



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Martinsson

Arbetstagarbegreppet och regleringen av
”mellangruppen” i svensk och tysk rätt
- en komparativ studie i EU- rättsligt
perspektiv

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Mia Rönmar

Termin för examen: HT - 12

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	12
1.5 Disposition	13
2 SVENSK RÄTT	14
2.1 Allmänt om arbetstagarbegreppet	14
2.2 Faktorer som beaktas i svensk rätt och deras betydelse	18
2.2.1 Anställningsavtal	18
2.2.2 Ledning och kontroll	20
2.2.3 Varaktighet och sysselsättningsgrad mm	21
2.2.4 Bara en huvudman	21
2.2.5 Tillhandahållande av maskiner och redskap	21
2.2.6 Vederlagets form	22
2.2.7 Verklig förändring av rättsförhållandet samt kringgåendesituationer	22
2.2.8 Sedvana och uppfattningar i branschen	24
2.2.9 Social och ekonomisk faktor	25
2.2.10 Kommentar	25
2.3 Mellangruppen ”beroende/jämställda uppdragstagare”	26
3 TYSK RÄTT	30
3.1 Allmänt om arbetstagarbegreppet	30
3.2 Faktorer som beaktas i tysk rätt och deras betydelse	35
3.2.1 Anställningsavtal	35
3.2.2 Personligt beroende	37
3.2.3 Andra faktorer /indicier	39
3.2.4 Kommentar	40
3.3 Mellangruppen ”arbeitsnehmerähnliche Personen”	40

4	EU-RÄTTEN	43
4.1	Internationellrättslig bakgrund till det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet	43
4.2	Det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet	45
5	ANALYS	51
5.1	Inledande kommentar	51
5.2	Det svenska och tyska arbetstagarbegreppet i komparation	51
5.3	Den svenska och tyska mellangruppen i komparation	53
5.4	Förhållandet till EU-rätten	56
5.5	Avslutande och sammanfattande kommentar	57
	BILAGA A	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	67

Summary

The personal scope of labour law in Sweden and Germany is defined by the use of the notion of employee (*Arbetstagarbegreppet/Arbeitsnehmerbegriff*). The notion of employee is important since a large part of the labour law regulations in Sweden and Germany only cover employees. Therefore the meaning and interpretation of the notion of employee has a great influence on who is covered by labour law and the protection it offers.

There is no general legal definition of the notion of employee in Swedish or German legislation. Instead its content has mainly been developed through the courts in case law. This means that the essay to a large extent consists of studies of case law to obtain an understanding of how the national courts determine who is to be regarded as an employee. The courts in both countries take certain factors into consideration when making their overall assessment, which can be described as a “multi factor test”.

Sweden has a very broad “multi factor test” where no factor is considered to be “necessary” or “sufficient” to determine the existence of an employment relationship. The German assessment is different from the Swedish one, since the “multi factor test” is mainly used to determine if the person is personally dependent. Personal dependence is the most important factor that the overall assessment of the German courts revolves around since an employee in Germany is someone that is personally (and economically) dependent of the employer. Economic dependence is however not enough to establish an employment relationship.

Another difference between the two countries is linked to the factor of economic dependence. The notion of employee in Germany is supplemented with the notion of “*arbeitsnehmerähnliche Person*”. An “*arbeitsnehmerähnliche Person*” is considered as belonging to the self-employed category, but since the person is economically dependent on the person he or she is working for, the person is in need of greater protection than is provided to most self-employed persons. Therefore some of the legal protections afforded to employees are extended to “quasi-workers”.

The notion of employee is also supplemented by a notion of “quasi-workers” in Sweden in the 1976 Co-determination Act and is called “dependent contractors” (“*jämställda/beroende uppdragstagare*”). However, as the extent of the notion of employee has widened, the importance of this category “*jämställda/beroende uppdragstagare*” has diminished. Most of the persons intended for the category when it was introduced, are already covered by the notion of employee. Therefore many, including the author, argue that the category “*jämställda/beroende uppdragstagare*” has lost relevance in Sweden and is obsolete.

Sammanfattning

I uppsatsen jämförs arbetstagarbegreppet samt regleringen av ”mellangruppen”¹ i svensk och tysk rätt i ett EU-rättsligt perspektiv. Arbetstagarbegreppet är ett kärnbegrepp och är viktigt då en stor del av den arbetsrättsliga lagstiftningen i Sverige och Tyskland endast är tillämplig på arbetstagare. Detta gör att arbetstagarbegreppets tolkning och innebörd får betydelse för vem som omfattas av den arbetsrättsliga skyddslagstiftningen.

Det finns ingen allmän definition av arbetstagarbegreppet i varken svensk eller tysk lagstiftning, utan begreppet har istället främst vuxit fram i rättspraxis. Mot bakgrund av detta består uppsatsen till stor del av studier av rättsfall för att få en förståelse för vilka faktorer domstolen i respektive land beaktar för att fastställa vem som är att anse som arbetstagare.

Beträffande domstolens bedömning, så består denna i både Sverige och Tyskland av ett ”multi-faktor-test” där domstolen gör en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det finns emellertid en stor skillnad i bedömningen av faktorerna som domstolen beaktar. Den tyska domstolens bedömning går ut på att fastställa om den arbetspresterande är personligt beroende av arbetsgivaren och är den viktigaste faktorn som hela bedömningen kretsar kring. I svensk rätt finns det däremot inte någon faktor som anses som ”nödvändig” eller ”tillräcklig” för att kunna fastställa ett anställningsförhållande. Det svenska arbetstagarbegreppet är mer vidsträckt än det tyska. Detta innebär att det finns personer som omfattas av det svenska arbetstagarbegreppet, men som faller utanför det tyska.

I tysk rätt fångas emellertid personer som inte är personligt beroende av huvudmannen, utan endast ekonomiskt beroende, upp av mellangruppen ”*arbetstagarlika*” personer (*„arbeitsnehmerähnliche Personen*”) som är ett komplement till arbetstagarbegreppet. Dessa personer är uppdragstagare som är ekonomiskt beroende av sina huvudmän och som anses vara i behov av liknande skydd som arbetstagare. Skyddsbehovet har gjort att vissa arbetsrättsliga bestämmelser i tysk rätt har utvidgats till att även omfatta mellangruppen.

Arbetstagarbegreppet kompletteras även av en mellangrupp i svensk rätt som benämns ”*jämställda/beroende uppdragstagare*” och regleras i Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Det svenska arbetstagarbegreppets omfattning har emellertid över tid blivit mer och mer vidsträckt. Detta har gjort att mellangruppens betydelse i svensk rätt har minskat då flera av de personer som mellangruppen var tänkt att skydda när den infördes i svensk rätt redan omfattas av arbetstagarbegreppet. Mot bakgrund av detta är det många, däribland författaren, som menar att kategorin ”*jämställda/beroende uppdragstagare*” är föråldrad eftersom den saknar praktisk relevans i svensk rätt.

¹ I Sverige ”*jämställda/beroende uppdragstagare*” och i Tyskland ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*”.

Förord

Jag vill framför allt rikta ett stort tack till min handledare Mia Rönmar. Utan dina synpunkter, tålamod och ovärderliga handledning hade det här examensarbetet aldrig blivit till. Tack Mia!

Lund i december 2012

Sara Martinsson

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
ATL	Lag (1982:673) Arbetstidslagen
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
Ds	Departementsserien
FML	Lag (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen
HD	Högsta domstolen
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
SKL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Arbetstagarbegreppets funktion är att fastställa arbetsrättens personkrets. Begreppet är viktigt eftersom en stor del av den arbetsrättsliga lagstiftningen i Sverige och Tyskland endast är tillämplig på arbetstagare. Detta gör att arbetstagarbegreppets tolkning och innebörd får betydelse för vem som omfattas av den arbetsrättsliga skyddslagstiftningen.

De senaste tjugo åren har arbetsmarknaden genomgått en tydlig förändring, vilket bland annat är en effekt av en ökad globalisering.² Arbetskraften har blivit mer mobil och flera nya kontraktuella arrangemang har uppstått.³ Trenden mot mer flexibla arbetsformer har medfört att det finns personer som enligt en nationell bedömning utgör uppdragstagare, men som enligt EU-domstolen är i behov av ett arbetsrättsligt skydd, vilket har medfört att EU-domstolen på vissa områden har infört ett vidsträckt arbetstagarbegrepp.⁴ Den traditionella indelningen mellan arbetstagare och uppdragstagare är därmed inte lika tydlig längre.

I flera EU-medlemsländer finns förutom uppdelningen arbetstagare-uppdragstagare, även en mellangrupp. Mellangruppen består av personer som befinner sig i en gråzon mellan arbetstagare och uppdragstagare. Ett land som har den här indelningen är Tyskland som har en grupp som benämns ”*arbetstagarlika*” personer (de s.k. *arbeitsnehmerähnliche Personen*) som omfattas av vissa arbetsrättsliga lagar.⁵ Motsvarande mellangrupp finns även i svensk rätt i Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och benämns ”*jämställda/beroende uppdragstagare*”. Mellangruppens rättsliga status i Medbestämmandelagen har emellertid länge ifrågasatts i svensk rätt, samtidigt som ett behov av en mellangrupp i övrig arbetsrättslig lagstiftning har belysts.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det första syftet är att redogöra för och analysera arbetstagarbegreppet och dess innebörd i svensk och tysk rätt i ett EU-rättsligt perspektiv. Häri innefattas även en redogörelse för samt analys av ”mellangruppen” i respektive rättssystem.

Det andra syftet är att belysa behovet av ett klagande av arbetstagarbegreppet på EU-rättslig nivå samt uppmärksamma hur arbetstagarbegreppet skulle kunna harmoniseras.

² Casale (2011) s. 1.

³ Kenner (2009) s. 279.

⁴ Jfr art 45 FEUF.

⁵ Rönnmar (2004) s. 306.

Centrala frågeställningar är:

- Vilken innebörd har arbetstagarbegreppet i svensk och tysk rätt?
- Hur har mellangrupsproblematiken uppmärksamats och reglerats i svensk och tysk rätt?
- Vilken innebörd har det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet och hur samspelar detta med det nationella arbetstagarbegreppet?
- Finns det ett behov av ett harmoniserat EU-rättsligt arbetstagarbegrepp och hur skulle detta i så fall kunna klargöras?

1.3 Metod och material

För att finna svaret på frågeställningarna används tre metoder – rättsdogmatisk metod, komparativ metod samt EU-rättslig metod.

I studien av arbetstagarbegreppet används en rättsdogmatisk metod för att tolka och beskriva rätten i Sverige, Tyskland och inom EU-rätten. För att klargöra innehållet i gällande rätt använder jag mig av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Rättskällevärdet skiljer sig något åt mellan rättssystemen. Rättsdogmatikern i Sverige ”skall” beakta lagtext och ”bör” beakta förarbeten och prejudikat, medan resterande källor såsom doktrin och övriga domar ”får” beaktas.⁶

En skillnad vad gäller rättskällorna är att förarbete inte tillmäts samma betydelse i den tyska rätten som i den svenska. Denna skillnad finns även inom EU-rätten, vilket jag återkommer till nedan. Istället för att använda förarbeten används istället lagkommentarer i Tyskland för att klargöra innehållet i rätten. Lagkommentarerna är mycket omfattande och håller hög kvalitet. Tyskland har vidare, till skillnad från Sverige, en kodifierad civilrätt där *Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB utgör det mest kända regelverket.⁷ Den tyska arbetsrätten är emellertid inte samlad i en kodifikation, utan består av flera lagar. Högst upp i den nationella normpyramiden finns grundlagen *Grundgesetz*, GG som bland annat innehåller grundlagsskyddade principer och rättigheter för arbetsrätten.⁸ Förutom lagstiftning bygger det tyska rättssystemet, precis som det svenska, på rättspraxis. Instansordning för arbetsrättsliga mål är *Arbeitsgericht*, *AG Landesarbeitsgericht*, LAG och slutlig instans *Bundesarbeitsgericht*, BAG.⁹ Dessutom finns även författningsdomstolen *Bundesverfassungsgericht*, BverfG som prövar nya lagar mot grundlagen samt arbetsrättsliga mål som rör grundlagsskyddade principer och rättigheter.¹⁰ I Sverige är Arbetsdomstolen, AD högsta instans,

⁶ Peczenik (1995) s 33 ff., Sandberg (2007) s 36 f.

⁷ Bogdan (2003) s. 169 ff.

⁸ Hanau och Adomeit (2000) s. 20 f.

⁹ Inghammar (2007) s. 37, Bogdan (2003) s. 167.

¹⁰ Rönnmar (2004) s. 126.

men kan även vara enda instans om talan väcks av arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation eller av arbetsgivare som själv har slutit kollektivavtal. För oorganiserad arbetstagarorganisation är tingsrätt första instans.¹¹ Prejudikat är inte bindande i något av rättssystemen, men följs oftast för att få en enhetlig tolkning av lagstiftningen.¹² I både Sverige och Tyskland hänvisar domstolen ofta till doktrin, vilket i tysk rätt benämns *die herrschende Meinung*. Som tidigare nämnt tillmäts inte förarbeten någon större betydelse i Tyskland, men är en rättskälla som beaktas i Sverige.¹³ Vidare används kollektivavtal både i Sverige och Tyskland, men är framförallt en grundläggande rättskälla i svensk rätt.¹⁴ I den tyska arbetsrätten bör även företagsavtalen nämnas som rättskälla, men beaktas inte i uppsatsen.¹⁵

Eftersom uppsatsen även behandlar arbetstagarbegreppet i ett EU-rättsligt perspektiv, måste även en EU-rättslig metod¹⁶ användas. Metoden innebär att EU-rätten skall tolkas med EU-rättsliga tolkningsprinciper och således inte enligt svenska och tyska tolkningsprinciper. EU-domstolen använder sig framförallt av en ändamålsorienterad tolkningsmetod där EU-rättsliga bestämmelser inte får tolkas isolerat från sitt sammanhang (systematisk tolkning), utan måste framförallt tolkas mot bakgrund av bestämmelsens sammanhang och syfte (teleologisk tolkning).¹⁷

Beträffande EU-rättens rättskällor består dessa av primärrätt (de grundläggande fördragen), EU:s stadga om grundläggande rättigheter, allmänna rättsprinciper, internationella avtal, bindande och icke bindande sekundärrätt (antagna enligt fördragen), EU-domstolens rättspraxis, förarbete, generaladvokaternas förslag till avgörande, doktrin och ekonomiska teorier.¹⁸ Bindande rättskällor är primärrätt och rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt (bl.a. direktiv), internationella avtal, allmänna rättsprinciper och rättspraxis. Resterande rättskällor är däremot enbart vägledande. Att rättskällorna är bindande innebär att EU-rätten har företräde framför nationell rätt.¹⁹ Vissa EU-rättsliga regler har vidare direkt effekt. Detta innebär att de har omedelbar verkan och kan åberopas av enskilda, trots att de egentligen riktar sig till EU:s medlemsländer. Vidare görs åtskillnad mellan vertikal direkt effekt och horisontell direkt effekt. Med det förstnämnda menas att en privatperson kan åberopa EU-regeln gentemot staten och med det sistnämnda menas att en privatperson kan åberopa EU-regeln gentemot en annan fysisk eller juridisk person vid nationella domstolar och myndigheter.²⁰

¹¹ 2 kap 1 § och 2 § LRA.

¹² Bogdan (2003) s. 169 ff.

¹³ Däubler (2002) s. 27 ff, Peczenik (1995) s 33 ff.

¹⁴ Nyström (2011) s. 58f.

¹⁵ Se Erfurter Kommentar (2008) §611 BGB s. 1454 Rdn 212 samt § 77 BetrVG s. 1145 Rdn 1ff. för beskrivning av företagsavtalen (Betriebsvereinbarungen) i tysk rätt.

¹⁶ För utförlig redogörelse av EU-rättslig metod se Hettne och Eriksson Otken, *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*.

¹⁷ Hettne och Eriksson Otken (2011) s. 36 f.

¹⁸ Hettne och Eriksson Otken (2011) s. 40.

¹⁹ Hettne och Eriksson Otken (2011) s. 4.

²⁰ Nyström (2009) s. 39f.

Rättskälleläran skiljer sig delvis åt från den svenska, men liknar den tyska på så sätt att förarbeten inte tillmätts någon större betydelse. Anledningen till detta är att det är svårt att identifiera lagstiftarens vilja eftersom EU:s lagstiftningsprocess präglas av förhandlingar och kompromisser. Detta gör att det slutgiltiga resultatet skiljer sig markant åt från Kommissionens ursprungliga lagstiftningsförslag.²¹ Beträffande rättskällorna beaktas i uppsatsen förutom Kommissionens grönbok ”*En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar*”²² från år 2006, endast bindande EU-rätt.

I den komparativa studien används komparativ metod, vilket innebär att jag jämför arbetstagarbegreppet i svensk rätt och tysk rätt. Vid komparationen är det viktigt att rättsregeln som jämförs fyller samma funktion i de båda rättssystemen för att jämförelsen ska fylla sitt syfte.²³ Funktionalitet är således väsentligt vid komparationen av olika rättssystem.²⁴ För att få en god uppfattning om det utländska rättssystemet är det viktigt att inte enbart analysera rättsliga normer, utan även beakta sociala normer, den historiska utvecklingen, samhällsförhållande och ekonomiska förutsättningar.²⁵

Länderna som jag har valt att jämföra tillhör olika rättsfamiljer, nämligen den nordiska (Sverige) och kontinentaleuropeiska (Tyskland). Den nordiska rättsfamiljen kan även ses som en ”underfamilj” till den kontinentaleuropeiska rättsfamiljen. Sverige har emellertid inte influerats av romersk rätt och saknar omfattande kodifikationer inom civilrätten, vilket är vanligt i den kontinentaleuropeiska familjen.²⁶ Vidare tillhör Sverige och Tyskland olika *industrial relations*-modeller, även om den svenska och tyska modellen har flera likheter. Det finns två olika typer av *industrial relations*-modeller, nämligen en s.k. *single channel model* och en s.k. *dual channel model*. Sverige består av en *single channel model*, vilket innebär att arbetstagarinflytande och medbestämmande sker genom fackföreningar. Tyskland består av en *dual channel model*, vilket innebär att arbetstagarinflytande dels sker genom fackföreningar, dels genom lokala företagsråd, *Betriebsräte*.²⁷ I privata företag med fler än fem anställda har arbetstagarna rätt att välja ett företagsråd som ser till att arbetstagarnas intressen tillvaratas.²⁸ Verksamhet som rör företagsråd regleras främst i lagstiftning (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*), medan fackföreningars verksamhet oftast regleras i kollektivavtal.²⁹ Uppsatsen behandlar inte samspelet mellan fackföreningar och företagsråd i tysk rätt, men det är viktigt att känna till att den tyska *industrial relations*-modellen skiljer sig åt från den svenska.

²¹ Hettne och Eriksson Otken (2011) s. 114.

²² KOM(2006) 763 slutlig.

²³ Bogdan (2003) s. 18.

²⁴ Zweigert och Kötz (1998) s. 34.

²⁵ Rönnmar (2004) s. 30, s. 34. Bamber m.fl. (2004) s. 5.

²⁶ Bogdan (2003) s. 76 ff., s.86, Rönnmar (2004) s. 30.

²⁷ Rönnmar(2004) s. 31.

²⁸ Enligt 1 § och 5§ Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG.

²⁹ Biagi (2003) s. 203 f.

Utmärkande för det tyska systemet och den kontinentaleuropeiska rättsfamiljen är att staten har en central roll vad gäller lagstiftningsmakt samt kontroll av att de arbetsrättsliga skyddsreglerna följs. Den tyska arbetsmarknaden regleras främst i lagstiftning, även om slutande av kollektivavtal och förhandlingar har betydelse. Kollektivavtal är rättsligt bindande för organisationer och deras medlemmar, men genom myndighetsbeslut är det möjligt att allmängiltigförklara kollektivavtal för en hel bransch eller delar av arbetsmarknaden. Den fackliga organisationsgraden i Tyskland är låg och ligger på ungefär 20 procent. De anställdas inflytande på arbetsplatsen har fram till åttiotalet varit svagt, men har därefter ökat succesivt.³⁰

Utmärkande för det svenska systemet och den nordiska rättsfamiljen är att statens roll på arbetsmarknaden är tämligen liten. Arbetsmarknaden regleras genom lagstiftning och kollektivavtal. Utgångspunkten är att arbetsmarknadens parter, det vill säga av arbetsgivare och arbetstagare, själva ska reglera hur arbetsrätten ska se ut genom att sluta kollektivavtal. Detta görs genom att den arbetsrättsliga lagstiftningen i flera delar är dispositiv, vilket innebär att arbetsmarknadens parter i kollektivavtal får avtala om andra regler än lagens.³¹ Genom den så kallade ”EU-spärren”³² får kollektivavtal emellertid inte medföra att arbetstagaren ges mindre förmånliga regler än vad personen har rätt till enligt tillämpliga EU-direktiv.³³ Den arbetsrättsliga lagstiftningen ska vidare enbart utgöra ramar och förutsättningar för arbetsmarknadsparternas regleringar. Kollektivavtal är rättsligt bindande för organisationer och dess medlemmar, men ofta tillämpar arbetsgivaren även kollektivavtal för oorganiserade anställda. Vidare finns inte allmängiltigförklarade kollektivavtal i Sverige, vilket medför att kollektivavtal inte kan bli direkt bindande för alla arbetsgivare och arbetstagare. Organisationsgraden i Sverige är hög och ligger på ungefär 70 procent, vilket även är högt ur ett internationellt perspektiv.³⁴

Beträffande material bygger uppsatsen till stor del på studier av rättsfall från svenska Arbetsdomstolen, tyska Bundesarbeitsgericht samt EU-domstolen. I den svenska delen har främst rättspraxis, förarbeten³⁵ och doktrin³⁶ legat till grund för uppsatsen. I doktrin vill jag särskilt lyfta fram Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet* (1964) och Engblom, *Self-employment and the personal scope of labour law: comparative lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States* (2003) som är en doktorsavhandling. Anledningen till att jag vill lyfta fram dessa verk är att det förstnämnda är den mest kända kartläggningen av det svenska arbetstagarbegreppet som trots att det är från 1964 fortfarande beaktas och det sistnämnda är den enda komparativa studien av det svenska

³⁰ Nyström(2011) s. 58.

³¹ Nyström(2011) s. 59.

³² T.ex. 2§ 4 st LAS och 3§ 4 st ATL.

³³ Nyström(2011) s. 66.

³⁴ Nyström(2011) s. 59.

³⁵ Främst Ds 2002:56: *Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv*.

³⁶ Däribland Adlercreutz: *Arbetstagarbegreppet* (1964), Källström & Malmberg: *Anställningsförhållandet* (2009), Engblom: *Self-employment and the personal scope of labour law: comparative lessons from France, Italy, Sweden, the United Kingdom and the United States* (2003) samt lagkommentarer från Zeteo och Karnov.

arbetstagarbegreppet. Engblom jämför ”*the concept of employee*” (arbetstagarbegreppet) i svensk, fransk, brittisk och amerikansk rätt. Doktorsavhandlingen har främst legat till grund för den svenska delen av uppsatsen, men har även tagits i beaktande vid komparationen i analys-delen av uppsatsen då jag har varit tvungen att ta ställning till hur jag ska jämföra det svenska och tyska arbetstagarbegreppet. För att underlätta komparationen valde Engblom att inordna alla länders faktorer som beaktas vid bedömningen av det nationella arbetstagarbegreppet under fyra huvud-faktorer/rubriker: (1) utför arbete personligen (2) subordination (3) ekonomiskt beroende och (4) övriga faktorer.³⁷ Jag kommer inte att använda mig av dessa huvud-faktorer/rubriker och vill i detta sammanhang motivera varför jag har valt att inte inordna de svenska och tyska faktorerna under denna modell. Anledningen är att det vore en onaturlig indelning av de tyska faktorerna då faktorn ekonomiskt beroende har en speciell betydelse i tysk rätt, vilket framkommer i den tyska delen samt analysen. Engbloms modell har alltså tagits i beaktande, men kommer inte att användas i jämförelsen mellan det svenska och tyska arbetstagarbegreppet. Beträffande rättsläget i svensk rätt har lagstiftaren inte ansett att det finns några allvarliga problem vad avser arbetstagarbegreppet som kräver lagstiftningsåtgärder. Detta konstaterades i den senaste statliga utredningen av arbetstagarbegreppets karaktär och räckvidd från 2002.³⁸

I den tyska delen har främst rättspraxis och doktrin legat till grund för uppsatsen. I doktrinen har främst läroböcker³⁹, handböcker⁴⁰ och lagkommentarer⁴¹ använts. Beträffande rättsläget i tysk rätt har lagstiftaren försökt motverka att arbetstagarbegreppet kringgås (men då inom socialförsäkringsrätten). Lagstiftaren införde 1998 och 1999 en presumtion i 7§ Socialgesetzbuch, SGB om att anställning föreligger om vissa faktorer rörande varaktighet och arbetets art med mera är uppfyllda.⁴² I doktrin har diskuterats om presumtionen i socialförsäkringsrätten även kan tillämpas inom arbetsrätten. Den övervägande uppfattningen bland arbetsrättsliga forskare är emellertid att detta inte vore lämpligt.⁴³ Vidare har en intensiv debatt pågått i tysk rätt de senaste femton åren om vilka faktorer som bör ligga till grund för bedömningen av arbetstagarbegreppet. Det har framförallt funnits skiljaktiga åsikter om hur faktorn ”ekonomiskt beroende” skall bedömas inom ramen för arbetstagarbegreppet eftersom faktorn även har betydelse för bedömningen av mellangruppen.⁴⁴ Uppsatsen behandlar emellertid enbart kortfattat den inhemska rättsvetenskapliga debatten kring det ekonomiska beroendet. Fokus i uppsatsen är den rådande bedömningen av arbetstagarbegreppet och inte hur domstolen borde beakta vissa faktorer. Beträffande mitt urval av faktorer/rubrikerna i den tyska delen utgår dessa

³⁷ För en översikt av hur Engblom har valt att dela in de amerikanska, svenska, brittiska och franska faktorerna under de fyra huvud-faktorerna/rubrikerna se Engblom (2003) s. 208.

