



LUND UNIVERSITY

eHealth, the Ageing Population and the Law

Mattsson, Titti

Published in:
Festskrift till Ann Numhauser-Henning

2017

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Mattsson, T. (2017). eHealth, the Ageing Population and the Law. I M. Rönmar, & J. Julén Votinius (Red.), *Festskrift till Ann Numhauser-Henning* (s. 459-478). Juristförlaget i Lund.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Annan

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

A
NH

Festskrift till
Ann Numhauser-Henning



Titti Mattsson

FESTSKRIFT TILL
ANN NUMHAUSER-HENNING

Juristförlaget i Lund
Distribution: eddy.se AB

Mia Rönmar

Utgivare

Jenny Julén Votinius

To order a copy of this book
please contact

eddy.se AB
Bookorder
Box 1310
S-621 24 Visby, Sweden
+46 (0)498 253900 (tel)
+46 (0)498 249789 (fax)
order@bokorder.se
www.juristforlaget.se

Publisher's address

Juristförlaget i Lund
Box 207
221 00 Lund, Sweden
+46 (0)46 222 10 18 (tel)
www.juristforlaget.se

Denna festskrift är utgiven med generösa bidrag från
Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning
och
Stiftelsen Juristförlaget i Lund

Att helt eller delvis mångfaldiga innehållet i denna bok utan medgivande av Juristförlaget i Lund, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

ISBN: 978-91-544-0570-1



© Författarna och Juristförlaget i Lund
Grafisk form: *Alf Dahlberg*/PAN EIDOS
Layout: HANS-HEINRICH VOGEL
Fotograf (s. 2): MAGNUS BERGSTRÖM
Tryck: Exakta AB, Malmö
Lund 2017
ISBN 978-91-544-0570-1

FOREWORD

Ann Numhauser-Henning is a Professor in Private Law at the Faculty of Law at Lund University. She is a distinguished scholar, recognized in Sweden and internationally for her research in the fields of labour law, non-discrimination law, social welfare law – and now elder law. Together with Professor Anna Christensen, Ann Numhauser-Henning established the Norma Research Programme for the study of normative development in the social dimension from a European integration perspective. In 2016 the Norma Research Programme celebrated its 20th anniversary, and since its inception, Ann Numhauser-Henning has been and continues to be its coordinator. She has also served as Pro-Vice-Chancellor of Lund University and as expert to international organizations, serving for example frequently within the framework of a number of expert networks for the European Commission.

So many people count Ann as a cherished friend and inspiring role model. Our wish has been to celebrate and honour Ann and her achievements by presenting her with this Festskrift of essays – at a time when she continues to be very active as a leader and mentor in academia and the Norma Elder Law Research Environment progresses from its initial years into a new phase.

The many contributions in this Festskrift reflect Ann's research interests within the social dimension, such as labour law, non-discrimination law, social welfare law, elder law, EU law, comparative law, tenancy and property law and family law, as well as critical, feminist and social-science oriented theories and methods. We have greatly enjoyed collaborating with the many contributors to this book – almost 70 persons, from some 20 different countries, from all over the world. We are deeply indebted to them for all the efforts, enthusiasm and time that they have put into making this Festskrift a reality.

It has been a pleasure to collaborate with doctoral candidate Martina Axmin, our editorial assistant, and we are most grateful for her invaluable, professional and extensive work. Many thanks are also due to language editor Peggy Oskarsson for her thorough and polished editing; to librarian Gunilla Wiklund for compiling the bibliography with such knowledge and enthusiasm; and, to Stefan Bengtsson, multimedia developer, for letting us benefit from his photo-editing skills. We extend our warmest thanks to Emil Heijnes Foundation and

Juristförlaget i Lund for generously financing the publication of this Festskrift. Many thanks also to the Marianne and Marcus Wallenberg Foundation for letting us use the photo portrait of Ann.

The publication of this Festskrift would not have been possible without the invaluable and strong support of Hans-Heinrich Vogel, Patrik Lindskoug and Juristförlaget i Lund, and their extensive knowledge, experience and hard work, for which we are forever grateful.

