hired persons (inhyrda) and to some extent persons employed in one company, but carrying out the work in another company (entreprenadanställda).

The development in Sweden and in many other countries is that the question who is an employee and who should be protected under the WEA and to what extent has become more and more unclear. Some of these situations can be called crowd-work or is part of the gig economy. The problem has been discussed in a governmental investigation called *A changing working life - how does this affect the responsibility for the work environment?*²² The investigation takes up limited employments, hired employees, self-employments and digital employments. The unclarity effects the employees' right to participate, as well as the right for the safety delegates and the trade union to co-operate.

²¹ Överenskommelse om Ramavtal om samverkan för framtiden med Tillhörande bestämmelser, 2016-04-29.

²² SOU 2017:24. Ett arbetsliv i förändring-hur påverkas ansvaret för arbetsmiljön?

The idea of this part of the article was to give the reader an idea of the development of the different kind of co-operation and participation when it comes to the work environment.

3 The employees' right to influence and when it fails

This section will present the rights of the employees and their representatives to influence the employer today and explain the consequences when the employer will not listen to the employees or to their representatives.

3.1 The individual employee's rights and obligations to participate

The individual employee's right can be found in the WEA, which states:

Employees must be given the opportunity to participate in the design of their own work situation and in processes of change and development affecting their own work. (Ch.2, Sec.1 WEA).

In this section participation shall be seen as a right for the employees to participate in areas that concerns the individual. The idea is that the right to participate will promote the well-being of the employee and lessen the risk of work-related accidents or illnesses. The employee is regarded as the best expert of his/hers needs.²³ If the employee is not given an opportunity to participate, he/she can turn to the safety delegate, who after turning to the employer can turn to the WE Authority (Labour Inspectorate before 2000). (Ch.6, Sec.6a WEA). The problem can also be dealt with in a safety committee.

A more general opportunity to co-operate can be found in the WEA.

Employers and employees must co-operate to create a good work environment (Ch. 3, Sec. 1a WEA).

This is a very general statement meaning that both the employers and the employees have a responsibility to co-operate. The employer has the main responsibility, but the employee is also responsible. The employee's responsibility is to participate (medverka).

The employee must participate in work relating to the work environment and take part in the implementation needed to create a good work environment. The employer

²³ Prop. 1990/91:140 *Arbetsmiljö och rehabilitering*, p. 31-38.

must comply with directions issued, use the safety equipment and exercise the caution otherwise needed to prevent illness and accident. (Ch. 3, Sec. 4 WEA.)

This means that the individual employee is obligated to follow the direction of the employer, when it comes to health and safety rules. If an employee refuses to follow an order from the employer, it can, in the end, lead to the termination of the employment according to the Employment Protection Act

As mentioned, before every employer in Sweden is obligated to carry out systematic work environment management according to Ch.3, Sec. 2a WEA. This Section is complemented with a Provision with the same name (AFS 2001:1).

The employer shall give the employees... the possibility to participation (medverka) in the systematic work environment management. (Sec.4 Systematic Work Environment Management, AFS 2001:1).

This can be seen as an opportunity or right for the employee, but it can also be seen as an obligation. If an employee for example takes away a safety device, he or she might have to pay a fine (Ch. 8, Sec. 2 WEA).

The WEA includes a chapter called Co-operation between employers and employees (Ch.6 WEAct). This means primarily co-operation with the employer on one hand and with safety delegates and members of the safety committee which includes representatives from the trade union on the other hand.

3.2 The safety delegate and the safety committee

The safety delegates shall be elected by the trade union, if there is a collective agreement with the employer. Otherwise, the employees shall choose them. Small companies without a safety committee can be represented by a regional safety delegate, appointed by a department of a local trade union, if that union has a member at the work place. Work places with less than five employees has no right to choose safety delegates unless there is a special risk in the work place. The employer is obligated to co-operate with the safety delegate in many ways like in planning, take part in the preparation of actions plans as part of SWEM (Ch.6, Sec.4). The safety delegate shall co-operate with the employer, if measures need to be taken in order to improve the work environment (Ch.6, Sec 6a WEA) and before stopping a dangerous work (Ch 6, Sec.7 WEA). The safety delegate has a right to participate according to a dozen provisions.²⁴ If the employer does not act according to the requests of the safety delegate, the delegate has a right to turn to the WE Authority

²⁴ Steinberg, Maria, *Skyddsombuds rätt* (2018), Norstedts Juridik.

and demand a decision. The Authority can issue an injunction or make a prohibition demanding improvements. The employer can be obligated to pay a conditional fine (vite), if the demands from the WE Authority is not followed. If the Authority does not support the safety delegate, a head safety delegate can appeal to an administrative court. The delegate could also turn to the safety committee. If the trade union finds that the safety delegate has been harassed, the union can ask for compensation (Ch.6, Sec.10-11 WEA). A case like this can end up in the Labour Court. Both the trade union and the safety delegate can receive compensation (Labour Court 1977 nr 70).

The purpose of the committee, in which a safety delegate must be a member, is that its members should participate in the planning of the future work environment. The committee shall co-operate in matters of occupational health service, action plans, other kinds of planning related to the work environment and information and education concerning the work environment and job adaptation and rehabilitation (Ch.6, Sec.9 WEA). If the safety committee cannot agree on a work environment issue. The committee can turn to the WE Authority and ask for a decision (Sec.9 WEO).

4 The implementation of the right to participate by the employees and safety delegates

A study has been made of 98 injunctions from the Work Environment Authority during March 2016 to May 2017. All the injunctions were concerned with the problems relating to the organizational and social risks based on the Provision with the same name. More than half of the them (64 out of 98) were initiated by the safety delegates. The WE Authority demanded in almost half of the cases (44 of 98) that employees and safety delegates must be invited to participate (Sec.4 SWEM). The WE Authority demanded this kind of participation when the employer discussed overtime, how to prioritize, how to take care of harassments (kränkningar), how to be specific with the kind of work the employees were supposed to do, in different kind of risk inventories, risk assessment and when there should be improvement of action plans. Half of the cases came from of the public sector and half of those, came from the caring sector including hospitals. Here one can see that the WE Authority finds participation from the employees and safety delegates to be very important.

5 The Co-determination Act

The Swedish Co-determination Act from 1976 has its background in previous laws about The Act of Collective agreement and the Labour Court from 1928, the Right

to organize and negotiate from 1936. The Co-Determination Act included these previous laws and added rules about co-determination.

The employer is obligated to invite the trade union to negotiations before the employer makes decision prior to any decisions by an employer regarding significant changes in working or employment conditions for employees who belong to the organization (Sec. 11 CDA).

The trade union has a right to information and veto in certain areas. The co-determination act is part of a more democratic work life. The act originates from the idea that there is a conflict between the employer and the employees, and there is a need for tools to negotiate instead of strikes. The Co-Determination Act gave the parties a possibility to sign collective agreements on different kinds of co-operation. If the parties did not agree, there could be different kind of solutions from negotiations, to take the problem to an arbitration board or to the Labour Court if there was a disagreement on a legal issue.

6 Co-operation and participation

6.1 Co-operation and participation

There has been a strong development of expanding the rights for the employees, the safety delegates and the trade union, when it comes to influencing the work environment from 1889 to 2019. The employees are obligated to co-operate and to participate but at the same time today this is a legal right for them. When it comes to co-operation between employers and the trade union, there can be collective agreements where it states that co-operation shall take place both with the trade union and with the safety delegates in matters of work environment. There are many legal possibilities for the safety delegates to act, when co-operation and participation fail. They can stop a work or turn to the WEAuthority and request a decision. If the Authority does not agree with the safety delegate, a head safety delegate can appeal the negative decision to an administrative court. This is without a cost for the safety delegate. The individual employee can turn to the safety delegate, if not given the opportunity to participate. Every employee is also allowed to take contact with the WEAuthority to point out risks, but the Authority is not obligated to investigate such cases.

6.2 *What are the challenges?*

6.2.1 *Working in small companies with unclear contracts*

The Swedish WEA is based on the idea that most of the employees are working in companies with over 50 employees, with strong unions, with collective agreements and with long lasting employments. Today the situation is somewhat different. Around 800 000 persons are registered as self-employed.²⁵ Some of them can be very dependent on a certain employer. Their right to influence the work environment can be very limited. Approximately 830 000 persons were under fixed term employment in 2018.²⁶ It can be hard for them to use their rights to influence, because they are only at the work place for a short time and their job security is weak. The result can be that they can be hesitant to complain. Their relation to the safety delegate, can be limited, because of their contract as a temporary worker. Maybe over 100 000 employees were working in companies with less than 5 employees.²⁷ These have no right to have a safety delegate of their own in most cases. On the other hand, they could be represented by a regional safety representative.

6.2.2 *Employees right to participate, what does it mean?*

The employees' right to participation has been challenged by the WE Authority in the study earlier referred to, but what does it mean? Here is an example of such a dilemma.

Employees working in front of computers most of the day, have been invited to a work meeting (arbetsplatsträff) in order to discuss what kind of new chairs the company should buy. The whole group have voted for special designed red chairs. The employer is willing to buy them, but there is a problem. The safety delegate says no. The chairs are not good ergonomically. If the employer buys them, the safety delegate claims that the number of sick-leaves will raise. The physiotherapist at the occupational health clinic supports the statement of the safety delegates.

What shall the employer do? The employer is responsible for the work environment and does not want anyone to get sick, because that cost a lot of money and gives

²⁵ Ekonomifakta 181204. *Egenanställda*.