³⁸ Se Ds 2002: 56 s. 76.

³⁹ Däribland Preis: *Arbeitsrecht* (2009) och Dütz: *Arbeitsrecht* (2009).

⁴⁰ Wlotzke (m.fl. red): *Münchener handbuch zum Arbeitsrecht* (1992).

⁴¹ Dietrich (m.fl.): *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (2008).

⁴² Perulli (2011) s. 170 f.

⁴³ Se Preis (2009) s. 66 f., Hromadka (2002) s. 15, Perulli (2011) s. 170 f.

⁴⁴ Mellangruppen benämns *arbeitsnehmerähnliche Personen* och består av uppdragstagare som är ekonomiskt beroende av en enda huvudman och är i behov av visst arbetsrättsligt skydd.

⁴⁵ Wank (2005) s. 22 f.

från redogörelsen av arbetstagarbegreppet i tre läroböcker.⁴⁶ Här har jag särskilt valt att lyfta fram (1) anställningsavtalet, (2) det personliga beroendet och (3) indicier. Anledningen till att jag inte har en längre ”lista” med faktorer (som i den svenska delen) är att det inte finns någon i rättspraxis och doktrin återkommande ”lista” på faktorer som talar för att en person är att anse som arbetstagare. Den enda relevanta faktorn (som alltid finns med i domstolens bedömning) i tysk rätt är emellertid ”personligt beroende”. Hur det personliga beroendet kopplas till andra faktorer förklaras i den tyska delen.

I EU-delen som rör det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet har ILO-rätten, rättspraxis från EU-domstolen och doktrin beaktats. Beträffande urvalet av material till EU-delen kräver detta en utförligare förklaring kring hur materialet samspelar och varför det har valts ut. I EU-delen ges först en internationell rättslig bakgrund till det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet. Inledningsvis beskrivs kortfattat utifrån ”*The Employment relationship*” av Bruno Veneziani hur anställningsförhållandet har förändrats i Europa från 1945 till 2004. Förändringen har medfört en stor rättsvetenskaplig debatt rörande anställningsförhållandet som har förflyttats från att tidigare enbart ha diskuterats bland arbetsrättsliga forskare, till att behandlas på en internationell nivå inom ramen för ILO samt inom EU-rätten.

Anledningen till att jag lyfter fram ILO är att 2006 antogs rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet där ILO:s medlemsstater rekommenderas att i lagstiftning eller på annat sätt (1) fastställa ett flertal faktorer som pekar på att ett anställningsförhållande föreligger, (2) införa en presumtion om att anställningsförhållande föreligger om vissa faktorer är uppfyllda och slutligen (3) fastställa vem som ska betraktas som arbetstagare i allmänhet eller inom en viss bransch. Vidare presenteras faktorer som kan beaktas vid fastställandet av om ett anställningsförhållande föreligger.⁴⁷ Antagandet av rekommendationen var ett resultat av en långvarig och svår debatt, men som framförallt uppmärksammade behovet av klara rättsregler för existensen av ett anställningsförhållande. Debatten inom ramen för ILO återspeglas även i EU-rätten i den rättsvetenskapliga debatten. Diskussionen på EU-nivå inleddes framförallt med grönboken ”En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar” där kommissionen frågade om det fanns ett behov av ett harmoniserat EU-rättsligt arbetstagarbegrepp.⁴⁸ Harmoniseringstanken återkommer vidare i den rättsvetenskapliga debatten i bland annat Jeff Kenners artikel ”*New Frontiers in EU-labour law: from Flexicurity to Flex-Security*” (2009) där han presenterar tre möjligheter för att utvidga arbetsrättens personkrets i EU, vilket beskrivs utförligt i kapitel fyra. I en av möjligheterna återkommer ILO:s Rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet, vilket är ytterligare en anledning till att ILO-rätten beaktas under det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet i kapitel fyra.

⁴⁶Se Preis: *Arbeitsrecht* (2009), Dütz: *Arbeitsrecht* (2009), Hromadka, *Arbeitsrecht* (2002).

⁴⁷Avsnitt 2, ILO:s rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet.

⁴⁸KOM (2006) 708 En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar.

Förutom Kenner finns det flera kända arbetsrättsliga forskare som har varit aktiva i den rättsvetenskapliga debatten rörande anställningsförhållandet, däribland Mark Freedlands och Nicola Kountouris, Alain Supiot, Simon Deakin och Guy Davidov. Av utrymmesskäl kan jag dessvärre inte behandla alla, men har valt att särskilt lyfta fram Kenner. Anledningen till detta är Kenner behandlar en harmonisering av det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet vilket framförallt är intressant då en av mina frågeställningar är om det finns ett behov av ett harmoniserat arbetstagarbegrepp och hur detta i så fall skulle kunna fastställas. I detta sammanhang måste även Freedland och Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (2011) nämnas som är ett omfattande och teoretiskt verk där författarna presenterar ett nytt analytiskt verktyg för att fastställa arbetsrättens personkrets som benämns *Personal work relations*. Av utrymmesskäl har jag valt att inte behandla *Personal work relations* eftersom det kräver utförlig redogörelse för dess innebörd för att ens kunna diskutera hur verktyget skulle kunna implementeras i EU.⁴⁹ Dessutom tar *Personal work relations* den rättsvetenskapliga debatten till en ny dimension, som visserligen är intressant, men som faller utanför min frågeställning.⁵⁰

Skälet till varför jag har valt att göra en komparativ studie av arbetstagarbegreppet i svensk och tysk rätt är dels att jag har studerat en termin på det tyska juristprogrammet och därmed kommit i kontakt med den tyska rätten, dels att länderna är tillräckligt lika för att en jämförelse ska fylla en funktion. Fördelen med att jämföra två rättssystem är att det medför ytterligare förståelse för det nationella systemet, samt utgör bredare grund för en analytisk och kritisk granskning.⁵¹ Det är framförallt intressant att göra en komparativ studie av arbetstagarbegreppet i svensk och tysk rätt för att undersöka vilka faktorer som används för att fastställa vem som är att anse som arbetstagare. Dessutom består båda rättssystemen av en mellangrupp, men i vilken utsträckning som mellangruppen används samt förhållandet till det nationella arbetstagarbegreppet skiljer sig emellertid åt. Därtill finns särregleringar i nationell rätt samt inom EU-rätten rörande arbetsrättens personkrets som är intressanta att belysa.

1.4 Avgränsningar

Målsättningen med uppsatsen är att redogöra för hur arbetstagarbegreppet och mellangruppen regleras i svensk och tysk rätt. Detta innebär att min avsikt främst är att belysa vilka faktorer som domstolen tar hänsyn till vid bedömningen av om en person är att anse som arbetstagare. Vidare belyser uppsatsen enbart det civilrättsliga arbetstagarbegreppet och behandlar därmed inte arbetstagarbegreppet inom skatte- och socialförsäkringsrätten. I kapitel 2.1 berörs emellertid hur domstolarna i svensk rätt har sett på

⁴⁹ Jfr Kenner.

⁵⁰ För en redogörelse för *Personal work relations*, se Freedland och Kountouris: *The Legal Construction of Personal Work Relations* (2011).

⁵¹ Rönnmar (2004) s. 34.

innehavandet av F-skattsedel vid bedömningen av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet.

I både svensk och tysk rätt finns personer som allmänt sett är arbetstagare, men som har undantagits från en viss lags tillämpningsområde. Ett exempel på detta i svensk rätt är den så kallade undantagskretsen i 1§ 2 st LAS som stadgar att från lagens tillämpningsområde undantas (1) arbetstagare i företagsledande ställning, (2) arbetstagare som tillhör arbetsgivarens familj, (3) arbetstagare som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll och (4) arbetstagare som är anställda med särskilt anställningsstöd, i skyddat arbete eller i utvecklingsarbete. Liknande undantag⁵² finns i motsvarande lag (*Kündigungsschutzgesetz, KschG*) i tysk rätt, där arbetstagare i småföretag har undantagits från lagens tillämpningsområde. I uppsatsen har jag inte för avsikt att redogöra för alla arbetsrättsliga lagar där arbetstagare undantas från lagens tillämpningsområde. Jag uppmärksammar emellertid i utvalda lagar att arbetstagare kan undantas från lagens tillämpningsområde. Vidare behandlar jag inte heller hur personkretsen⁵³ ser ut i alla arbetsrättsliga lagar i svensk och tysk rätt eftersom detta inte har något att göra med bedömningen av arbetstagarbegreppet.

I den inledande tyska delen beskrivs att det finns grupper (däribland Beamte) som inte är arbetstagare i tysk rätt. Eftersom grupperna inte är arbetstagare uppmärksammar jag endast att dessa inte omfattas av det tyska arbetstagarbegreppet och ger av utrymmesskäl inte en bakgrund till varför grupperna ej är arbetstagare och redogör inte heller för den speciallagstiftning som vissa av dem omfattas av.⁵⁴

1.5 Disposition

Uppsatsen består av fem kapitel. I kapitel två (2) redogörs för det svenska arbetstagarbegreppet samt regleringen av mellangruppen ”*beroende/jämställda uppdragstagare*”. I kapitel tre (3) redogörs för det tyska arbetstagarbegreppet samt regleringen av mellangruppen ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*”. I kapitel fyra (4) redogörs för det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet. EU-delen inleds med en internationellrättslig bakgrund till det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet där bland annat ILO lyfts fram. Därpå redogörs för det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet och avslutas med en redogörelse för Kenners tre möjligheter att harmonisera arbetstagarbegreppet. I kapitel fem (5) jämförs slutligen det tyska och svenska arbetstagarbegreppet samt mellangruppen. Därpå diskuteras hur EU-rätten förhåller sig till det nationella arbetstagarbegreppet samt hur det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet skulle kunna harmoniseras. Uppsatsen avslutas med några kommentarer från författaren.

⁵² Se exv. 23 § KschG.

⁵³ Vissa lagars tillämpningsområde kan förutom arbetstagare, även omfatta andra personer. Ett exempel på detta är Diskrimineringslagen i svensk rätt samt Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz i tysk rätt.

⁵⁴ För ytterligare läsning om grupperna som inte betraktas som arbetstagare se Preis (2009) s. 53 och Erfurter Kommentar (2008) §611, Rn 128 ff., s.1440 ff.

2 Svensk rätt

2.1 Allmänt om arbetstagarbegreppet

I svensk rätt görs uppdelning mellan arbetstagare och uppdragstagare. Dessutom finns även en mellangrupp i Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL), vilken beskrivs i kommande avsnitt. Begreppet arbetstagare tillämpas på flera rättsområden och har betydelse på civilrättens, skatterättens och socialrättens område. Arbetstagarbegreppets funktion är att ange gränserna för de arbetsrättsliga reglernas tillämplighet i personligt hänseende.⁵⁵

Det finns ingen definition av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet i den svenska lagstiftningen, utan begreppet har istället utarbetats genom allmänna principer som bestämts i rättspraxis från Högsta domstolen och Arbetsdomstolen.⁵⁶ Vidare har det civilrättsliga arbetstagarbegreppet i rättspraxis getts i stort sett samma innebörd i hela arbetsrätten samt delar av den allmänna civilrätten. Även om de flesta arbetsrättsliga och civilrättsliga lagar i grunden bygger på samma arbetstagarbegrepp måste emellertid syftet bakom den aktuella lagen respektive kollektivavtalet beaktas då begreppet ”arbetstagare” ytterst bygger på syftet bakom den aktuella bestämmelsen. Beträffande kollektivavtal bygger arbetstagarbegreppet på den lagstiftning som kollektivavtalet utgått ifrån, vilket innebär att arbetstagarbegreppet i kollektivavtal oftast utgår från Medbestämmandelagen.⁵⁷ Vid bedömningen av arbetstagarbegreppet (alltså vid fastställandet av om ett anställningsförhållande föreligger) tillmäts de olika faktorerna som talar för att den arbetspresterande parten är att betrakta som arbetstagare olika vikt beroende på tvistetyper, partsställning samt syftet bakom den lagstiftning respektive kollektivavtal som tillämpas.⁵⁸

Att arbetstagare omfattas av arbetsrättens regler kan exempelvis ses i 1 § 1 st i Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) och 1 § 1st i Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL). Vidare omfattas arbetstagare även av diskrimineringsförbudet i arbetslivet i Diskrimineringslagen⁵⁹ (2008:567) (DiskrL). Förutom arbetstagare omfattas även personer som gör en förfrågan om eller söker arbete, söker eller fullgör praktik, står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft även av diskrimineringsförbudet i arbetslivet.⁶⁰

⁵⁵ Adlercreutz (1964) s.15.

⁵⁶ Ds 2002:56 s. 85.

⁵⁷ Lunning, Tiojjer (Zeteo), kommentar till 1 § LAS (hämtat 03-11-12).

⁵⁸ Källström (2009) s. 27 ff.

⁵⁹ Enligt 1 § och 2 kap 1 st 1 p DiskrL får arbetsgivaren inte diskriminera på grund av kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning och ålder. Detta omfattar enligt 4 § DiskrL såväl direkt som indirekt diskriminering, trakasserier, sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera.

⁶⁰ Enligt 2 kap 1 st 1 p DiskrL.

Beträffande arbetsrättsliga lagar som undantar arbetstagare från lagens tillämpningsområde kan Anställningsskyddslagen nämnas. Genom den s.k. ”undantagskretsen” i 1 § 2 st. LAS undantas företagsledare, familjemedlemmar, hemarbetare samt arbetstagare med särskilt anställningsstöd från Anställningsskyddslagens tillämpningsområde. Lagen har därmed ett inskränkt tillämpningsområde, medan exempelvis Medbestämmandelagen har ett vidsträckt tillämpningsområde. Anledningen till detta är att lagen enligt 1 § 2 st MBL har utsträckts till att även omfatta mellangruppen ”beroende/jämställda uppdragstagare”.⁶¹ Vidare har även Diskrimineringslagen, som belysts ovan, ett vidsträckt tillämpningsområde då lagen förutom arbetstagare även omfattar andra personer.⁶²

Det civilrättsliga arbetstagarbegreppet fastslogs för första gången i NJA 1949 s. 768.⁶³ Domstolen konstaterade att en helhetsbedömning av rättsförhållandet utifrån objektiva omständigheter ska tillämpas. Av det nämnda rättsfallet följer att förutom att ta hänsyn till vad parterna avtalat samt övriga omständigheter i samband med avtalet och anställningen ska även parternas ekonomiska och sociala ställning beaktas. Vidare ska domstolen beakta vad som i allmänhet anses gälla för avtalstypen i fråga.⁶⁴ Rättsfallet har bekräftats och upprepats flera gånger i både förarbete och rättspraxis.⁶⁵

Av rättspraxis framgår att arbetstagarbegreppet är tvingande och att parterna inte själva kan bestämma huruvida en part ska anses vara arbetstagare eller uppdragstagare. Arbetsdomstolen ser allvarligt på försök att kringgå tvingande lag eller kollektivavtal. Om arbetsgivaren har ett kringgåendesyfte talar detta för att ett anställningsförhållande föreligger.⁶⁶ Detta innebär att även om parterna har slutit ett uppdragsavtal kan den arbetspresterande enligt AD 1990 nr 116 och AD 2005 nr 16 anses vara arbetstagare. Avgörande vid bedömningen blir därmed inte hur parterna valt att karaktärisera avtalet, utan hur det verkliga förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagen ser ut.

Det finns olika redogörelser för vilka de objektiva omständigheterna/faktorerna är som ska beaktas inom ramen för arbetstagarbegreppets helhetsbedömning. Fundamentalt rör det sig om samma faktorer, men uppställningen kan se lite olika ut. Arbetsrättskommittén presenterade till exempel i betänkandet SOU 1975:1 ”*demokrati på arbetsplatsen*” en lista över faktorer som bör beaktas när arbetstagarbegreppet bedöms. Listan har återupprepats i senare förarbeten, såsom arbetslivsinstitutets utredning Ds 2002:56 ”*Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv*”.

⁶¹ Ds 2002: 56 s. 82.

⁶² Zeteo: kommentar till 2 kap 1 § DiskrL (hämtat 03-11-12).

⁶³ Engblom (2003) s. 143, Källström (2009) s. 27.

⁶⁴ Adlercreutz (1964) s. 100 f., Källström (2009) s. 27.

⁶⁵ Se exempelvis AD 1958 nr 17, AD 1979 nr 155 och 1994 nr 104.

⁶⁶ Ds 2002: 56 s. 118, AD 1994 nr 66 samt RH 1998 nr 73.

Följande faktorer beaktas inom ramen för arbetstagarbegreppets helhetsbedömning: 1) den arbetspresterande utför arbetet personligen, vare sig detta nämns i avtalet eller om det får anses förutsatt mellan parterna, 2) den arbetspresterande har i så stor utsträckning som möjligt utfört arbetet själv, 3) åtagandet innebär att den arbetspresterande ställer sin arbetskraft till förfogande för arbetsuppgifter som uppkommer efterhand, 4) förhållandet mellan kontrahenterna är av mer varaktig karaktär, 5) den arbetspresterande är förhindrad att samtidigt utföra liknande arbete av någon betydelse åt någon annan, oavsett om detta grundar sig på direkt förbud eller bottnar i arbetsförhållandena, såsom exempelvis då tiden eller krafterna inte räcker till annat arbete, 6) den arbetspresterande är beträffande arbetets utförande underkastad bestämda direktiv eller närmare kontroll, vare sig detta gäller sättet för arbetets utförande, arbetstiden eller arbetsplatsen, 7) den arbetspresterande förutsätts i arbetet använda maskiner, redskap eller råvaror som huvudmannen tillhandahåller, 8) den arbetspresterande får ersättning för sina direkta utlägg, exempelvis för resor, 9) ersättningen för arbetsprestationen utgår åtminstone delvis i form av garanterad lön, 10) den arbetspresterande är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en arbetstagarare.⁶⁷ Uppräkningen av faktorer är inte uttömmande, utan även andra omständigheter kan påverka bedömningen såsom 11) verklig förändring av rättsförhållandet, 12) kringgåendesituationer, 13) lagstiftningens syfte, 14) sedvana och uppfattningar i branschen samt 15) f-skattsedel.⁶⁸

Engblom framhåller att arbetstagarbegreppet i svensk rätt är ett ”multi-faktor-test” där alla omständigheter i det enskilda målet beaktas.⁶⁹ Det finns ingen av nämnda faktorer som betraktas som ”nödvändig” eller ”tillräcklig” för att kunna fastställa att ett anställningsförhållande föreligger.⁷⁰ Faktorerna skall därmed inte ses som rekvisit som måste vara uppfyllda. Däremot måste parterna ha slutit ett avtal samt den som arbetar måste vara en fysisk person.⁷¹ Engblom understryker att det svenska arbetstagarbegreppet är ett flexibelt begrepp. Den flexibla definitionen har gjort att arbetstagarbegreppet kan anpassas till den tillämpliga lagen samt olika branscher på arbetsmarknaden. Detta har i sin tur varit möjligt eftersom arbetstagarbegreppet inte är reglerat i lagstiftning utan har utvecklats genom rättspraxis.⁷² Arbetstagarbegreppets omfattning har ökat under 1900-talet och utvecklingen har gått mot ett mer vidsträckt och enhetligt begrepp i ett försök att ge alla löntagare ett arbetsrättsligt skydd.⁷³

Den senaste kartläggningen av arbetstagarbegreppet gjordes 2002 då regeringen gav arbetslivsinstitutet i uppdrag att se över centrala delar av arbetsrätten. Översynen i Ds 2002:56 omfattade bland annat gränssdragningen mellan arbetstagarare och uppdragstagarare samt om det fanns ett behov av en mellangrupperkategorier. Utredningen kom fram till att det inte

⁶⁷ SOU 1975: s. 722, Prop. 1976/77:90 s 20 f.

⁶⁸ Ds 2002:56 s. 116 ff.

⁶⁹ Engblom (2003) s. 144.

⁷⁰ Engblom (2003) s. 149.

⁷¹ Engblom (2003) s. 149.

⁷² Engblom (2003) s. 144.

⁷³ Ds 2002:56 s. 82.

fanns allvarliga problem som motiverade att arbetstagarbegreppets personkrets skulle justeras i lagstiftning. De problem som förelåg skulle istället lösas i rättspraxis.⁷⁴ Vidare fanns inget behov av att, förutom mellangruppen ”beroende/jämställda uppdragstagare” i 1 § 2 st. MBL, införa en mellangruppskategori och på så sätt utvidga arbetsrättens personkrets i övriga lagar.⁷⁵ Regeringen uttalade 2007 då arbetsmarknadsdepartementet gav synpunkter på kommissionens grönbok ”en modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar” att bedömningen från 2002 års översyn stod fast.⁷⁶

En annan fråga som kan komplicera bedömningen av om en person ska betraktas som arbetstagare är innehavande av F-skattsedel. Enligt 4 kap 5 § Skattebetalningslagen skall den som innehar F-skattsedel anses bedriva näringsverksamhet och är därmed uppdragstagare. Bestämmelsen är skatterättslig och har inte något att göra med om den arbetspresterande är uppdragstagare respektive arbetstagare i arbetsrättslig mening, vilket följer av AD 2008 nr 4, AD 2008 nr 50 och AD 2005 nr 16. Rättsfallen visar emellertid att F-skattsedel är en faktor som beaktas vid domstolens helhetsbedömning, men är inte avgörande.

I den senaste granskningen av F-skattesystemet fick utredaren i uppdrag att analysera vilken påverkan det kan ha på det civilrättsliga arbetstagarbegreppet att utgångspunkten att den som bedöms bedriva näringsverksamhet på det ena rättsområdet även bör göra det inom andra områden.⁷⁷ I SOU 2008:76 kom utredaren fram till att det är realistiskt att skapa ett enhetligt arbetstagarbegrepp som bygger på den skatterättsliga bedömningen.⁷⁸ Samuel Engblom, som var en av de fackliga experterna i utredningen, anser att det är viktigt att innehavandet av F-skattsedel inte tillmäts mer vikt än vad det gör idag vid bedömningen av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet. Anledningen till detta är främst att definitionen av näringsverksamhet bygger på den skatterättsliga lagstiftningen och att det finns en risk att skatteverket skulle ta kontrollen över arbetsdomstolens bedömning genom att utfärda ”arbetsrättsliga frisedlar”. F-skattsedel är en av faktorerna som beaktas vid Arbetsdomstolens helhetsbedömning, men samtidigt påpekar Engblom att utanför domstolens rättstillämpning skapar F-skattsedel redan en presumtion hos folk i allmänhet att en arbetspresterande med F-skattsedel är att betrakta som uppdragstagare. Engblom nämner framförallt mediabranschen som exempel på branscher där arbetstagare tvingas bli ”ofrivilliga företagare”.⁷⁹

Arbetstagare kan delas in i olika ”kategorier”. Beträffande arbetare och tjänstemän i svensk rätt, är detta en uppdelning som grundar sig på facklig organisationstillhörighet. Med arbetare menas typiskt sett arbetstagare som

⁷⁴ Ds 2002: 56 s. 75 f.