Dearest Ann, you have always been there for us, from our first beginnings in academic life. You are a pioneer and a role model who inspires us through your curiosity, creative energy and openness, but also through your courage and your conviction that some battles are indeed worth the fight. You have so generously shared your unfailing acumen, extensive knowledge and keen analytical ability. By demonstrating your trust and belief in us, you have given us constant support and encouragement. You believe in hard work, but you make sure to celebrate and enjoy life too – and we treasure so many happy memories of engaging, festive and merry times spent with you, both here in Lund and in far-flung places. We are truly honoured, grateful and proud to call you our friend.

Mia Rönnmar and Jenny Julén Votinius

CONTENTS

Kerstin Ahlberg, Juris Doctor h.c., Stockholm University Niklas Bruun, Professor, Hanken School of Economics <i>Har det bästa blivit det godas fiende?</i> <i>Om försvaret av den svenska modellen</i>	15
Ulrika Andersson, Associate Professor, Lund University <i>Gendering the Legal Subject: Historical Perspectives on the Nordic Field of Law and Gender</i>	33
Catherine Barnard, Professor, Cambridge University and Trinity College <i>The Benefits of Benefits: The Changing Face of Free Movement in the European Union</i>	43
Annika Berg, PhD in Law, Reporting Clerk, the Administrative Court in Malmö <i>Bemanningsdirektivets betydelse för bemanningsanställdas lönevillkor</i>	61
Göran Bexell, Senior Professor, former Vice-Chancellor, Lund University <i>Moralisk oenighet</i>	71
Alysia Blackham, Senior Lecturer, Melbourne Law School <i>Values Driving Ageing Law and Policy in Europe</i>	85
Michael Bogdan, Senior Professor, Lund University <i>Tillämplig lag avseende utomobligatoriskt ansvar för kollektiva stridsåtgärder på arbetsmarknaden</i>	103

Catharina Calleman, Professor Emerita, Stockholm and Örebro Universities	
Carin Ulander-Wänman, Associate Professor, Umeå University <i>En effektiv och rörlig arbetskraft eller trygghet för arbetstagarna – om tidsbegränsad anställning 1982–2016</i>	113
Laura Carlson, Associate Professor, Stockholm University <i>Discrimination Damages – Promoting or Preventing Access to Justice?</i>	129
Consuelo Chacartegui, Associate Professor, University Pompeu Fabra <i>The Concept of Social Emergency in Spain: A Response from Labour Law</i>	145
Nancy E. Dowd, Professor, University of Florida <i>A Developmental Equality Model for the Best Interests of Children</i>	161
Örjan Edström, Professor, Umeå University Staffan Ingmansson, Assistant Professor, Umeå University <i>Unga arbetsökande EU-medborgares rätt till svenska arbetsmarknadsåtgärder – särskilt jobbgarantin för ungdomar</i>	177
Ronnie Eklund, Professor Emeritus, Stockholm University <i>At the Crossroads of Law and Economics – A Few Labour Court Cases Revisited</i>	199
Samuel Engblom, PhD in Law, Policy Director, the Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) <i>Atypical Work in the Digital Age – Outline of a Trade Union Strategy for the Gig Economy</i>	219
Susanne Fransson, Associate Professor, Gothenburg University <i>Skydd för den som slår larm – nya normativa mönster i arbetsrätten</i>	227

CONTENTS	9
Judy Fudge, Professor, Kent Law School <i>Elusive Equality for Women</i>	245
Sergio Gamonal C., Professor, Universidad Adolfo Ibáñez <i>Rules or Principles in Labour Law?</i>	255
Xavier Groussot, Professor, Lund University Iva Svobodová, LL.M., Lund University <i>Social Clauses after RegioPost – A Constitutional Perspective</i>	277
Antoinette Hetzler, Professor, Lund University <i>Rights at School – Regulation in a Changing Normative Field</i>	291
Emma Holm, PhD in Law, Judge Referee, the Supreme Administrative Court <i>En tillämplig lagstiftning – eller flera? Socialförsäkringstillhörighet i EU-rätten</i>	309
Håkan Hydén, Senior Professor, Lund University <i>Från den nya arbetsrätten till den nya arbetsmarknaden</i>	321
Andreas Inghammar, Associate Professor, Lund University <i>”Den siste skola bliva den förste” – om 23 § LAS och det utökade anställningsskyddet för personer med nedsatt arbetsförmåga</i>	339
Anders Kjellberg, Professor, Lund University <i>Self-regulation versus State Regulation in Swedish Industrial Relations</i>	357
Csilla Kollonay Lehoczky, Professor, Central European University <i>The Social Charter and EU Law on Gender Equality: A Comparative Overview</i>	385
Miriam Kullmann, Assistant Professor, Maastricht University <i>Flexibilization of Work: Leave It, Love It, Change It</i>	405

