

Juridiska fakultetsstyrelsen
Forskare Niklas Selberg

Arbetsmarknadsdepartementet

Remiss: Genomförande av arbetsvillkorsdirektivet (Ds 2020:14)

A2020/01307/ARM

Juridiska fakultetsstyrelsen, som anmodats att yttra sig över rubricerat betänkande, får härmed avge följande yttrande, som utarbetats av forskare jur.dr Niklas Selberg.

Utöver nedanstående påpekanden har fakultetsstyrelsen ingen erinran mot promemorians tolkningar av det befintliga svenska rättsläget respektive EU-rättens krav samt de bedömningar och författningsförslag som dessa föranleder.

Fakultetsstyrelsens kommentarer med anledning av promemorian följer förordningens artiklar (enkla sidhänvisningar avser rubricerad promemoria medan hänvisningar till direktivet avser direktiv 2019/1152).

Artikel 1 Syfte, räckvidd och tillämpningsområde

Bedömningen att det svenska nationella arbetstagarbegreppets omfång är tillräckligt för att garantera EU-rättens effektivitet såvitt gäller det aktuella direktivet bör göras uttryckligen. Med stöd i ett sådant uttryckligt ställningstagande krävs således inte någon lagändring med anledning av artikel 1.2 (jfr s. 56-59).

Promemorian redovisar inte några analyser eller förslag med anledning av artikel 1.5. Enligt fakultetsstyrelsens mening är det olyckligt att denna bestämmelse förbigås med tystnad: här föreligger en möjlighet att ytterligare förankra arbetsgivarbegreppet i rättsordningen och skapa större klarhet kring rättsläget. Arbetsgivarbegreppet kan emellertid inte bli föremål för reglering med mindre än att temat ges en ordentlig genomlysning på utredningsstadiet. Direktivet kan i och för sig genomföras utan lagändring såvitt gäller artikel 1.5.

Artikel 4–7, 15 Information om anställningsförhållandet samt rättsföljder

Fakultetsstyrelsen förespråkar att omfattningen av arbetsgivarens informationskyldighet anges med användning av direktivets formulering ”identitet på parterna i anställningsförhållandet” istället för det föreslagna ”arbetsgivarens och arbetstagarens namn” (s. 286). Med fakultetsstyrelsens förslag tydliggörs att informationen ska avse huvudmannaparten i anställningsförhållandet i avtalsrättslig mening. Eftersom svensk arbetsrätt utgår från en avtalsrättslig syn på anställningsförhållandet och arbetsgivarens identitet är det av vikt att det görs tydligt att det är partsställningen i anställningsavtalet som ska klarläggas i den information som ska lämnas till arbetstagaren. Det rättsliga ansvaret för förpliktelser kring arbetet och anställningen vilar sedan som utgångspunkt på denna huvudmannapart.

Den mest centrala rättsliga effekten av den aktuella informationskyldigheten ligger på det bevismässiga planet (Tore Sigeman, Informationsplikt rörande anställningsvillkor. Aspekter på en EU-reglering, i Festskrift till Anders Agell, 1994, dens., Information om anställningsvillkor, i Festskrift till Hans Stark, 2001, t.ex. AD 2016 nr 22), men detta klargörs inte i det remitterade förarbetet (s. 65, s. 244f). Till undvikande av framtida osäkerhet kring rättsläget i detta avseende bör i det aktuella lagstiftningsärendet göras klart att någon förändring av informationskyldighetens bevismässiga effekter enligt gällande rätt inte eftersträvas.

Det föreslås att artikel 4.2.f ska genomföras genom ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd (s. 69, s. 291). Enligt fakultetsstyrelsens mening är ämnet för denna regel sådan att den istället bör genomföras i lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare, som reglerar rättigheter och skyldigheter för bemanningsarbetsgivare. LAS bör reserveras för generellt tillämpliga regler om anställningsavtalet, medan 2012 års uthyrningslag å sin sida bör innehålla en så fullständig reglering som möjligt av just bemanningsanställningen. Vidare är informationsskyldigheten såvitt avser artikel 4.2.f inte sådan att den ger upphov till någon relevant bevisverkan: istället framstår regeln som en materiell regel för bemanningsföretag att iaktta i relation till sina anställda. Regelns tema framstår i och för sig som att det omfattas av bemanningsarbetsgivarens utrymme att fatta arbetsledningsbeslut; underlåtenhet att informera på denna punkt förtar inte bemanningsarbetsgivaren möjligheten att hyra ut den aktuella arbetstagaren till något visst kundföretag (som alltså inte informerats om). Det ligger i bemanningsanställningens natur (legaldefinitionen av bemanningsanställd respektive -företag; 5 § 2012 års lag, artikel 1.1 och artikel 3 direktiv 2008/104) att ett sådant anställningsavtal ingås i syfte att temporärt hyra ut arbetstagaren, utan att det måste göras till avtalsinnehåll exakt vilket kundföretag som uthyrningen (-arna) ska avse). En viss arbetstagares arbetskyldighet enligt lag och avtal sätter de faktiska gränserna på den här punkten. Direktivets artikel 4.2.f får uppfattas som en skyldighet för bemanningsarbetsgivaren att, också efter anställningsavtalets ingående, löpande ”så snart detta är känt” informera arbetstagaren om vilket kundföretag denne ska hyras ut till. Om bemanningsföretaget vid tidpunkten för anställningsavtalets ingående känner till vilket eller vilka kundföretag som arbetstagaren ska hyras ut till den närmaste tiden, omfattas detta följaktligen av informationsskyldigheten. Det är emellertid här fråga om en informationsskyldighet som i praktiken är relevant framförallt under anställningsavtalets fortbestånd.