⁷⁵ Ds 2002: 56 s. 133 f.

⁷⁶ Arbetsmarknadsdepartementets synpunkter på grönboken:

http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/1_6_se.pdf (hämtat 04-11-12).

⁷⁷ Dir. 2007:116 s. 4.

⁷⁸ Källström (2009) s. 33.

⁷⁹ Engblom: <http://www.utredarna.nu/samuelsingblom/2012/01/22/ofrivilliga-foretagare-urholkar-arbetsratten/> (hämtat: 05-11-12).

utför arbete inom Landsorganisationen i Sverige:s (LO) avtalsområden, medan tjänstemän utför arbete inom Tjänstemännens centralorganisations (TCO) eller Sveriges akademikers centralorganisations (SACO) avtalsområden.⁸⁰ Indelningen har betydelse eftersom arbetsgivare ofta är bundna av olika kollektivavtal för arbetare och tjänstemän eftersom den fackliga organisationen, som ovan nämnt, är uppdelad i arbetarförbund (LO) och tjänstemannaförbund (TCO/SACO). Uppdelning mellan arbetare och tjänstemän har emellertid kommit att bli mindre viktig på senare år då så kallade medarbetaravtal har införts. Med medarbetaravtal avses ett kollektivavtal som innehåller samma eller likartade bestämmelser för arbetare och tjänstemän.⁸¹

2.2 Faktorer som beaktas i svensk rätt och deras betydelse

2.2.1 Anställningsavtal

En grundförutsättning för att en person ska anses som arbetstagare är att det finns ett avtal som reglerar förhållandet mellan parterna.⁸² Generellt sett spelar det enligt rättspraxis ingen roll hur parterna karaktäriserar avtalet, utan istället ska en helhetsbedömning av alla omständigheter som är av betydelse i varje enskilt fall beaktas.⁸³ Vidare finns det inget formkrav för avtalet – det kan vara skriftligt, muntligt eller konkludent ingånget. LAS stadgar dock att arbetsgivaren enligt 6 § c-d LAS är skyldig att lämna skriftlig information om anställningsvillkor som är av väsentlig betydelse för anställningsförhållandet.⁸⁴ Bestämmelsen bör ses mot bakgrund av rådets direktiv från 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.⁸⁵

Att förhållandet mellan parterna ska vila på avtalsrättslig grund har beästs ibland annat AD 1982 nr 105. Tvisten handlade om huruvida en förälder som deltagit i förskolans verksamhet en gång i månaden mot nedsättning av avgiften var att anse som arbetstagare. Domstolen påpekade att det inte finns några formkrav för anställningsavtalet och att det även kan vara konkludent ingånget. Att det inte krävs en uttrycklig viljeförklaring från parternas sida bekräftas även i AD 1981 nr 131. I AD 1982 nr 105 menade domstolen att det var otvivelaktigt att rättsförhållandet mellan parterna vilade på avtalsrättslig grund eftersom kommunen hade träffat skriftligt avtal med föräldrarna om att de skulle delta i förskoleverksamheten. Föräldrarnas arbetsinsatser innebar en icke obetydlig avlastning för ordinarie personal och dessutom ersatte föräldern den fasta personalen under semestrar.

⁸⁰ Se AD 2006 nr 87 och AD 2010 nr 69 om principer för bestämning av avtalstillhörighet.

⁸¹ Rönmar (2004) s. 148 f. och 167, Sigeman (2010) s. 26 f.

⁸² Ds 2002:56 s. 116, Sigeman (2010) s. 26, Källström (2009) s. 24.

⁸³ Se exv. AD 1994 nr 130, AD 2005 nr 16.

⁸⁴ Karnov, kommentar till 6 § c-d LAS (hämtat 03-11-12).

⁸⁵ Se direktiv 1991/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.

Domstolen ansåg därmed att föräldern var att anse som arbetstagare och att kommunen var skyldig att tillämpa tillämpligt kollektivavtal. Kommunen blev i och med detta skadeståndsskyldig för att inte ha tillämpat kollektivavtalet på föräldern.⁸⁶ Rättsfallet visar att även föräldrar som medverkar i förskoleverksamhet kan betraktas som arbetstagare.

Det finns även andra personer som i allmänhet inte brukar uppfattas som arbetstagare, men som faller in under arbetstagarbegreppet. Ett exempel på detta är utbildning och praktiktjänstgöring. Huvudregeln är att praktikavtal och elevavtal är ett slags anställningsavtal och oberoende av om den arbetspresterande uppbär lön från huvudmannen är praktikanten arbetstagare, vilket har tillämpats strikt i rättspraxis.^{87 88}

I AD 1995 nr 132 gällde tvisten en person som efter beslut av länsarbetsnämnd blivit tilldelad en ungdomspraktik enligt den nu upphävda lagen (1992:32) om ungdomspraktikanter. Lagen stadgade att ungdomar inte skulle anses som arbetstagare vid arbetsplatspraktik. Det uttryckliga undantaget gav visserligen domstolen ett litet utrymme att betrakta ungdomspraktikanten som arbetstagare om det visade sig att arbetsgivaren samt arbetstagaren lämnat felaktiga uppgifter i syfte att kringgå lagen för att erhålla ekonomiska fördelar. I det aktuella fallet hade dock inte huvudmannen eller ungdomspraktikanten lämnat felaktiga uppgifter för att kringgå kollektivavtalet vilket medförde att undantaget i lagen var tillämpligt och ungdomspraktikanten ansågs därmed inte som arbetstagare.⁸⁹

Det nämnda rättsfallet visar att praktikanter som huvudregel är arbetstagare, men ej då det finns ett uttryckligt undantag. Om det skulle visa sig att arbetsgivaren samt den arbetspresterande har lämnat felaktiga uppgifter för att kringgå arbetsrättens regler är emellertid inte undantaget tillämpligt. Frågan uppkom i AD 2012 nr 59 där en person som genomgått elprogrammet på gymnasiet anvisats praktik enligt Socialtjänstlagen (StjL). Praktikanten hade tidigare varit anställd hos bolaget och efter avslutad anställning fått en tillsvidareanställning som lärling. Enligt 4 kap 6 § StjL ska den som praktiserar eller deltar i annan kompetenshöjande åtgärd inte anses som arbetstagare. Tvisten gällde om praktikanten trots undantaget i 4 kap 6 § StjL var att betrakta som arbetstagare. Arbetsdomstolen fastslog att praktikanten var att betrakta som arbetstagare enligt det civilrättsliga arbetstagarbegreppet eftersom personen under praktiken ”utfört arbete på i huvudsak samma sätt som andra anställda lärlingar hos bolaget”. Bolaget hade vidare lett och fördelat arbetet samt tillhandahållit arbetsredskap. Enligt domstolen var dock undantaget i Socialtjänstlagen tillämpligt eftersom parterna inte hade lämnat oriktiga uppgifter till socialtjänsten i syfte att kringgå kollektivavtal och därmed erhålla ekonomiska fördelar. Mot bakgrund av detta ansåg Arbetsdomstolen inte att personen var att betrakta som arbetstagare under praktiktiden.⁹⁰

⁸⁶ AD 1982 nr 105.

⁸⁷ Källström (2009) s. 35.

⁸⁸ Se exv. AD 1995 nr 132, AD 1995 nr 95, AD 1981 nr 110 och AD 1981 nr 71.

⁸⁹ AD 1995 nr 132.

⁹⁰ AD 2012 nr 59.

Att det måste finnas ett avtal som reglerar förhållandet mellan parterna gäller även i uthyrningssituationer. I AD 2006 nr 24 ansåg domstolen inte att anställningsförhållande förelåg då ett antal personer arbetade för ett industriföretag. Domstolen menade att övervägande skäl talade för att avtalet avsåg uthyrning av arbetskraft och inte förmedling av arbetskraft. Industriföretaget var därmed inte skyldig att tillämpa det aktuella kollektivavtalet. En anledning till detta var att avtalet hade karaktäriserat som hyresavtal, vilket även om det inte var avgörande, visade parternas intentioner. Vidare var uthyraren ekonomiskt ansvarig för arbetskraften och industriföretaget betalade ersättningen direkt till det uthyrande företaget.⁹¹

Beträffande avtalets karaktärisering är inte domstolen bunden av hur parterna själva betecknat eller uppfattat rättsförhållandet. Avgörande är istället hur anställningsavtalet tillämpas i praktiken.⁹² Vid bedömningen tas den sakliga innebörden av anställningsvillkoren samt arbetets utförande i beaktande.⁹³ Ett exempel på detta är AD 1981 nr 58 där en kommun anlitat en målare. Parterna var från början överens om att det rörde sig om ett uppdragsförhållande, men då målaren fick kontinuerliga uppdrag och arbetet utfördes under kommunens ledning och kontroll ansåg domstolen att ett uppdragsavtal inte längre var för handen. Trots att parterna hade karaktäriserat avtalet som uppdragstagsavtal hade förhållandet mellan parterna gradvis förändrats och för att kommunen skulle kunna avsluta anställningsförhållandet krävdes saklig grund.⁹⁴

2.2.2 Ledning och kontroll

Att arbetet utförs under arbetsgivarens ledning och kontroll samt att det finns en lydnessplikt kännetecknar ofta att ett anställningsförhållande är för handen.⁹⁵ Subordination är således en viktig del av anställningsförhållandet och att arbetsgivaren bestämmer vilka arbetsuppgifter arbetstagaren ska ha. Även om arbetet är okontrollerat måste arbetet vara inordnat i arbetsgivarens organisation vilket stadgas i AD 1990 nr 116, NJA 1996 s. 311 och RH 1998 nr 73.⁹⁶

Arbetstagaren behöver inte bli kontinuerligt kontrollerad, men den som utför arbetet måste vara underordnad huvudmannen. Att arbetstagaren är mer sakkunnig än arbetsgivaren och att huvudmannen därmed inte kontrollerar arbetet är enligt NJA 1973 s. 501 inte en omständighet som talar för ett uppdragsförhållande. Liknade bedömning gjorde domstolen i AD 1981 nr 172 som rörde artister som anställda av en kommun för en operaturné. Artisterna betraktades som arbetstagare gentemot kommunen trots att huvudmannen inte hade direkt kontroll över arbetets utförande. Kommunen bestämde emellertid över tid och plats för operaturnéns

⁹¹ AD 2006 nr 24.

⁹² Se exv. AD 2005 nr 16.

⁹³ Se exv. AD 2005 nr 33.

⁹⁴ AD 1981 nr 58.

⁹⁵ Sigeman (1964) s. 244.

⁹⁶ Källström (2009) s. 28, Ds 2002:56 s. 11.

föreställningar. Vidare hade artisterna en personlig arbetskyldighet gentemot huvudmannen samt ställde sin arbetskraft till förfogande under en längre tid.⁹⁷

2.2.3 Varaktighet och sysselsättningsgrad mm

Det krävs att arbetet är varaktigt, men detta betyder dock inte att arbetet måste utföras under en längre tid vilket AD 1998 nr 11 är exempel på. Fallet gällde en person som skött den ekonomiska förvaltningen som deltidssyssla på ett pastorat och huruvida denne var att anse som arbetstagare. Domstolen kom fram till att anställningsförhållande förelåg och att det inte spelade någon roll att arbetet var av tillfällig karaktär.

Personer som anställs för några dagar eller till och med några timmar är arbetstagare under tiden som arbetet utförs. Domstolen fastställde i AD 1990 nr 116, AD 1995 nr 26 samt RH 1998 nr 73 att även bisyssla kan grunda anställning. Arbetet måste dock genomföras i enlighet med vanliga arbetsförhållanden. I AD 1995 nr 26 träffade en anställd arkitekt avtal med sin tidigare arbetsgivare om att fortsätta arbeta för denne, men som uppdragstagare genom ett eget bildat aktiebolag. Trots att arbetstagaren frivilligt hade ingått överenskommelsen ansåg domstolen att arkitekten utförde samma arbete som tidigare och rättsligt sett fortfarande var att anse som arbetstagare.

2.2.4 Bara en huvudman

Om arbetstagaren är förhindrad att utföra arbete av betydelse för någon annan, vare sig detta beror på ett direkt förbud eller att personen inte har tid eller kraft att arbeta för någon annan, talar detta för att personen är arbetstagare.⁹⁸ I NJA 1996 nr 311 hade en person som hade ett kommanditbolag träffat avtal med ett annat bolag som senare gick i konkurs. Tvisten avsåg om den arbetspresterande trots att han ägde kommanditbolaget skulle anses som arbetstagare vid tillämpandet av lagen om statlig lönegaranti vid konkurs. Domstolen ansåg att omständigheterna i målet talade för att den arbetspresterande var arbetstagare och att denne hade rätt till statlig lönegaranti. Anledningen till detta var att personen var förhindrad att utföra arbete av betydelse för någon annan. Enligt AD 1979 nr 12 föreligger det vidare inte något hinder mot att en arbetstagare har flera arbetsgivare samtidigt.

2.2.5 Tillhandahållande av maskiner och redskap

Att huvudmannen tillhandahåller utrustning och dylikt talar för att ett anställningsförhållande föreligger, vilket kan ses i AD 1995 nr 26 samt NJA 1996 s. 311. Hänsyn måste dock tas till vad som anses brukligt inom

⁹⁷ AD 1981 nr 172.

⁹⁸ Ds 2002:56 s. 117.

branschen. I AD 1995 nr 26 ansågs en person som arbetade på ett kontor som arbetstagare eftersom denne använde sig av bolagets datorer samt material. Domstolen kom till motsatt utgång i AD 1981 nr 121 eftersom de arbetspresterande själva tillhandahöll utrustningen. I rättsfallet hade ett åkeriföretag överlåtit tankbilar till anställda chaufförer som i sin tur utförde transporter åt åkeriföretaget. Domstolen lade framförallt vikt vid att den lokala arbetstagarorganisationen hade accepterat att chaufförerna var uppdragstagare samt att arbetsgivaren inte hade något kringgåendesyfte.

2.2.6 Vederlagets form

Krav på adekvat vederlag för utfört arbete samt att den arbetspresterande får ersättning för direkta utlägg såsom resor indikerar att ett anställningsförhållande föreligger.⁹⁹ AD 1990 nr 116 handlade om en parkeringsvakt som arbetade som uppdragstagare eftersom han hade en enskild firma. Trots detta ansåg domstolen att arbetstagaren var att betrakta som arbetstagare eftersom nästan alla omständigheter vid helhetsbedömningen talade för att ett anställningsförhållande förelåg. Domstolen menade att huvudmannen haft ett kringgåendesyfte och framhöll att arbetstagarbegreppet är tvingande.¹⁰⁰

2.2.7 Verklig förändring av rättsförhållandet samt kringgåendesituationer

Den arbetspresterande kan utföra arbete hos en arbetsgivare där denne tidigare har varit anställd. Om arbetsgivaren har ett kringgåendesyfte talar detta för att avtalet ska anses vara ett anställningsförhållande. För att en person som tidigare har varit anställd hos ett företag ska anses vara uppdragstagare vid ett nytt avtal krävs att en verklig förändring har skett i relation till anställningsförhållandet.¹⁰¹

Fenomenet ”ofrivilliga företagare” inom mediabranschen var uppe för prövning i AD 2012 nr 24. Tvisten rörde en programledare för ett radioprogram som träffat tidsbegränsat avtal med Sveriges Radio. Journalisten hade tidigare haft olika visstidsanställningar hos bolaget. Trots att avtalet var formulerat som ett uppdragsavtal påpekade domstolen att avgörande är inte hur parterna uppfattat avtalet, utan hur avtalsförhållandet samt förhållandena ser ut i verkligheten. Arbetstagarbegreppet är tvingande till arbetstagarens fördel och det går inte att åsidosätta den arbetsrättsliga lagstiftningen genom avtal i enlighet med tidigare praxis.¹⁰² Arbetsdomstolen ansåg vid helhetsbedömningen att journalisten var att betrakta som arbetstagare. Journalisten hade personlig arbetskyldighet och arbetet skilde sig inte åt från övriga anställda. Vidare hade journalisten använt sig av Sveriges Radios arbetsutrustning för arbetet med radioprogrammet samt även haft tillgång till skrivbord, telefon och e-

⁹⁹ Adlercreutz (1964) s. 276 f., Ds 2002: 56 s. 117.

¹⁰⁰ Sigeman (2010) s. 30.

¹⁰¹ Se NJA 1975 s. 199, AD 1974 nr 3, AD 2005 nr 16.

¹⁰² Se exv. AD 2005 nr 16.

postadress hos Sveriges Radio. Arbetsdomstolen betonade att för att en person, som tidigare varit anställd på ett bolag, ska betraktas som uppdragstagare krävs en verklig förändring av den arbetspresterandes arbetsuppgifter samt ställning på bolaget. Mot bakgrund av vad som framkom i målet ansåg inte Arbetsdomstolen att Sveriges Radio hade kunnat visa att journalistens arbete skiljde sig åt från det arbete som programledaren tidigare utfört som anställd. Journalisten skulle därmed betraktas som arbetstagare.¹⁰³

Målet är intressant eftersom det är vanligt inom mediabranschen att journalister tvingas bli uppdragstagare för att få jobb. Det aktuella fallet skulle enligt Engblom kunna vara utgångspunkt för diskussion kring kontraktsformer inom public service.¹⁰⁴ Fallet bör även ses mot bakgrund av AD 2005 nr 16, där tvisten rörde om en producent som arbetade för ett TV-program var att anse som arbetstagare eller uppdragstagare. Parterna hade träffat ett uppdragsavtal, men domstolen beaktade i linje med AD 1979 nr 177 och AD 1981 nr 18 inte hur parterna själva betecknat avtalet, utan hur parternas relation såg ut i verkligheten. Domstolen tillmätte stor vikt vid att den arbetspresterande tidigare varit anställd hos företaget och att arbetsuppgifterna i princip var de samma som vid den tidigare anställningen. Producenten var fortfarande underställd arbetsgivarens ledning och kontroll och hade dessutom samma lön som vid anställningen. Trots att personen hade enskild firma samt F- skattsedel ansåg domstolen att arbetet hade utförts under sådana omständigheter att personen var att betrakta som uppdragstagare. Producenten hade i princip varit tvingad att träffa uppdragsavtal för att få jobb på företaget vilket även beaktades i helhetsbedömning.¹⁰⁵

Att en verklig förändring måste ha skett i den arbetspresterande partens ställning exemplifieras i AD 1996 nr 37 samt AD 1994 nr 130. I det senare rättsfallet tillmättes framförallt stor vikt vid att de tidigare anställda försäkringstjänstemännen själva tagit initiativ till att bilda bolag. Detta tydde på att det inte funnits något kringgåendesyfte från arbetsgivarens sida.¹⁰⁶

Beträffande tidigare anställd personal kan en person förutom att senare få anställning som uppdragstagare även få en praktikplats på företaget. Den som utför arbete i utbildningssyfte är som utgångspunkt arbetstagare även om personen i fråga inte uppbär någon lön.¹⁰⁷ Av det tidigare nämnda rättsfallet AD 2012 nr 59 följer emellertid att om det inte finns något kringgåendesyfte eller om oriktiga uppgifter har lämnats, gäller undantag i speciallagstiftning.

¹⁰³ AD 2012 nr 24.

¹⁰⁴ Engblom: <http://www.utredarna.nu/samuelengblom/2012/01/22/ofrivilliga-foretagare-urholkar-arbetsratten/> (hämtat: 05-11-12).

¹⁰⁵ AD 2005 nr 16.

¹⁰⁶ Se även AD 1994 nr 34.

¹⁰⁷ Källström (2009) s. 35.

2.2.8 Sedvana och uppfattningar i branschen

Sedvanan i branschen blir av avgörande betydelse vid bedömningen av arbetstagarbegreppet. Ett exempel på detta är NJA 1992 s. 768 där en skådespelerska efter att ha arbetat med en reklamfilm under en dag ville ha ersättning enligt reglerna för den statliga lönegarantin. Skådespelerskan hänvisade till ett kollektivavtal som stadgade att anställningsförhållande förelåg då personer anlitas för att spela in film. HD ansåg att det var normalt i branschen att skådespelare anlitas under en eller två dagar och att kvinnan trots den korta anställningen var att anse som arbetstagarare och därmed anställd hos bolaget.¹⁰⁸

Att sedvana i branschen bör ges stor tyngd fastställdes redan i det tidigare nämnda rättsfallet NJA 1949 s. 768 där domstolen påpekade att ”ledning kan hämtas från uppfattningen om rättsläget som mera allmänt gjort sig gällande”.¹⁰⁹ I senare rättsfall har domstolen tenderat att följa branschpraxis om det finns ett vedertaget arbetstagarbegrepp i kollektivavtal eller i branschpraxis.¹¹⁰ Sedvanan i branschen är särskilt avgörande då kollektivavtal har slutits på central nivå eftersom centrala kollektivavtal anses återspegla den allmänna rättsuppfattningen. Detta bör ses mot bakgrund av kollektivavtals starka ställning i svensk rätt och hur betydelsefullt kollektivavtalet är som rättskälla.¹¹¹

I rättspraxis har framförallt sedvanan i journalistbranschen granskats. Som exempel kan AD 1994 nr 104 nämnas där journalistförbundets så kallade frilansavtal var uppe för prövning. Domstolen tycks i fallet inte göra en enskild bedömning av huruvida ett anställningsförhållande förelåg, utan höll sig till den allmänna rättsuppfattningen i branschen, vilket medförde att personen betraktades som uppdragstagarare.¹¹² Domstolen beaktade därmed inte faktorer i målet såsom att arbetet utgjorde den frilansande journalistens största inkomstkälla och att personen därmed var ekonomiskt beroende av huvudmannen. Dessutom beaktades inte heller att personen hade arbetat länge på tidningen.¹¹³ Rättsfallet visar att arbetstagarbegreppet följer branschens allmänna uppfattning och om det finns ett vedertaget arbetstagarbegrepp i kollektivavtal tenderar arbetsdomstolen att följa detta. Detta innebär därmed att domstolen inte gör en prövning av omständigheterna i det individuella fallet och beaktar till exempel inte, som i det nämnda rättsfallet, att journalisten var ekonomiskt beroende av huvudmannen.¹¹⁴

¹⁰⁸ NJA 1992 s. 631.

¹⁰⁹ Sigeman (1964) s. 265.

¹¹⁰ AD 1994 nr 66, AD 1994 nr 104, AD 1998 nr 138.

¹¹¹ Ds 2002: 56 s. 121.

¹¹² Ds 2002: 56 s. 121.

¹¹³ Se AD 1994 nr 104.

¹¹⁴ Ds 2002: 56 s. 132.

2.2.9 Social och ekonomisk faktor

En annan faktor som beaktas vid bedömningen av arbetstagarbegreppet är om den arbetspresterande i både socialt och ekonomiskt hänseende kan jämföras med en arbetstagarare. Domstolen beaktar framförallt om den arbetspresterande befinner sig i en beroendeställning till huvudmannen och om förhållandet till denne är otryggt, vilket följer av AD 1982 nr 134, AD 1978 nr 7 och AD 1979 nr 12.¹¹⁵

Innebörden av faktorn har ställts på sin spets i ett antal rättsfall¹¹⁶ där avtalet mellan den arbetspresterande och huvudmannen har utformats som arrendeavtal. Vidare har flera rättsfall¹¹⁷ handlat om uthyrning av arbetsplatser och har då främst rört uthyrning av frisörstolar.¹¹⁸ Ett rättsfall som rörde frisörstolar är AD1982 nr 134. Domstolen sade att som utgångspunkt skall den arbetspresterande vid uthyrning av frisörstol anses som arbetstagarare på grund den beroendeställning som personen intar gentemot frisörsalongens innehavare. I det nämnda fallet var dock den som hyrde frisörstolen mycket framstående och hade ett betydande företagarkapital. Detta gjorde i sin tur att den arbetspresterande inte befann sig i ett otryggt förhållande till innehavaren av frisörsalongen. Mot bakgrund av alla omständigheter i fallet kom domstolen vid helhetsbedömningen fram till att personen inte var att anse som arbetstagarare.¹¹⁹ Rättsfallet är intressant eftersom domstolen lade extra vikt vid det ekonomiska beroendet.