Allan Larsson, Senior Citizen, former Chairperson of the Board of Lund University, 2004–2012 <i>Från Jacques Delors vitbok till Jean-Claude Junckers sociala pelare</i>	421
Julia Lopez Lopez, Professor, University Pompeu Fabra <i>A Note on the Deconstruction of Protection against Age Discrimination: Spanish Jurisprudence from the Constitutional Court</i>	439
Jonas Malmberg, Chairman, the Swedish Labour Court <i>Anställningen under twist</i>	447
Titti Mattsson, Professor, Lund University <i>eHealth, the Ageing Population and the Law</i>	459
Leszek Mitrus, Professor, Jagiellonian University <i>The Right to Work Part-time? Some Remarks on the Development of Part-time Employment</i>	473
Christina Moëll, Professor, Lund University <i>En unionsrättslig ram för tullrättsliga sanktioner</i>	489
Michiyo Morozumi, Professor, Keio University <i>Family Change and Labour Law in Japan</i>	505
Taeko Nakano, Professor, Nagoya University <i>Elderly People's Rights in the Japanese Elder Care System</i>	523
Ruth Nielsen, Professor, Copenhagen Business School <i>Krydsfeltet mellem alders- og kønsdiskrimination i EU-retten</i>	537
Annika Nilsson, Professor, Lund University <i>Rätten till naturresurserna</i>	553
Per Norberg, Assistant Professor, Lund University <i>Elefanten i rummet – Arbetsdomstolen, den svenska modellen och diskrimineringslagstiftningen</i>	577

CONTENTS	11
Birgitta Nyström, Professor, Lund University <i>Den svenska arbetsrättens kollektiva inriktning och lagstiftning om diskriminering – finns där en motsättning?</i>	591
Antonio Ojeda-Avilés, Profesor Honorario, Universidad Internacional de Andalucía <i>Reforma y rectificación en la privatización de pensiones. El caso de México</i>	613
Petra Herzfeld Olsson, Associate Professor, Uppsala University <i>Specialister i multinationella företag – för attraktiva för likabehandling?</i>	627
Rosemary Owens, Professor Emerita Andrew Stewart, Professor Anne Hewitt, Associate Professor Joanna Howe, Associate Professor, University of Adelaide <i>Labour Regulation, Work Experience and Youth: Lessons from the Scholarship of Ann Numhauser-Henning</i>	643
Hanna Pettersson, Post-doctoral Researcher, Lund University <i>Althusser and Labour Law</i>	661
Joellen Riley, Professor, University of Sydney <i>Regulating Work in the ‘Gig Economy’</i>	669
Eva Ryrstedt, Professor, Lund University Lisa Young, Associate Professor, Murdoch University Alastair Nicholson, former Chief Justice, Family Court of Australia <i>Barnet och domaren: Reflektioner angående barnets röst i tvister i familjedomstolen i Australien</i>	685
Mia Rönnmar, Professor, Lund University <i>Employment Protection Regulation – Some Current Themes and Challenges</i>	703

Reinhard Schinz, Vorsitzender Richter, Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg <i>Cheese Fondue, the European Court of Justice and the German Constitution</i>	721
Monika Schlachter, Professor, Trier University <i>Reasonable Accommodation for Continued Employment of Older Workers</i>	737
Eva Schömer, Professor, Linnaeus University and Associate Professor, Lund University, Linnéa Olsson, Lecturer, Linnaeus University <i>I skärningspunkten av arbetsmiljö och socialrätt – arbetsmiljöproblematiken vid arbete i någons hem i form av personlig assistans</i>	751
Silvana Sciarra, Judge, the Constitutional Court of Italy and Professor, University of Florence <i>Rights and Principles: Contradictions and Ways forward in the Case Law of the European Court of Justice</i>	765
Nicola Smit, Professor, North-West University (Potchefstroom Campus) <i>Transformative Constitutionalism, Equity, Fairness and the Workplace</i>	777
Bernd Waas, Professor, Goethe University Frankfurt <i>The Position of Temporary Agency Workers – Lessons from Germany?</i>	793
Eskil Wadensjö, Professor, Stockholm University <i>Ekonomisk diskriminerings teori</i>	805
Jenny Welander Wadström, Partner and Head of the Employment & Benefits Practice, Roschier Attorneys in Sweden <i>Restrictive Covenants – The Nordic Way</i>	817