Flera kollektivavtal (med olika innehåll, på olika nivåer) kan vara tillämpliga för en och samma arbetstagare och informationsskyldigheten bör till undvikande av gränsdragningsproblem omfatta samtliga dessa kollektivavtal. Istäl-

let för det föreslagna (s. 78) ”tillämpligt kollektivavtal” bör informationsskyldigheten omfatta ”tillämpliga kollektivavtal” och det bör tydliggöras att samtliga tillämpliga kollektivavtal omfattas av informationsskyldigheten.

Det föreslås inte att staten ska utarbeta mallar avseende information om anställningsförhållandet (s. 83). Mot bakgrund av sjunkande organisationsgrad på ömse sidor på arbetsmarknaden och intresset av att underlätta för informationsskyldighetens genomslag avseende arbetstagare hos oorganiserade arbetsgivare bör i den fortsatta beredningen undersökas om inte staten (t.ex. Arbetsmiljöverket) bör ha ansvar för att ta fram mallar att använda vid informationsskyldighetens fullgörande.

Artikel 8 Provanställning

Med argumentet att direktivet inte kräver det, föreslår promemorian inte att grunderna för förlängning av provanställning ska lagfästas (s. 115). Fakultetsstyrelsen anser för sin del att grunder för förlängning av provanställning borde framgå redan av lag. Den gällande lagregeln om provanställning ger intryck av att föreskriva en fast tidsrymd om sex månader, men praxis möjliggör en längre provanställning i vissa fall (för att alltså uppnå en maximal provotid om sex månader) (se AD 2020 nr 53 för en grundlig beskrivning av rättskällorna och rättsläget). Den gällande lagregeln ger således uttryckligen grunder för provanställningens upphörande (besked om att anställningen inte fortgår eller övergång till tillsvidareanställning). Eftersom i gällande rätt fästs sådan vikt vid grunderna för avtalets upphörande att de framgår av lag, bör följaktligen grunder för förlängning samt grunder för ingående av avtal om provanställning (syftet att pröva arbetstagare i verksamheten) också följa av lag (jfr härvidlag 7 § i det icke genomförda lagförslaget i SOU 1993:32). Det nu aktuella lagstiftningsärendet framstår enligt fakultetsstyrelsens mening som lämpligt för att genomföra dessa förändringar.

Artikel 9 Parallell anställning

Fakultetsstyrelsen instämmer i promemorians bedömning att EU-rätten förutsätter lagreglering av innebörden att arbetsgivare inte får hindra arbetstagare från att ha parallellanställning samt att arbetsgivare inte får missgynna en sådan arbetstagare (lagförslagets 6 h § 1 stycket). Genomförandet av artikel 9 bör enligt fakultetsstyrelsens mening ske på ett sådant sätt att det inte skymms att utgångspunkten/huvudregeln i redan gällande rätt är att arbetstagarens huvudsakliga förpliktelse i anställningsavtalet är att prestera det arbete som avses i avtalet, och att arbetstagaren är fri att ha parallellanställning, eftersom denne själv disponerar sin fritid. Till denna utgångspunkt kommer sedan en uppsättning undantag som definierats i Arbetsdomstolens praxis.

I anslutning till promemorians beskrivning av arbetsgivares möjligheter att ingripa mot en arbetstagares parallellanställning enligt gällande rätt (jfr s. 300) framhåller fakultetsstyrelsen att artikel 9 ska uppfattas som en förbudsregel riktad mot arbetsgivaren. Genomförandet av artikel 9 kan således inte tas till intäkt för att förskjuta rättsläget i riktning mot ett ökat utrymme för arbetsgivare att hindra arbetstagare från att ha parallellanställning.

Direktivets artikel 9 är en förbudsregel riktad till arbetsgivaren, och innehåller enligt fakultetsstyrelsens mening inte någon skyldighet för arbetstagare med flera anställningsavtal att informera sina arbetsgivare om de respektive parallellanställningsavtalen. Med andra ord förändrar således direktivets bestämmelse inte gällande rätt ifråga om arbetstagares upplysningsplikt i relation till arbetsgivaren (jfr s. 300).

Fakultetsstyrelsen instämmer i promemorians implicita bedömning att genomförande i svensk lag ska göras i LAS och inte i anslutning till 38 § avtalslagen.

I anslutning till hur förslaget till möjlighet för arbetsgivare att ingripa mot parallellanställning konstrueras i promemorian (s. 300) anför fakultetsstyrelsen följande. Promemorian föreslår i denna del att parternas utrymme att ingå avtal om förbud mot parallellanställning ska vara mer långtgående än vad som

enligt gällande rätt kan utgöra saklig grund för uppsägning. Arbetstagarens brott mot denna avtalsklausul kan således inte leda till uppsägning. Eftersom 7 § LAS är tvingande rätt, och någon självständig skadeståndssanktion inte föreslås införas med anledning av artikel 9, kan inte utrymmet för arbetsgivaren att förbjuda parallellanställning vara mer omfattande än vad som gäller enligt saklig grund-regeln så som denna uttolkats i Arbetsdomstolens praxis såvitt gäller detta område. Förslaget att utrymmet att avtala om förbud mot parallellanställning ska vara större än arbetsgivarens utrymme att säga upp anställningen (dvs. saklig grund för uppsägning) bör således utgå. En sådan reglering skulle vara meningslös såtillvida att arbetstagaren kan acceptera en sådan avtalsklausul och sedan bryta mot den utan att riskera någon sanktion. Regeln skulle komma att sakna sanktion. Även dessa utgångspunkter ger enligt fakultetsstyrelsens mening vid handen att genomförandet av direktivets artikel 9 inte får föranleda att utrymmet att förbjuda parallellanställning ökas. Arbetsdomstolens hittillsvarande praxis om arbetsgivares utrymme att hindra en arbetstagare från parallellanställning bör enligt fakultetsstyrelsens mening vara bestämmande på detta område, även efter genomförandet av direktivet.