I senare rättsfall har inte det ekonomiska beroendet ställts på sin spets i samma utsträckning som i rättsfallen runt 1980. Däremot bekräftar domstolen i senare rättsfall¹²⁰ att en av faktorerna som domstolen ska beakta vid bedömningen av arbetstagarbegreppet är om den arbetspresterande i socialt och ekonomiskt hänseende kan jämföras med en arbetstagarare. Som exempel kan AD 2005 nr 33 nämnas där Arbetsdomstolen fastställde en tingsrättsdom som fastslog att en skorstensfejarmästare som utfört sotningsverksamhet för en kommun inte var att anse som arbetstagarare. Tingsrätten lyfte särskilt fram att den arbetspresterande inte deltagit i huvudmannens personalfester och inte heller på annat sätt i socialt hänseende kunde betraktas som arbetstagarare. Vidare hade personen inte heller deltagit i löneförhandlingar.¹²¹

2.2.10 Kommentar

Vid bedömningen av det svenska arbetstagarbegreppet utgår domstolen från ovan nämnda faktorer. Hur dessa samspelar med varandra samt vad som

¹¹⁵ Ds 2002: 56 s. 117.

¹¹⁶ Jfr AD 1969 nr 31.

¹¹⁷ Jfr AD1978 nr 7, AD 1979 nr 12 och AD 1982 nr 134.

¹¹⁸ Zeteo, kommentar till 1§ MBL (hämtat 03-11-12).

¹¹⁹ Se AD1982 nr 134.

¹²⁰ Se AD 1994 nr 130, AD 2005 nr 18 och AD 2005 nr 33.

¹²¹ Se AD 2005 nr 33 (Hässleholms tingsrätts dom från den 24 juni 2004 i mål T 1480-03 är bifogad som bilaga i domen).

skiljer det svenska och tyska arbetstagarbegreppet åt beskrivs i analys-delen i kapitel fem. Nedan följer beskrivning av mellangruppen i svensk rätt.

2.3 Mellangruppen ”beroende/jämställda uppdragstagare”

Förutom arbetstagare och uppdragstagare, finns även en mellangrupp i svensk rätt. Mellangruppen ”beroende/jämställda uppdragstagare” infördes¹²² i svensk rätt på 1940-talet och omfattas idag av Medbestämmandelagen.¹²³ Lagen rör förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare och omfattar frågor såsom föreningsrätt, förhandlingsrätt, rätt till information, kollektivavtal och medling.¹²⁴

Medbestämmandelagen stadgar inledningsvis att lagen är tillämplig på förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.¹²⁵ I 1 § 2 st. MBL står det vidare att den som ”utför arbete åt annan och därvid ej är anställd hos denne men har en ställning av väsentligen samma slag som en anställd” ska anses som arbetstagare vid tillämpningen av lagen. Genom bestämmelsen ges därmed ”beroende/jämställda uppdragstagare” fackliga rättigheter, men omfattas inte av övrig arbetsrättslig lagstiftning såsom LAS.¹²⁶ Det är emellertid möjligt att sluta kollektivavtal som ”beroende/jämställda uppdragstagare” omfattas av och på så vis se till att mellangruppen får samma arbetsrättsliga skydd som andra arbetstagare.¹²⁷

Mellangruppens rättsliga status har länge ifrågasatts i svensk rätt. En fråga som har diskuterats är om mellangruppen fyller någon funktion och vilka yrkeskategorier som egentligen omfattas av 1 § 2 st. MBL. En annan fråga är om det finns skyddsvärda grupper som faller utanför arbetsrättens tillämpningsområde och om det därmed, förutom 1 § 2 st. MBL, finns behov av att införa en mellangrupp i övrig arbetsrättslig lagstiftning.

I den senaste statliga utredningen som arbetslivsinstitutet genomförde 2002 utreddes om arbetsrättens personkrets skulle utvidgas till att även omfatta en mellangruppskategori och på så sätt tillfredsställa behovet av flexibilitet på arbetsmarknaden. Arbetsinstitutets slutsats var att förutom mellangruppen i 1 § 2 st. MBL, fanns det inget behov av att utvidga arbetsrättens regler till att omfatta andra yrkeskategorier.¹²⁸ Behovet av en mellangrupp uppmärksammades även i Kommissionens grönbok från 2006. Regeringens svar i mars 2007 var att Arbetslivsinstitutets bedömning från 2002 stod fast.¹²⁹

¹²² Jfr. 1945 års semesterlag, 1928 års lag om kollektivavtal, 1928 års lag om arbetsdomstol, 1936 års lag om förenings och förhandlingsfrihet.

¹²³ Prop. 1975/76: 105 s. 232 f., SOU 2008: 76 s. 77.

¹²⁴ För utförlig beskrivning av tillämpningsområdet för MBL se SOU 1994:141 s. 67-180.

¹²⁵ 1 § 1st MBL.

¹²⁶ Källström (2009) s. 22.

¹²⁷ Sigeman (2010) s. 38.

¹²⁸ Ds 2002: 56 s. 134.

¹²⁹ Arbetsmarknadsdepartementets synpunkter på grönboken: en modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar: http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/1_6_se.pdf s.7. (hämtat 12-12-12).

Även om det hade funnits ett behov av att införa en mellangrupp i svensk arbetsrättslagstiftning menade Arbetslivsinstitutet att detta skulle bli problematiskt eftersom de personer som befinner sig i en gråzon mellan arbetstagare och uppdragstagare skiljer sig åt från varandra. Det skulle framförallt bli svårt att införa klara och enkla rättsliga kännetecken för gruppen som var förutsägbara. Dessutom skulle två nya gränsdragningsproblem mellan arbetstagare-mellangruppen samt mellangruppen-uppdragstagare uppkomma. Arbetslivsinstitutet påpekade vidare att alla som utför arbete omfattas till exempel redan av arbetsmiljölagstiftningen. Dessutom är det möjligt att skydda särskilt utsatta yrkesgrupper genom att sluta kollektivavtal som omfattar mellangruppen.¹³⁰

Om utredningen hade kommit fram till att skyddsvärda grupper faller utanför arbetsrättens tillämpningsområde hade det funnits två möjligheter - antingen hade man kunnat införa en mellangrupp eller justera gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare. Frågan som framförallt kan ställas är om domstolen i tillräcklig utsträckning beaktar omständigheten att den arbetspresterande är ekonomiskt beroende av huvudmannen vid bedömningen av om en person är att betrakta som arbetstagare eller uppdragstagare. Utgångspunkten är att omständigheten att den arbetspresterande är ekonomiskt beroende av huvudmannen talar för att denne skall betraktas som arbetstagare.¹³¹ Samtidigt talar omständigheten att den arbetspresterande har möjlighet att avböja uppdraget emot ett anställningsförhållande.¹³² Om den arbetspresterande är ekonomiskt beroende av uppdraget för sin fortsatta försörjning kan det emellertid ifrågasättas om den arbetspresterande i realiteten har möjlighet att avböja ett uppdrag. Det ekonomiska beroendet borde därmed inom ramen för helhetsbedömningen lyftas fram mer enligt arbetslivsinstitutets bedömning. Hur mycket vikt som domstolen bör lägga vid den arbetspresterande partens ekonomiska beroende är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet. Det räcker emellertid inte att det endast finns ett ekonomiskt beroende mellan parterna, utan det måste finnas ytterligare tillknytningsfaktorer till huvudmannen.¹³³

Beträffande mellangruppen i 1§ 2 st. MBL brukar den allmänna uppfattningen vara att mellangruppen redan omfattas av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet, vilket gör att många argumenterar för att kategorin ”beroende/jämställda uppdragstagare” är föråldrad.¹³⁴ Vid framarbetandet av 1979 års Jämställdhetslag utgick till exempel lagstiftaren från att mellangruppen redan omfattades av arbetstagarbegreppets personkrets och därmed fanns det inte några bestämmelser i lagen som rörde kategorin.¹³⁵ Mellangruppens rättsliga status har även ifrågasatts i rättspraxis. I AD 1985 nr 57 ifrågasatte Arbetsdomstolen om mellangruppen ”beroende/jämställda

¹³⁰ Ds 2002:56 s. 134.

¹³¹ AD 1978 nr 7.

¹³² AD 1994 nr 104.

¹³³ Ds 2002:56 s. 131ff.

¹³⁴ Engblom(2003) s. 161.

¹³⁵ Prop. 1978/79 s. 110.

uppdragstagare” behövs i svensk rätt, framförallt då det civilrättsliga arbetstagarbegreppet med tiden har blivit mer och mer vidsträckt. Arbetsdomstolen menade att yrkesgrupper som tidigare har omfattats av mellangruppskategorin redan omfattas av arbetstagarbegreppet och därmed även av den arbetsrättsliga lagstiftningen.¹³⁶

Påståendet om att det inte skulle finnas något utrymme att tillämpa mellangruppen har dock kritiserats i den rättsvetenskapliga litteraturen. En av de kritiska arbetsrättsliga forskarna var Sigeman som ansåg att rättsfallet hade ett svagt rättskällevärde eftersom Arbetsdomstolen inte förklarade varför arbetstagarbegreppet hade förändrats. Sigeman ansåg vidare att mellangruppen, precis som arbetstagarbegreppet, var dynamisk och att kategorin hade utvecklats till att omfatta arbetare som tidigare betraktades som uppdragstagare, såsom franchisetagare på grund av deras ställning hos sina huvudmän.¹³⁷

Beträffande vilka yrkeskategorier som omfattas av mellangruppen *”beroende/jämställda uppdragstagare”* nämns i förarbete till Medbestämmandelagen bensinstationsföreståndare, symaskinsrepresentanter och andra handels- eller försäkringsagenter, annonsombud och skogsförare med egna fordon som exempel.¹³⁸ Dessutom torde även som tidigare nämnts franchisetagare omfattas av mellangruppskategorin.¹³⁹ I förarbetena till Medbestämmandelagen samt i betänkandet till Ny anställningsskyddslag¹⁴⁰ presenteras alla faktorer som talar för att en uppdragstagare i enlighet med 1§ 2 st. MBL är att betrakta som *”beroende/jämställd uppdragstagare”*.¹⁴¹ Faktorerna är desamma som vid arbetstagarbegreppet och berör egentligen inte vilka grupper som skulle kunna omfattas av mellangruppen.

Det finns inte många rättsfall där mellangruppen i 1§ 2 st. MBL har varit uppe för prövning och de fall¹⁴² som finns måste idag anses vara tämligen föråldrade. Från domskälen i AD 1980 nr 24 som rörde symaskinsförsäljare, kan emellertid lyftas fram att domstolen sade att huvudregeln var att försäljare som köper varor i fast räkning ska anses vara självständiga företagare (uppdragstagare) om de själva står för affärsrisken och inte är underkastade huvudmannens kontroll. Som undantag till huvudregeln nämnde domstolen om köparen ur ett socialt och ekonomiskt hänseende var i en sådan beroendeställning till grossisten att personen måste jämföras med en arbetstagare. Vidare beaktade även domstolen om försäljaren enbart försörjde sig på att sälja grossistens varor samt om verksamheten bedrevs utan medarbetare. Detta var i så fall omständigheter som talade för att försäljarna borde jämföras med arbetstagare. I den aktuella tvisten kom Arbetsdomstolen fram till att försäljarna inte kunde jämföras med en

¹³⁶ AD1985 nr 87.

¹³⁷ Sigeman (1987) s. 613f.

¹³⁸ SOU 1975:1 s 726 f., Ds 2002:56 s 125.

¹³⁹ Sigeman (2010) s. 38, Sigeman (1987) s. 613 f.

¹⁴⁰ Se SOU 1993:32.

¹⁴¹ SOU 1975:1 s. 691ff.

¹⁴² Se AD 1980 nr 24 (symaskinsförsäljare) och AD 1969 nr 31 (bensinstationsföreståndare).

anställd hos huvudmannen och att Medbestämmandelagen därmed inte var tillämplig.

Beträffande franchisetagare blir gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare framförallt aktuell eftersom franchisetagaren i flera hänseenden är beroende av franchisegivaren. Därmed uppkommer även frågan om den arbetspresterande omfattas av mellangruppen. Att franchisetagare skulle kunna omfattas av mellangruppen har endast berörts i ett rättsfall. I AD 1994 nr 130 rörde tvisten om ett försäkringsbolag var förpliktigt att tillämpa kollektivavtal på tidigare anställda försäkringstjänstemän. Försäkringsbolaget hade slutit samarbetsavtal med ett bolag som ägdes av tidigare anställda försäkringstjänstemän. Domstolen kom fram till att försäkringsmännen varken var arbetstagare eller ”*jämställda/beroende uppdragstagare*”. Anledningen till att de inte omfattades av bestämmelsen i 1 § 2 st. MBL var att kollektivavtalet inte omfattade mellangruppen, utan byggde på det civilrättsliga arbetstagarbegreppet.¹⁴³

Även om rättsfallet inte ger någon vägledning i huruvida franchisetagare ska omfattas av mellangruppen i 1 § 2 st. MBL, uttalade domstolen hur franchisetagare ska beaktas i allmänhet. Domstolen uttalade att franchisetagare i allmänhet inte är att betrakta som arbetstagare i civilrättslig mening, utan är snarare att betrakta som uppdragstagare.¹⁴⁴ Huruvida franchisetagare bör omfattas av bestämmelsen har alltså ännu inte prövats i rättspraxis, men franchisegivarens ställning torde kunna jämföras med ”*beroende/jämställd uppdragstagare*” eftersom det föreligger en beroendeställning och franchisetagaren är utsatt för kontinuerlig kontroll.

¹⁴³ AD 1994 nr 130.

¹⁴⁴ AD 1994 nr 130.

3 Tysk rätt

3.1 Allmänt om arbetstagarbegreppet

I tysk rätt görs uppdelning mellan arbetstagare (*Arbeitsnehmer*) och uppdragstagare (*Selbständiger*). Dessutom finns även en mellangrupp i vissa arbetsrättsliga lagar, vilken beskrivs i kommande avsnitt. Begreppet arbetstagare tillämpas på flera rättsområden i tysk rätt och har betydelse på civilrättens, skatterättens och socialrättens område. Arbetstagarbegreppets funktion är att avgränsa arbetsrättens personkrets och kallas i den tyska arbetsrättsliga litteraturen för nyckeln till arbetsrätten.¹⁴⁵

Det finns ingen allmän definition av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet i den tyska lagstiftningen, utan begreppet har istället utarbetats genom doktrin och rättspraxis.¹⁴⁶ Mest betydelse för arbetstagarbegreppets utveckling har *Bundesarbeitsgericht* haft som enligt 1§ *Arbeitsgerichtsgesetz*, ArbGG är högsta instans för arbetsrättsliga mål. Beträffande en definition av arbetstagarbegreppet i den tyska lagstiftningen bör vidare nämnas att det i ett fåtal lagar¹⁴⁷ stadgas att ”i denna lag avses med arbetstagare...”. Detta är emellertid inte en definition som kan användas inom hela arbetsrätten, utan fastställer endast vem som är att anse som arbetstagare i den aktuella lagen.¹⁴⁸ Eftersom det inte finns någon allmän definition av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet i lagstiftning framförs ofta i doktrin att 84 § 1 st. *Handelsgesetzbuch*, HGB som visserligen rör definitionen (i *Handelsgesetzbuch*) för handelsagenter, även kan utgöra en riktlinje (*Leitlinie*) inom hela arbetsrätten vid gränsdragningen mellan arbetstagare (*Arbeitsnehmer*) och uppdragstagare (*Selbständiger*). Anledningen till detta är nämligen att paragrafen stadgar vem som är att anse som *Selbständig*, nämligen ”den som väsentligen fritt kan bestämma över sitt arbete och sin arbetstid”.¹⁴⁹ ¹⁵⁰ *Bundesarbeitsgericht* har i BAG 15.12.1999 AP HGB §92 Nr.5. bekräftat att paragrafen kan utgöra en riktlinje och att en person som inte kan bestämma över sitt arbete och sin arbetstid ska betraktas som arbetstagare.¹⁵¹

Att arbetstagare omfattas av arbetsrättens regler kan exempelvis ses i 1 § och 5§ *Betriebsverfassungsgesetz*, BetrVG och 1§ *Kündigungsschutzgesetz*, KSchG. I 1 § 1 st KschG¹⁵² stadgas emellertid att för att omfattas av lagen måste arbetstagaren ha arbetat i samma företag längre än sex månader.

¹⁴⁵ Preis (2009) s. 49.

¹⁴⁶ Erfurter Kommentar (2008), §611 BGB, Rn 37. s. 1420.

¹⁴⁷ Se exv. 5§ *Betriebsverfassungsgesetz* och 1 § 1 st *Entgeltfortzahlungsgesetz*.

¹⁴⁸ Wank (2005) s. 19.

¹⁴⁹ 84 § 1 st HGB: ”*Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann*”.

¹⁵⁰ Preis (2009) s. 60.

¹⁵¹ Preis (2009) s. 64.

¹⁵² Motsvarigheten till den svenska Anställningsskyddslagen. Skillnaden är emellertid att *Kündigungsschutzgesetz*, endast reglerar uppsägningar (inkl. massuppsägningar) och omfattar därmed inte bestämmelser såsom uppsägningstider och informationsplikt rörande anställningsvillkor som regleras i den svenska Anställningsskyddslagen.

Vidare omfattas även arbetstagare av *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG¹⁵³ som förutom arbetstagare även omfattar *die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten* (praktikanter), *arbeitnehmerähnliche Personen* (mellangruppen), *Heimarbeiter* (hemarbetare), *Bewerber* (arbetssökande) samt *Personen deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist* (personer som har avslutat sitt anställningsförhållande).¹⁵⁴

Beträffande undantag från en viss lags tillämpningsområde finns detta i *Kündigungsschutzgesetz*, KschG¹⁵⁵ där vissa arbetstagare undantas från lagens tillämpningsområde. Arbetstagarna som undantas är *Leitende Angestellte*¹⁵⁶ enligt 14 § KschG och personer som arbetar i små företag enligt 23 § KschG. Undantagen innebär att arbetsgivaren inte behöver visa saklig grund för uppsägningen. Enligt 23 § KschG betraktas vidare ett företag som litet om företaget har fem eller färre anställda. För personer som anställdes efter 2003 gäller istället tio eller färre. Av lagen framgår att personerna betraktas som arbetstagare, men undantas från lagens tillämpningsområde.¹⁵⁷

Beträffande undantag från arbetstagarbegreppet i tysk rätt finns det flera grupper som allmänt sett inte betraktas som arbetstagare (*keine Arbeitsnehmer*). Dessa är: (1) Beamte, domare och soldater och andra personer som slutit avtal som grundas på offentlig rätt, (2) straffångar och andra personer som befinner sig på en anstalt där de utför arbete, (3) familjemedlemmar, (4) föreningsarbetare (som inte är anställda av föreningen, utan arbetar på grund av sitt medlemskap), biståndsarbete och andra personer som arbetar med välgörenhet.^{158 159}

Enligt rättspraxis ska arbetstagarbegreppet baseras på en bedömning av alla omständigheter i det enskilda fallet (helhetsbedömning), där bedömningen går ut på att pröva om den arbetspresterande är *personligt beroende* av arbetsgivaren. Det tyska arbetstagarbegreppet går nämligen främst ut på att fastställa i vilken utsträckning som arbetstagaren är personligt beroende av arbetsgivaren, alltså om förhållandet mellan parterna präglas av subordination.¹⁶⁰ Att faktorn personligt beroende kännetecknar en arbetstagare fastslogs för första gången 1891 i rättsfallet AN 1891, S. 181.

¹⁵³ Motsvarigheten till den svenska Diskrimineringslagen. AGG omfattar diskriminering i arbetslivet samt även andra civilrättsliga förhållanden.

¹⁵⁴ Enligt 1 § och 6 § AGG skyddas dessa personer mot diskriminering på grund av *Rasse* (ras/nationalitet), *etnischen Herkunft* (etnisk härkomst), *des Geschlechts* (kön), (*des Geschlechts*), *der Religion eller Ideologi* (religion eller ideologi), *Behinderung* (funktionshinder), *des Alters* (ålder) eller *der sexuellen Identität* (sexuella läggning).

¹⁵⁵ Motsvarigheten till den svenska Anställningsskyddslagen. Skillnaden är emellertid att *Kündigungsschutzgesetz*, endast reglerar uppsägningar (inkl. massuppsägningar) och omfattar därmed inte bestämmelser såsom uppsägningstider och informationsplikt rörande anställningsvillkor som regleras i den svenska Anställningsskyddslagen.

¹⁵⁶ Beskrivs senare i uppsatsen.

¹⁵⁷ Se *Kündigungsschutzgesetz*.

¹⁵⁸ Preis (2009) s. 53.

¹⁵⁹ Beskrivningen av vilka personer som ej är arbetstagare kan göras mer detaljerad. Detta är en översiktlig redogörelse som utgår från läroboken "Arbeitsrecht", Preis. För mer detaljerad redogörelse se *Münchener Handbuch Arbeitsrecht* (1992) s.340 ff.

¹⁶⁰ Preis (2009) s. 60.

Nr. 77. Rättsfallet kom från *Reichversicherungsamt* som var föregångare till *Bundessozialgerichts*.¹⁶¹

Beträffande faktorer såsom att den arbetspresterande är ekonomiskt beroende eller socialt kan jämföras med en arbetstagarare räcker inte för att ett anställningsförhållande ska föreligga, vilket fastslogs i BAG 30.9.1998 - 5 AZR 563/97. Fallet rörde en åkare (*Frachtführer*) som endast arbetade för en huvudman. Domstolen konstaterade dessutom (precis som i det tidigare nämnda rättsfallet¹⁶²) att om den arbetspresterande i stor utsträckning kan utföra arbetet fritt samt även bestämma över sin arbetstid ska personen betraktas som uppdragstagarare.¹⁶³ Anledningen till att domstolen konstaterade att faktorn ekonomiskt beroende av huvudmannen inte räcker för att grunda ett anställningsförhållande är att faktorn även har betydelse för mellangruppen i tysk rätt. Av mellangruppen omfattas nämligen uppdragstagarare som är ekonomiskt beroende av en enda huvudman, vilket beskrivs i kommande avsnitt.¹⁶⁴

Av rättspraxis framgår att arbetstagarbegreppet är *tvingande* i tysk rätt, även om domstolen i vissa undantagsfall har tagit hänsyn till partsvilja. Partsviljan får emellertid endast vara avgörande om ett uppdragsavtal enligt objektiva omständigheter är lika lämplig som ett anställningsavtal, vilket bekräftas i BAG 8.6.1967 AP Nr.6 zu § 611 BGB. Att den arbetspresterande själv ska kunna välja om denne vill betraktas som uppdragstagarare är emellertid en kontroversiell uppfattning i Tyskland som endast har accepterats av domstolen i undantagsfall. Anledningen till detta är att uppfattningen (att den arbetspresterande själv ska få bestämma om denne ska vara uppdragstagarare) kolliderar med den legala existensen av mellangruppen i tysk rätt, vilken kommer att beskrivas i kommande avsnitt.¹⁶⁵ Vidare har domstolen i andra rättsfall uttalat att det inte spelar någon roll hur parterna har karakteriserat ett avtal, utan avgörande är enligt bland annat BAG 22.3.1995 AP Nr. 2 zu ArbGG 1979 hur avtalet genomförs i praktiken (alltså hur förhållandet ser ut i praktiken).¹⁶⁶

Redogörelsen för vilka faktorer som kan beaktas vid gränsdragningen mellan arbetstagarare och uppdragstagarare skiljer sig åt i den arbetsrättsliga litteraturen. Vad jag menar med detta är att det inte finns någon återkommande "lista" på faktorer eller omständigheter som normalt talar för att en person är att anse som arbetstagarare. Fenomenet har beskrivits av Professor Rolf Wank på följande sätt: "If one takes the case law seriously, it has no workable definition at all but only offers an unsorted number of sub criteria".¹⁶⁷ Mot bakgrund av detta är det svårt att här presentera en "lista" på faktorer (som görs i den inledande svenska delen). Professor Rolf Wank säger vidare att den enda relevanta faktorn (som alltid finns med i

¹⁶¹ Hromadka (2002) s. 9 rdn 24.

¹⁶² BAG 15.12.1999 AP HGB §92 Nr.5.

¹⁶³ BAG 30.9.1998 -5 AZR 563/97.

¹⁶⁴ Se Preis (2009) s. 65 och s. 89.

¹⁶⁵ Preis (2009) s. 65, se även Ds 2002:56 s. 104.

¹⁶⁶ Preis (2009) s. 51.