CONTENTS	13
Peter Westberg, Professor, Lund University <i>Olikbehandling inför rätta</i>	837
Hans-Heinrich Vogel, Professor Emeritus, Lund University <i>Social planering 1817 – Lönegaranti vid nedläggning av Tyska rikets Reichskammergericht</i>	867
Jenny Julén Votinius, Associate Professor, Lund University <i>Jämfört med vem, egentligen? Om jämförelse vid missgynnande i samband med föräldraledighet</i>	897
Sacharias Votinius, Associate Professor, Lund University <i>Individuation, Education and Democracy</i>	917
Ania Zbyszewska, Assistant Professor, University of Warwick <i>Women in Research and Academic Labour Markets: Revisiting the Issue Ten Years On</i>	939
Eva Åkesson, Professor, Vice-Chancellor, Uppsala University <i>Karriär och kompetens – Ode till Ann</i>	955
Gunilla Wiklund, Librarian, Lund University <i>The Writings of Ann Numhauser-Henning. A Bibliography</i>	965

KERSTIN AHLBERG
OCH
NIKLAS BRUUN

HAR DET BÄSTA BLIVIT DET GODAS FIENDE? OM FÖRSVARET AV DEN SVENSKA MODELLEN

1 Inledning

Fackföreningar, arbetsgivarorganisationer och politiker av skiftande kulör – alla älskar den svenska modellen. Ett genomgående tema, närmast ett mantra, i utredningsdirektiv och lagstiftningsärenden som rör arbetslivet är följaktligen att denna modell måste försvaras så långt som möjligt.

Själva varma anhängare av den svenska modellen vill vi inte ifrågasätta det. Det vi vill göra med det här bidraget är en försvarspolitisk analys av några aktuella lagförslag och remissinstansernas reaktioner på dessa, där vi frågar oss om inte det bästa har blivit det godas fiende.

Vår tes är att man i själva verket riskerar att underminera det som är den svenska modellens kärna och fundament, om man slåss för att allt ska vara som det alltid har varit när reglerna ska fungera i en ny verklighet och inom ramen för en övernationell rättsordning. Och att det är arbetsmarknadens parter som gemensamt måste ta ansvar för de jämkningar som blir nödvändiga. Det är ju det som är hela poängen med den svenska modellen.

Som det nu är, riskerar talet om värnandet av den svenska modellen i vissa fall att klinga falskt.

2 Problemet

När utstationeringsdirektivet skulle genomföras i Sverige 1998 uttryckte både Byggnadsarbetareförbundet och dåvarande Byggentreprenörerna stark tilltro till sin förmåga att få utstationerande arbetsgivare att tillämpa svenska kollektivavtal. Social dumpning kan förhindras och utstationerande företag kan förutse vilka villkor som gäller här, konstaterade den utredning som föregick genomförandet.¹ I efterhand kan det tyckas en aning blåögt, men det

¹ SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare s. 89.

var ändå begripligt med tanke på debatten inför folkomröstningen om EU-medlemskapet och på att EU-utvidgningen vid den tiden närmast var hypotetisk.

Tyngdpunkten i lagförslaget låg på att förhindra social dumpning med så få ingrepp som möjligt i den svenska modellen. Av remissinstanserna var det bara en, Arbetslivsinstitutet, som påpekade att direktivet även syftade till att garantera de utstationerade arbetstagarna vissa anställningsvillkor, och att utredningsförslaget inte riktigt tillgodosåg detta syfte.²

Efter hand blev det allt mer uppenbart att den svenska modellen har luckor. De erfarenheter från 1980-talet och början av 1990-talet som parterna i byggnadsbranschen förlitade sig på är inte giltiga längre; den verklighet i vilken den ska fungera är en annan.