Promemorian föreslår att den fakultativa regeln i artikel 9.2 genomförs genom nyreglering i LAS (lagförslaget 6 h §, 2 st, 1–4 p.) (jfr s. 297-301). Fakultetsstyrelsen avstyrker detta förslag med följande argument. Artikel 9 är en förbudsregel riktad mot arbetsgivare och kan inte leda till att arbetstagarnas utrymme för parallellanställning ska minska. Promemorian redovisar inte heller att någon relevant intressent skulle ha efterlyst ett ökat utrymme att ingripa mot parallellanställning. Arbetsdomstolens befintliga praxis på detta område är nyanserad och väl avvägd. Skyddet för företagshemligheter har dessutom blivit alltmer avancerat i och med den nya lagen (2018:558) om företagshemligheter. Fakultetsstyrelsen anser att utrymmet för att hindra parallellanställning inte bör expandera. Promemorians förslag har inte på ett övertygande sätt samordnats med reglerna om uppsägning på grund av personliga skäl (7 § LAS). Promemorians lagförslag framstår enligt fakultetsstyrelsens mening som en expansion av arbetsgivares möjligheter att ingripa mot parallellanställning jämfört med gällande rätt; avtalsfriheten härvidlag görs alltför om-

fattande i lagförslaget. Möjligheterna att ingå avtal om förbud mot parallellanställning inträder alltför tidigt (jfr lagförslagets 6 h § 2 stycket 1 punkten; ”kan orsaka skada”). För övrigt; om parallellanställning inneburit att arbetstagaren hindrats från att arbeta (jfr lagförslagets 6 h § 2 stycket 2 punkten) bryter arbetstagaren mot en kärnförpliktelse i anställningsavtalet, och inte primärt mot ett förbud mot parallellanställning. Punkten om handlande som ”i övrigt” är illojalt bör utgå, eftersom den saknar motiverande argumentering och är ägnad att ge sken av att det föreligger ett utrymme för brott mot lojalitetsplikt som inte orsakat skada för motparten i någon gängse bemärkelse (jfr s. 298). Fakultetsstyrelsen ifrågasätter i och för sig relevansen i att i lag föreskriva att parallellanställning som (enligt AD:s befintliga praxis) kan leda till uppsägning får förbjudas i avtal mellan parterna. Det är en utbredd uppfattning på arbetsmarknaden att förfaranden som ger arbetsgivaren laga skäl att avsluta anställningen de facto är otillåtna. (Den motsatta utgångspunkten kan emellertid framstå som relevant i och för sig: att, mot bakgrund av att saklig grund-begreppet är tvingande till arbetstagarens fördel, låta parterna avtalsvägen skapa ett större utrymme för att arbetstagaren att ha en parallellanställning än vad som följer av AD-praxis kring 7 § LAS.) Existerande rättspraxis från Arbetsdomstolen är nyanserad och det är inte helt klart att lagförslaget lyckas uttrycka detta rättsläge korrekt. Därför riskerar promemorians förslag om lagreglering att skapa osäkerhet kring befintlig praxis från AD och huruvida denna alltjämt är relevant. Artikel 9.2 är fakultativ och i redan gällande rätt tillgodosedd av Arbetsdomstolens praxis. Fakultetsstyrelsen avstyrker mot denna bakgrund promemorians förslag att artikel 9.2 genomförs i lag. Om artikel 9.2 ska genomföras i lag är det angeläget att lagtexten formuleras på ett sådant sätt att den tydligare motsvarar gällande rätt såsom den uttrycks i Arbetsdomstolens praxis, något som kräver ytterligare beredning.

Promemorian föreslår att LAS i (den föreslagna) bestämmelsen om parallellanställning ska förse med regeln ”Även om något avtal inte har träffats gäller lojalitetsplikt mellan en arbetsgivare och en arbetstagare” (6 h §, 3 st) (s. 297–301, s. 120–122). Fakultetsstyrelsen – som redan avstyrkt promemorians förslag att genomföra artikel 9.2 i lagstiftning – avstyrker förslaget att lagfästa