²⁶ Statistiska nyheter från SCB, 180918.

²⁷ Ekonomifakta, *Antal anställda mellan 1-9 under 2018*. This is an estimate based on the figures that 270 000 employees were working in companies with 1-9 employees.

bad reputation. One can say that the employer has fulfilled the obligation to the employees, while letting them participate in the discussion on buying new chairs. The WE Authority would most likely agree to this.

6.2.3 Can there be conflicts between safety delegates and the trade union?

The safety delegates and the trade union have many overlapping issues that can cause conflicts. Some of the most important tasks for the trade union is to negotiate salaries and solve conflicts connected with working conditions. This is done most of time through negotiations. In order to be a strong union there is a need for members. But conflicts can arise with the safety delegate.

Here is an example.

The employees in a building company want to work 12 hours a day. They live far away from their families and want to work hard for a few days and then go home. The employer and the trade union have agreed to these working hours, but the safety delegate disagree, because such long working hours increase the risk for work accidents. The members threaten to leave the trade union, if the union does not accept the 12 hours.

This is a difficult situation. The trade union wants to satisfy its members. At the same time, too much overtime can lead to accidents. The safety delegate can turn to the WE Authority and ask for a decision. The new provision OSA can give the safety delegate, support. The conflict between the employees, the trade union and the safety delegate remains.

Another challenge today is that sometimes safety delegates will also be a trade union representative that has the power to negotiate working hours with the employer. This can be confusing both for the safety delegate and for the employer.

The main task for the safety delegate is to prevent employees from illnesses and accidents both of which can lead to death because of the work environment. The main tasks for the trade union is to see that its members have work and a good salary. When it comes to overtime, the trade union and the safety delegates encounter somewhat different kind of challenges. It can therefore be difficult to be a safety delegate and a trade union representative at the same time.

7 Co-operation and participation in the field of work environment, strength and challenges

Professor Edströms points out that there are two parallel systems, one system based on the work environment act and the safety representatives and one based on collective agreement and the co-determination act, one based on public law and the other one on civil law. The WEAct is public law and the Co-Determination act is civil law.

In the collective agreement for the local and region municipalities these two laws merged. There has been a discussion that chapter 6 WEA on Co-operation in the WEAct should be taken out and that the trade union should be given all the rights in a civil act. This has not been done, partly because this chapter include non-unionized employees and those without a collective agreement.

A strength in the present legislation is that most problems in the work environment can be handle by the support of the WEAuthority, which is free of charge for the safety delegates and for the members of the safety committee. On the other hand one have to remember that there are many more safety delegates including the important regional safety delegates and trade union officials than there are inspectors from the WEAuthority. One must also recognize that the safety delegates today can represent hired employees and employees from other companies (entreprenörer), when they are working in same workplace as the safety delegate.

Maybe the regional safety delegates are more important than ever considering how many employees are working in small companies without a safety delegate of their own, without a safety committee and without a collective agreement.

On one hand the possibilities for the employees to influence the work environment has expanded legally and thanks to a few collective agreements in the public sector. This can be seen as a promotion but also as a challenge. A well-educated safety delegate is more likely to be an asset both to the employees, the employer and to society as a whole in comparison with employees without any education about risks at the work place. It is probably only safety delegates with strong unions behind them who dare to challenge their employers.

The challenge for the future is however how to incorporate working persons with different kind of legal employment status and to strengthen their possibilities to participate and be part of the co-operation between employers and employees. This includes being represented by the safety delegates. I see this as a national health challenge.

The Swedish occupational pension scheme ITP2 can be discriminatory on elderly workers¹

CARIN ULANDER-WÄNMAN²

1 Introduction

Demographic changes will transform the EU population structure during the coming decades. In the EU, life expectancy for males is predicted to increase by approximately eight years over the projection period, from 76.7 in 2010 to 84.6 in 2060. Life expectancy for females is projected to increase by 6.5 years, from 82.5 in 2010 to 89.1 in 2060.³ The change in the age structure presents an increasing challenge for the welfare state to finance benefits at their current levels.⁴ A generous welfare state requires a high level of labour force participation.⁵ If the retirement age is not increased in line with life expectancy the consequence will be lower pensions. Today, more than 80 % of the elderly in Sweden choose to retire at the age of 65 years or earlier.⁶ If this pension behavior does not change, the degree of

¹ Funded by Marianne and Marcus Wallenberg Foundation within the Norma Elder Law Research Environment, Faculty of Law at Lund University.

² Associate professor in Law, Department of Law at Umeå University.

³ FUTURAGE, *A Road Map for European Ageing Research*, October 2011, p. 7. See also Numhauser-Henning, A. (2013) *An Introduction to Elder Law and the Norma Elder Law Research Environment*, p. 22–23 and Bengtsson, T., Scott, K.. (2011) *Population Aging and the Future of the Welfare State*, p. 158.

⁴ SOU 2015:95 Bilaga 6, p. 19–20; Report from the parliament 2013/14 RFR8 p. 11–12; European Commission *The 2012 Ageing Report. Economic and budgetary projections for the 27 EU Member States (2010–2060)*, European Economy 2/2012 p. 25.

⁵ Ds 2013:8 p. 24; SCB 2012:4 Statistics Sweden (SCB) Theme Report 2012:4. *Theme Labour Market Employment in 2030 – can current dependency burden be maintained?* p. 41; Sjögren Lindquist G., and Wadensjö, E. (2009). *Arbetsmarknaden för de äldre*, Institutet för social forskning, Stockholms universitet, Rapport till Finanspolitiska rådet 2009/7 p. 5.

⁶ SOU 2013:25 p. 24. The average exit age from the labour market in Sweden is one of the highest in EU, Anxo, D. (2010) Towards an active and integrated life course policy: the Swedish experience, In

compensation in Swedish national pensions will decrease by 10 to 15 percentage points within 20 years, and this situation would probably severely undermine trust in the national pension scheme. With increasing numbers of older employees working longer and with more working hours, conditions for preserving and developing welfare will improve.⁷ However, a prolonged work life is based on several prerequisites. One such condition is that employers must be willing to employ older members of the labour force.⁸ In some cases, there can be legal regulations affecting employers' willingness to recruit older employees.

In a previous study, interviews of employers showed that in some cases the collective agreement based pension scheme ITP2, for white-collar workers in the private sector, limits these employers' willingness to hire older employees.⁹ Employers expressed that they had suffered disproportionately high pension provision costs when they had recruited older employees who had previously been hired by employers without collective agreements, had been self-employed without funding any pension provisions or had been working abroad without connection to a Swedish pension scheme for professionals. According to these employers, this previous state of affairs affects the new employer, who is liable for compensating unfunded pension provisions when the employee has been guaranteed a certain pension benefit upon retirement. All of the eight employers participating in the study, mentioned above, stated that they had knowledge of this problem and more than half of the employers stated that they had their own experience of recruiting elderly. According to these employers, this had resulted in unreasonably high demands on pension provisions. Analysis of the employers' experiences indicates that employers related to the collective agreement's regulated and defined benefit pension ITP2. The ITP plan is a result of an agreement between the Confederation of Swedish Enterprise (Svenskt Näringsliv) and the Federation of Salaried Employees in Industry and Services (PTK). ITP stands for the collective agreement based occupational pension of industry and trade and ITP2 is a part of this occupational pension scheme for white-collar workers.

D. Anxo, G., Bosch and J. Rubery (eds), *The Welfare State and Life Transitions: a European Perspective* p. 121.

⁷ Kadefors., R., Johansson, J. (2012) Employers' Attitudes Toward Older Workers and Obstacles and opportunities for the Older Unemployed to Reenter Working Life, *Nordic journal of working life studies*, Volume 2, Number 3.

⁸ Kruse, A. (2010) A Stable Pension System, The Eight Wonder, in T. Bengtsson (ed.) *Population Ageing, A Threat to the Welfare State*, p. 64.

⁹ Ulander-Wänman, C. (2016) Swedish Collective Agreements and Employers' Willingness to Hire and Retain Older Workers in Employment, *Nordic journal of working life studies*, Volume 6, Number 2.

There is a ban on direct and indirect discrimination in the Swedish Discrimination Act. Direct discrimination is when a person is disadvantaged by being treated less favorably than another person in a comparable situation. The disadvantaging must be related to one of the grounds of discrimination, for instance age. Indirect discrimination is a rule or a procedure that appears to be neutral but in fact disadvantages people of, for example, a certain age. The Discrimination Act permits exceptions from the prohibition of discrimination on grounds of age. This is possible if the criterion is objectively and reasonably justified by a legitimate aim and if the aim is appropriate and necessary (the principle of proportionality). Nevertheless, any employer who considers that the ITP2 plan - by its design - makes it unattractive to hire older workers, and therefore avoids doing so because of the worker's age, violates the prohibition on age discrimination. Even though this situation probably doesn't occur very often, one discrimination case is one too many. It is also important that labour market regulations support the societal interest that employees work longer and with more working hours.