Det ökade inflödet av utstationerad arbetskraft är dessutom bara en del av förändringen. En annan del är att verksamheter som traditionellt har drivits av det offentliga ”konkurrensutsätts” i allt högre grad och tjänsterna upphandlas av privata leverantörer. Och konkurrensen om de offentliga kontraktet medför en ökande press på arbets- och anställningsvillkor, om inte upphandlande myndigheter ställer krav som kan motverka detta.

Denna nya verklighet ska dessutom hanteras inom ramen för en rättsordning, EU-rätten, med delvis andra utgångspunkter än den svenska modellen.

Det kännetecken som gör den svenska modellen komplicerad att jämkas ihop med EU-rätten är detsamma som är dess styrka i en inhemsk kontext, nämligen dess utpräglad privaträttsliga karaktär. Arbetsmarknadens parter förhandlar enkom på sina medlemmars uppdrag och kollektivavtalens normativa regler blir bindande enbart för dessa. Det är också parterna som är kollektivavtalens herrar; det är deras tolkning som gäller, och det är de själva som avgör om avtalen ska göras tillgängliga utanför organisationerna. I konsekvensens namn är det parterna själva som också ser till att kollektivavtalen efterlevs. Någon statlig inspektion som ser till att arbetstagare får rätt lön finns inte.

Ur EU-rättsligt perspektiv har ett sådant system två svagheter: Bristen på transparens för utomstående, och det svaga rättsskyddet för utstationerade arbetstagare som inte är medlemmar i svenska fackföreningar. När det gäller arbetstagares rättigheter gör EU-rätten ingen skillnad mellan organiserade och oorganiserade.

² K Ahlberg, ”The Age of innocence – and beyond” i Evju (red) *Cross-Border Services, Posting of Workers, and Multilevel Governance* (Department of Private Law, Skriftserie 193:2013, Oslo 2013).

2.1 Kravet på transparens

Kravet på transparens (öppenhet) är aktuellt i två sammanhang.

För det första ska utländska tjänsteleverantörer som vill utstationera arbetstagare till Sverige redan i förväg kunna få reda på vilka arbetsvillkor de förväntas tillämpa här. Enligt 1999 års utstationeringslag i dess ursprungliga lydelse skulle det ske genom att Arbetsmiljöverket, som utsågs till förbindelsekontor, hänvisade företagen till berörda kollektivavtalsparter. Lavalutredningen från år 2008 menade dock att det krävdes större förutsebarhet för dem som planerar att tillhandahålla tjänster i landet. För att fortsätta reglera villkoren för utstationerade arbetstagare inom ramen för vårt kollektivavtalssystem måste Sverige kunna peka på att förutsebarheten är lika god här som i länder med reglering i lag eller allmängiltiga kollektivavtal, resonerade den.³ Lösningen blev att de fackliga organisationerna skulle ge in de minimivillkor som de kunde komma att kräva med stöd av stridsåtgärder till Arbetsmiljöverket. Utredaren förutsatte att facken då också skulle samråda med arbetsgivarsidan innan de skickade in sina villkor.

Förslaget genomfördes genom en ny paragraf, 9 a §, i utstationeringslagen. I skrivande stund gäller detta fortfarande, men det är ingen hemlighet att det inte alls har fungerat som utredningen hade föreställt sig.⁴ Ytterst få fackförbund har gett in sådana villkor. På grund av oenighet om vad som ingår i begreppet minimilön är parterna inte heller alltid ense om vad som är möjligt att kräva.

Den andra situation då bristen på transparens blir ett problem är när myndigheter vid offentlig upphandling vill ställa som kontraktsvillkor att leverantörerna ger sina anställda lön och andra villkor enligt kollektivavtal. Om en upphandlande myndighet ska göra det måste den beakta EU-rättens öppenhetsprincip. Då räcker det inte att den bara hänvisar till något kollektivavtal och låter presumtiva leverantörer själva ta reda på vad det säger.