lojalitetsplikten i anställningsförhållandet. Direktivets regel är fakultativ, varför EU-rätten inte kräver lagstiftning på denna punkt. Promemorian har inte kunnat redovisa något behov av en allmän lagregel om lojalitetsplikt eller att någon relevant intressent skulle ha efterlyst en sådan. Beskrivningen av gällande rätt ifråga om lojalitetspliktens grunder och rättsföljder är svävande, delvis motsägelsefull och förenklande samt ensidig i så motto att endast den ena partens (arbetstagarens) 'plikt' uppmärksammas. Promemorian förmår inte på tillräckligt tydligt sätt klargöra effekterna för det arbetsrättsliga systemet av lagförslaget i denna del. Förslaget får uppfattas som endast en lagstadgad erinran om att en oskriven rättsprincip gäller, och avviker således från det gängse sättet att stifta civilrättslig lag i form av angivande av rättsfakta och rättsföljder. Den aktuella regeln ger inte grunderna för vilket agerande som skulle vara illojalt, eller vad som skulle vara följderna av ett sådant agerande. En lagstadgad hänvisning till en oskriven rättsprincip skapar osäkerhet kring vilken ställning som andra oskrivna rättsprinciper i framtiden ska ha i arbetsrättsliga sammanhang. Räckvidden i den föreslagna regeln är oklar; å ena sidan ger dess lydelse ett allmänt tillämpningsområde, å andra sidan är regeln infogad som tredje och sista stycke i en specifik regel. Genomförande av promemorian skulle innebära att lojalitetsplikten inte längre skulle vara oskriven rätt utan åtminstone till någon del följa av lag, vilket skapar osäkerhet kring förutsättningarna för att fortsättningsvis argumentera kring lojalitetsplikt med utgångspunkt i existerande rättsligt material och utanför den aktuella rättsregelns tillämpningsområde. Rättsliga argumentationer med stöd i lojalitetsplikt utgår från ålderstigna allmänna civilrättsliga principer, och står i viss konflikt med idealen bakom den svenska modellen som istället framhåller betydelsen av att arbetsmarknadens parter på ett självständigt sätt reglerar arbetsmarknaden. Ett ökat betoning av lojalitetsplikten i arbetsrätten innebär att Arbetsdomstolens betydelse för regleringen av arbetsmarknaden ökar i det att domstolen i rättstillämpningen har att fylla denna allmänt hållna norm med innehåll. Om lagstiftaren skiftar lojalitetspliktens grund från oskriven princip till lag måste lagstiftaren samtidigt axla ett ansvar för att förklara och utveckla räckvidden i lojalitetsplikten i anställningsförhållandet, som

kräver större insatser än de som redovisas i det remitterade betänkandet. Eftersom lojalitetsplikten är ömsesidig måste inte minst arbetsgivarens lojalitetsplikt i relation till arbetstagaren definieras utförligt och tydligt. Ett tidigare förslag om att lagfästa lojalitetsplikten i anställningsförhållandet (jfr Ds 2002:56; lagförslaget 3 a § avseende LAS) har inte kunnat genomföras, trots att detta är mer genomarbetat och utvecklat än nu aktuell promemorias. Fakultetsstyrelsen anser sammanfattningsvis att det skulle vara förknippat med stora risker för både svåröverskådliga och oönskade förskjutningar av rättsläget att lagfästa lojalitetsplikten i anställningsförhållandet på det underlag som presenteras i promemorian. Lagförslaget avseende 6 h § 3 stycket LAS avstyrks.

Fakultetsstyrelsen ifrågasätter vidare den dogmatiska konstruktionen av promemorians lagförslag (6 h §) kring artikel 9.2 (att parterna "får" träffa avtal om förbud mot parallellanställning vissa uppräknade fall). Denna lagstiftningsteknik skapar oklarheter kring vad som blir följderna av att arbetstagaren vägrar ingå ett sådant avtal. Lösningen riskerar skapa intrycket att arbetstagaren genom att neka ingå ett avtal som omfattas av endera punkten kan öka sitt utrymme för parallellanställning. Detta är inte meningen. Istället gäller AD:s praxis kring arbetsgivarens allmänna möjlighet att sanktionera en arbetstagare för handlande utanför arbetet (ytterst uppsägning; 7 § LAS).

Om artikel 9.2 ska genomföras i lag förespråkar fakultetsstyrelsen att en sådan bestämmelse utformas med förlaga i 38 § avtalslagen och som en ogiltighetsregel (nullitetsverkan): "En arbetstagare är inte bunden av utfästelse om att avstå från att ingå flera anställningsavtal i den mån utfästelsen sträcker sig längre än vad som kan anses skäligt". Fakultetsstyrelsen anser att befintlig praxis från Arbetsdomstolen på detta område ger uttryck för en skälig lösning, och den föreslagna ogiltighetsregeln speglar detta. Försök att sammanfatta rättspraxis i enskilda lagregler riskerar att skapa oönskade förskjutningar av rättsläget. En allmänt hållen lagstadgad ogiltighetsregel med en avvägningsnorm kan anknytas (genom uttalanden i förarbeten) till befintlig relevant AD-praxis i dess helhet, och rättstillämpningen kan ta sig an nya frågeställningar

med stöd av den nya lagregeln, samtidigt som den bygger vidare på existerande praxis.

Eftersom artikeln avser arbetstagare utan kvalifikation omfattar den tidsbegränsat anställda samt arbetstagare med heltid som avtalat arbetstidsmåt (jfr s. 134).

En implikation av artikel 9.1 samläst med artikel 2.a kan vara att arbetsgivare som inte förser arbetstagare med schema där det anges vilka klockslag och dagar arbetet börjar och slutar – dvs. vid intermittenta behovsanställningar eller ramavtal för anställningstillfällen (jfr AD 2020 nr 46) – aldrig har möjlighet att åberopa en klausul om förbud mot parallellanställning och alltid är förbjuden att missgynna en sådan arbetstagare som har parallellanställning.