In this article a hypothesis about ITP2, generated through interviews of employers in the previously mentioned study, is tested. The hypothesis is that the collective agreement based occupational pension ITP2 could involve demands for unreasonably high pension costs when an employer recruit an older white-collar worker compared with a younger employee. However, the article does not include an analysis about e.g. employers' pension's costs for employees with a salary over ten income base amounts (BA). The hypothesis testing has been carried out by analysing ITP2's material content and legal construction and application in a number of cases. The analysis of the cases has been done in cooperation with Alecta and the calculations have been made with the current assumptions produced by Alecta with respect to rates and mortality. Alecta is a so-called mutually owned insurance company. Mutually insurance company implies insurance company owned by its clients.¹⁰ Alecta manages on behalf of Confederation of Swedish Enterprise and PTK the non-competitive part of the defined benefit ITP (ITP2).¹¹

¹⁰ Alecta, *Försäkringsvillkor för premiebestämd ålderspension (Alecta Optimal Pension) enligt ITP-planen*. Giltig från och med 1 oktober 2018, p. 4.

¹¹ www.alecta.se/foretag/om-tjanstepension/alecta-eller-collectum/.

2 The collective agreement based pension scheme for white-collar workers in private sector

In Sweden, an employee's pension can consist of a statutory pension, a collective-agreement based pension and possibly the employee's private pension provisions. The ITP plan of today includes two parts: ITP1 (premium-based) and ITP2 (benefit-based). The different plans would cover employees of different ages. The main rule is that ITP1 is valid for individuals born 1979 or later. In principle those born in 1979 or later can not be covered by ITP2.¹² However, it is the company's choice of ITP plan which decides in what plan a white-collar worker is to be insured. If, for instance, a 55-year-old white-collar worker insured in ITP2 changes employer who has ITP1 for all his/her white-collar workers, the employee is also insured in ITP1. Even white-collar workers insured in ITP2 but with a pension carrying salary exceeding ten income base amounts can, after agreement with his/her employer, be covered by ITP1. A derogation from the age-based positioning in the occupational pension plan involves private companies that are now signing collective agreements. These companies can apply ITP1 for all white-collar workers regardless of age. However, approval from the central association parties is needed for the company to apply ITP1 for white-collar workers born in 1978 or earlier.¹³ ITP2 still exists and will be important for a long time to come. Employees born in 1978 will be phased out of the plan in 2043 if they retire at the age of 65 and employers don't pay any premium to ITP2 after 2043.¹⁴ Of the two million white-collar workers who have ITP, 23 % are covered by ITP1 and 75 % are covered by ITP 2 (the rest have other solutions).

3 The ITP2 defined-benefit occupational pension

In order to be covered by ITP2, the individual must work on average at least eight hours per non-holiday week based on a period of three calendar months. For permanent employed persons, ITP2 is valid from the first employment month. If the employee is temporarily employed, the insurance is valid only after three whole months of employment and with retroactive effect from the first month of work. Earning of length of service in ITP2 can start at the earliest from the month the insured has turned 28 years old and at the longest to the month when the insured

¹² PTK, *Handbok om försäkringar 2018*, p. 140.

¹³ Finfa, *En del av Svenskt Näringsliv, Försäkringar på arbetsmarknaden enligt lag och kollektivavtal 2018*, p. 33.

¹⁴ SOU 2011:05 p. 26.

has the right to retirement pension (65 years).¹⁵ That cannot be later than the age of 65 years. Pensionable length of service can include time when the individual is sick, on parental leave, or working in another field of the agreement. For part-time workers who increase their work with a higher salary as a result, the ITP insurance is adjusted to the new salary. In general, receipt of a full ITP pension requires thirty years of contributions. Otherwise, the pension is reduced proportionally.¹⁶ In case of less than 360 months, the pension is reduced by one 360th for every missing month. White-collar workers covered by ITP2 receive their pension based on the salary they have at the time of their retirement, the so-called pension-carrying salary.¹⁷ This assumes that premiums are paid until the agreed age of retirement and that the insured completes at least the length of service demanded for unreduced pension.¹⁸ Barr considers that final salary pensions have well-known problems e.g. this gives less incentive to work extra hours or take a more difficult job earlier in one's career, - it creates inequity, and locks the worker into his or her current job.¹⁹ According to ITP2, an employee's retirement pension from the age of 65 would generate a pension benefit of 10 % of the previous year's salary up to 7.5 times the income base amount (BA), 65 % of the salary between 7.5 and 20 times the BA, and 32.5 % between 20 and 30 times the BA.²⁰ One consequence of the pension construction is that it is generally difficult for the employer to foresee the pension costs, because of the individuality of every insured where the premium is based on the age, salary and estimated length of service of the white-collar worker. The employer's costs are different, however, on salary components above and below 7.5 times the BA, respectively. The individual employer's cost for the defined-benefit retirement pension is maximized to 6,6 % for the annual salary component below 7.5 times the income BA and 52,3 % for annual salary component above it. At an earlier retirement age than 65, the percentage is increased by 0.31 % for every month the retirement age is reduced. However, the insurance contains an upper limit for the pension-carrying salary 30 times the BA.²¹

If a white-collar worker changes employers and should therefore be covered by the ITP2 plan entrance into the insurance can be accepted if the employee is able to work at least 25 % of full time and has more than 15 years left before reaching the

¹⁵ Finfa 2018, p. 10.

¹⁶ Palme, M., Svensson, I. (2008) *Social Security, Occupational Pensions and Retirement in Sweden*, p. 373–374.

¹⁷ SOU 2012:28 p. 289.

¹⁸ SOU 2011:05 p. 27.

¹⁹ Barr, N. (2013) *The pension system in Sweden, Report to the expert group on public economics*, p. 81.

²⁰ Alecta 2018, p. 14.

²¹ PTK 2018, p. 26.

general retirement age, normally 65 years. If the employee has been covered by ITP2 at an earlier stage and has less than 15 years left until general general retirement age a control is made whether the insurance will be premium maximized. Premium maximization means that an employer's costs for an individual insurance are maximized and costs exceeding the maximum level are paid by all employers insured in ITP2 through a so-called compensation premium. Compensation premium means that the difference between the maximized premium for the defined benefit retirement pension and the real premium is paid by a compensation premium.²² Premium maximization is only valid for the retirement pension part of ITP2, not for the family pension part. If the premium does not exceed the maximum a readmission is normally accepted. If the white-collar worker's readmission results in exceeding the maximum premium, the application can be examined by the ITP board and readmission can be accepted with a natural premium, i.e. a premium without premium maximization. In cases where the employer does not accept a so-called natural premium the employee can apply for exemption.²³

If a white-collar worker has less than five years until retirement age, the special limitation rules for pay rise are applied, which means that the pension-carrying salary can be lower than the annual salary.²⁴ For insurance benefits (except disability pension) the pay rise will be pensionable only up to a certain maximum percentage. The rest of the pay rise is not pensionable but is "cut". The maximum rise that becomes pensionable is linked to the rise of the BA according to a specific model of calculation (Agreement about ITP plan between Confederation of Swedish Enterprise and PTK, ITP Plan 2014). According to earlier provisions by Alecta, the wage is cut only if the employee has had ITP in the past 72 months.²⁵ The intention of the rules is to prevent employers with late pay rises to set a higher pension without paying corresponding premiums.²⁶ The design of the ITP2 plan implies that the costs for the employees' premiums will generally be paid by the last employer.²⁷ In principle, it can be said that the premium construction implies that the payroll of an employer with relatively many older, well-paid white-collar workers could be of importance compared with the payroll of an employer with younger employees with comparatively lower salaries.²⁸

²² Finfa 2018 p. 34; PTK 2018 p. 26.

²³ Finfa 2018 p. 34.

²⁴ PTK 2018 p. 47.

²⁵ J Persson, Alecta 2015,-05-21, pers. comm.

²⁶ PTK 2018 p. 47.

²⁷ SOU 2012:28 p. 338.

²⁸ SOU 2012:28 p. 337.

IIP2 also contains rules about so-called collective final payment. Collective final payment is updated for an insured person who terminates his/her employment, and earliest by the month he/she has become 62 years old. A collective final payment means that the previous insurance protection for some IIP2 benefits remains in a situation where the insured resigns with the purpose of retiring prior to the agreed retirement age. This benefit can be seen as a special type of waiver of premium insurance provided by Alecta and means that the premiums are collectively paid by the policyholders in Alecta until the agreed retirement age of the employee.²⁹

In 2009, new coordination rules for IIP2 came into effect. The rules imply that the co-ordination is settled, but that it comes with certain transitional rules. The new rules apply to insured persons born in 1952 or later, who have been insured in IIP2 from January 2009 or later. For employees born in 1951 or earlier the previous coordination rules are still in effect and unchanged. This means that coordination is done with occupational pension from previous employments, in as well as outside IIP2.³⁰ This means that for white-collar workers employed after 1 January 2009, no coordination is made with previously earned pension rights outside the IIP plan in Alecta.³¹ However, any already established coordination for the earlier employment of an IIP2 insured remains. Pension rights/time in IIP2 are coordinated just as they were prior to 2009. If an employee changes to new employment that also is covered by the IIP2 plan, the insurance is still valid and unchanged with the same length of service. However, if the employee ends his/her employment where he/she has been insured according to IIP2, the individual has an earned pension (a so-called paid-up pension) at Alecta. This means that Alecta has calculated the benefit for the IIP insurance which correspond to the paid-in premiums. If the employee starts an employment for example in the government or in county/municipality firms covered by other collective agreements, the rules in that area decide whether any coordination with the previously earned pension rights is to be done.³²

For an employer, it is an advantage to know the total cost of employment for a particular employee. Employees' individual, benefit-based occupational pension is seen as an individual vested right.³³ Many workers are not aware of the costs paid by employers' for pensions. Sometimes it may be possible that an employee will decrease a salary request if the employee understands the extent of the employer's total costs for his/her employment.