2.2 Försvar av de utstationerade arbetstagarnas rättigheter

Som Arbetslivsinstitutet alltså uppmärksammade redan i sitt remissvar på 1998 års utredningsbetänkande lägger utstationeringsdirektivet större vikt vid skyddet för de utstationerade arbetstagarnas rättigheter än utredningen hade

³ SOU 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen s. 326.

⁴ Se t.ex. SOU 2015:38 Översyn av lex Laval s. 68 f. och SOU 2015:83 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II s.341.

gjort. Enligt direktivet ska medlemsstaterna ”i synnerhet” sörja för att arbetstagarna och/eller deras representanter har tillgång till lämpliga förfaranden för att säkerställa de skyldigheter som läggs fast i detta. Där sägs också att det ska vara möjligt att väcka talan i värdstaten för att ta tillvara rättigheterna.

För att det ska gå att väcka talan behöver man emellertid ha ett rättsligt anspråk. Den förutsättningen är uppfylld när det gäller de lagstadgade rättigheter som utstationerade arbetstagare ska ha i Sverige. Men när det gäller det kanske mest centrala villkoret – lönen – och andra villkor som regleras i kollektivavtal är det mer komplicerat.

För att själv kunna åberopa kollektivavtalet inför domstol måste arbetstagaren vara medlem i den fackliga organisation som har slutit det. Också det är en grundläggande princip i det svenska kollektivavtalssystemet. På svenska arbetsplatser ser dock facket till att arbetsgivaren tillämpar avtalets minimireglar även på eventuella oorganiserade arbetstagare, ytterst genom att yrka skadestånd för egen del för kollektivavtalsbrott. Även om facket då handlar i sitt eget intresse hjälper det samtidigt indirekt dem som inte är medlemmar. Utstationeringslagen utgår följaktligen från att de fackliga organisationerna på samma sätt ska bevaka att kollektivavtalen efterlevs när det gäller utstationerade arbetstagare. Skillnaden är att det då handlar om arbetsplatser där de oftast inte har en enda medlem och arbetsgivare som kanske inte tillämpar kollektivavtalet över huvud taget.⁵

Även denna fråga uppmärksammades av 2008 års Lavalutredning som menade att det var tveksamt om den svenska regleringen är i full överensstämmelse med utstationeringsdirektivets krav. Den föreslog därför att utstationerade arbetstagare skulle få rätt att åberopa arbets- och anställningsvillkoren i det kollektivavtal som deras arbetsgivare tecknat, även om de inte är medlemmar i den avtalsslutande fackliga organisationen.⁶ De flesta remissinstanser accepterade förslaget. Dit hörde även LO, TCO och Saco, även om de påpekade att det var systemfrämmande. Regeringen lyssnade dock mer på Arbetsdomstolen och Teknikföretagen som avstyrkte förslaget med argument som talade om ett tydligt brott mot en grundläggande princip och en påtaglig avvikelse från vad som sedan länge gällt enligt svensk arbetsrätt. Enligt regeringen saknades det anledning att anta annat än att de fackliga organisationerna skulle bevaka att utstationerande arbetsgivare tillämpar kollektiv-

⁵ Om kollektivavtalet inte alls tillämpas på arbetsplatsen torde den oorganiserade arbetstagaren som regel inte heller kunna åberopa dess normerande verkan, det vill säga att villkoren blivit en del av hans eller hennes enskilda anställningsavtal.

⁶ SOU 2008:123 s. 319 f.

avtalets villkor. Regeringen instämde också i arbetsgivaridans bedömning att utredningens förslag skulle innebära en viss diskriminering av utländska företag. Förslaget genomfördes följaktligen inte.⁷

Efter att EU år 2014 antagit ett direktiv med detaljerade bestämmelser om hur utstationeringsdirektivet ska tillämpas ("tillämpningsdirektivet") har frågan blivit aktuell på nytt.⁸

3 Tre aktuella utredningar

Under 2015 avslutades inte mindre än tre offentliga utredningar som på olika sätt hade att ta ställning till de problem som vi har beskrivit ovanför.