Promemorians förslag om skydd mot missgynnande på grund av att arbetstägaren har parallellanställning beaktar inte i tillräcklig utsträckning det faktum att regeln innehåller ett subjektivt rekvisit kring arbetsgivarens motiv för missgynnandet (dvs. sambandet med förekomsten av parallellanställning) (s. 137, s. 298). Enligt fakultetsstyrelsen krävs att denna regel förses med en delad bevisbörda enligt vad som är utbrett i arbetsrätten (missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen [1995:584], diskrimineringsförbuden respektive repressalieförbudet i diskrimineringslagen [2008:567], bedömningen av fackligt syfte hos stridsåtgärder respektive föreningsrättskränkande syfte i anslutning till MBL samt bedömningen av fingerad arbetsbrist i anslutning till LAS). Direktivets särskilda regel om bevisbörda är inte tillämplig i detta sammanhang, varför särskild hänvisning till reglering av delad bevisbörda krävs.

Lagen (1994:260) om offentlig anställning är *lex specialis* i relation till LAS, och innehåller bestämmelser om möjligheter för offentliga arbetsgivare att ingripa mot parallellanställning i form av en utförlig reglering om utrymme för bisysslor (7 § – 7 d §). En nyreglering i LAS om ett utrymme för arbetsgivare att ingripa mot parallellanställning får således inte per automatik fullt genomslag för arbetstagare som omfattas av LOA. Ytterligare beredning krävs om samspelet mellan LAS som generellare lag och speciallagen LOA såvitt gäller det förslag promemorian presenterar om parallellanställning.

Fakultetsstyrelsen instämmer i slutsatsen att genomförandet av det aktuella direktivet inte förutsätter ändringar i lagen (1994:260) om offentlig anställning (s. 140f). Fakultetsstyrelsen övertygas emellertid inte av promemorians motivering för denna slutsats och vill istället lyfta fram följande utgångspunkter för det fortsatta lagstiftningsarbetet. Promemorian uppfattar att det funktionella arbetsgivarbegreppet i staten ger vid handen att situationer då en arbetstagare har flera anställningar i staten aktualiserar artikel 9, men drar sedan slutsatsen att LOA inte måste ändras eftersom den praktiska tillämpningen av 11 § LOA inte strider mot förbudet mot ogynnsam behandling i direktivets artikel 9. Härvidlag hänvisar promemorian till den praktiska tillämpningen av en lagregel – således inte till rättsregler i form av prejudikat. Fakultetsstyrelsen anser att det nationella genomförandet av EU-rätten på den här punkten kan och bör ske med stöd av rättskällor av högre valör. Fakultetsstyrelsen åberopar i detta sammanhang en annan tolkning av det funktionella arbetsgivarbegreppet i staten som grund för slutsatsen att LOA inte måste ändras med anledning av direktivet. Rättsfiguren funktionellt arbetsgivarbegrepp i staten har fast förankring i rättsordningen – i förarbetsuttalanden, Arbetsdomstolens praxis och i doktrin – och ska framförallt uppfattas som en möjlighet att i frågor om arbetsgivarbegreppet i staten beakta en regels syfte och funktion ”och att ge den en rimlig tillämpning inom den statliga förvaltningen” (Gudmund Toijer, Några reflexioner kring det statliga arbetsgivarbegreppet, i Festskrift till Hans Stark, 2001, se även AD 2016 nr 76). Med stöd i denna uppfattning, som fakultetsstyrelsen anser har större stöd i rättskällorna än den tolkning som promemorian presenterar, av det statliga arbetsgivarbegreppets innebörd blir slutsatsen att den mest ändamålsenliga tolkningen av artikel 9 ska väljas för den statliga sektorns del – och denna tolkning bör vara att flera anställningar i staten ska uppfattas som att de inte aktualiserar artikel 9. Eftersom det leder till ett otympligt resultat att uppfatta anställningsmyndigheten som arbetsgivare vid tillämpning av artikel 9 ska således tillämpningen av denna bestämmelse utgå från den grundläggande utgångspunkten om att staten ska uppfattas som en och samma juridiska person. Med fakultetsstyrelsens ovanstående utgångspunkter såvitt gäller den statliga sektorn genomförs

direktivets artikel 9 med stöd av det funktionella arbetsgivarbegreppet i staten, som har en fast förankring i den nationella rätten.

Artikel 10 Minsta förutsägbarhet i arbetet

Genomförandet av artikel 10 i svensk rätt förefaller enligt fakultetsstyrelsens mening kräva ytterligare beredning. Den aktuella artikeln är svårtolkad och svårförståelig. Sannolikt krävs jämförande studier över hur den genomförts i olika medlemsstater i relation till olika typer av anställningsavtal för att skapa förståelse för vad som avses med denna artikel.

Promemorians analyser framstår även mot denna bakgrund som i behov av fördjupning. Det slås på en och samma gång fast att å ena sidan är det otydligt vilka situationer som regeln är tänkt att lösa, och vilka åtgärder den kräver, och å andra sidan att åtgärderna artikeln kräver inte är relevanta eller lämpliga för svensk rätt (jfr s. 154f). Ytterligare beredning kan således krävas för att skapa underlag för ett tydligare ställningstagande till artikelns innebörd och implikationer för svensk rätts del. Särskilt oklart framstår definitionen av de villkor som är så oförutsägbara att artikel 10 över huvud taget blir tillämplig (jfr s. 154).

En tolkning av artikeln kan vara att rena nolltimmarsanställningsavtal med utgångspunkt endast i arbetsgivarens behov av arbetskraft (dvs. avtal utan schema, men med arbetsplikt) inte längre är tillåtna i praktiken, eftersom artikel 10 innebär att det inte kan föreligga arbetsplikt (dvs. arbetstagaren ska kunna neka arbetspasset utan ogynnsamma konsekvenser) i anställningsavtal utan schema.