²⁹ Alecta 2018 p. 34.

³⁰ PTK 2018 p. 40.

³¹ Finfa 2018 p. 43.

³² PTK 2018 p. 40 and p. 42.

³³ AD 1998 no 109, AD 1995 no 157 and AD 1994 no 128.

4 Application of ITP2 – Cases

The following cases illustrate how different situations affect employers' pension costs when recruiting older white-collar workers compared with recruiting younger white-collar workers born in 1974. The aim is basically to show the differences in employers' pension costs when practically applying ITP2 on different bases rather than to show differences in exact amounts. The cases illustrate situations that have been pointed out as problematic by employers in the interview study mentioned above. The employers all worked in private companies, but in different sectors (manufacturing and service, respectively), in the position of chief executive officer or managing director. The employers discover too late the pension costs and they lack knowledge of the ITP2 system. The experiences of the employers are that these situations may occur in the labour market and could be of importance for the employers' pension costs with respect to the ITP2's design.

4.1 Method

The calculations are based on the premise that the younger person in the comparison has the same vesting as the older person. In all typical cases the calculations are made from the point of view of a normal vesting. Normal earning means that the salary trend follows what is normal for an average white-collar worker of a certain age, as calculated by Alecta. The vesting period has the following circumstances in the cases. No coordination has been done of earlier vesting pension. The calculations were done in October 2014 according to the base amount of that year. The comparison was made between recruiting a 40-year-old-white-collar worker instead of employing the older person described in the case. All other aspects are the same in the cases.

There are two general explanations for the employer's pension costs. In all cases except Case 4 the employer's costs are below the boundary of premium maximization and therefore the employer's contribution will not be premium maximized. One factor that also affects the employer's lower pension costs for the younger worker is that Alecta expects some return on the premiums that are contributed. The time to obtain a return is longer for the younger worker which reduces the employer's cost.

Case 1. Working for an employer without collective agreement

A civil engineer with state-of-the-art skills has been working for six years in a private company covered by ITP2. When ending her employment, her salary was SEK 30,000 per month. Next, she is employed by another company without a collective agreement. She works for this company for ten years with a salary of SEK 40,000

per month. Thereafter, the employee is offered an employment for another knowledge company that is covered by ITP2 and at the age of 55 she receives a salary of SEK 54,000 per month. Prior to obtaining her master's degree in engineering the employee worked as a nurse's assistant in health care four years.

Employer's pension costs

Cost for ITP2 for the white-collar worker in the case: SEK 8,000 per month

Cost for ITP2 for the comparison person born in 1974: SEK 5,700 per month

Explanation Case 1

The white-collar employee was previously included in ITP2 and thus has a guaranteed benefit pension when she retires. She gets a large salary increase in her new employment. During ten years when she has been employed by an employer without a collective agreement, no contributions have been made to her ITP2 occupational pension. In principle, the worker's occupational ITP2 shall be funded when retirement takes place at the age of 65.

The employer's higher costs for the older employee's pension are a result of the new wage and that the new employer must fund the contributions that were not previously paid. One consequence of this is that the recent employer has to pay partly for the lack of pension contributions in previous employment, partly for the large increase in the salary. Because the older worker has fewer years left to retirement, the charge for the employers to finance the future pension will be higher for the older employee than for the younger one.

Case 2. Self-employed during numerous years prior to rehiring in ITP2

A newly trained computer engineer shifts from being employed for six years by a private company covered by ITP2 to being self-employed. The final salary when leaving the company to start his own business was SEK 45,000. He manages his own company for 17 years and during this time he is not covered by any occupational pension scheme. At the age of 61, he gets qualified work in a company covered by ITP2. He gets a salary of SEK 63,000 per month which is a far higher salary than the one he had when self-employed. Prior to his first employment the employee travelled around the world and worked in other countries. He has never been covered by any other Swedish pension scheme.

Employer's pension costs

Cost for the ITP2 for the white-collar worker in the case: SEK 8,500 per month.

Cost for ITP2 for the comparison person born in 1974: SEK 5,300 per month

Explanation Case 2

The employee receives a large salary increase. No contribution into the pension scheme has been made for 17 years. This person does not have the full vesting period (30 years), so the employee's pension will be lower and also decreases the employer's

pension costs. There is no wage cut because the worker has not had ITP during the last 72 months. The higher fee for the ITP2 pension that the employer must pay for the older worker is the result of the workers age and the fact that no occupational pension has been paid for 17 years.

Case 3 Employment abroad between periods of employment covered by ITP2

A high-paid white-collar worker, who was covered in Sweden by ITP2 for eight years, received new employment with a company abroad which was not covered by the ITP plan. His final salary when he finished the Swedish employment was SEK 50,000 per month. He worked abroad many years until, at 59 years of age, he was offered a new employment in a high position in a Swedish company covered by ITP2. He receives SEK 70,000 in monthly salary.

Employer's pension costs

Cost for ITP2 for the white-collar worker in the case: SEK 16,000 per month
Cost for the comparison person born in 1974: SEK 8,500 crowns per month

Explanation Case 3

The employee was covered by a defined-benefit pension when he was offered a new employment abroad. For a couple of years, the employee worked abroad and no contributions were paid into his ITP2 occupational pension. The employee returned to an employment in Sweden at the age of 59 years and receive a substantial salary increase compared to what he had in his previous ITP2 employment.

The employer's occupational costs for the older worker are almost double compared to those for the younger worker. This is because the employee did not have so many working years left until retirement; in addition, he receive a large salary increase and had several years abroad during which contributions to the ITP2 occupational pension were not paid out. Nevertheless employers' costs are somewhat reduced because the employee does not have a full vesting period for retirement (30 years). This decreases both employee's pension and the employer's pension costs.

Case 4. Senior white-collar employee who gets a large increase in salary

A white-collar worker aged 60 gets a wage increase of SEK 15,000 per month from 40,000 to 55,000 in conjunction with his new recruitment by a company that is covered by ITP2. In his previous employments the employee has been covered by ITP2 for 25 years. The calculation was made on the basis that the employee previously had a low vesting of pension.

Employer's pension costs

Cost for ITP2 for the white-collar worker in the case: SEK 15,000 per month
Cost for ITP2 for the comparison person born in 1974: 10,000 per month.

Explanation Case 4

The employee receives a large wage increase. Wage-cutting rules do not apply because he has five years left to retirement (i.e. not less than five years). He has a low accrual in ITP2 from previous employments. The current employer must therefore finance the pension that is not paid and that guarantees the employee a certain defined-benefit pension based on the new salary. Premium maximizing is not applicable because the employer's cost of the premium exceeds the premium maximization border.

5 Discussion

The Swedish collective-agreement based ITP2 occupational pension scheme in the private sector has a technically advanced structure and is thus impenetrable for people who do not work with pensions. It is in principle impossible for an employer with the support of the collective agreement ITP2, the guidelines of the social partners and Alecta about the ITP2, to predict the economic effects in terms of pension contributions when hiring an older white-collar worker compared with a younger worker. In my opinion, it is not reasonable to assume that the average employer or employee will be able to comprehend and apply the pension scheme to the extent that the pension costs (based on an individual white-collar worker's previous and new working conditions) can be balanced against e.g. a lower salary for the employee. The lack of predictability coupled with the different treatment the insurance means that the legal structure of ITP2 is an example of provisions which do not meet the requirement of a good legal regulation. A part of that is clarity and foreseeability. It ought to be the same demands of legal certainty for regulation in collective agreement as in legislation. The consequence of the employer's expenses when hiring older workers in the exemplified cases imply disadvantages for older workers' employability. It is doubtful whether the effect of ITP2's construction can be justified under the principle of proportionality.

The regulation implies different effects on workers owing to their age. Analysis of the ITP2 scheme indicates that the salary for a newly recruited older worker's is a crucial factor in relation to the pension costs for the new employer. If a newly recruited older worker receives a wage of less than 7.5 income base amounts, the employer's pension contributions for ITP2 will not be expensive for the employer, regardless of the worker's previous employment history and pension vesting. The maximum pension premium, for such a salary, according to ITP2, is maximized to 6,5 % of the salary (2017). A prerequisite for verification of the hypothesis that employers suffer from disproportionately high demands with respect to pension

provisions, is that an employee receives a relatively large salary increase in the new employment.

In general, it is thus the proportion of the salary in the range of 7.5-20 income base amounts that may be relevant for higher employer's pension costs. In this income layer, the maximum premium is 51,3 % in year 2017. It is mainly in three situations when hiring an older white-collar worker compared to a younger one, which require higher pension provisions to be paid by a new employer, 1) a large salary increase, 2) low or missing previous pensions contributions and 3) a short remaining length of service before retirement. A cornerstone in the ITP plan is that the costs of a worker's pension shall be financed when he/she retires. A short remaining period of employment before retirement entails a greater burden for the most recent employer - to finance the pension guaranteed to the employee by his/her higher salary.

The cases show that employers in the ITP2 scheme will face higher pension costs for an elderly white-collar worker compared to a younger person, when they as part of their career has had no previous pension provisions. It is thus more expensive for an employer to employ an older compared to a younger white-collar worker if both has worked outside the ITP2 scheme for a part of the career. With larger raise of wage in relation to previous salary, and higher age of the employee, follows higher pension costs for the employer. The employee's salary is not as important for employer's pension costs, as the increase of wage combined with expected working years until retirement.