¹⁶⁷ Wank (2009) s. 21

domstolens bedömning) i tysk rätt är ”personligt beroende”.¹⁶⁸ Detta kan ses i övrig arbetsrättslig litteratur där framförallt det personliga beroendet lyfts fram. Som exempel kan redogörelserna för arbetstagarbegreppet i läroböckerna Hromadka, *Arbeitsrecht* (2002), Dütz, *Arbeitsrecht* (2009) och Preis, *Arbeitsrecht* (2009) lyftas fram. I den förstnämnda läroboken (Hromadka) talar författaren inte om faktorer, utan lyfter endast fram anställningsavtalet (*Arbeitsvertrag*) som sådant samt påpekar att arbetstagare är en person som är personligt beroende av arbetsgivaren då personen utför arbete åt denne samt är bunden av arbetsgivarens arbetsledningsrätt.¹⁶⁹ ¹⁷⁰ I den andra läroboken (Dütz) framhålls att för att betraktas som arbetstagare (*Für die Arbeitnehmerstellung*) är ett privaträttsligt avtal en grundförutsättning (*Grundvoraussetzung*). Vidare ska personen vara personligt beroende av arbetsgivaren och för att bestämma det personliga beroendet beaktar domstolen olika *Indizien* (omständigheter/faktorer) i det enskilda fallet.¹⁷¹ I den sistnämnda läroboken (Preis) framhåller författaren att ”arbetstagare är den, som på grund av privaträttsligt avtal är förpliktigad att utföra arbete åt annan”¹⁷² och benämns i läroboken som den grundläggande definitionen för arbetstagarbegreppet (*Grundlegende Begriffsbestimmung*).¹⁷³ Mot bakgrund av redogörelserna i läroböckerna för arbetstagarbegreppet har jag, som nämnt i material-delen av uppsatsen, valt att i kommande avsnitt särskilt lyfta fram (1) anställningsavtalet, (2) det personliga beroendet och (3) indicier, som omständigheter som den tyska domstolen beaktar. Jag anser att denna uppdelning bäst motsvarar redogörelserna i läroböckerna för vem som är att anse som arbetstagare i tysk rätt. Beträffande ”arbete” kan även nämnas att med detta avses varje aktivitet eller handling som tillgodoser ett behov och som i näringslivet klassificeras som arbete.¹⁷⁴

Beträffande kartläggningar av arbetstagarbegreppet från statligt håll och försök att tydliggöra detta, klargjorde lagstiftaren i juli 2001 att arbetstagarbegreppet i tysk rätt är oberoende av omständigheter som att arbetstagaren presterar arbetet inom driftsenheten, utom driftsenheten eller som distansarbete.¹⁷⁵ Vidare har lagstiftaren försökt motverka kringgående av lagstiftningen och vad som kallas en ”flykt från socialförsäkringsrätten”. För att undvika kringgåendeförsök infördes 1998/99 en presumtion om att anställning föreligger om vissa faktorer är uppfyllda i § 7 *Socialgesetzbuch*, SGB IV. I doktrin har det diskuterats om den socialrättsliga regleringen även kan tillämpas inom arbetsrätten (*Annäherung an das Arbeitsrecht*). Den allmänna uppfattningen är emellertid att detta inte hade varit lämpligt.¹⁷⁶

¹⁶⁸ Wank (2009) s. 21.

¹⁶⁹ Se s. Hromadka (2002) s. 9f. Och s. 49.

¹⁷⁰ Översättning av : ”Arbeitsnehmer ist, wer einem anderen, dem Arbeitsgeber, in persönlicher abhängigkeit, d.h dessen Weisungen (”fremdbestimmt”), Dienste leistet”.

¹⁷¹ Dütz (2009) s. 20 f.

¹⁷² Översättning av: ”Arbeitsnehmer ist, wer auf grund eines Privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist”.

¹⁷³ Preis (2009) s. 50.

¹⁷⁴ Se exv. Preis (2009) s. 57.

¹⁷⁵ Ds. 2002: 56 s. 104.

¹⁷⁶ Preis (2009) s. 66f., Perulli (2011) s. 171.

Rörande den inhemska rättsvetenskapliga debatten har det länge ifrågasatts om domstolen borde lägga mindre vikt vid att bedöma det personliga beroendet (alltså subordinationen) och istället beakta att den arbetspresterande är ekonomiskt beroende av en enda huvudman. Den här uppfattningen presenterades av professorn och forskaren Rolf Wank redan 1988 och har därefter diskuterats i både doktrin och lagförslag. *Bundesarbeitsgericht* fastslog emellertid i BAG 30.9.1998 AP Nr. 103 att bedömningen ska utgå från det personliga beroendet och att anställningsförhållandet är beroende av arbetsgivarens ledningsrätt beträffande arbetets innehåll, tid och plats.¹⁷⁷

I många länder finns olika kategorier av arbetstagare, vilket även finns i tysk rätt där arbetstagare delas in i arbetare (*Arbeiter*) och tjänstemän (*Angestellte*).¹⁷⁸ Uppdelningen mellan *Arbeiter* och *Angestellte* bygger på arbetsuppgifternas karaktär. *Arbeiter* är personer som till övervägande del har ett fysiskt arbete såsom industriarbetare, medan *Angestellte* är personer som utför arbete av huvudsakligen intellektuell karaktär.¹⁷⁹ I tysk rätt har indelningen tidigare haft stor betydelse då grupperna har omfattats av olika arbetsrättsliga bestämmelser. Arbetsmarknadens förändring har emellertid gjort att det är svårt att särskilja vad som är *arbetar-* respektive *tjänstemanna-arbete*. Detta har medfört att indelningen av arbetstagare i *Arbeiter* och *Angestellte* mist sin betydelse och har lett till att i princip all tidigare lagstadgad särbehandling av *Arbeiter* i förhållande till *Angestellte* avskaffats.¹⁸⁰ Som exempel fanns det tidigare olika uppsägningstider för *Arbeiter* och *Angestellte* i *Bürgerliches Gesetzbuch*, men detta ändrades 1993.¹⁸¹ Däremot är det emellertid fortfarande relevant att göra åtskillnad mellan *Arbeiter* och *Angestellte* i frågor som rör arbetsskyldighet. *Arbeiter* har vanligtvis en vidsträckt arbetsskyldighet, medan *Angestellte* genom att ofta ha en detaljerad arbetsbeskrivning i det personliga anställningsavtalet generellt har en snäv arbetsskyldighet.¹⁸²

Beträffande den fackliga organiseringen sker det ingen uppdelning mellan *Arbeiter* och *Angestellte*. Det finns för närvarande fyra centralorganisationer i Tyskland. Dessa är *Deutscher Gewerkschaftsbund*¹⁸³ (DGB), *Deutscher Beamtenbund*¹⁸⁴ (DBB), *Deutscher Führungskräfteverband*¹⁸⁵ (ULA) och *Christlicher Gewerkschaftsbund*¹⁸⁶ (CGB).¹⁸⁷ Den största centralorganisationen är *Deutscher Gewerkschaftsbund* och organiserar alla arbetstagare inom den privata sektorn, oavsett om de är *Arbeiter* eller

¹⁷⁷ Hanau och Adomeit (2000) s. 535.

¹⁷⁸ Vid sidan om huvudgrupperna *Arbeiter* och *Angestellte* finns även gruppen *Leitende Angestellte* som utmärks av att de är av väsentlig betydelse för företagets verksamhet och att de i stor utsträckning styr över sina arbetsuppgifter. Det finns flera arbetsrättsliga särregleringar för *Leitende Angestellte*. För utförligare beskrivning av gruppen se Erfurter kommentar (2008), §611 BGB, Rn. 105, s. 1436 och Hromadka (2002) s. 49.

¹⁷⁹ Hromadka (2002) s. 49, Erfurter kommentar (2008), §611 BGB, Rn. 104 s. 1436.

¹⁸⁰ Preis (2009) s. 85f, Rönnmar (2004) s. 231.

¹⁸¹ Preis (2009) s. 86, Rönnmar (2004) s. 231.

¹⁸² Erfurter kommentar (2008), §611 BGB, Rn. 104 s. 1436.

¹⁸³ För arbetare och tjänstemän inom den privata sektorn, se: <http://www.dgb.de/> (hämtat 01-01-3).

¹⁸⁴ För offentligt anställda, se: <http://www.dbb.de/> (hämtat 01-01-3).

¹⁸⁵ För anställda i ledande ställning eller högre positioner, se: <http://www.deutscher-fuehrungskraefteverband.de> (hämtat 01-01-3).

¹⁸⁶ Kristen centralorganisation för arbetstagare (arbetare och tjänstemän) samt Beamte, se:

<http://www.cgb.info/aktuell/aktuelles.html> (hämtat 01-01-3).

¹⁸⁷ Weiss och Schmidt (2000) s. 145 ff.

Angestellte. Deutscher Gewerkschaftsbund har 7.7 miljoner medlemmar (2002), vilket motsvarar 20 % av den tyska arbetskraften. Detta bör ses mot bakgrund av att alla 4 centralorganisationerna tillsammans organiserar ca 24 % av den tyska arbetskraften.¹⁸⁸ Beträffande centralorganisationernas inflytande vad gäller arbetstagarbegreppet, går det inte att i kollektivavtal avvika från det i rättspraxis fastställda arbetstagarbegreppet. Kollektivavtal är vidare inte relevanta i tysk rätt för fastställandet av ett anställningsförhållande. Anledningen till detta är att arbetstagarbegreppet är tvingande (*mandatory concept*), vilket medför att det inte går att avvika från det i rättspraxis fastställda arbetstagarbegreppet i kollektivavtal eller i det enskilda avtalet.¹⁸⁹ Domstolen har emellertid, som tidigare nämnt, i ett fåtal rättsfall tagit hänsyn till partsvilja, men det har då rörts sig om rättsfall där ett uppdragsavtal enligt de objektiva omständigheterna varit lika lämpligt som ett anställningsavtal.¹⁹⁰

3.2 Faktorer som beaktas i tysk rätt och deras betydelse

3.2.1 Anställningsavtal

En grundförutsättning för att en person ska anses som arbetstagar är att det finns ett avtal som reglerar förhållandet mellan parterna.¹⁹¹ Anledningen till detta är att det i tysk rätt finns ett *Rechtformzwang*, vilket innebär att parterna måste ha ett anställningsavtal där rättigheter och skyldigheter fastställas.¹⁹² Som tidigare nämnt görs uppdelning mellan uppdragstagare (*Selbständiger*) och arbetstagar (*Arbeitsnehmer*) i tysk rätt. Vidare görs även åtskillnad mellan *Werkvertrag* och *Dienstvertrag*. Uppdelningen motsvarar emellertid inte exakt uppdelningen uppdragstagare och arbetstagar i svensk rätt. Uppdragstagare i tysk rätt är personer som har slutit *Werkvertrag* (översätts avtal för att utföra arbete/ tjänstelega) och personer som slutit *Freie, unabhängige Dienstvertrag* (översätts avtal som går ut på att prestera visst arbetsresultat/arbetsbeting).¹⁹³ Avtalstyperna motsvarar alltså benämningen uppdragsavtal i svensk rätt.

Dienstvertrag betyder avtal om tjänst och är en övergripande kategori för alla tjänsteavtal i tysk rätt (där både uppdragstagare och arbetstagar kan omfattas). *Dienstvertrag* kan vidare delas in i två undergrupper: *Freie, unabhängige Dienstvertrag* samt *Arbeitsvertrag*, och kan översättas uppdragsavtal och anställningsavtal (inom den övergripande kategorin tjänsteavtal).¹⁹⁴ Arbetstagar i tysk rätt är personer som har slutit *Arbeitsvertrag*.¹⁹⁵

¹⁸⁸ Funk (2003) s. 68, se även Fürstenberg (1998) s. 203 ff., Jacobi, Keller och Müller-Jentsch (1998), s. 200 f.

¹⁸⁹ Thematic report (2009) s. 7. Se även Preis (2009) s. 52 som beskriver att den tyska avtalsfriheten inte gäller då det rör sig om fastställandet av ett anställningsförhållande.

¹⁹⁰ Se exv. BAG 8.6.1967 AP Nr.6 zu § 611 BGB.

¹⁹¹ Preis (2009) s. 50, Hromadka (2002) s. 9, Dütz (2009) s. 20 f.

¹⁹² Waas (2010) s. 48.

¹⁹³ Erfurter Kommentar (2008) Rdn1 s. 1413.

¹⁹⁴ Casale (2011) s. 154, Rönnmar (2004) s. 243, Erfurter Kommentar(2008) Rdn1 s. 1413.

¹⁹⁵ Preis (2009) s. 41.

I *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), som omfattar centrala delar av den civilrättsliga lagstiftningen, finns ett avsnitt (§§611-630 BGB) som rör kategorin tjänsteavtal, alltså både *Freie, unabhängige Dienstvertrag* och *Arbeitsvertrag*. De avtalstypiska förpliktelserna vid tjänsteavtal regleras i §611 BGB och stadgar att genom avtalet är personen skyldig att under en viss tidsperiod ställa sin arbetskraft till förfogande och utföra avtalat arbete.¹⁹⁶ Enligt lagkommentarerna utgör bestämmelsen även grunderna för *Arbeitsvertrag* (vilket inte nämns uttryckligen i paragrafen).¹⁹⁷ Paragrafen rör arbetstagarens arbetskyldighet och samspelar med §106 *Gewerbeordnung* (GewO) som rör arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Enligt §106 GewO grundas genom anställningsavtalet arbetsgivarens arbetsledningsrätt som innefattar en rätt att bestämma över innehåll, tid och ort för arbetets utförande.

Anledningen till att nämnda paragrafer har betydelse för arbetstagarbegreppet bedömning är att det personliga beroendet bedöms utifrån i vilken utsträckning arbetstagaren är underkastad arbetsgivarens instruktioner vad gäller innehåll, tid och plats för arbetets utförande. Något som kommer att göras tydligare i kommande avsnitt.¹⁹⁸

Det finns vidare *inget formkrav* för anställningsavtal och därmed är även muntligt ingångna avtal giltiga. Enligt 2 § 1st. 1p. NachwG¹⁹⁹ ska väsentliga avtalsvillkor lämnas skriftligen av arbetsgivaren inom en månad och får enligt 2§ 1 st. 3 men. NachwG inte lämnas i elektronisk form (till exempel i ett signerat E-mail). Åsidosättande av bestämmelsen leder emellertid inte till att avtalet ogiltigförklaras.²⁰⁰ Bestämmelsen i NachwG bör ses mot bakgrund av rådets direktiv från 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.²⁰¹ Vidare spelar det, som tidigare nämnt, inte någon roll hur parterna har karaktäriserat ett avtal, utan avgörande är enligt praxis²⁰² hur avtalet genomförs i praktiken.²⁰³

I Tyskland finns utförlig lagstiftning om yrkesutbildning. Beträffande praktikavtal och praktikanter rättigheter regleras detta i *Berufsbildungsgesetz* (BBiG). Lagen stadgar att ”äkta” praktikanter har anspråk på praktikintyg (16§ BBiG), adekvat utbildningsersättning (17§ BBiG) och omfattas av särskilda uppsägningsregler (§§21-23 BBiG). Dessutom stadgas även i 10§ 2 st BBiG att bestämmelser och allmänna rättsprinciper i andra lagar även är tillämpliga på praktikavtal. Bestämmelsen är tillämplig om det inte finns något uttryckligt undantag i

¹⁹⁶ Arbetskyldigheten i §611 BGB: ” Vertragstypische Pflichten beim Dienstvertrag: Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.”

¹⁹⁷ Erfurter Kommentar (2008) Rdn1 s. 1413.

¹⁹⁸ Hromadka (2002) s. 9.

¹⁹⁹ Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (NachwG)

²⁰⁰ Dütz (2009) s. 63.

²⁰¹ Direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet.

²⁰² BAG 27.06.2001:5 AZR 561/99.

²⁰³ Preis (2009) s. 51.

Berufsbildungsgesetz eller om det skulle gå emot en viss bestämmelses syfte att tillämpa den på praktikavtalet.²⁰⁴ Mot bakgrund av detta har praktikanter vad som i tysk doktrin beskrivs som ”arbetstagarstatus”. För att nämnda lag ska vara tillämplig krävs emellertid att det rör sig om en ”äkta praktikanställning”.²⁰⁵ Om det skulle visa sig att en praktikant innehar en ”oäkta praktikanställning” (*Scheinpraktikanten*) innebär detta att personen inte ska erhålla adekvat utbildningsersättning i enlighet med §17 BBiG, utan istället har rätt till lön i enlighet med §§611, 612 BGB. Huruvida personen har en äkta eller oäkta anställning prövas som vid arbetstagarbegreppet genom att beakta alla objektiva omständigheter.²⁰⁶ Omständigheter eller indicier som talar för att en praktikant innehar en oäkta praktikanställning är enligt rättspraxis ansvar för arbetsresultatet, krav på att merarbete utförs, agerar såsom personalrepresentant, bestämmer över andra praktikanter (*Weisungsrechte gegenüber andren Praktikanten*) samt förlängning av praktikanställningen.²⁰⁷

Som exempel på rättsfall där det har rört sig om en ”oäkta praktikanställning” är BAG v. 13.3.2003- 6 AZR 564/0. Rättsfallet rörde en orkesterpraktikant som enligt praktikavtalet hade en praktikanställning som kontrabasist. Domstolen beaktade framförallt att personen i avtalet var förpliktad att spela kontrabas (”*Pflicht der Klägerin zum spielen des Instruments Kontrabas*”), arbetstiden, ersättningens karaktär och nivå samt andra omständigheter kring praktikanställningen. Enligt domstolens bedömning förelåg inte ett praktikförhållande, utan ett anställningsförhållande. Praktikanten hade därmed rätt till lön i enlighet med §§ 611, 612 BGB.²⁰⁸

3.2.2 Personligt beroende

Vid domstolens bedömning av om en person är att betrakta som arbetstagare är det som tidigare nämnt huvudsakligen hur *personligt beroende arbetstagaren* är av huvudmannen som är avgörande vid bedömningen om en person är att betrakta som arbetstagare eller självständig uppdragstagare. För att fastställa det personliga beroendet görs en bedömning där domstolen fastställer i vilken utsträckning arbetstagaren är underkastad arbetsgivarens instruktioner, vilket omfattar arbetets *plats, tid och innehåll (örtliche-, zeitliche- und inhaltliche weisungsgebundenheit)*.²⁰⁹

I doktrin har det påpekats att det inte går att fastställa hur det personliga beroendet ska ”värderas” eftersom avgörandet baseras på omständigheterna i det enskilda fallet. Detta gör i sin tur att arbetstagarbegreppet i tysk rätt är

²⁰⁴ § 10 2 st. BBiG ” Auf den Berufsausbildungsvertrag sind, soweit sich aus seinem Wesen und Zweck und aus diesem Gesetz nicht anders ergibt, die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und rechtsgrundsätze anzuwenden”.

²⁰⁵ Preis (2009) s. 95.

²⁰⁶ Preis (2009) s. 96.

²⁰⁷ Preis (2009) s. 96.

²⁰⁸ BAG v. 13.3.2003- 6 AZR 564/0.

²⁰⁹ BAG, in NJW 99, 310; BAG, in ZIP 97 1714, BAG, in NJW 99, 220 (Eismann), BAG, in ZIP 00, 808 (versicherungsvetreter), BAG in NJW 98,1428 (Zeitungszuställer), BAG 20.9.2000 AP Nr. 37 zu § 611 BGB (Rundfunk).

oförutsägbart. Alla kriterium som berör det personliga beroendet kan till exempel vara uppfyllda utan att den arbetspresterande är att betrakta som arbetstagare. Inom ramen för helhetsbedömning av det personliga beroendet beaktar domstolen framförallt hur anställningsavtalet genomförs i praktiken.²¹⁰

Beträffande *platsen* föreligger ”Örtliche Weisungsgebundenheit” (att personen är bunden av arbetsgivarens platsinstruktion) när den arbetspresterande är förpliktigad att regelbundet befinna sig på den anvisade arbetsplatsen. Arbetet måste emellertid inte utföras på företaget, utan kan även utföras på annan plats. För att detta ska vara möjligt krävs att det ligger i ”yrkets natur” att arbetet utförs på annat ställe än arbetsplatsen. Som exempel brukar journalister och montörer nämnas.²¹¹ Beträffande distansarbete läggs inte lika stor vikt vid platsen för arbetet eftersom datoranvändande gör att arbetet inte behöver utföras på en viss arbetsplats.²¹² Rörande distansarbete måste detta vara frivilligt och arbetsgivaren måste förse distansarbetaren med relevant skriftlig information i enlighet med direktiv 91/533EEC.²¹³

Rörande *tids*-bundenheten menas framförallt att den arbetspresterande inte själv disponerar över arbetstiden. Detta betyder inte att arbetstagaren måste arbeta enligt fastslagna tider såsom 8.00-16.00. Tidsbundenhet föreligger framförallt då den arbetspresterande har en fastlagd ”minsta omfattning av arbetstid” samt när den arbetspresterande inte själv kan disponera över arbetstiden. Att den arbetspresterande ska ha beredskap att arbeta omfattas även av tidsbundenheten.²¹⁴

Slutligen omfattas även bundenhet av arbetsgivarens instruktioner beträffande arbetets *inhåll*. Yrkesgrupper såsom läkare, advokater och skatterådgivare är emellertid inte bundna av arbetsgivarens instruktioner rörande arbetets innehåll i samma utsträckning eftersom dessa yrkesgrupper ofta har större kunskap om arbetets innehåll än vad arbetsgivaren själv har. Yrkesgrupper med särskild kunskap kan alltså betraktas som arbetstagare även om de själva bestämmer över arbetets innehåll.²¹⁵ I ett rättsfall från 2000 ansågs en journalist som var Programmgestaltenden Mitarbeiter (arbetade med programutformning) för sändningen ”filmtips” att denne skulle betraktas som arbetstagare. Domstolen lade stor vikt vid huruvida personen själv ansvarade för programmets innehåll.²¹⁶

Mot bakgrund av att en arbetstagare är någon som är personligt beroende, (vilket innebär att denne är underkastad arbetsgivarens ledning och kontroll vad avser innehåll i arbetet, tiden för arbetet och platsen för arbetets utförande), betyder detta att en person som väsentligen fritt kan utföra arbete och bestämma över sin arbetstid är att anse som uppdragstagare, vilket följer

²¹⁰ Koch (2009) s. 18 som i sin tur hänvisar till: BAG vom 23.04.1980 EzA§ 611 BGB Arbeitsnehmerbegriff Nr. 2

²¹¹ BAG AP nr. 28 zu § 611 BGB.

²¹² Koch (2009)s. 19.

²¹³ ELLN, Thematic report (2009) s. 45.

²¹⁴ Koch (2009) s. 18 som i sin tur hänvisar till: BAG AP Arbeitsnehmerähnlichkeit, Nr. 13 = NZA- RR 2007, 424.

²¹⁵ Koch (2009) s. 20 f, BAG AP §611 BGB ”Abhängigkeit” Nr.26.

²¹⁶ BAG, 19.1.2000 - 5 AZR 644/98 AP.

av§611 BGB, §106 GewO och 84§ 1st. HGB. Paragraferna har tidigare nämnts i uppsatsen och beskriver arbetsgivarens arbetsledningsrätt, arbetstagarens arbetskyldighet samt vem som är att anse som uppdragstagare i tysk rätt. Samspelet mellan paragraferna blir extra tydligt vid redogörelsen för det personliga beroendet i tysk rätt.

3.2.3 Andra faktorer /indicier

Som tidigare nämnt finns det i tysk rätt inte någon återkommande lista på faktorer som domstolen beaktar vid gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare. Vid fastställandet av arbetstagarbegreppet i tysk rätt kretsar bedömningen enbart kring det personliga beroendet. Övriga faktorer, som i tysk rätt benämns *Indizien* (Indicier) har ”betydelse” för bedömningen av arbetstagarbegreppet, men inte ”särskild” betydelse som det personliga beroendet har.²¹⁷

De vanligaste exemplen i tysk doktrin på omständigheter som betraktas som indicier är emellertid om personen är inordnad i arbetsgivarens arbetsorganisation, om förhållandet är av varaktig eller tillfällig karaktär samt arten av ersättningen.²¹⁸ Vidare nämns i läroboken (Dütz) diverse faktorer som enligt *”herreschende meinung”* talar för att en person är att anse som arbetstagare. Dessa är: omfattande rapporteringsskyldighet till arbetsgivaren, får ersättning vid sjukdom, kollektivrättsliga regler tillämpas, får ej sätta pris på varor själv eller utforma marknadsföringen, får inte självständigt värva kunder, står ej för personal samt produktionskostnader, arbetar endast för en huvudman, förpliktad att lyda arbetsorder, behöver inte betala mervärdesskatt (*keine umsatzbeteiligung*), inkomst och sociala avgifter betalas genom arbetsgivaren och personen har inte egna anställda.