Enligt fakultetsstyrelsens mening innebär artikel 16 om gottgörelse för arbetstagare att offentligrättsligt sanktionerade (vite) regler i arbetsmiljölagen, föreskrifter meddelade med stöd av arbetsmiljölagen (1977:1160) samt arbetstidslagen (1982:673) inte kan åberopas som genomförandeåtgärder ifråga om artikel 10 (jfr s. 149, s. 159f, s. 162). Dessa offentligrättsliga regler avser

förhållandet mellan arbetsgivaren och statliga tillsynsmyndigheter och skapar inte rättigheter för enskilda arbetstagare, varför andra genomförandeåtgärder måste presenteras.

Artikel 11 Kompletterande åtgärder vid behovsavtal

I anslutning till artikel 11 tar promemorian ställning för att gällande svensk rätt innehåller åtgärder som säkerställer ett ändamålsenligt förebyggande av otillbörliga metoder ifråga om behovsavtal. Under åberopande av bestämmelsen i artikel 11.c anser promemorian att lagändringar inte krävs med anledning av direktivets regel om behovsanställning. Denna bedömning föranleder ett antal kommentarer från fakultetsstyrelsens sida. En förutsättning för fakultetsstyrelsens resonemang är att direktivets term behovsanställning motsvarar bl.a. upprepade tidsbegränsade anställningar (fr.f.a. allmän visstidsanställning), ofta inom ramen för någon form av övergripande avropsavtal, och som aktualiseras då arbetsgivaren har behov av arbetskraft, samtidigt som arbetstagaren har rättslig möjlighet att avböja arbetet/anställningen (jfr AD 2020 nr 46).

Promemorians argumentering att svensk rätt redan innehåller åtgärder (s. 186) som säkerställer ett ändamålsenligt förebyggande av otillbörliga metoder ifråga om behovsavtal, och som därför innebär att artikel 11.c är tillgodosedd, övertygar inte fakultetsstyrelsen. Flera av rättsreglerna promemorian åberopar i sammanhanget framstår inte som åtgärder till förebyggande av otillbörliga metoder, utan snarast som regler som tillämpas då tidsbegränsade anställningar skapas samt vad som följer då dessa regler inte iakttagits. Ett antal av de regler som promemorian pekar på framstår som verklighetsfrämmande att över huvud taget tillämpa i en intermittert behovsanställning (ALVA), och som omöjliga att förena med denna anställningsforms grundläggande natur (t.ex. rätten att söka arbete med bibehållna anställningsförmåner; 17 § LAS). Det särskilda förbudet mot diskriminering av deltidsarbetande respektive tidsbegränsat anställda med bakgrund i EU-rätten är äldre än det aktuella direktivet. Det framstår som troligt att EU-lagstiftaren med sin

åtgärd att besluta det aktuella direktivet avsett att förskjuta rättsläget utöver vad som följer av redan gällande rätt. Skäl 10 talar om skapandet av ”ett antal nya minimirättigheter”. De nya reglerna måste antas tillföra något till rättsordningen utöver vad som redan följer av EU-rätten kring deltid och tidsbegränsad anställning. Sammanfattningsvis är det enligt fakultetsstyrelsen introligt att de åtgärder som förtecknas av promemorian skulle innebära att svensk rätt uppfyller artikel 11.c.

Svensk rätt har emellertid en reglering som motsvarar artikel 11.a i omvandlingsregeln i 5 a § LAS i det att denna regel ger en längsta varaktighet för behovsanställning (ALVA), låt vara att tidsperioden under vilken en arbetstagare kan arbeta i flera olika upprepade avtal om allmän visstidsanställning är både svåröverskådlig (komplicerad att beräkna) och långvarig. I ljuset av det ovanstående anser fakultetsstyrelsen att lagstiftaren bör återropa artikel 11.a och inte 11.c som grund för slutsatsen att direktivet inte kräver någon ändring av det existerande materiella utrymmet att ingå avtal om behovsanställning (upprepade avtal om allmän visstidsanställning). Mot denna bakgrund kan det bli aktuellt för svenska staten att vid någon tidpunkt behöva övertyga EU-domstolen att den tidsperiod som följer av 5 a § LAS begränsar användning och varaktighet i behovsanställning på ett sådant sätt som krävs av direktivet. Eftersom den i särklass mest verkningfulla regel som räknas upp av promemorian i anslutning till artikel 11.c är omvandlingsregeln i 5 a § LAS, som reglerar den maximala tidsperioden för behovsanställning i direktivets mening bör artikel 11.a, som avser just begränsningar i användning och varaktighet, väljas för genomförandet av artikel 11. Fakultetsstyrelsen anser att lagstiftaren antingen måste uttala sig om vilket utrymme som i framtiden faktiskt bör finnas för upprepade avtal om allmän visstidsanställning och utveckla förslag för att minska detta, eller argumentera att EU-rättens krav på effektivitet såvitt gäller artikel 11 tillgodoses redan genom den gällande 5 a § LAS.

Artikel 12 Övergång till annan anställningsform

Även om någon materiell prövning av arbetsgivarens uppgivna skäl inte kan göras, bör det tydliggöras att det kan prövas om det svar arbetsgivaren uppgivit utgör ett motiverat svar i direktivets mening (jfr s. 198). Härvidlag kan jämföras med den bedömning som görs i relation till frågan om part uppfyllt sin skyldighet att medverka i sakliga förhandlingar (jfr 15 § MBL om förhandlingsskyldighetens innebörd); dvs. har part klart angivit och motiverat sin ståndpunkt i sak (jfr t.ex. AD 2011 nr 46, 1990 nr 52, 1988 nr 38)? Det är således inte fråga om att pröva argumentens bärkraft eller relevans, utan endast om att avgöra om arbetsgivaren uppfyllt sin skyldighet att motivera sitt beslut på ett sätt som kan vara meningsfullt och till nytta för mottagaren av informationen, och som därmed uppfyller EU-rättens krav på denna punkt. Svaret måste enligt skäl 36 ta hänsyn till både arbetsgivarens och arbetstagarens behov.