The ITP2 plan may in some cases have an advantage for the individual employer's costs for pension provisions for older workers. That occur when the occupational pension insurance, under certain conditions, contains a joint and several payment liability for employers who are affiliated to the insurance. If an employer hires a white-collar worker covered by ITP2 with a lower salary than previous, the new employer benefit of prior higher paid pension costs.

Both ITP1 and ITP2 are based on a retirement age of 65 years. The occupational pension in the collective agreement for white-collar workers in private sector may be a limiting factor for an employer to work after 65 years of age. A premium for white-collar workers after this age requires a special agreement between the parties. Such agreement may affect other employment conditions and may thus demotivate the employee to work for a longer period. In the ITP2 scheme it can be a disadvantage for white-collar workers to reduce working hours and salary before the retirement. ITP2 is based on the salary for the last calendar year prior to retirement, which means that future pensions can be markedly reduced when the working time is reduced compared to full time work until retirement.

In ITP2 can, as observed, a new employer under certain conditions face higher demands of the pension provisions when they hire an older white-collar worker compared to a younger. The collective paid premium by the policyholders in Alecta for employees who retire at 62 years decrease the pensions costs for the individual employer. It may also eventually lead to an increased willingness of the employer to earlier terminate an older white-collar worker's employment and instead hire a younger worker.³⁴ These factors may drive a development of earlier retirement of older white-collar workers. Such circumstances contradict the societal interest that employees may have to work longer than today.

The pattern that emerges from the cases is, that in every situation it will be more expensive for employers to hire older workers. ITP2's content and legal construction imply a risk that older workers have a disadvantage compared to younger at new recruitment related to years left to retirement. Article 6 of Directive 2000/78 states that differences of treatment on grounds of age may be permitted. The Swedish Discrimination Act contains a possibility of different treatment on grounds of age as mentioned above. Article 6.2. of the Employment Equality Directive as well as case law from the European Court of justice shows that it does not constitute discrimination on the grounds of age if the Member States provide that the determination for occupational social security schemes of age for admission or entitlement to retirement including the fixing under those schemes of different ages for employees or groups/categories of employees and the use, in the context of such schemes of age criteria in actuarial calculations.³⁵ However, The EU court has expressed that the ban of age discrimination will be interpreted in the light of the right to engage in work recognized in Article 15 (1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. It follows that particular attention must be paid to the participation of older workers in the labour force and thus in economic, cultural and social life.³⁶

The exemption from the ban of age discrimination, constitutes ITP2 plan can be an allowed deviation from the prohibition on age discrimination. The EU court has however stated that the occupational pension scheme can fall within the scope of Directive 2000/78. The Court has also stated that the employer's contributions paid under the pension scheme are an immediate cash benefit, paid by the employer to

³⁴ Inspektionen för socialförsäkringen, Rapport 2012:10, *Lönekostnader för äldre och drivkrafter till förtida ålderspensionering*, p. 48.

³⁵ See e.g. joined cases C-159/10 and C-160/10 Gerard Fuchs and Peter Köhler v Land Hessen, ECLI:EU:C:2011:508.

³⁶ C-141/11 Torsten Hörmfeldt v Posten meddelande AB, ECLI:EU:C2012:421; C-159/10 and C-160/10.

the worker in respect of the worker's employment, and, therefore, constitute 'pay' within the meaning of Article 157(2) TFEU. Consequently, they fall within the scope of Directive 2000/78.³⁷ The pension benefit ITP2 is, as I see it, to be perceived as a collective agreement regulated employment condition. The pension benefits can be compared with earned salary under the employment contract. If the ITP2 pension is seen in that way, it may be included in the Council Directive 2000/78 Article 6.1 a. It implies, as I understand it, that the effects of the regulation in the collective agreement, which may cause that employers are less willing to hire an older worker because of the high pension costs, has to be judicially reviewed in the light of the principle of proportionality. The judicially will then be if ITP2's construction has a legitimate purpose and procedures implementing the objective is appropriate and necessary. This is, in my opinion, questionable as it ought to be possible to construct the ITP2 plan in another way.

Employees earned pension benefits are, as previously mentioned, an individual vested right which limits the ability of social partners to dispose this right and change the pension rules in a collective agreement to the disadvantage of the individual.³⁸ Both the 1973 as the 1975/76 government proposal show that it is not legally possible for a trade union without authorization from the employee concerned dispose of his or hers already acquired rights.³⁹ This is based on general principles of civil law. This imply, as I understand it, that the social partners cannot finance lower pension costs for the employers by a reduction of the ITP2 pension for the employees. Nevertheless it would be possible for the social partners to construct a collective agreement that gives employers a joint and several liability for disproportionately higher pension costs when an employer hire an older worker compared with a younger employee. An employer who chooses not to recruit the most qualified candidate because of his /hers age-related increased pension costs is guilty of age discrimination. ITP2's structure can contribute to such an action and it is therefore an important task for the social partners to modify the collective agreement in this part.

³⁷ C-476/11 Judgment of the Court (Second Chamber), 26 September 2013. HK Danmark acting on behalf of Glennie Kristensen v Experian A/S. Request for a preliminary ruling from the Vestre Landsret. Principle of non-discrimination on grounds of age — Charter of Fundamental Rights of the European Union — Article 21(1) — Directive 2000/78/EC — Article 6(1) and (2) — Occupational pension scheme — Increases in the amount of contributions on the basis of age, EU C:20 2013:590.

³⁸ AD 1998 no 109; AD 1995 no 157 and AD 1994 no 128. See also Eliasson, N. (2001) *Protection of Accrued Pension rights*, p. 261.

³⁹ Prop. 1973:129 p. 26; prop. 1975/76:105 Annex 1 p. 490; AD 1996 no 12. See also Källström K., Malmberg J. (2016) *Anställningsförhållandet* p. 182.

IIP2's material content and legal construction prevent the interest of the society that older employees work longer. The collective agreement does not appear to function as a regulatory tool if the social partners do not show any interest in taking responsibility to adapt regulations in collective agreement to the changing needs of the society. In light of the challenges facing society in terms of inter alia financing future pensions, it is important that the social partners investigate the possibilities to sign collective agreements which remove or modify provisions that can be limiting for older workers to find new employment or work longer than today. The Swedish Model means a great responsibility for the social partners to be progressive and daring to rethink and renew the conceptual framework that forms the basis of existing collective agreements and the occupational pension IIP2. This in order to influence employers' attitudes and willingness to recruit or retain older employees in work longer.

Statsanställdas förtroendeskadliga bisysslor

SÖREN ÖMAN¹

1 Inledning

Örjan Edström har intresserat sig för offentlig arbetsrätt och, tillsammans med andra, gett ut läroböcker i kommunal arbetsrätt och arbetsrätten i staten. Ett särdrag inom den statliga arbetsrätten är regleringen av vad statstjänstemän får företa sig på sin fritid, dvs. bisyssleregleringen. Denna uppsats behandlar de s.k. förtroendeskadliga bisysslorna. Arbetshindrande bisysslor och konkurrensbisysslor², som numera regleras enbart i kollektivavtal, behandlas inte i denna uppsats. Dagens reglering av förtroendeskadliga bisysslor i lagen om offentlig anställning omfattar både stats- och kommunalanställda, men uppsatsen berör bara de statsanställda. Den särskilda typ av förtroendeskadlig bisyssla som innebär att statstjänstemannen på sin fritid begått brott som visat att han eller hon är uppenbarligen olämplig att inneha sin anställning berörs inte i denna uppsats.³

2 Framväxten av den nuvarande regleringen

Utgångspunkten i äldre tider synes ha varit att statstjänstemannen fick använda sin fritid som han eller, undantagsvis, hon ville. Riksdagen fastställde vilka befattningar (tjänster) som skulle finnas hos en myndighet. En viss befattning kunde behövas hos en viss myndighet, trots att det inte fanns arbetsuppgifter i tillräcklig mängd för att ta i anspråk innehavarens hela arbetskraft. Och när befattningarnas antal bestämdes utgick man från vad som ansågs vara en normal arbetsinsats för befattningen, dvs.

¹ Ordförande i Arbetsdomstolen.

² Med konkurrens avses här konkurrens med myndighetens egen eventuella affärs- eller uppdragsverksamhet.

³ Se om detta Sören Öman, *Avskedande av statsanställda på grund av brott* i Sui generis – Festskrift til Stein Evju (red. Bernard Johann Mulder, Marianne Jennum Hotvedt, Marie Nesvik och Tron Løkken Sundet), Universitetsforlaget, Oslo, 2016, s. 765–773.

den som var dugligare än de flesta behövde inte lägga hela sin arbetskraft på befattningen, medan den som var mindre duglig kunde behöva lägga ned mera tid. Det arbetskraftsöverskott som kunde finnas sedan tjänsteåliggandena fullgjorts fick statstjänstemannen fritt disponera över. Det fanns inget generellt förbud för en statstjänsteman att använda sin fritid på ett visst sätt (så länge det inte var brottsligt), och vissa former av bisysslor ansågs skyddade av näringsfrihetsförordningen.