Att den arbetspresterande även har andra jobb medför inte att den arbetspresterande inte kan betraktas som arbetstagare om det endast rör sig om bisyssla.²¹⁹ Vid tvivelaktiga fall beaktar Bundesarbeitsgericht även den arbetspresterandes arbetsrättsliga skyddsbehov (*soziale Schutzbedürftigkeit als Hilfskriterium für die abgrenzung*). Det arbetsrättsliga skyddsbehovet är emellertid en faktor som främst får betydelse vid gränsdragningen mellan mellangruppen och uppdragstagare eftersom domstolen då i större utsträckning beaktar om den arbetspresterande är i behov av ”visst arbetsrättsligt skydd”.²²⁰

En annan faktor som domstolen beaktar är om den arbetspresterande bär en kommersiell risk (*Unternehmerrisikos*) eftersom detta talar för att en person är att anse som uppdragstagare. Till skillnad från en uppdragstagare får till exempel en arbetstagare fortfarande lön, även om arbetsgivaren inte kan erbjuda något arbete, vilket innebär att arbetstagaren aldrig riskerar att drabbas ekonomiskt av att det inte finns något arbete.²²¹ Andra faktorer

²¹⁷ Se Preis (2009) s. 62 f.

²¹⁸ Dütz (2009) s. 22, Preis (2009) s. 51.

²¹⁹ BAG 11.3.1998 AP Nr. 23 zu §611 BGB Rundfunk.

²²⁰ BAG 23.4.1980 AP 34 zu §611 BGB Abhängigkeit, Se även Preis (2009) s. 62.

²²¹ Se Preis (2009) s. 62 f.

såsom att den arbetspresterande är *ekonomiskt beroende* av huvudmannen eller socialt kan jämföras med en arbetstagarare räcker inte i sig för att personen ska betraktas som arbetstagarare. Att den arbetspresterande är ekonomiskt beroende av arbetsgivaren är istället främst en omständighet som beaktas för att fastställa vem som är att betrakta som ”*arbeitsnehmerähnlichen Personen*”.²²²

3.2.4 Kommentar

Vid bedömningen av det tyska arbetstagarbegreppet utgår domstolen från ovan nämnda faktorer. Hur dessa samspelar med varandra samt vad som skiljer det tyska och svenska arbetstagarbegreppet åt beskrivs i analys-delen i kapitel fem. Nedan följer beskrivning av mellangruppen i tysk rätt.

3.3 Mellangruppen ”arbeitsnehmerähnliche Personen”

Förutom arbetstagarare och uppdragstagarare, finns även en mellangrupp i tysk rätt. Mellangruppen benämns ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*”, vilket betyder ”arbetstagarlika” personer. Mellangruppen omfattar personer som är i behov av visst arbetsrättsligt skydd, vilket gör att vissa arbetsrättsliga lagar utsträcks till att även omfatta ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*”.²²³ I tysk rätt finns det inte någon allmän definition av mellangruppen.²²⁴ Kännetecknande för mellangruppen är emellertid att personerna är ekonomiskt beroende av huvudmannen, i motsats till arbetstagarare som är personligt beroende av huvudmannen.²²⁵

En av de arbetsrättsliga lagarna som har utsträcks till att även omfatta mellangruppen är Kollektivavtalslagen (*Tarifvertragsgesetz*, TGV) som innehåller en definitionen av ”arbetstagarlika” personer. I 12 a § TGV fastställs att personer som är *ekonomiskt beroende* och som är i *behov av samma sociala trygghet som arbetstagarare* omfattas av mellangruppen. Vidare krävs att den arbetspresterande utför arbetet *personligen* för *annans räkning* på grund av tjänste- eller arbetsavtal (*Dienstvertrag* eller *Werkvertrag*). En ”*arbeitsnehmerähnliche person*” skall vidare huvudsakligen arbeta för en huvudman eller få hälften av sin årliga ersättning från denne. Dessutom utesluts handelsagenter från Kollektivavtalslagens tillämpningsområde.²²⁶ Ovan nämnda definition av mellangruppen är endast avsedd för att användas vid tillämpningen av Kollektivavtalslagen och bör inte användas vid tillämpningen av andra

²²² Preis (2009) s. 63.

²²³ Hanau (2010) Rdn. 553

²²⁴ Perulli (2011) s. 172.

²²⁵ BAG, 15.11.2005 – 9 AZR 626/04 (Arbeitnehmerähnliche Person – Urlaubsanspruch).

²²⁶ 12 a§ TVG.

lagar.²²⁷ Benämningen för ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*” skiljer sig dock endast något från lag.²²⁸

Det finns enbart ett fåtal lagar där ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*” uttryckligen ges samma arbetsrättsliga skydd som arbetstagare. Dessa är Kollektivavtalslagen (12a§ *Tarifvertragsgesetz*, TVG), Arbetsdomstolslagen (5§ 2 st. *Arbeitsgerichtsgesetz*, ArbGG), Federala lagen om semester (2 § *Bundesurlaubsgesetz*, BUrlG), Arbetskyddslagen (2§ 2st. 3p. *Arbeitsschutzgesetz*, ArbSchG) och Lagen om sexuella trakasserier (1§ 1 st. 1p. *Beschäftigtenschutzgesetz*, BeschSchG).²²⁹ Dessutom omfattas även mellangruppen av allmänna lagen om lika behandling (6§ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, AGG).

Mellangruppen har enligt ovan nämnda lagar rätt att sluta kollektivavtal²³⁰, rätt att väcka talan vid domstol²³¹, rätt till betald semester varje kalenderår²³², rätt till säkerhet och hälsa på arbetsplatsen²³³ samt är skyddad mot sexuella trakasserier på arbetsplatsen²³⁴. I lagtext finns det inte några bestämmelser som ger mellangruppen rätt till exempel uppsägningskydd eller skydd vid företagsövertagelse.²³⁵ Beträffande uppsägning konstaterade *Bundesarbeitsgericht* i BAG 08.05.2007 att mellangruppen inte omfattas av uppsägningsfristerna i §622 BGB, utan bestämmelsen är enbart tillämplig på arbetstagare.²³⁶ Även i den tyska lagen om anställningsskydd (1§ 1st. KschG) stadgas inledningsvis att lagen enbart är tillämplig på arbetstagare (och därmed inte mellangruppen). *Bundesarbeitsgericht* har emellertid i vissa fall accepterat att mellangruppen kan omfattas av vissa regler i arbetsrätten genom analog tillämpning.²³⁷

Som exempel på arbetstagare som omfattas av mellangruppen i tysk rätt brukar frilansande journalister, artister, designers, musiker, kommersiella representanter (handelsagenter) och hemarbetare nämnas.²³⁸ Dessutom kan även franchisetagare under vissa omständigheter betraktas som ”*arbeitsnehmerähnliche Personen*”.²³⁹ ²⁴⁰ Vid bedömningen av om en franchisetagare är ”arbetstagarlik” tas hänsyn till om arbetet utförs under franchisegivarens ledning och kontroll eller om franchisetagaren utför arbetet helt självständig. Enligt en dom från *Bundesgerichtshof* var en franchisetagare att betrakta som ”*arbeitsnehmerähnliche Person*” om denne fått ett avgränsat geografiskt försäljningsområde. I det aktuella fallet hyrde franchisetagaren produkter från franchisegivaren för att bedriva

²²⁷ Wank (2005) s. 25.

²²⁸ Thematic Report (2009) s. 35.

²²⁹ Hanau (2010) Rdn. 553 ff.

²³⁰ 12 a § 1 st. TVG.

²³¹ 5§ 2 st. ArbGG.

²³² 1§ BUrlG.

²³³ 1§ ArbSchG.

²³⁴ 1§ BeschSchG.

²³⁵ Thematic Report (2009) s. 35.

²³⁶ BAG, 08.05.2007 - 9 AZR 777/06 (Arbeitnehmerähnliche Person – Kündigungsfrist).

²³⁷ Thematic Report (2009) s. 35.

²³⁸ Weiss (1992) s. 30.

²³⁹ BGH, NJW, S. 218, 219.

²⁴⁰ <http://www.scribd.com/doc/86633739/2/Teil-1> (hämtat 09-10-12).

verksamheten.²⁴¹

I föregående avsnitt beskrevs att "*Frei Mitarbeiter*" inte betraktas som arbetstagare, utan uppdragstagare. Gruppen omfattar främst personer som arbetar inom mediabranschen (såsom frilansjournalister och frilansfotografer). Gruppen kan emellertid komma att omfattas av mellangruppen om omständigheterna i §12 a TVG är uppfyllda. Detta gör i så fall att kollektivavtalslagen blir tillämplig på "*Freie Mitarbeiter*".²⁴²

Skillnaden mellan arbetstagare, "arbetstagarlika" personer och uppdragstagare i tysk rätt kan i korthet beskrivas som följande:²⁴³

Arbetstagare: personligt och ekonomiskt beroende.

"Arbetstagarlik" person: personligt oberoende, men ekonomiskt beroende.

Uppdragstagare: personligt och ekonomiskt oberoende.

²⁴¹ Se Bundesgerichtshof 04.11.1998 (BGH, NJW, S. 218, 219 "Eismann-Entscheidung").

²⁴² BAG vom 17.10.1990 (5 AZR 639/89).

²⁴³ Wank (2005) s. 25.

4 EU-rätten

4.1 Internationellrättslig bakgrund till det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet

För att förstå varför det nationella samt EU-rättsliga arbetstagarbegreppet tolkas på det sätt som det gör samt har den innebörd det har, krävs en förståelse för hur arbetstagarbegreppet har utvecklats över tid. Bruno Veneziani beskriver i artikeln *"The Employment relationship"* hur sociala, ekonomiska, ideologiska och kulturella faktorer över tid har påverkat synen på anställningsförhållandet.

Veneziani har valt att dela in utvecklingen från 1945 – 2004 i fem perioder. Veneziani beskriver den första perioden som *"Reconstruction"* (1945- 50), då flera steg togs för att förnya arbetsrätten. Tidigare hade det inte funnits något direkt arbetsrättsligt skydd för arbetstagare, men efter krigsslutet var staten rädd att omställningen från krigsproduktionen skulle medföra högre arbetslöshet. För att mildra konsekvenserna av andra världskriget infördes till exempel i Holland en rätt att gå tillbaka till tidigare anställning. Den andra perioden beskrivs som *"Welfare state"* (1950-72). Under perioden utvecklade alla länder i Europa välfärdslagar som även omfattade arbetstagare. Dessutom växte arbetarrörelsen fram. I de flesta länder fanns det ingen klar åtskillnad mellan *"subordinate employment"* och *"autonomous employment"*. I länder som hade common law system fanns det däremot *"contract for services"* (*self-employed workers*) och *"contract of service"* (*employees*).²⁴⁴ Den tredje perioden beskrivs som *"Economic crisis"* (1973-79). Synen på subordination förändrades eftersom utvecklingen gick mot ett informationssamhälle som medförde att vissa yrkesgrupper ofta hade mer kunskap om arbetets utförande än arbetsgivaren. Detta medförde att det var svårt för arbetsgivaren att ge exakta instruktioner om hur arbetet skulle utföras. Den ekonomiska krisen gjorde vidare att flera nya atypiska kontraktuella arrangemang uppkom i försök att kringgå den arbetsrättsliga lagstiftningen. Detta uppmärksammades av domstolen i flera länder och istället för att enbart beakta hur parterna valt att klassificera ett avtal, beaktades hur avtalet genomförts i praktiken. Den fjärde perioden beskrivs som *"Reconstruction and Deregulations"* (1980-89). Det fanns en grundbild av vad som utmärkte en arbetstagare. Enligt denna skulle den traditionella arbetstagaren utföra anvisat arbete på arbetsgivarens företag under en viss tidsperiod. Det blev emellertid svårare och svårare att tala om en traditionell arbetstagare då hemarbete, deltidsarbete, tidsbestämda

²⁴⁴ I den engelskspråkiga litteraturen används begreppen "worker" och "employee" för att beskriva personer som utför arbete. Skillnaden är att "worker" har en vidsträckt betydelse och omfattar personer som avtalat om att personligen utföra arbete, medan begreppet "employee" är snävare och omfattar dessutom subordination, vilket motsvarar det svenska arbetstagarbegreppet.

kontrakt och så vidare blev mer vanligt. Den femte perioden beskrivs som ”*Global capitalism: setting Minimum European standards*” (1990-2004) . Före 1990 hade inte EU ansett att det var problematiskt med alla nya kontraktuella arrangemang. Uppfattningen var att det av ett bra sätt att främja flexibilitet. För att förhindra missbruk av olika atypiska anställningar samt för att undvika omotiverade skillnader mellan EU-länderna ansågs det emellertid nödvändigt att införa minimiskydd för alla arbetstagare. Detta medförde att ett antal direktiv såsom direktiv 97/80/EC om deltidsarbete och direktiv 99/70/EC om visstidsarbete infördes.²⁴⁵

Arbetet med att införa ett miniskydd för arbetstagare har inte bara pågått inom EU, utan även inom ramen för ILO. Genom att besluta om konventioner och rekommendationer fastställer ILO ett internationellt normsystem med grundläggande rättigheter och skydd för arbetstagare. Konventionerna utgör folkrättsligt bindande traktat då de ratificerats av organisationens medlemsstater och rekommendationerna utgör icke-bindande riktlinjer. ILO har antagit 189 konventioner, varav åtta betraktas som kärnkonventioner och är extra viktiga eftersom de innehåller minimistandarder för arbetsvillkor över hela världen. Det finns vidare 202 rekommendationer, varav en av dessa rör anställningsförhållandet.²⁴⁶

ILO:s rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet antogs 2006 efter en mycket långvarig och svår debatt. Antagandet av ett ILO-instrument som rör anställningsförhållandet (*the employment relationship*) hade diskuterats av den internationella arbetskonferensen 1997, 1998 och 2003 innan rekommendationen slutligen antogs 2006.²⁴⁷ Rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet berör främst behovet av nationell politik för att skydda personer i ett anställningsförhållande samt hur existensen av ett anställningsförhållande ska fastställas.²⁴⁸ Enligt rekommendationen bör fastställandet av anställningsförhållandet utgå från omständigheter som kan kopplas till arbetets utförande samt den arbetspresterandes ersättning. Detta gäller oavsett hur förhållandet karaktäriseras i avtal eller vad parterna kommit överens om på annat sätt.²⁴⁹ För att underlätta fastställandet av ett anställningsförhållande ska vidare medlemsstaterna inom ramen för den nationella politiken överväga möjligheten att:

- a) tillåta ett brett urval av metoder för att fastställa om ett anställningsförhållande föreligger,
- b) införa en legal presumtion för att fastställa om ett anställningsförhållande föreligger om en eller flera indikationer är uppfyllda,
- c) efter samråd med de mest representativa arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna, bestämma vem som ska betraktas som arbetstagare respektive uppdragstagare i allmänhet eller inom en viss

²⁴⁵ Veneziani (2009) s. 99 ff.

²⁴⁶ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--en/index.htm> (hämtat 01-12-12).

²⁴⁷ Casale (2011) s. 6 ff.

²⁴⁸ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535 (se avsnitt 2 och 3) (hämtat 01-12-12).

²⁴⁹ Avsnitt 2 p. 9 ILO Recommendation No. 198 on Employment relationship.

bransch.²⁵⁰

Vidare ska medlemstaterna överväga att i lagstiftning klargöra vilka faktorer som talar för att den arbetspresterande parten är att anse som arbetstagare. Dessa faktorer kan vara:

- a) Det faktum att arbetet utförs i enlighet med instruktioner och under tillsyn av en annan part, att arbetet involverar arbetstagaren i företagets organisation, att arbetet måste utföras av arbetstagaren personligen, att arbetet utförs på fastställda arbetstider eller på anvisad arbetsplats eller på plats som har godkänts av huvudmannen, att arbetet är av viss varaktighet och har en viss kontinuitet, att arbetet kräver att arbetstagaren är tillgänglig eller innebär att den part som begär arbetet tillhandahåller redskap, material och maskiner för arbetets utförande.
- b) Att arbetstagaren regelbundet får återkommande ersättning, att ersättningen utgör arbetstagarens enda eller huvudsakliga inkomstkälla, att betalning i natura såsom mat, boende eller transport förekommer, att arbetstagaren är berättigad till vissa förmåner såsom veckovila och årlig semester, att arbetsgivaren ersätter arbetstagarens reseutlägg samt att arbetstagaren inte bär någon ekonomisk risk.²⁵¹

Rekommendationer fokuserar på gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare och nämner inte de arbetstagare som befinner sig i en gråzon mellan arbetstagare och uppdragstagare, alltså vad som i tysk rätt betecknas som "*arbeitsnehmerähnliche Personen*".²⁵² I Sverige ansåg inte Regeringen att ILO:s rekommendation (198) om anställningsförhållandet föranledde några särskilda åtgärder eftersom det redan finns ett etablerat system för att fastställa vem som är att betrakta som arbetstagare. Vid remissförfarandet påpekade emellertid TCO att det var viktigt att rekommendationen uppmärksammades eftersom den var betydelsefull i arbetet med reformer som berör gränsdragningen mellan arbetstagare och uppdragstagare.²⁵³

4.2 Det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet

Det finns inte något enhetligt och allmänt arbetstagarbegreppet inom EU. Arbetstagarbegreppet förekommer emellertid i flera EU-rättsakter. I de flesta arbetsrättsliga direktiv hänvisas till medlemsstaternas nationella rätt för att avgöra vem som är arbetstagare. Ett exempel på detta är utstationeringsdirektivet²⁵⁴ där det i artikel 2.2 stadgas att "i detta direktiv avses med begreppet arbetstagare det begrepp som tillämpas i rätten i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad". I andra direktiv fastställs vem som är arbetstagare vid tillämpandet av det aktuella

²⁵⁰ Avsnitt 2 p.11 ILO Recommendation No. 198 on Employment relationship.

²⁵¹ Avsnitt 2 p.13 ILO Recommendation No. 198 on Employment relationship.

²⁵² Servais (2009) s. 225.

²⁵³ Prop. 2007/08:69 s. 16.

²⁵⁴ Direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

direktivet. Ett exempel på detta är ramdirektivet om arbetsmiljö²⁵⁵ där det i artikel 3 stadgas att ”i direktivet avses med arbetstagare varje person anställd av en arbetsgivare, inklusive praktikanter och lärlingar men inte arbetstagare i arbetsgivarens hushåll”.

Ett område där arbetstagarbegreppet framförallt aktualiseras är den fria rörligheten för arbetstagare som tillhör en av EU:s fyra fundamentala rättigheter.²⁵⁶ De grundläggande bestämmelserna för arbetskraftens fria rörlighet finns i artiklarna 45-48 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF).²⁵⁷ I artikel 18 FEUF förbjuds även all diskriminering på grund av nationalitet inom fördragets tillämpningsområde.²⁵⁸ Principen om arbetskraftens fria rörlighet slås fast i artikel 45 (tidigare artikel 39 EG-fördraget) FEUF och enligt Angonese-målet²⁵⁹ har artikeln horisontell direkt effekt. Den fria rörligheten får emellertid enligt artikel 45.3 FEUF begränsas med hänsyn till allmän ordning och säkerhet samt enligt artikel 45.4 ska artikel 45 FEUF inte tillämpas på anställning i offentlig tjänst.²⁶⁰ Begreppet arbetstagare definieras inte i artikel 45, utan har fastställts i EU-domstolens rättspraxis.²⁶¹

Med fri rörlighet för arbetstagare avses att alla EU-medborgare har rätt att flytta till en annan medlemsstat för att arbeta och enligt artikel 45.2 FEUF får arbetstagaren i det nya landet inte diskrimineras på grund av dennes nationalitet vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor.²⁶² EU-domstolen har vidare slagit fast att uttrycket arbetstagare har en fast betydelse i EU-lagstiftningen²⁶³ och får inte definieras av de olika medlemsländerna var för sig²⁶⁴. I Levin-målet²⁶⁵ bekräftade domstolen att begreppet arbetstagare i art 45 FEUF ska tolkas entydigt inom gemenskapen samt ha en vidsträckt tolkning. Vidare sade EU-domstolen att arbetet som utförs måste vara effektivt och genuint, vilket kan vara uppfyllt även om arbetet inte ger tillräckligt med försörjning.²⁶⁶ I Lawrie-Blum-målet²⁶⁷ fastslog EU-domstolen att begreppet arbetstagare ska definieras enligt objektiva kriterier som utmärker ett anställningsförhållande med beaktande av berörda personers rättigheter och skyldigheter. För att en person ska betraktas som arbetstagare krävs att:

1. personen utför arbetet åt eller för någon annan,
2. personen är under dennes ledning,
3. arbetet sker mot vederlag.

²⁵⁵ Direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet.

²⁵⁶ Barnard (2012) s. 143.

²⁵⁷ Nyström (2011) s. 124.

²⁵⁸ Nyström (2010) s. 123.

²⁵⁹ Mål C-281/98.

²⁶⁰ Nyström (2009) s. 125.

²⁶¹ Nyström (2009) s. 127 ff.

²⁶² Nyström (2010) s. 124.

²⁶³ Mål C-75/63.

²⁶⁴ Mål C-53/63.

²⁶⁵ Mål C-53 81 Levin mot Secretary of state for Justice REG 1982 1035.

²⁶⁶ Rönnmar (2011) s. 176, Ds 2002:56 s. 107, Nyström (2011) s. 127 ff.

²⁶⁷ Mål 66/85 REG 1986 2121.

För att en person ska betraktas som arbetstagare krävs alltså att personen mot ersättning utför arbete av ekonomiskt värde åt eller för någon annan under dennes arbetsledning. Lawrie-Blum-målet handlade om en lärarkandidat som fick lön under praktik. Praktiken var en del av utbildningen, men ansågs vara av ekonomiskt värde för samhället på så sätt att hon var att anse som arbetstagare.²⁶⁸ Mot bakgrund av domen har EU-domstolen, oberoende av medlemsstaternas nationella definitioner, slagit fast att deltidsarbetare²⁶⁹, praktikanter²⁷⁰ och aupairer²⁷¹ omfattas av artikel 45 FEUF om arbetet som de utför är effektivt och genuint.²⁷² Dessutom omfattas även andra kategorier av artikel 45 såsom familjemedlemmar, arbetssökande och vissa personer som behåller sin arbetstagarstatus.²⁷³ För att en person ska behålla sin arbetstagarstatus krävs person lämnar sin anställning frivilligt för att studera inom samma yrkesverksamhet.²⁷⁴ Detta gäller emellertid inte om utbildningen inte har något samband med den tidigare anställningen, utan personen måste då ha blivit arbetslös ofrivilligt.^{275 276}

Det finns flera andra mål från EU-domstolen som rör arbetstagarbegreppet i förhållande till den fria rörligheten av arbetstagare. Ett exempel är Steyermann-målet²⁷⁷ där EU-domstolen uttalade att en person som arbetar utan att få någon kontant ersättning, men där arbetsgivaren är ansvarig för den arbetspresterandes levnadskostnader är att anse som arbetstagare. Steyermann-målet handlade om en hantverkare som bodde i ett kollektiv och som arbetade utan att få någon kontant ersättning, men fick däremot sina levnadskostnader täckta av kollektivet. I Bettray-målet²⁷⁸ ansåg EU-domstolen emellertid inte att drogmisbrukare i sysselsättningsprojekt för återanpassning var att betrakta som arbetstagare. Det sociala inslaget (att få honom att sluta knarka) var viktigare än det arbete han utförde.²⁷⁹

Det autonoma EU-rättsliga arbetstagarbegreppet håller nu på att sprida sig till andra områden såsom arbetstidsdirektivet och artikel 157 FEUF (tidigare artikel 141 EGF) om lika lön, där EU-domstolen har antagit samma definition av arbetstagarbegreppet som beskrivs i Lawrie-Blum-målet ovan.²⁸⁰ I målet Union Syndicale Solidaires Isère²⁸¹ uttalade domstolen att begreppet arbetstagare i arbetstidsdirektivet ska definieras enligt de objektiva kriterier som kännetecknar ett anställningsförhållande, med beaktande av de berörda personernas rättigheter och skyldigheter. Vidare sade domstolen att det viktigaste kännetecknet för ett

²⁶⁸ Nyström (2011) s.127.

²⁶⁹ Mål C-53/81.

²⁷⁰ Mål C-109/04.

²⁷¹ Mål C-294/06.

²⁷² COM(2010)373 final: Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments s. 5.

²⁷³ COM(2010)373 final: Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments s. 7.

²⁷⁴ Mål C-3/90 Bernini REG 1992 I-1071.

²⁷⁵ SE Mål C- 357/89 Raulin, REG 1992 I-1027.

²⁷⁶ Nyström (2010) s. 127 f.