Begäran om övergång till annan anställningsform avser enligt fakultetsstyrelsens uppfattning arbeten hos arbetsgivarens (dvs. arbetstagarens motpart) juridiska person. Därför kan en begäran om övergång till annan anställningsform avse annat arbete hos arbetsgivaren, men som lagen (1970:943) om arbetstid m.m. i husligt arbete inte är tillämpligt på (en och samma arbetsgivare kan samtidigt bedriva verksamhet som omfattas av 1970 års lag är tillämplig på, respektive inte är tillämplig på) (jfr s. 311 med s. 327 för samma tolkning kring lärlingsarbete enligt den särskilda lagen på detta område).

Artikel 13 Obligatorisk utbildning

Utöver arbetsmiljörätten (som nämns i promemorian) föreligger en lagstadgad skyldighet för en viss typ av arbetsgivare att tillhandahålla utbildning för vissa arbetstagare i 5 § och 6 § förordningen (1996:381) med tingsrättsinstruktion. Fakultetsstyrelsen anser (med instämmande i promemorians argumentering) inte att tingsrättsinstruktionens bestämmelse motiverar en gene-

rell reglering om obligatorisk utbildning. Möjligen kan tingsrättsinstruktionen kompletteras med (det självklara) påpekandet att domarutbildningen är kostnadsfri för arbetstagaren/notarien/fiskalen/assessorn och att den ska bedrivas under betald arbetstid. Fakultetsstyrelsen kan inte slutligt avgöra huruvida 10 kap. 5 § hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) (jfr SFS 2019:996) är en sådan bestämmelse som avses i direktivets artikel 13.

Artikel 14 Kollektivavtal

Fakultetsstyrelsen instämmer i promemorians analyser och bedömningar ifråga om utrymmet för kollektivavtalsreglering (s. 220f). Den av promemorian förespråkade lösningen får antas vara både tillåten enligt EU-rätten och samtidigt i störst överensstämmelse med den svenska arbetsmarknadsmodellens ideal om långt driven partsautonomi/kollektivavtalsfrihet. Två kompletterande kommentarer låter sig göras.

I anslutning till promemorians analys av direktivets artikel 14 framhåller fakultetsstyrelsen att avtalsfrihetens gränser för kollektivavtal på direktivets område inte hänför sig till kravet om att arbetstagarnas lagstadgade rättigheter inte får otillbörligt urholkas (jfr AD 1995 nr 108, AD 1996 nr 12, AD 1996 nr 20). Istället gäller att kollektivavtalsfrihetens gränser på området för direktivets regler är betingad av lojaliteten till EU-rätten och EU-rättens effektiva genomslag på nationell nivå.

Mot bakgrund av att promemorian (och fakultetsstyrelsen) ansluter sig till tolkningen att artikel 14 i och för sig inte hindrar att det ingås kollektivavtal som innehåller en bestämmelse som är mindre förmånlig för en arbetstagare relativt direktivets bestämmelse finns anledning att framhålla att nationell lag – dvs. 38 § (och delvis 36 §) avtalslagen – som är tillämplig på området för artikel 9 (parallell anställning) inte är semi-dispositiv (och inte heller dispositiv) på traditionellt sätt (jfr prop. 1975/76:81, s. 148f, SOU 1974:83, s. 191f).

Artikel 16 Rätt till gottgörelse

Fakultetsstyrelsen uppfattar artikel 16 som ett krav om i princip civilrättsliga sanktioner för brott mot direktivets rättigheter. I t.ex. artikel 18 i direktiv 2006/54 föreskrivs 'kompensation eller gottgörelse' utöver att sanktionsnivåerna ska vara avskräckande och proportionella. Användningen av termen gottgörelse får således uppfattas som att den som fått sina rättigheter kränkta ska erhålla en summa som skadestånd för motpartens överträdelse av direktivets rättigheter.

Mot denna bakgrund är, enligt fakultetsstyrelsens mening, enbart en vites-sanktion inte tillräcklig för att genomföra direktivets artikel 16 (jfr s. 247 om artikel 13). Även artikel 13 måste följaktligen förses med skadeståndssanktion (allmänt skadestånd).

Direktivet får enligt fakultetsstyrelsens mening uppfattas som ett uttryck för att EU-lagstiftaren av olika skäl fäster stor vikt vid att information om anställningsförhållandet tillhandahålls arbetstagarna. Nivåerna på de allmänna skadestånd för brott mot formaliaregler i LAS som refereras av promemorian framstår mot denna bakgrund som alltför låga (jfr s. 233f) för att genomföra EU-direktivet på ett effektivt sätt.

Artikel 17 Skydd mot ogynnsam behandling eller ogynnsamma följder

Fakultetsstyrelsen kan inte instämma i promemorians bedömning att det i gällande rätt skulle finnas bestämmelser ("som bör kunna aktualiseras när det gäller handlande som utgör ogynnsam behandling i direktivets mening") som ger ett sådant skydd som avses i artikel 17 (jfr s. 248). I denna del kan promemorians analys inte ligga till grund för det fortsatta lagstiftningsarbetet och ytterligare beredning krävs. Således anser fakultetsstyrelsen mot denna bakgrund att lojaliteten med EU-rätten kräver att LAS förses med ett särskilt repressalieförbud (varom mer nedan).