Vissa restriktioner fanns dock i fråga om statstjänstemännens fritid. Inte så sällan förekom tjänstebostadstvång. I instruktioner och i sakförfattningar fanns intagna spridda förbud mot att ta vissa uppdrag eller utöva viss verksamhet för vissa befattningshavare; antalet sådana specifika förbud ökade med tiden. Ett brott mot ett sådant förbud kunde utgöra ett straffbart tjänstefel (se t.ex. NJA 1960 s. 186). Ett generellt förbud gällde för stats- och justitieråd att förena sitt ämbete med andra civila ämbeten (34 § i 1809 års regeringsform); ett motsvarande förbud mot att förena en statstjänst med en annan infördes senare för de flesta ordinarie befattningshavare. För en lång rad statstjänstemän gällde förbud mot att tillverka och försälja brännvin.⁴ En del av de mer specifika förbuden grundade sig uppenbarligen på synpunkter som hade med förtroendeskadlighet att göra, t.ex. förbudet för ordinarie tjänsteman vid Patent- och registreringsverket att mot ersättning biträda vid uppfinnings utarbetande eller tillgodogörande. Andra förbud verkade ha annan bakgrund.

Det statsmakterna, i första hand riksdagen, började intressera sig för i början av förra seklet var emellertid de arbetshindrande bisysslorna, de som inkräktade på tjänstens behöriga fullgörande och begränsade den s.k. tjänsterumstiden, dvs. den tid som statstjänstemannen tillbringade på sitt tjänsterum. I många fall infördes, främst i avlöningsreglementen, krav på prövning av om en bisyssla var arbetshindrande.

I skrivelse till Kung. Maj:t 1915 uppmärksammade Justitieombudsmannen frågan om bisysslors förtroendeskadlighet.⁵ Fallet gällde en anställd vid Patent- och registreringsverket som hade hjälpt parter med ärenden hos verket inom sitt eget verksamhetsområde. Justitieombudsmannen framhöll behovet av en begränsning av tjänstemäns rätt att åta sig enskilda uppdrag. Skrivelsen verkar inte ha lett till någon lagstiftningsåtgärd, men frågan utreddes av en löneregleringskommitté.

Den generella synen verkar också länge ha varit att det inte var förtroendeskadligt, utan praktiskt, att anställda vid domstolar och andra myndigheter mot betalning hjälpte enskilda med att upprätta ansökningar och skrivelser till myndigheten,

⁴ 1 § 2 mom. 1907 års kungl. förordning om tillverkning av brännvin och 6 § 3 kungl. förordning om försäljning av brännvin.

⁵ JO 1916 s. 194.

bevakade handläggningen av deras ärenden och hjälpte till med undersökningar inom myndighetens verksamhetsområde. Ända in på 1940-talet tillämpades det s.k. kommissionärsväsendet, som innebar att många myndigheter skulle förordna en kommissionär att mot betalning hjälpa allmänheten på det sättet. Den förordnade var oftast en tjänsteman vid myndigheten, men det förekom även att tjänstemän utan sådant förordnande agerade som kommissionärer.⁶

Först i den offentliga utredning om statstjänstemännens bisysslor som presenterades 1928⁷ framträder förtroendeskadligheten som en självständig aspekt i form av syftet att förebygga att en statens befattningshavare i sin tjänsteutövning låter sig ledas av andra hänsyn än sådana som betingas av det allmännas bästa. I utredningen tas, jämte den dominerande aspekten avseende arbetshinder, också upp frågan om statstjänstemännens konkurrens genom sina bisysslor med de fria yrkesutövare, advokater m.fl., som då hade växt fram. Utredningen utmynnade i förslag om viss utvidgning av de bisysslor som det skulle prövas om de var arbetshindrande.

Justitieombudsmannen riktade i slutet av 1950-talet och början av 1960-talet vid flera tillfällen uppmärksamheten mot olika företeelser i fråga om statstjänstemäns bisysslor som ansågs förtroendeskadliga, men inte var förbjudna och därmed inte kunde leda till ansvar för tjänstefel.⁸ Justitieombudsmannen efterlyste mer enhetliga bestämmelser om statstjänstemäns rätt att åta sig privata uppdrag, särskilt sådana som föll under deras tjänsteutövning.

År 1966, i samband med förhandlingsrättsreformen när den offentliga tjänstemannarätten omreglerades och delvis privatiserades, infördes den första generella författningsbestämmelsen om förbud mot förtroendeskadliga bisysslor i 13 § statstjänstemannalagen.⁹ Enligt bestämmelsen fick en tjänsteman inte åta sig uppdrag eller utöva verksamhet som kunde rubba förtroendet till hans oväld i tjänsteutövningen. Förarbetena var i den delen synnerligen kortfattade och gick egentligen inte in på vad som kunde rubba förtroendet till en statstjänstemans oväld i tjänsteutövningen. De många mer specifika förbuden som fanns för olika tjänstemannagrupper i skilda instruktioner och andra författningar levde kvar vid sidan av det generella förbudet. De arbetshindrande bisysslorna lämnades till det

⁶ Se t.ex. beskrivningarna i SOU 1945:34 Betänkande med förslag angående kommissionärsväsendet vid statens förvaltningsmyndigheter m.m., SOU 1937:39 Betänkande med förslag till kungörelse om kommissionärer hos överrätter och stadsdomstolar och SOU 1927:21 Betänkande med förslag till kungörelse angående anställande av kommissionärer hos statsdepartement och vissa ämbetsverk m.fl. myndigheter.

⁷ SOU 1928:14 Statstjänstemännens bisysslor.

⁸ Se t.ex. Justitieombudsmannens skrivelse till Konungen 1963, JO 1964 s. 479.

⁹ Prop. 1965:60.

avtalsbara området, dvs. de skulle i fortsättningen regleras i kollektivavtal. Genom kollektivavtal infördes en skyldighet för en statstjänsteman att på begäran upplysa om och i vilken utsträckning han eller hon hade bisysslor.

Man kan notera att införandet av det generella bisyssleförbudet innebar en ganska väsentlig inskränkning i statstjänstemännens användande av sin fritid i förhållande till tidigare rättsläge, enligt vilket tjänstemannen – fränsett de specifika förbuden – fick göra vad som helst på sin fritid så länge det inte var arbetshindrande (eller brottsligt).

Bestämmelsen blev snart föremål för översyn. I ett utredningsbetänkande från 1969¹⁰ föreslogs att bestämmelsen skulle omformuleras så att det framgick att det inte bara var förtroendet för den aktuella tjänstemannens oväld i tjänsteutövningen som avsågs utan ovälden generellt i tjänsteutövningen, dvs. även andra tjänstemäns oväld och myndighetens anseende för att oväld iaktas i dess verksamhet. Förslaget följdes i den delen med viss omformulering.¹¹ Enligt den antagna bestämmelsen fick en tjänsteman inte inneha anställning eller uppdrag eller utöva verksamhet som kunde rubba förtroendet till hans eller annan tjänstemans opartiskhet i tjänsteutövningen eller skada myndighetens anseende. Ett system med möjlighet för tjänstemannen att få ett förhandsbesked om en viss bisyssla var otillåten infördes. Systemet med mer specifika förbud i särskilda författningar behölls, men det skulle göras en översyn och utmönstring av vissa av dessa. I samband med omformuleringen passade man på att i förarbetena, särskilt i betänkandet, utveckla innebörden av förbudet och hur prövningen skulle gå till (se närmare nedan under avsnittet om domstolspraxis).

Den verksamhet – bisyssla – som omfattas av förbudet kan avse nästan vad som helst, i princip varje aktivitet vid sidan om den anställning som bisysslan bedöms i förhållande till. Bisyssleförbudet är dock inte avsett träffa sådan verksamhet som typiskt sett får anses höra hemma på området för den anställdes privatliv och vad därmed omedelbart har samband. Upprepad otrohet hos t.ex. en familjerådgivare kan vara ett exempel. Som exempel på bisysslor som mindre ofta lär omfattas av förbudet nämndes i förarbetena fackliga, politiska eller andra ideella förtroendeuppdrag, uppdrag på grund av domstols förordnande enligt föräldrabalken och statliga eller kommunala uppdrag i allmänhet. För tjänstemän eller myndigheter med mer eller mindre utpräglat maktutövande eller rättsvårdande uppgifter anbefalldes särskild försiktighet.

¹⁰ SOU 1969:6 Offentliga tjänstemäns bisysslor.

¹¹ Prop. 1970:72.

Bisysseförbudet överfördes i sak oförändrat till 1976 och 1994 års lagar om offentlig anställning.¹² Det återfinns nu i 7 § lagen (1994:260) om offentlig anställning som anger att en arbetstagare inte får ha någon anställning eller något uppdrag eller utöva någon verksamhet som kan rubba förtroendet för hans eller någon annan arbetstagares opartiskhet i arbetet eller som kan skada myndighetens anseende. Med uttrycket ”myndighetens anseende” i bestämmelsen åsyftas inte myndighetens anseende i varje hänseende utan bara anseendet för att opartiskhet (objektivitet, saklighet) iakttas i myndighetens verksamhet (prop. 1970:72 s. 75, AD 2011 nr 83, AD 2017 nr 27 och AD 2017 nr 28). Bisysseförbudet gäller även under den tid en statstjänsteman är tjänstledig från sin anställning. Efter en reform 1976¹³ är det inte längre ett straffbart tjänstefel att bryta mot bisysseförbudet.