²⁷⁷ Mål 196/87 Steyermann mot Staatssecretaris van Justicie, REG 1988 6159.

²⁷⁸ Mål 344787 Bettray, REG 1989 1671.

²⁷⁹ Nyström (2011) s. 128.

²⁸⁰ Rönnmar (2011) s. 176.

²⁸¹ Mål C- 428/09 Union Syndicale Solidaires Isère v Premier Ministre.

anställningsförhållande är att personen under en viss tid utför arbete åt annan under dennes ledning i utbyte mot ersättning.²⁸²

Av Allonby-målet framgår att om en person klassas som företagare enligt nationell rätt betyder detta inte att likalönsprincipen i artikel 157 FEUF inte är tillämplig om dennes oberoende endast är fiktivt.²⁸³ Målet rörde en kvinnlig lärare som blev uppsagd från sin deltidsanställning på en skola och erbjöds istället arbete som självständig uppdragstagare på samma skola genom en bemanningsbyrå. Detta gjorde i sin tur att den kvinnliga läraren fick mindre betalt, vilket medförde att hon hävdade att hennes rätt till lika lön för män och kvinnor enligt artikel 157 FEUF hade åsidosatts. EU-domstolen uttalade att begreppet arbetstagare i artikel 157 (1) FEUF inte skulle tolkas enligt nationell rätt, utan enligt EU-rätten. Vidare sade EU-domstolen att kvinnan kunde betraktas som arbetstagare enligt artikel 157 FEUF om hennes tjänst utgjorde en förtäckt anställning.²⁸⁴ Rättsfallet visar att det inte spelar någon roll hur parterna har klassificerat ett avtal och att det inte går att kringgå arbetsrättens bestämmelser.

Det har redan diskuterats inom EU om arbetstagarbegreppet bör harmoniseras inom EU och om faktorer såsom personligt beroende, subordination, integration, samt ekonomiskt beroende bör definieras på EU-rättslig nivå.²⁸⁵ Detta skulle medföra att skyddsvärda grupper skyddades inom gemenskapen. Frågan lyftes framförallt fram i kommissionens grönbok om en modernisering av arbetsrätten.²⁸⁶ Kommissionen undrade framförallt om arbetstagarbegreppet behövde bli tydligare för att underlätta övergångar från arbetstagare till uppdragstagare och vice versa. Vidare undrade kommissionen om det behövdes ett ”*floor of rights*” (minimirättigheter) för arbetsvillkor som gäller alla arbetstagare oavsett vilken typ av arbeidskontrakt samt vilken påverkan sådana minimikrav skulle ha för att skapa arbetstillfällen och skydda arbetstagare.²⁸⁷

Ett sätt att garantera ett ”*floor of rights*” är att utvidga arbetsrättens personkrets, vilket skulle göras genom att arbetstagarbegreppet gavs en vidsträckt tolkning. Ett annat sätt är att införa en mellangrupperkategori (vad som i tysk rätt betecknas som ”*arbeitsnehmerähnliche Person*”) för personer som befinner sig i gråzonen mellan arbetstagare och uppdragstagare. Genom mellangrupperkategorin ges den arbetspresterande ett visst arbetsrättsligt skydd. Båda sätten rör alltså en utvidgning av vem som omfattas av den arbetsrättsliga lagstiftning, vilket innebär att förutom arbetstagare skulle även andra skyddsvärda grupper omfattas.²⁸⁸

En annan arbetsrättslig forskare som har uppmärksammat ett behov av nya gränser inom EU:s arbetsrätt är Jeff Kenner som har skrivit artikeln ”*New*

²⁸² Barnard (2012) s. 152.

²⁸³ Mål C-256/01 Debra Allonby mot. Accrington & Rossendale College m.fl p.71.

²⁸⁴ Barnard (2012) s. 152.

²⁸⁵ Numhauser-Henning (2009): www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=158&dl=1 s. 31(hämtat 01-12-12).

²⁸⁶ KOM 2006/708 final.

²⁸⁷ KOM 2006/708 final s. 12.

²⁸⁸ Numhauser-Henning: www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=158&dl=1 s. 31(hämtat 01-12-12).

Frontiers in Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security". Kenner presenterar tre olika möjligheter för att utvidga arbetsrättens personkrets i EU för att fånga upp personer som är i behov av arbetsrättsligt skydd. Den första (1) möjligheten rör en soft law lösning där den öppna samordningsmetoden (OMC)²⁸⁹ används för att uppmuntra en stegvis utvidgning av arbetsrättens räckvidd genom utbyte av bästa praxis, strategisk handledning samt övervakning. Den andra (2) möjligheten är att fastställa en gemensam rättslig definition av arbetstagarbegreppet som gäller horisontellt för vissa arbetsrättsliga direktiv. Den tredje (3) och mest långtgående möjligheten är att EU skulle anta ett ramdirektiv med gemensamma riktlinjer för att fastställa ett anställningsförhållande.²⁹⁰

Den första (1) "soft law"-lösningen rör en öppen metod av koordinering, vilket oftast brukat vara det naturliga valet för EU:s medlemsstater, EU-institutioner och andra parter på arbetsmarknaden. Metoden går ut på att öka kommunikationen mellan stater för att få dem att harmonisera arbetstagarbegreppet och på så sätt utöka det arbetsrättsliga skyddet. Så länge medlemsstaterna är eniga kan socialpolitiska mål harmoniseras utan att gå lagstiftningsvägen. Kenner framhåller samtidigt att eftersom metoden är av "soft law"-karaktär kan detta innebära att medlemsstater endast tar notis om nationella skillnader och att "soft law"-lösningen aldrig skulle leda till bindande lagstiftning, så kallad "hard law", i den nationella rätten.²⁹¹

Kenners andra (2) möjlighet är att fastställa arbetstagarbegreppet och harmonisera detta i vissa arbetsrättsliga direktiv som EU:s medlemsstater sedan skulle implementera. Detta skulle utgöra ett EU-ramverk som garanterar en kärna av arbetsrättsliga rättigheter.²⁹² Kenner påpekar dock att strävan mot ett enhetligt arbetstagarbegrepp på vissa områden skulle kunna utgöra en katalysator för att förändra och bredda arbetstagarbegreppet på andra områden. Kenner framhåller även att det skulle vara svårt att nå konsensus på den politiska arenan i EU för ett enhetligt arbetstagarbegrepp.²⁹³

Den tredje (3) möjligheten skulle enligt Kenner vara att anta ett ramverksdirektiv om fastställandet av ett anställningsförhållande.²⁹⁴ Som exempel skulle Cinderella-direktivet²⁹⁵ kunna revideras eftersom det är tillämpligt i nationell rätt. Genom direktivet skulle generella indikationer på att ett anställningsförhållande föreligger kunna fastställas. Vidare skulle indikationer på beroende kunna hämtas från nationell rätt samt ILO:s rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet. Kenner föreslår att om indikationerna talar för att ett anställningsförhållande föreligger skulle detta kunna skapa en presumtion om att ekonomiskt beroende

²⁸⁹ Metoden benämns av Kenner som "Convergence Through the OMC" (open method of coordination).

²⁹⁰ Kenner (2009) s. 296 ff.

²⁹¹ Kenner (2009) s. 297.

²⁹² Numhauser-Henning: www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=158&dl=1 s. 32, Rönmar (2004) s. 177.

²⁹³ Kenner (2009) s. 303.

²⁹⁴ Kenner (2009) s. 304 ff.

²⁹⁵ Rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet, EGT L 288, s. 32; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 97.

uppdragstagare är berättigade arbetsrättsligt skydd. Målsättningen skulle vara att presumptionen över tid skulle tillämpas för alla ekonomiskt beroende uppdragstagare, inklusive de som arbetar deltid, hemarbete samt arbetar genom bemanningsföretag.²⁹⁶

²⁹⁶ Kenner (2009) s. 297.

5 Analys

5.1 Inledande kommentar

Nedan förs en diskussion kring arbetstagarbegreppet i svensk och tysk rätt samt regleringen av mellangruppen. Vidare diskuteras även samspelet med EU-rätten samt om det finns ett behov av ett harmoniserat arbetstagarbegrepp.

5.2 Det svenska och tyska arbetstagarbegreppet i komparation

Det finns ingen allmän definition av arbetstagarbegreppet i varken svensk eller tysk lagstiftning, utan begreppet har istället främst vuxit fram i rättspraxis. I svensk rätt har det civilrättsliga arbetstagarbegreppet i stort sett samma innebörd i alla arbetsrättsliga lagar samt även på den allmänna civilrättens område. Vidare finns det endast en lag (Anställningsskyddslagen), där arbetstagare undantas från lagens tillämpningsområde. Detta skiljer sig från tysk rätt där det i vissa lagar stadgas vem som är att anse som arbetstagare vid tillämpandet av den aktuella lagen. Vidare finns det flera lagar där personer som allmänt sett betraktas som arbetstagare undantas från lagens tillämpningsområde.

I både tysk och svensk rätt stadgas att arbetstagare är den som på grund av privaträttsligt avtal är förpliktigad att utföra arbete.²⁹⁷ Grundförutsättningen är därmed att det ska finnas ett privaträttsligt avtal. Vidare finns det inget formkrav för anställningsavtalet i tysk eller svensk rätt. Avgörande i båda rättssystem är den faktiska tillämpningen av anställningsavtalet.

Arbetstagarbegreppet är ett tvingande begrepp i båda rättssystemen för att det inte ska gå att kringgå den arbetsrättsliga lagstiftningen. I tysk rätt ges emellertid viss hänsyn till partsviljan då rättsförhållandet mellan parterna är på sådant sätt att det är lika lämpligt att sluta anställningsavtal som uppdragsavtal. Att den arbetspresterande själv ska kunna välja om denne vill betraktas som uppdragsstagare är dock en kontroversiell uppfattning i Tyskland som endast har accepterats av domstolen i ett fåtal rättsfall. Anledningen till detta är att uppfattningen kolliderar med den legala existensen av mellangruppen i tysk rätt. Som betraktare av det tyska rättssystemet låter det mycket konstigt att parterna själva kan välja om det rör sig om ett uppdragsavtal eller anställningsavtal, men av doktrin har det framgått att det endast rör sig om undantagsfall.

Beträffande domstolens bedömning, så består denna i både Sverige och Tyskland av ett ”multi-faktor-test” där domstolen gör en helhetsbedömning

²⁹⁷ Jfr Preis (2009) s. 50.

av omständigheterna i det enskilda fallet. Det finns emellertid en stor skillnad i bedömningen av faktorerna som domstolen beaktar. I svensk rätt finns det inte någon faktor som anses som ”nödvändig” eller ”tillräcklig” för att kunna fastställa ett anställningsförhållande. Den tyska domstolens bedömning går däremot ut på att fastställa om den arbetspresterande är personligt beroende av arbetsgivaren. Detta är den viktigaste faktorn som hela bedömningen kretsar kring. För att bestämma det personliga beroendet bedömer domstolen i första hand i vilken utsträckning som arbetstagaren är bunden av arbetsgivarens instruktioner rörande plats, tid och innehåll. Jag anser att detta gör att viktiga omständigheter såsom att personen i ”socialt och ekonomiskt hänseende kan jämföras med en arbetstagarare” förbises. Det ekonomiska beroendet är nämligen inte en faktor som har stor betydelse inom ramen för bedömningen av arbetstagarbegreppet. *Bundesarbeitsgericht* har endast uttalat att det faktum att någon är ekonomiskt beroende av huvudmannen eller socialt kan jämföras med en arbetstagarare inte räcker för att ett anställningsförhållande ska föreligga. I praktiken kan arbetsgivaren i tysk rätt därmed utforma ett avtalsförhållande på sådan sätt att denne inte bestämmer över arbetets plats, tid samt innehåll, och därmed kringgå lagstiftningen. Mot bakgrund av detta är det tydligt att det tyska arbetstagarbegreppet enbart präglas av att bedöma subordinationen, alltså i vilken utsträckning som arbetstagaren är underkastad arbetsgivarens ledning och kontroll. Detta är visserligen en faktor som beaktas i svensk rätt också, men det finns flera andra faktorer som tillmäts betydelse.

Beträffande de faktorer som domstolen beaktar i tysk rätt håller jag med Wank²⁹⁸ i hans argumentation om att det tyska arbetstagarbegreppet egentligen bara består av en rad osorterade faktorer som beaktas utan någon logisk ordning. I jämförelse med det svenska arbetstagarbegreppet blir detta mycket tydligt. I svensk rätt fastslog domstolen redan 1949 att arbetstagarbegreppet skulle bygga på en helhetsbedömning av alla omständigheter i det enskilda fallet. Efter detta presenterades i SOU 1975:1 vilka faktorer som bör beaktas. Faktum är att det är samma faktorer som beaktas i svensk rätt idag.

I jämförelse med det tyska arbetstagarbegreppet är det betydligt svårare att kringgå den arbetsrättsliga lagstiftningen i svensk rätt eftersom arbetsdomstolen enligt mig gör en mer omfattande helhetsbedömning av alla omständigheter i det enskilda fallet. Jag anser att viktiga omständigheter såsom att den arbetspresterande är ekonomiskt beroende av huvudmannen förbises. Visserligen fångas personer som faller igenom det arbetsrättsliga skyddsnetet upp genom mellangruppen i tysk rätt. Mellangruppen omfattas emellertid enbart av ett fåtal arbetsrättsliga lagar såsom kollektivavtalslagen och arbetsdomstolslagen.

En av de utmärkande skillnaderna mellan svensk och tysk rätt är synen på kollektivavtal. Kollektivavtal är en grundläggande rättskälla i svensk rätt och är av stor betydelse för att bestämma om en person är att betrakta som

²⁹⁸ Se Wank (2005) s. 21.

arbetstagare. Som exempel på detta kan AD 1994 nr 66, AD 1994 nr 104 och AD 1998 nr 138 nämnas, där arbetsdomstolen förbisåg omständigheterna i det enskilda fallet och istället följde det vedertagna arbetstagarbegrepp som fanns i kollektivavtal (eller branschpraxis). I tysk rätt har däremot den sociala dialogen samt kollektivavtalsförhandlingar inte någon betydelse vid fastställandet av arbetstagarbegreppet.

En annan skillnad mellan rättssystemen är vilken betydelse som uppdelningen mellan arbetare och tjänstemän har. I svensk rätt är detta en uppdelning som grundar sig på facklig organisationstillhörighet. Indelningen har betydelse eftersom arbetsgivare ofta är bundna av olika kollektivavtal för arbetare och tjänstemän eftersom den fackliga organiseringen är uppdelad i arbetarförbund (LO) och tjänstemannaförbund (TCO/SACO). I tysk rätt finns däremot inte ovanstående uppdelning i den fackliga organiseringen. Den största centralorganisationen *Deutscher Gewerkschaftsbund* organiserar alla arbetstagare inom den privata sektorn, oavsett om de är arbetare eller tjänstemän. Däremot har det tidigare funnits flera arbetsrättsliga särregleringar för arbetare och tjänstemän i Tyskland. Idag har uppdelningen, i alla fall inom den individuella arbetsrätten, inte någon nämnvärd betydelse, även om det fortfarande är relevant att göra åtskillnad mellan arbetare och tjänstemän i frågor som rör den personliga arbetsskyldigheten.

En annan skillnad mellan de båda rättssystemen är att det i tysk rätt finns mycket utförlig lagstiftning om yrkesutbildning, vilket inte finns i svensk rätt. I tysk rätt har praktikanter arbetstagarstatus och omfattas dessutom av "egna" lagar. I svensk rätt anses praktikanter som arbetstagare och omfattas som utgångspunkt av arbetsrätten. Det kan emellertid finnas undantag i lagstiftning.

Både i Sverige och Tyskland finns det specialdomstol för arbetsrättsliga mål och det är Arbetsdomstolarna som hanterar tvister rörande arbetstagarbegreppet. I Sverige måste emellertid vissa krav vara uppfyllda för att tvister skall tas upp i Arbetsdomstolen.

5.3 Den svenska och tyska mellangruppen i komparation

Att det kan finnas personer som befinner sig i en gråzon mellan arbetstagare och uppdragstagare har uppmärksamats i både svensk och tysk rätt. I båda rättssystemen har lagstiftaren valt att införa en mellangrupp. I tysk rätt är mellangruppen mycket etablerad och "arbetstagarlika" personer ges i ett fåtal lagar samma arbetsrättsliga skydd som arbetstagare. I svensk rätt har motsvarande kategori funnits sedan 1940-talet och är visserligen fastställd i lag, men mellangruppens rättsliga status har länge ifrågasatts. Både arbetsdomstolen samt forskare har argumenterat att mellangruppen inte fyller någon funktion i svensk rätt och att "jämförda/beroende uppdragstagare" redan omfattas av arbetsrättens personkrets. I svensk rätt

omfattas endast mellangruppen av Medbestämmandelagen, medan motsvarande grupp i tysk rätt *uttryckligen* omfattas av Kollektivavtalslagen, Arbetsdomstolslagen, Federala lagen om semester, Arbetskyddslagen, allmänna likabehandlingslagen samt Lagen om sexuella trakasserier. Uppräkningen visar att lagstiftaren i båda rättssystemen har ansett att det varit viktigt att arbetstagare och mellangruppen ges fackliga rättigheter, såsom rätt till kollektivavtal.

I svensk rätt står det i 1 § 2 st. MBL att ”den som har ställning av väsentligen samma slag som en anställd skall betraktas som arbetstagare”. I de få fall som omfattar mellangruppen i svensk rättspraxis nämns bland annat att den arbetspresterandes sociala och ekonomiska status ska beaktas. Detta kan jämföras med att man i tysk rätt framförallt lägger vikt vid det ekonomiska beroendet. Skillnaden mellan arbetstagare, mellangruppen och uppdragstagare i tysk rätt är att *arbetstagare* är personligt och ekonomiskt beroende av arbetsgivaren, *mellangruppen* är personligt oberoende, men ekonomiskt beroende och *uppdragstagare* är slutligen både personligt och ekonomiskt oberoende.

Det är svårt att dra paralleller mellan mellangruppen i de båda rättssystemen. Anledningen till detta är att jag anser att den svenska mellangruppen inte längre fyller någon direkt funktion eftersom flera av de personer som mellangruppen var tänkt att skydda då den infördes i svensk rätt redan omfattas av arbetstagarbegreppet. Dessutom är det svårt att dra paralleller mellan de yrkeskategorier som nämns i förarbete till Medbestämmandelagen och de exempel som ges på yrkesgrupper som omfattas av den tyska mellangruppen. De yrkesgrupper som nämns i svensk rätt, såsom symaskinsrepresentanter och skogsförare med egna fordon måste idag ses som tämligen omoderna. Den enda parallellen som går att dra är den mellan franchisetagare. Det finns emellertid (förutom AD 1994 nr 130 som inte gav någon klarhet i frågan eftersom det aktuella kollektivavtalet inte omfattade mellangruppen) inte något svenskt rättsfall som har prövat om franchisetagare omfattas av mellangruppen. Att franchisetagare skulle kunna omfattas av mellangruppen bygger endast på Sigemans uttalande från 1987 att franchisetagare ”torde” ha en sådan ställning hos huvudmannen att de omfattas av mellangruppen i 1 § 2 st. MBL. Beträffande de yrkesgrupper som nämns i tysk rätt såsom designers, musiker och frilansande artister ryms dessa inom bedömningen av arbetstagarbegreppet i svensk rätt. Det finns alltså inget som hindrar yrkesgrupperna från att betraktas som arbetstagare i svensk rätt om omständigheterna i målet talar för detta.

I tysk rätt läggs stor vikt vid den arbetspresterandes ekonomiska beroende vid bedömningen av om en person ska omfattas av mellangruppen. I svensk rätt är däremot ekonomiskt beroende en omständighet som beaktas inom ramen för arbetstagarbegreppet. I arbetslivsinstitutets utredning från 2002 framhöll utredarna att det ekonomiska beroendet borde lyftas fram mer vid domstolens helhetsbedömning av om en person är att betrakta som arbetstagare eller uppdragstagare. Förutom det ekonomiska beroendet var det viktigt att ytterligare tillknytningskriterier till huvudmannen förelåg. För

att illustrera bedömningen av det ekonomiska beroendet lyfte arbetslivsinstitutet fram AD 1994 nr 104 där det ekonomiska beroendet värderades lågt (främst för att det fanns ett i kollektivavtal vedertaget arbetstagarbegrepp som tillämpades).^{299 300}

Jag kan på ett sätt tycka att sedan arbetslivsinstitutets utredning år 2002 har det ekonomiska beroendet fått en större roll i svensk rätt, men samtidigt är det väldigt tydligt att arbetstagarbegreppet innefattar en helhetsbedömning där ingen faktor är viktigare än den andra eller måste finnas med. Som exempel på detta kan AD 2012 nr 24 nämnas som rörde vad Engblom benämner ”ofrivilliga företagare”, vilket omfattar personer inom bland annat journalistbranschen som ”tvingas” bli uppdragstagare för att behålla sitt arbete.³⁰¹ Även om domstolen inte uttryckligen talade om ett ekonomiskt beroende är det just vad det handlar om – den arbetspresterande (som tidigare haft en anställning hos huvudmannen) är så pass ekonomiskt beroende av huvudmannen att denne ”tvingas” bli uppdragstagare. Dessutom är det i rättsfallet tydligt att domstolen gör en helhetsbedömning där alla omständigheter av betydelse i det enskilda fallet beaktas.

Mellangruppen är en väletablerad kategori i tysk rätt. I svensk rätt har däremot mellangruppens rättsliga status länge ifrågasatts. Det har dels ifrågasatts om mellangruppen i 1§ 2 st. MBL fyller någon funktion, dels om det förutom 1§ 2 st. MBL, finns ett behov av att införa en mellangrupp i övrig arbetsrättslig lagstiftning i likhet med tysk rätt. Jag delar helt och hållet arbetslivsinstitutets bedömning från 2002 om att det inte finns något behov av att införa en mellangrupp i svensk rätt. Anledningen till detta är att ekonomiskt beroende redan är en omständighet som bedöms inom ramen för arbetstagarbegreppet. Vidare är det svenska arbetstagarbegreppet mycket vidsträckt och innehåller få undantag, vilket gör att nästintill alla arbetspresterande kan bedömas inom ramen för arbetstagarbegreppet. Dessutom finns möjligheten att sluta kollektivavtal för utsatta grupper, vilket inte får glömmas bort.

Jag kan emellertid förstå varför lagstiftaren har valt att införa en mellangrupp i tysk rätt. Det tyska arbetstagarbegreppet är inte särskilt vidsträckt och innehåller flera undantag. Detta gör i sin tur att det är lätt att falla igenom arbetsrättens skyddsnät och då har mellangruppen varit ett försök att fånga upp dessa personer genom att utgöra ett extra skyddsnät. Det kan emellertid ifrågasättas hur bra det extra skyddsnätet egentligen är eftersom mellangruppen endast omfattas av ett fåtal lagar. Vidare anser jag att mellangruppens existens ”bakbinder” den tyska domstolen eftersom så fort en person i väsentlig mån fritt kan utföra sitt arbete och bestämma över sin arbetstid ska denne betraktas som uppdragstagare (personen är alltså inte personligt beroende av huvudmannen). Om en person därtill är ekonomiskt beroende av huvudmannen kan personen aldrig prövas mot arbetstagarbegreppet, utan endast mot mellangruppen. Mellangruppens

²⁹⁹ Se Ds 2002:56 s. 133.

³⁰⁰ Redogörelse för AD 1994 nr 104 finns under avsnitt 2.2.8 samt 2.3.

³⁰¹ Redogörelse för AD 2012 nr 24 finns under avsnitt 2.1 samt 2.2.7.

existens begränsar därmed en utvidgning av arbetstagarbegreppet i tysk rätt och detta tycker jag är mycket problematiskt.

5.4 Förhållandet till EU-rätten

Det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet har stor betydelse eftersom EU-rätten går före nationell rätt. I de flesta EU-direktiv hänvisas till nationell rätt för att bestämma vem som är arbetstagare vid tillämpandet av det aktuella direktivet, vilket betyder att i tysk rätt bedömer domstolen hur personligt beroende arbetstagaren är av arbetsgivaren och i svensk rätt gör domstolen det så kallade ”multi-faktor-testet”. Vidare innebär detta att den svenska och tyska lagstiftaren kan bestämma vilka yrkesgrupper som man vill inrymma i, respektive utesluta från arbetsrättens personkrets.