Att framföra klagomål till arbetsgivaren eller att inleda förfaranden för att säkerställa efterlevnaden av de rättigheter som föreskrivs i direktivet (art. 17) är inte att utnyttja en rätt att tillhöra och utnyttja medlemskapet i en arbetstagarorganisation (7 § MBL) (jfr s. 251, s. 254). Reglerna om föreningsrätt (i MBL) kan således inte utgöra ett sådant skydd mot ogynnsam behandling som direktivet föreskriver. Lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen är tillämplig på endast en bråkdel av de anställda och endast i deras egenskap av facklig förtroendeman, och kan därför inte utgöra ett skydd mot ogynnsam behandling på sätt som direktivet föreskriver. (För övrigt räknar promemorian inte upp det skadeståndssanktionerade trakasseriförbud som gäller för skyddsombud enligt 6 kap. 10 § arbetsmiljölagen [1977:1160].) Lagen (1982:80) om anställningsskydd är endast tillämplig på arbetsgivarens rättshandling att säga upp anställningsavtalet (uppsägning/avsked kan i och för sig utgöra ogynnsam behandling). Diskrimineringslagen (2008:567) är tillämplig endast på sådant agerande som har sin bakgrund i diskrimineringsgrunderna. Om ett arbetsledningsbeslut vid en rättslig prövning skulle visa sig på något sätt (t.ex. om det, som utredningen är inne på, skulle utgöra en ogynnsam behandling mot en viss arbetstagarare) vara i strid med arbetsmiljörätten (AML eller AFS) innebär detta endast att arbetsgivaren kan bli föremål för en offentlighetsrättslig sanktion, inte att en berörd arbetstagarare skulle åtnjuta något direkt skydd mot ogynnsam behandling.

Fakultetsstyrelsen anser mot ovanstående bakgrund att gällande rätt inte kan sägas innehålla ett sådant skydd mot ogynnsam behandling som direktivet (art. 17) föreskriver. Lagändringar krävs således för att genomföra direktivet på denna punkt. Dessa lagförslag fordrar vidare beredning.

Lojaliteten till EU-rätten kräver enligt fakultetsstyrelsens mening att ett repressalieförbud införs i anslutning till de materiella lagregler som genomför direktivet i nationell rätt, dvs. i LAS. En likartad repressalieförbudsregel i artikel 11.5 i tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet (direktiv 2014/67/EU) har bedömts kräva lagändring i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagarare. Denna bedömning äger giltighet också ifråga om ge-

nomförande av det nu föreliggande direktivet. Förarbetena till lagstiftningsärendet som genomför tillämpningsdirektivet beskriver för övrigt resonemang som i hög grad liknar de som förs i den aktuella promemorian, men drar den motsatta slutsatsen, nämligen att ett lagstadgat repressalieförbud faktiskt krävs av EU-rätten. Ett särskilt repressalieförbud konstruerat enligt förlaga i utstationeringslagen (prop. 2019/20:150, s. 97, s. 183, prop. 2016/17:107, s. 142ff, s. 242f) bör enligt fakultetsstyrelsens mening införas i LAS (jfr s. 253, s. 255). Enligt fakultetsstyrelsens mening föreligger det vidare starka skäl för att den som anser sig ha blivit utsatt för repressalier i strid med det föreslagna repressalieförbudet bör ges en bevislättning, något som bör uppfattas som en förutsättning för att skyddet mot repressalier över huvud taget ska bli effektivt (jfr prop. 2016/17:107, s. 149). En sådan bevislättningsregel bör genomföras med förlaga i andra arbetsrättsliga regler, diskrimineringsrätten samt utstationeringslagstiftningen.

Avslutningsvis anser fakultetsstyrelsen att det ligger i sakens natur att ett repressalieförbud (med bevisregel) bör vara generellt tillämplig, dvs. utan beaktande av de undantag som gäller för LAS (jfr s. 256).

Avslutningsvis

I och med det aktuella lagstiftningsärendet införs nu i lagen (1982:80) om anställningsskydd så många regler som går utöver den lagens ursprungliga tema – ingående och avslutande av anställningsavtal – att det är befogat att återaktualisera det gamla förslaget om att införa en arbetsbalk (Sten Edlund, Bör den arbetsrättsliga lagstiftningen samordnas mera?, i Perspektiv på arbetsrätten, 1983) i vilken de olika reglerna om anställningsförhållandet respektive de övriga regler som traditionellt ansetts utgöra arbetsrätten kan sammanföras i olika kapitel. På så sätt kan reglerna grupperas i kapitel beroende på innehåll och överskådligheten i lagstiftningen skulle öka. Direktivet som nu genomförs avser i hög utsträckning snarast det materiella innehållet i anställningsförhållandet, dvs. parternas inbördes rättigheter och skyldigheter under avtalets giltighetstid, och inte primärt förutsättningar för att ingå olika

typer av anställningsavtal och förutsättningar för att avsluta dem. Att stifta en särskild lag för att genomföra artiklarna 9, 12 och 13 framstår inte som eftersträvansvärt. Genomförandet av det aktuella direktivet i LAS innebär emellertid att den lagens benämning framstår som alltmer inadekvat. En kapitelindeldad arbetsbalk framstår idag som ett långsiktigt hållbart svar på arbetsrätens ökande omfång.

Enligt delegation

Niklas Selberg