Statstjänstemännens bisysslor sågs över igen först genom en utredning som 2000 presenterade sitt betänkande¹⁴, som fullföljdes genom en proposition 2001¹⁵. Inga ändringar genomfördes i bisysseförbudet. I lagen om offentlig anställning infördes däremot bestämmelser om att arbetsgivarmyndigheten ska på lämpligt sätt informera arbetstagarna om vilka slags förhållanden som kan göra en bisyssla otillåten och att myndigheten ska besluta att en arbetstagare som har eller avser att åta sig en bisyssla som inte är tillåten ska upphöra med eller inte åta sig bisysslan. Beslutet anger bara arbetsgivarens ställningstagande till frågan om en bisyssla är otillåten enligt 7 § lagen om offentlig anställning, och statstjänstemannen behöver inte följa ett beslutat förbud som denne anser är oriktigt. Det infördes också en allmän skyldighet för arbetstagarna att på begäran lämna de uppgifter som behövs för att arbetsgivaren ska kunna bedöma arbetstagarens bisysslor. I förarbetena betonades att myndigheterna vid utövandet av sin rätt att begära in uppgifter hade att beakta integritetsaspekterna och t.ex. i första hand bara begära in uppgifter om arten av de bisysslor som de anställda har (prop. 2000/01:147 s. 23). För domare och myndighetschefer infördes en skyldighet att på eget initiativ anmäla vilka typer av bisysslor de har. En motsvarande skyldighet finns enligt kollektivavtal (det s.k. chefsavtalet) även för vissa andra högre befattningshavare.¹⁶ Den arbetstagare som bryter mot bisysseförbudet i 7 § lagen om offentlig anställning kan drabbas av arbetsrättsliga påföljder såsom disciplinpåföljd, uppsägning eller avskedande.

Skyldigheten att besluta om en bisyssla är otillåten ger arbetstagaren en möjlighet att få en tilltänkt bisyssla prövad på förhand genom att anmäla den. Beslutet kan, om det gått arbetstagaren emot, angripas av arbetstagaren eller dennes organisation

¹² Prop. 1975/76:105 Bil. 2 s. 220 och prop. 1993/94:65 s. 56.

¹³ Prop. 1975:78.

¹⁴ SOU 2000:80 Offentligt anställdas bisysslor.

¹⁵ Prop. 2000/01:147.

¹⁶ Arbetsgivarverkets skrift Bisysslor, 2012, s. 48.

vid domstol enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, och interimistiskt beslut av domstolen kan utverkas. Däremot kan ett materiellt felaktigt beslut inte grunda skadeståndsskyldighet för staten enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen (1972:207) (AD 2004 nr 108).

Vid sidan av det generella förbudet mot förtroendeskadliga bisysslor finns det fortfarande kvar vissa författningsbestämmelser som fungerar som särskilda förbud mot bisysslor för vissa statstjänstemän. Justitieråd får, enligt 3 kap. 4 § första stycket rättegångsbalken och 3 § första stycket lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar, inte inneha eller utöva något annat ämbete. Enligt 4 kap. 6 § första stycket, 12 kap. 3 och 22 §§ och 21 kap. 3 § tredje stycket rättegångsbalken får vissa statstjänstemän, t.ex. rättsbildade befattningshavare vid domstolar, inte vara nämndeman, rättegångsombud eller rättegångsbiträde, och enligt 51 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet får en av Medlingsinstitutet utsedd medlare inte utan tillstånd åta sig skiljemannauppdrag i arbetstvister. Anställda hos Finansinspektionen får, enligt 14 § förordningen (2009:93) med instruktion för Finansinspektionen, bl.a. inte åta sig uppdrag för företag som måste ha tillstånd från eller registrera eller anmäla sig hos myndigheten; motsvarande gäller också för anställda hos Spelinspektionen, enligt 10 § förordningen (2018:1476) med instruktion för Spelinspektionen, Pensionsmyndigheten, enligt 10 § förordningen (2009:1173) med instruktion för Pensionsmyndigheten, Riksgäldskontoret, enligt 24 § förordningen (2007:1447) med instruktion för Riksgäldskontoret, och Post- och telestyrelsen, enligt 20 § förordningen (2007:951) med instruktion för Post- och telestyrelsen – För ledamöter hos Sveriges Riksbanks fullmäktige och direktion finns särskilda förbud mot flera bisysslor i 3 kap. 1 § och 4 kap. 1 § lagen (1988:1385) om Sveriges riksbank. I 3 kap. 7 § högskolelagen (1992:1434) finns det en särskild bestämmelse som anses ge lärare vid universitet och högskolor en viss utvidgad möjlighet till bisysslor med verksamhet som avser forskning eller utvecklingsarbete inom anställningens ämnesområde.

Den omfattande omstrukturering som skett av statliga myndigheter genom sammanslagning av myndighetsstrukturer till en riksmyndighet lär ha påverkat tillämpningen av bisyssleförbudet. För det första kan det antas att prövningen blivit mera likartad med färre myndigheter. För det andra kan förbudet ha utvidgats något för vissa arbetstagare i och med att flera olika verksamhetsgrenar förts samman i en anställningsmyndighet; bisysslan får inte skada myndighetens anseende för opartiskhet i någon del av verksamheten.

3 Domstolspraxis om förtroendeskadliga bisysslor

Domstolspraxis har i stort sett följt de anvisningar som lämnats om bedömningen av bisysslor i 1969 års betänkande¹⁷ och som departementschefen i den efterföljande propositionen¹⁸ får anses ha ställt sig bakom. Det bedömningsmönster som anvisades i förarbetena har alltså fått genomslag i praxis.

Det gäller, enligt förarbetena, att efter en samlad bedömning fastställa risken för förtroendeskada i det enskilda fallet och sedan bedöma om risken är försvarlig. Utgångspunkten är de arbetsuppgifter som statstjänstemannen har för tillfället (AD 2011 nr 83), och inte alla arbetsuppgifter som ligger inom dennes arbetsskyldighet eller denne annars kan tänkas komma att få i framtiden, men anställningsmyndighetens arbetsuppgifter beaktas också, liksom risken för att bisysslan kan ge upphov till föreställningen att tjänstemannen kan påverka de som har att handlägga ett visst ärende eller att opartiskhet inte tillämpas i myndighetens verksamhet som sådan. Vid mer kvalificerade befattningar och vid myndigheter med särskilt förtroendekänslig verksamhet, såsom tillsynsverksamhet och verksamhet med offentlig maktutövning, är bara en låg grad av risk för förtroendeskada försvarlig. När det gäller själva bisysslan har främst dess omfattning och karaktär samt vem som eventuellt är uppdragsgivare betydelse för risken för förtroendeskada. En bisyssla av engångskaraktär, t.ex. avseende en enskild transaktion, innebär normalt en lägre grad av risk för förtroendeskada än ett mer omfattande eller obestämt uppdrag, där statstjänstemannen kan komma i kontakt med en obestämd krets av personer och företag som också kan förekomma i anställningsmyndighetens verksamhet. Är bisysslan av enklare karaktär för en uppdragsgivare som inte berörs av anställningsmyndighetens verksamhetsområde är risken för förtroendeskada normalt låg. Är bisysslan av mer kvalificerat slag och ligger inom myndighetens verksamhetsområde är å andra sidan risken för förtroendeskada normalt hög. Detsamma gäller över huvud taget om uppdragsgivaren är verksam inom eller berörs av myndighetens verksamhetsområde. I fråga om den försvarliga graden av risk för förtroendeskada har det betydelse om starka allmänna eller enskilda intressen talar för att statstjänstemannen bör få ha en viss bisyssla. I sådana fall kan en något högre risk godtas än annars. En statstjänsteman kan t.ex. ha ett starkt personligt ideellt intresse av att få åta sig en viss bisyssla.

Bisysseförbudet i 7 § lagen om offentlig anställning är generellt utformat och kan inte anses vara en sådan lag som enligt 2 kap. 20 § regeringsformen begränsar statstjänstemännens grundlagsskyddade fri- och rättigheter såsom medborgare (jämför SOU 2000:80 s. 138 f., och AD 2011 nr 74). Att en statstjänsteman använder

¹⁷ SOU 1969:6 s. 79–86.

¹⁸ Prop. 1970:72 s. 75.

sin yttrandefrihet eller är medlem i en förening kan således inte i sig läggas statstjänstemannen till last vid bedömningen enligt bisyssleförbudet (AD 2018 nr 45).

Samtliga fall i refererad domstolspraxis har gällt arbetstagare med mera kvalificerade arbetsuppgifter eller befogenheter. De flesta fallen har gällt poliser (AD 1989 nr 123, AD 2004 nr 108, AD 2005 nr 55, AD 2011 nr 83, AD 2017 nr 27, AD 2017 nr 28 och AD 2018 nr 45¹⁹). Arbetsdomstolen har då konstaterat att innehållet i polisverksamheten, som i stor utsträckning innefattar myndighetsutövning mot enskilda och även har vissa inslag av rättskipande uppgifter, är sådant att det måste ställas stora krav på att allmänhetens förtroende för polisens opartiskhet kan upprätthållas. Riskgraden för förtroendeskada på grund av bisysslor är således hög när det gäller poliser och bara förhållandevis små risker för sådana förtroendeskador kan accepteras.

Fem av fallen har gällt polisens näringsverksamhet som bisyssla (AD 1989 nr 123, AD 2004 nr 108, AD 2005 nr 55, AD 2017 nr 27 och AD 2017 nr 28). I bara ett av fallen (AD 2005 nr 55) ansågs bisysslan förtroendeskadlig. Det gällde en trafikpolis på en mindre ort (Lycksele) som på orten sålde släpvagnar. Det var troligt att polismannen eller hans kollegor vid kontroll av fordon kunde stöta på en släpvagn som polismannen hade sålt. Det fanns enligt Arbetsdomstolen därför en tydlig risk för att det från allmänhetens sida kunde uppfattas som att frågan om var en släpvagn var köpt kunde ha betydelse för polisens agerande i ett visst fall.