På vissa områden inom EU-rätten finns det ett fastställt autonomt EU-rättsligt arbetstagarbegrepp som har företräde framför tysk och svensk rätt. Det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet kan antingen definieras direkt i den aktuella EU-rättsakten eller genom rättspraxis. I EU håller arbetstagarbegreppet främst på att definieras och spridas till olika områden genom rättspraxis, vilket är en mycket intressant utveckling. Anledningen till detta är säkerligen att det är mycket svårt för Rådet och Parlamentet att nå konsensus och därmed är det lättare att gå ”bakvägen” via EU-domstolen, vars rättspraxis är bindande för medlemsstaterna. Mot bakgrund av alla negativa reaktioner som uppkom då Kommissionen i grönboken från 2006 frågade om det behövs en harmoniserad definition av begreppet arbetstagare är utvecklingen än mer intressant.

Frågan är då hur det genom rättspraxis EU-rättsliga arbetstagarbegreppet (på vissa områden) förhåller sig till det svenska och tyska arbetstagarbegreppet i praktiken. I Lawrie-Blum-målet fastställer EU-domstolen att begreppet arbetstagare i artikel 45 FEUF är en personen som utför arbete åt eller för någon annan, under dennes ledning och att arbetet sker mot vederlag. Detta är även kärnan i arbetstagarbegreppet i svensk och tysk rätt. Skillnaden är emellertid att EU-domstolen går längre än det nationella arbetstagarbegreppet och inkluderar grupper som inte skulle omfattas av det svenska och tyska arbetstagarbegreppet. EU-rätten gör därmed att det nationella arbetstagarbegreppet ges en extensiv tolkning. Artikel 45 FEUF har som nämnt horisontell direkt effekt, vilket gör att alla dessa grupper kan åberopa artikeln mot både staten och arbetstagare.

Under artikel 45 FEUF omfattas förutom arbetstagare (innefattande trainees, deltidsarbetare och au-pairer om kravet ”effektivt och genuint” arbete är uppfyllt), familjemedlemmar, personer som behåller sin status som arbetstagare och arbetssökande (men endast om vissa villkor är uppfyllda).³⁰² Personkretsen som omfattas av artikel 45 FEUF har alltså spridit sig till att inte bara omfatta arbetstagare och arbetstagare med atypiska anställningar, utan även personer som aldrig hade beaktats som

³⁰² COM (2010)373 final: Reaffirming the free movement of workers: rights and major developments s. 5.

arbetstagare enligt nationell rätt. Utvecklingen visar att EU-domstolen inte bara har uppmärksammat att andelen arbetstagare med atypiska anställningar ökar, utan även att det finns skyddsvärda grupper som faller utanför den traditionella uppdelningen mellan arbetstagare och uppdragstagare.

Jag anser att det finns ett behov av ett harmoniserat EU-rättsligt arbetstagarbegrepp. Anledningen till detta är att jag anser att EU bör säkerställa att personer ges samma arbetsrättsliga skydd, oavsett i vilken medlemsstat som de arbetar. Ett harmoniserat EU-rättsligt arbetstagarbegrepp som medlemstaterna har fastställt tillsammans skulle vidare ge en förutsebarhet som inte finns idag eftersom det främst är EU-domstolen som har kontrollen över det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet. Av Kenners tre olika alternativ tror jag emellertid endast att alternativ ett och två är möjliga vägar att gå. Det första (1) alternativet som rör den öppna samordningsmetoden tillämpas redan inom EU och dessutom finns ILO som försöker öka dialogen mellan länder. ILO:s medlemsstater har även antagit rekommendation nr 198 om anställningsförhållandet som innehåller riktlinjer för hur ett anställningsförhållande ska fastställas. Antagligen är det första (1) alternativet den bästa lösningen, men eftersom det är en ”soft law”-lösning tror jag att det skulle vara svårt att få alla medlemsstater att införa ett bindande arbetstagarbegrepp i nationell lagstiftning. Alternativ två (2) är då en bättre väg att gå eftersom alternativet är bindande samt att en betydelse slås fast. Detta skulle kunna ske genom ett ”arbetstagarstatus”-direktiv. Genom att införa alternativ två (2) fastställs ett gemensamt arbetstagarbegrepp som skulle harmoniseras i de viktigaste arbetsrättsliga direktiven. Jag tycker att den här lösningen är betydligt bättre än att gå via EU-domstolen som nu sker eftersom medlemsstaterna inte har kontroll över utvecklingen. Beträffande alternativ tre (3) tror jag att det är mycket osannolikt att det skulle gå att införa ett gemensamt arbetstagarbegrepp som omfattar alla områden. Anledningen till detta är att EU består av helt olika rättssystem. Om ett ramverksdirektiv trots det skulle införas hade detta behövt bestå av flera implementeringsalternativ som var anpassade till nationella särregleringar.

5.5 Avslutande och sammanfattande kommentar

Sammanfattningsvis kan konstateras att arbetstagarbegreppet i Sverige och Tyskland består av ett ”multi-faktor-test” där domstolen gör en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det finns emellertid en stor skillnad i bedömningen av faktorerna som domstolen beaktar. Den tyska domstolens bedömning går ut på att fastställa om den arbetspresterande är personligt beroende av arbetsgivaren och är den viktigaste faktorn som hela bedömningen kretsar kring. I svensk rätt finns det däremot inte någon faktor som anses som ”nödvändig” eller ”tillräcklig” för att kunna fastställa ett anställningsförhållande. Det svenska


arbetstagarbegreppet är mer vidsträckt än det tyska. Detta innebär att det finns personer som omfattas av det svenska arbetstagarbegreppet, men som faller utanför det tyska.

I tysk rätt fångas emellertid personer som inte är personligt beroende av huvudmannen, utan endast ekonomiskt beroende, upp av mellangruppen ”*arbetstagarlika*” personer (de s.k. *arbeitsnehmerähnliche Personen*) som är ett komplement till arbetstagarbegreppet. Dessa personer är uppdragstagare som är ekonomiskt beroende av sina huvudmän och som anses vara i behov av liknande skydd som arbetstagare. Skyddsbehovet har gjort att vissa arbetsrättsliga bestämmelser i tysk rätt har utvidgats till att även omfatta mellangruppen.

Arbetstagarbegreppet kompletteras även av en mellangrupp i svensk rätt som benämns ”*jämställda/beroende uppdragstagare*” och regleras i Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Det svenska arbetstagarbegreppets omfattning har emellertid över tid blivit mer och mer vidsträckt. Detta har gjort att mellangruppens betydelse i svensk rätt har minskat då flera av de personer som mellangruppen var tänkt att skydda då den infördes i svensk rätt redan omfattas av arbetstagarbegreppet. Mot bakgrund av detta är det många, däribland jag, som menar att kategorin ”*jämställda/beroende uppdragstagare*” är föråldrad då den saknar praktisk relevans i svensk rätt.

Bilaga A

Egengjord översikt av det svenska och tyska arbetstagarbegreppet.

ARBETSTAGARBEGREPPET							
Svensk rätt	Tysk rätt						
”multi-faktor-test”	”multi-faktor-test” för att bedöma ”personligt beroende”						
<p><u>Grunddefinition:</u> ”Arbetstagare är en person som på grund av avtal personligen utför arbete mot ersättning för någon annans räkning, och därvid intar en personligt underordnad och i någon mån social och ekonomisk beroendeställning.”³⁰³</p> <p>A) Privaträttsligt avtal B) Arbete C) Mot ersättning</p> <p>Faktorer som beaktas inom ramen för helhetsbedömningen. Uppräkningen av faktorer är <i>inte uttömmande</i>.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Att den arbetspresterande ska utföra arbetet personligen, vare sig detta nämns i avtalet eller om det får anses förutsatt mellan parterna. - Den arbetspresterande har i så stor utsträckning som möjligt utfört arbetet själv. - Åtaganandet innebär att den arbetspresterande ställer sin arbetskraft till förfogande för arbetsuppgifter som uppkommer efterhand - Förhållandet mellan kontrahenterna är av mer varaktig karaktär - Den arbetspresterande är förhindrad att samtidigt utföra liknande arbete av någon betydelse åt någon annan, oavsett om detta grundar sig på direkt förbud eller bottnar i arbetsförhållandena, såsom exempelvis då tiden eller krafterna inte räcker till annat arbete - Den arbetspresterande är beträffande arbetets utförande underkastad bestämda direktiv eller närmare kontroll vare sig 	<p><u>Grunddefinition:</u> ”Arbetstagare är den som utför arbete på grund av privaträttsligt avtal, för annans räkning mot ersättning och är personligt beroende av denne”³⁰⁴</p> <p>A) Privaträttsligt avtal B) Arbete C) Mot ersättning D) Personligt beroende</p> <p><i>- Arbetstagaren underkastad arbetsgivarens ledning och kontroll?</i></p> <p style="text-align: center;">  <i>Faktorer/indicier som beaktas inom ramen för helhetsbedömningen för att fastställa det personliga beroendet.</i> </p> <table border="1"> <thead> <tr> <th style="width: 50%;"></th> <th style="width: 50%;">Indicier (Uppräkningen av faktorer är inte uttömmande)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Särskild betydelse:</td> <td>Betydelse:</td> </tr> <tr> <td> Underkastad instruktion om (Weisungsgebundenheit): <ul style="list-style-type: none"> - Innehåll - Tid - Plats </td> <td> Såsom: <ul style="list-style-type: none"> - Inkorporering i företaget - Förhållandets varaktighet - Att den arbetspresterande arbetar tillsammans med andra arbetstagare - Den arbetspresterande bär inte någon affärsrisk. - Omfattande rapporteringsskyldighet till arbetsgivaren - Får ersättning vid sjukdom - Kollektivrättsliga regler tillämpas - Arbetar endast för en huvudman - Behöver inte betala mervärdeskatt (keine Umsatzbeteiligung) - Inkomst och sociala avgifter betalas genom arbetsgivaren - Personen har inte egna </td> </tr> </tbody> </table>		Indicier (Uppräkningen av faktorer är inte uttömmande)	Särskild betydelse:	Betydelse:	Underkastad instruktion om (Weisungsgebundenheit): <ul style="list-style-type: none"> - Innehåll - Tid - Plats 	Såsom: <ul style="list-style-type: none"> - Inkorporering i företaget - Förhållandets varaktighet - Att den arbetspresterande arbetar tillsammans med andra arbetstagare - Den arbetspresterande bär inte någon affärsrisk. - Omfattande rapporteringsskyldighet till arbetsgivaren - Får ersättning vid sjukdom - Kollektivrättsliga regler tillämpas - Arbetar endast för en huvudman - Behöver inte betala mervärdeskatt (keine Umsatzbeteiligung) - Inkomst och sociala avgifter betalas genom arbetsgivaren - Personen har inte egna
	Indicier (Uppräkningen av faktorer är inte uttömmande)						
Särskild betydelse:	Betydelse:						
Underkastad instruktion om (Weisungsgebundenheit): <ul style="list-style-type: none"> - Innehåll - Tid - Plats 	Såsom: <ul style="list-style-type: none"> - Inkorporering i företaget - Förhållandets varaktighet - Att den arbetspresterande arbetar tillsammans med andra arbetstagare - Den arbetspresterande bär inte någon affärsrisk. - Omfattande rapporteringsskyldighet till arbetsgivaren - Får ersättning vid sjukdom - Kollektivrättsliga regler tillämpas - Arbetar endast för en huvudman - Behöver inte betala mervärdeskatt (keine Umsatzbeteiligung) - Inkomst och sociala avgifter betalas genom arbetsgivaren - Personen har inte egna 						

<p>detta gäller sättet för arbetets utförande, arbetstiden eller arbetsplatsen</p> <ul style="list-style-type: none"> - Den arbetspresterande förutsätts i arbetet använda maskiner, redskap eller råvaror som huvudmannen tillhandahåller - Den arbetspresterande får ersättning för sina direkta utlägg, exempelvis för resor - Ersättningen för arbetsprestationen utgår åtminstone delvis i form av garanterad lön - Den arbetspresterande är i ekonomiskt och socialt hänseende jämställd med en arbetstagare - Verklig förändring av rättsförhållandet - Kringgåendesituationer - Lagstiftningens syfte - Sedvana och uppfattningar i branschen samt - F-skattsedel 		<p>anställda</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ersättningens art och form - Socialt skyddsbehov
--	--	--

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Ds 2002:56 En hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv

Prop. 1945: 88

Prop. 2008/09:62 F-skatt åt fler

Prop. 1975/76:105 Bil. 1 Förslag till arbetsrättsreform m.m

SOU 1961:57 Sociallagstiftningen och de s.k. beroende uppdragstagarna

SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen

SOU 1987:17 Franchising

SOU 1993:32 Ny anställningsskyddslag

SOU 1994:141 Arbetsrättsliga utredningar

SOU 2008:76 F-skatt åt flera

EU

COM (2006) 708, Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century

COM (2007), Employment in Europe Report 2007.
ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=3068&langId=en.pdf

COM(2007) 359 final, Towards Common Principles of Flexicurity:
More and better jobs through flexibility and security

COM (2010) 682 final ” An Agenda for new skills and jobs:
A European contribution towards full employment”

Arbetsmarknadsdepartementets synpunkter på grönboken: En modern arbetsrätt för att möta 2000-talets utmaningar:

http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/answers/documents/1_6_se.pdf

Litteratur

- Adlercreutz Axel, *Arbetstagarbegreppet*, Nordstedt, Stockholm, 1964
- Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, Norstedt Juridik AB, Elanders, Vällingby, 2007
- Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, TPB, Johanneshov, 2010
- Bamber, Greg J., Lansbury, Russell D. & Wailes, Nick (red.) *International and comparative employment relations*, 4. ed., Sage, London, 2004
- Barnard, Catherine, *EC employment law*, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006
- Barnard, Catherine, *EU employment law*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012
- Biagi, Marco, "Forms of Employee Representational Participation", s. 191-233. I Michele Tiraboschi (red.), *Marco Biagi - Selected Writings*, Kluwer Law International, Netherlands, 2003
- Blanpain, Roger, *European labour law*, 12. rev. ed., Kluwer Law International, Alphen aan der Rijn, 2010
- Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, 2. uppl., Stockholm : Norstedts juridik, 2003
- Casale, Giuseppe (red.), *The employment relationship: a comparative overview*, Hart, Oxford, 2011
- Davidov, Guy, Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Hart, Oxford, 2006
- Dietrich, Thomas, Hanau, Peter, Schaub, Günter, Müller-Glöge, Rudi, Preis, Ulrich & Schmidt, Ingrid (red.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 8., neu bearb. Aufl., Beck, München, 2008
- Dütz, Wilhelm & Jung, Heike, *Arbeitsrecht*, 14., neu bearb. Aufl., Beck, München, 2009
- Eklund R m.fl. *Rättsfallssamling i arbetsrätt*, 4 uppl., 2009
- Engblom, Samuel, *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, Florence , 2003

Eng, Svein, *Analysis of Dis/agreement - with particular reference to Law and Legal Theory*, kluwer academic publisher, Dordrecht, 2003

Freedland, Mark & Kountouris, Nicola, *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011

Funk, Lothar, "Current Structural Changes: Risks and Opportunities for German Trade Unions" s 59-76. I :*The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 21, 2005

Fürstenberg, Friedrich, *Employment Relations in Germany* s. 201 – 223. I: Greg J. Bamber och Russel D. Lansbury (red.), *International and Comparative Employment relations. A study of Industrialised Market Economics*, rev. Uppl., Sage, London, 1998

Hanau, Peter & Adomeit, Klaus, *Arbeitsrecht*, 12., neubearb. Aufl., Luchterhand, Neuwied, 2000

Hettne, Jörgen, Eriksson Otken, Ida, *EU-rättslig teori och metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, 2., omarb uppl., Nordstedts juridik, Stockholm, 2011*

Hromadka, Wolfgang & Maschmann, Frank, *Arbeitsrecht Bd. 1., Individualarbeitsrecht, 2., überarb. und aktualisierte Aufl., Springer, Berlin, 2002*

Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Diss. Lund: Lunds Universitet, 2007

Jacobi, Otto, Keller, Brandt, och Müller- Jentsch, Walther, Germany: Facing New Challenges, s. 190-238. I: Anthony Ferner och Richard Hyman (red.), *Changing Industrial Relations in Europe*, 2 uppl., Blackwell, Oxford 1998

Källström, Kent, Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet - Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2 uppl. Iustus förlag AB, Uppsala, 2009

Kenner Jeff, *New Frontiers in EU Labour Law: From Flexicurity to Flex-Security* s. 279- 310. I Dougan. M och Currie S (red) *50 Years of the European Treaties: Looking Forward and Thinking Back*, Hart, Oxford 2009

Koch, Petra, *Selbständigkeit in der virtualisierten Welt*, Kassel, Univ., Diss., Kassel, 2009

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995

Perulli, Andalberto, *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A comparative Analysis of Selected European Countries*, s. 137- 187. I: Casale, Giuseppe (red.), *The employment relationship: a comparative overview*, Hart, Oxford, 2011

Preis, Ulrich, *Arbeitsrecht: Individualarbeitsrecht : Lehrbuch für Studium und Praxis*, 3. Aufl., Otto Schmidt, Köln, 2009

Richardi, Reinhard (red.), *Arbeitsgesetze: mit den wichtigsten Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis, Kündigungsrecht, Arbeitsschutzrecht, Berufsbildungsrecht, Tarifrecht, betriebsverfassungsrecht, Mitbestimmungsrecht und Verfahrensrecht : Textausgabe mit ausführlichem Sachverzeichnis*, 78., neu bearb. Aufl., stand: 1. Januar 2011, Deutscher Taschenbuch, München, 2011

Rönmmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförl., Diss. Lund : Univ., 2004, Lund, 2004

Rönmmar, Mia, "Sweden" s. 41-49. I: Blanpain, Roger, Araki, Takashi, Ouchi, Shinya (red.), *Labour law in motion: diversification of the labour force & terms and conditions of employment : Reports given at the 7th Tokyo Seminar, March 2004, organised by the Japan Institute for Labor Policy and Training*, , Kluwer Law International, The Hague, 2005

Rönmmar, Mia, Flexicurity, "Labour Law and the Notion of Equal" Treatment s.153-181. I: Rönmmar, Mia (red.), *Labour law: fundamental rights and social Europe*, Hart, Oxford, 2011

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007

Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Jure, Stockholm, 2009

Servais, Jean-Michel, *International labour law*, 2. rev. ed., Kluwer Law International, Alphen Aan Den Rijn, 2009

Sigeman, Tore: *Recension av boken Medbestämmandelagen-lagtext med kommentarer av Olof Bergquist och Lars Lunning* i SvJT 1987, s. 609

Sigeman, Tore, *Arbetsrätten – en översikt*, 5 uppl., Norstedts Juridik AB, Elanders, Vällingby, 2010

Zweigert, Konrad & Kötz, Hein, *Introduction to comparative law*, 3. rev. ed., Clarendon, Oxford, 1998

Veneziani, Bruno, "The employment relationship", s. 99 – 128. I :Hepple, Bob & Veneziani, Bruno, *The Transformation of Labour Law in Europe, A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Oxford, 2010

Waas, Bernd, "The Legal definition of the employment relationship", s. 45-57. I: *European Labour Law Journal volume 1, No 1, januari 2010*

Wank, Rolf "Germany" s. 19-26. I: Blanpain, Roger, Araki, Takashi, Ouchi, Shinya (red.), *Labour law in motion: diversification of the labour force & terms and conditions of employment : Reports given at the 7th Tokyo Seminar, March 2004, organised by the Japan Institute for Labor Policy and Training*, Kluwer Law International, The Hague, 2005

Weiss, Manfred, *European employment and industrial relations glossary: Germany*, Sweet & Maxwell, London, 1992

Weiss, Manfred och Schmidt, Marlene, "National Monographs – Federal Republic of Germany", March 2000, I: Blanpain, R., *International Encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer Law International

Wlotzke, Otfried & Richardi, Reinhard (red.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*. Bd 1, Individualarbeitsrecht I : [§§ 1-110], Beck, München, 1992

Internetkällor

Artiklar och informationsmaterial

Engblom, Samuel, "ofrivilliga arbetstagare urholkar arbetsrätten"
<http://www.utredarna.nu/samuelsingblom/2012/01/22/ofrivilliga-foretagare-urholkar-arbetsratten/> (hämtat: 05-11-12)

Europeiska kommissionen "frågor och svar"
http://ec.europa.eu/sverige/eu_facts/faq/index_sv.htm (hämtat 15-10-2012)

EU och Arbetsrätt 2 (nordiskt nyhetsbrev), 2007:
<http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/07-2/08.asp> (hämtat 15-10-2012)

ELLN, Thematic Report 2009: Characteristics of the Employment Relationship:
<http://www.labourlawnetwork.eu/frontend/file.php?id=242&dl=1>
(hämtat 15-10-2012)

ELLN, Seminar report 2009: Towards a new european employment relationship:
http://www.labourlawnetwork.eu/events/archive_conferences/conference_2009/text_conference_2009/prm/173/size_1/index.html

(hämtat 15-10-2012)

Hemsidor till de fyra centralorganisationerna i Tyskland

DBB: <http://www.dbb.de/> (hämtat 01-01-3)

ULA: <http://www.deutscher-fuehrungskraefteverband.de>(hämtat 01-01-3)

DGB: <http://www.dgb.de/> (hämtat 01-01-3)

CGB: <http://www.cgb.info/aktuell/aktuelles.html> (hämtat 01-01-3)

Lagkommentarer

Karnov

Zeteo

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1949 s. 768
NJA 1973 s. 501
NJA 1974 s. 392
NJA 1981 s. 601
NJA 1982 s. 784
NJA 1992 s. 631
NJA 1996 s. 311

Hovrätterna

RH 1998 nr 73
RH 2008: 62
RH 2010:5
RÅ 2009 not. 111

Tingsrätt

Hässleholms tingsrätts dom den 24 juni 2004 i mål T 1480-03

Arbetsdomstolen

AD 1947 nr 48
AD 1958 nr 17
AD 1958 nr 31
AD 1969 nr 31
AD 1974 nr 3
AD 1978 nr 148
AD 1978 nr 7
AD 1979 nr 12
AD 1979 nr 155
AD 1980 nr 24
AD 1981 nr 71
AD 1981 nr 131
AD 1981 nr 172
AD 1982 nr 134
AD 1985 nr 28
AD 1985 nr 57
AD 1987 nr 21
AD 1989 nr 39
AD 1990 nr 166
AD 1994 nr 66
AD 1994 nr 104
AD 1994 nr 130
AD 1995 nr 26
AD 1995 nr 132
AD 1996 nr 37

AD 1996 nr 135
AD 1997 nr 17
AD 1997 nr 123
AD 1998 nr 11
AD 1998 nr 138
AD 1999 nr 7
AD 2002 nr 40
AD 2002 nr 68
AD 2004 nr 18
AD 2005 nr 16
AD 2005 nr 33
AD 2006 nr 24
AD 2006 nr 87
AD 2008 nr 4
AD 2008 nr 50
AD 2010 nr 69
AD 2012 nr 24
AD 2012 nr 59

Tyskland

Bundesgerichtshof

BGH 04.11.1998- VIII ZB 12/98 "Eismann"

Bundesarbeitsgericht

BAG 28.2.1962 AP Nr. 1 zu BGB §611
BAG 3.10.1975 AP Nr. 1 zu BGB §611
BAG 15.3.1978 AP Nr. 26 zu BGB §611
BAG 14.2.1974 AP Nr. 12 zu BGB §611
BAG 23.4.1980 AP Nr. 2 zu BGB §611
BAG 13.1.1983 AP Nr. 26 zu BGB §611
BAG 09.5.1984 AP Nr. 30 zu BGB §611
BAG 13.3.1987 AP Nr. 37 zu KSchG §1
BAG 24.6.1992 AP Nr. 37 zu BGB §611
BAG 25.3.1992 AP NR. 48 zu BetrVG §5
BAG 16.7.1997 AP Nr. 4 zu BGB §611
BAG 11.3.1998 AP Nr. 23 zu BGB §611 BGB
BAG 13.11.1991, NZA 1992, 1125 (1128)
BAG 20.9.2000 AP Nr. 37 zu BGB § 611
BAG, 19.1.2000 - 5 AZR 644/98
BAG 27.06.2001 AP Nr. 13: AZR 561/99

Landesarbeitsgericht

LAG BE 16.8.1963 AP BGB §611 Abhängigkeit Nr 44

Reichsversicherungsamt (föregångare till Bundessozialgerichts)

AN 1891, S. 181. Nr. 77

EU-domstolen

Mål C-53/81 Levin

Mål C-66/85 Lawrie-Blum

Mål C-196/87 Steymann

Mål C-344/87 Bettray

Mål C-357/89 Raulin

Mål C-3/90 Bernini

Mål C-256/01 Allonby

Mål C-428/09 Union Syndicale