I de senast fallen (AD 2017 nr 27 och AD 2017 nr 28) gällande polisens näringsverksamhet har Arbetsdomstolen klargjort att enbart det förhållandet att en statstjänsteman engagerar sig i näringsverksamhet inte i sig innebär en förtroendeskadlig bisyssla. Att det kan vara en konkurrensfördel i statstjänstemannen näringsverksamhet att möjliga kunder känner till att statstjänstemannen är just statsanställd kan enligt Arbetsdomstolen inte i och för sig antas påverka förtroendet för opartiskheten i arbetet vid myndigheten. Det är nämligen allmänhetens föreställningar om möjligheten att få fördelar, eller nackdelar, i myndighetens verksamhet, med åsidosättande av opartiskhet, och inte fördelar i näringsverksamheten som har betydelse för bedömningen av förtroendeskadligheten. Domstolen har därför i dessa fall undersökt vilka beröringspunkter som funnits mellan näringsverksamheten och polisens arbete på den aktuella orten.

I de flesta fall har polisens bisyssla med näringsverksamhet alltså inte ansetts förbjuden. Det har i dessa fall ansetts att det inte funnits några påtagliga beröringspunkter mellan polisens arbete på den aktuella orten och bisysslan. I AD

¹⁹ Jämför AD 2017 nr 43 som gällde interimistiskt beslut i samma mål.

1989 nr 123 gällde det en polisman som var engagerad i ett bussföretag som huvudsakligen drevs av hans föräldrar med en ort som låg cirka 30 mil från det polisdistrikt där polismannen arbetade. AD 2004 nr 108 gällde bl.a. en närpolis i Åkersberga som tillsammans med sin make på orten skulle driva ett handelsbolag som skulle anordna friluftsanslag och utföra kroppsbehandlingar samt sälja kropps- och hudvårdsprodukter. I AD 2017 nr 27 utförde en bombtekniker i Stockholm näringsverksamhet med körutbildning inom ett inhägnat område i närheten av Arlanda. AD 2017 nr 28 gällde en utredare på en familjevårdssektion som var delägare och styrelseordförande i ett aktiebolag som arrangerade föreläsningar i skolor om bl.a. farorna på internet. Mellan utredarens egen verksamhet i aktiebolaget och verksamheten vid det aktuella polisområdet fanns det enligt Arbetsdomstolen inga direkt relevanta beröringspunkter. Även om man, med hänsyn till att utredaren fick anses ha ett betydande inflytande över aktiebolagets verksamhet, beaktade aktiebolagets verksamhet fanns det få sådana beröringspunkter.

Två ytterligare fall har gällt näringsverksamhet som bisyssla (AD 1999 nr 106 och AD 2000 nr 116). I dessa fall ansågs bisysslan förtroendeskadlig. Det första fallet (AD 1999 nr 106) gällde en officer som hade hyrt ut snöskotrar till sin arbetsgivare, Försvarsmakten. Här var det främst uppdragsgivaren, kunden, som gjorde bisysslan förtroendeskadlig. Det andra fallet (AD 2000 nr 116) gällde en skatttjänsteman som under fyra år hade gjort 263 bouppteckningar och som i bouppteckningsverksamheten hade använt stämplor och registerutdrag från arbetsgivaren samt sin tjänstetelefon på arbetsplatsen.

Ett fall har gällt deltidanställning vid tjänstledighet från den statliga huvudanställningen (AD 2017 nr 48). I det fallet hade en tjänstledig ingenjör vid Försvarets Materielverk arbetat deltid som pilot för ett utländskt flygbolag med att bl.a. flyga utländska kungligheter. Ingenjörens anställning var säkerhetsklassad och enligt anställningsmyndigheten kunde ingenjören inte kvarstå i den säkerhetsklassade anställningen om han hade bisysslan. Enligt Arbetsdomstolen kunde en bisyssla inte anses vara förenlig med anställningen om den medför att en person, enligt arbetsgivarens omsorgsfullt gjorda bedömning enligt säkerhetsskyddslagen, inte uppfyller kraven på lojalitet och pålitlighet från säkerhetssynpunkt för den säkerhetsklassade anställningen han eller hon har. Därmed fanns det klara risker för förtroendeskada. Att en anställning är säkerhetsklassad gör enligt Arbetsdomstolen i sig att endast en låg risk för förtroendeskada kan accepteras. Bisysslan ansågs således förbjuden.

Tre fall har närmast gällt frågan om det allmänna intresset av att vissa uppdrag utförs gjort att en bisyssla inte varit förbjuden. I samtliga fall ansågs bisysslan inte förbjuden trots att det fanns en viss (med hänsyn till det allmänna intresset

försvärlig) risk för förtroendeskada. Av fallen framgår att problem som förpliktelser i huvudanställningen skulle kunna medföra för bisysslan inte har betydelse vid bedömningen av om bisysslan är förbjuden enligt 7 § lagen om offentlig anställning (åtminstone så länge statstjänstemannen kan antas följa dessa förpliktelser). I AD 2004 nr 108 var ett polisbefäl i Stockholm också deltidsbrandman inom samma upptagningsområde. AD 2011 nr 83 gällde tre polisinspektörer, som inte hade s.k. yttre tjänst, men som var förtroendevalda ledamöter i socialnämnden i samma kommun som de arbetade som poliser; en ledamot var skiljaktig och ansåg att bisysslorna var förtroendeskadliga. Det tredje fallet (AD 2014 nr 45) gällde en tjänsteman (kroninspektör) hos Kronofogdemyndigheten som var god man eller förvaltare åt flera personer.

Ett ytterligare fall har gällt ett samhällsnyttigt ideellt uppdrag som en polisinspektör hade ett starkt personligt intresse av att ha (AD 2018 nr 45). Polisinspektören, som hade inre tjänst i polishuset och inte arbetade med brottsutredningar, var ordförande i en ideell förening som bl.a. lämnade stöd och hjälp åt personer som ansåg sig ha varit utsatta för brott i form av våld i nära relationer. Arbetsdomstolen noterade att det i polisens verksamhet med ingripande mot och utredande av brott som har någon målsägande normalt finns två distinkta partssidor – den som anser sig ha varit utsatt för ett brott och den som är misstänkt för brottet – som typiskt sett har direkt motstående intressen och att föreningen riktade in sin verksamhet till förmån för bara den ena partssidan. Att engagera sig i och arbeta för en sådan förening var därför en bisyssla som till sin art var sådan att den typiskt sett riskerade förtroendet för opartiskheten i arbetet vid polisen. Allmänheten kunde nämligen lätt få intrycket att den polis som frivilligt agerade ensidigt på sin fritid också kunde komma att påverka sitt eget eller andras arbete hos polisen i samma riktning. Risken för förtroendeskada var alltså hög och, enligt Arbetsdomstolen, inte försvärlig trots det starka personliga intresset. Bisysslan var således förbjuden.²⁰ Två ledamöter var skiljaktiga och ansåg att bisysslan inte stred mot 7 § lagen om offentlig anställning.

4 Sammanfattning

Införandet 1966 av den generella bestämmelsen om förbud mot förtroendeskadliga bisysslor innebar i förhållande till tidigare rättsläge en ganska väsentlig inskränkning i statstjänstemännens användande av sin fritid. Man kan säga att bestämmelsen på grund av sin generella utformning utvidgade statstjänstemännens lojalitetsplikt till

²⁰ Vid den interimistiska prövningen i samma mål hade Arbetsdomstolen, under dissens, kommit till rakt motsatt slutsats, AD 2017 nr 43.

sin anställningsmyndighet på ett sätt som tidigare varit främmande, då lagstiftningen om vad som var förbjudet var betydligt mer detaljerad. En gräns för det generella bisyssleförbudets räckvidd utgör emellertid det som är grundlagsskyddat för var och en, t.ex. yttrande- och föreningsfriheten. Statstjänstemännens skyldigheter i fråga om sin fritid har ytterligare utvidgats genom införandet 2002 av en allmän skyldighet att på begäran lämna de uppgifter som behövs för att arbetsgivaren ska kunna bedöma arbetstagarens bisysslor.

Domstolspraxis har följt de anvisningar om bedömningen som lämnats i förarbetena till bisyssleförbudet. Praxis har varit i huvudsak enhällig med bara två skiljaktiga fall, rörande polisers bisysslor. Näringsverksamhet, som inte haft några mer konkreta beröringspunkter med anställningen, har genomgående ansetts tillåten som bisyssla. Uppdrag som det finns ett starkt allmänt intresse av att kompetenta personer åtar sig har också genomgående ansetts tillåtna som bisysslor, eftersom en högre risk för förtroendeskada är försvarlig när det finns sådana intressen. Att såsom bisyssla engagera sig för bara den ena av de två partssidor som anställningsmyndigheten har att behandla opartiskt har dock ansetts innebära en så hög risk för förtroendeskada att inte ens samhällsnyttan av bisysslan eller starka personliga intressen kan göra den försvarlig. Bisysslan får inte heller innebära att statstjänstemannen i praktiken sätter sig ur stånd att fullgöra väsentliga delar av sina arbetsuppgifter i huvudanställningen, såsom när för anställningen nödvändigt säkerhetsgodkännande inte längre kan fås eller när tjänstemannen i stor utsträckning måste anmäla jäv i huvudanställningen.

Juridiska institutionen

Umeå universitet

901 87 Umeå



UMEÅ
UNIVERSITET

ISBN 978-91-7855-078-4
ISSN 1404-9198