Först ut var Utredningen om nya utstationeringsregler som lade fram två betänkanden med förslag om hur 2014 års direktiv om tillämpningen av utstationeringsdirektivet skulle genomföras i svensk rätt.⁹

Därnäst kom Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal med ett delbetänkande. Den hade haft i uppdrag att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal skulle kunna föras in i de nya upphandlingslagar som förbereddes i regeringskansliet.¹⁰

Till sist lade den parlamentariska Utstationeringskommittén fram resultatet av tre års arbete med att utvärdera den så kallade *lex Laval*.¹¹

Utredningsbetänkandena är omfattande och frågan om hur EU-rättens krav kan jämkas samman med den svenska modellen ligger givetvis under alla förslag i betänkandena. Vi kommer dock enbart att behandla de delar som rör frågan om transparens och försvaret av de utstationerade arbetstagarnas rättigheter. Vi börjar med de tre betänkanden som rör utstationeringslagen.

3.1 Genomförande av tillämpningsdirektivet

Ett av målen med tillämpningsdirektivet är att informationen till tjänsteleverantörer och deras anställda om vilka villkor som gäller i värdstaten ska förbättras; med andra ord att öka transparensen och förutsebarheten. Ett annat är att stärka utstationerade arbetstagares möjligheter att försvara sina rättigheter.

⁷ Prop. 2009/10:48 s. 50.

⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen).

⁹ SOU 2015:13 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del I och SOU 2015:38 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II.

¹⁰ SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

¹¹ SOU 2015:83.

3.1.1 *Transparens och förutsebarhet*

Enligt tillämpningsdirektivets artikel 5.1 ska medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att information om de minimivillkor inom utstationeringsdirektivets så kallade hårda kärna som utländska tjänsteleverantörer ska tillämpa ”finns allmänt tillgänglig utan kostnad och på ett tydligt, öppet, fullständigt och lättillgängligt sätt på distans och på elektronisk väg”. Artikel 5.4 innehåller en särskild regel som rör information om kollektivavtalsvillkor. När minimivillkoren är reglerade i kollektivavtal ska medlemsstaterna se till att dessa tillhandahålls ”på ett öppet och tillgängligt sätt”. Framförallt ska informationen omfatta de olika minimilönerna och de komponenter som ingår i dem, metoden för att beräkna den lön som ska betalas ut och kriterierna för att ingå i olika lönekategorier, ifall det finns sådana.

Utredningen om nya utstationeringsregler konstaterade att det behövdes ytterligare reglering för att genomföra artikel 5.4 eftersom utstationeringslagens 9 a § inte hade haft avsedd effekt när det gäller transparens och förutsebarhet.¹² Endast tre av de avtal som hade lämnats in och fanns på Arbetsmiljöverkets webbplats var egentliga ”utstationeringsavtal”, där den fackliga organisationen hade plockat ut de minimivillkor i det centrala avtalet som skulle gälla för utstationerade arbetstagare. Därtill hade två förbund skickat in de fullständiga centrala kollektivavtalen, utan att ange vilka av alla villkor i dessa som utländska tjänsteleverantörer förväntades följa. Särskilt anmärkningsvärt är att Byggnadsarbetareförbundet, på vars område de flesta utstationerade finns, inte har gett in sina kollektivavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket.¹³

Det framgår av betänkandet att utredningen förgäves hade försökt få arbetsgivar- och arbetstagersidan att komma fram till en samförstånds lösning på problemet med transparens och förutsägbarhet. De var oense både i sak, till exempel om vad som ingår i begreppet minimilön i utstationeringsdirektivets mening, och om vilka lösningar som vore tänkbara.¹⁴

Enligt arbetstagersidan borde 9 a § avskaffas eftersom det strider mot den svenska arbetsmarknadsmodellen att kräva att de fackliga organisationerna ska ge in villkoren i den hårda kärnan till Arbetsmiljöverket.¹⁵ Det skulle räcka med att kollektivavtalsparterna får en skyldighet att anmäla en kontaktperson

¹² SOU 2015:38 s. 68 f.

¹³ SOU 2015:38 s. 60 f.

¹⁴ SOU 2015:38 s. 62 f.

¹⁵ SOU 2015:38 s. 63 f.

till Arbetsmiljöverket. Den information som artikel 5.4 i tillämpningsdirektivet föreskriver skulle då lämnas av kontaktpersonen.¹⁶

Arbetsgivarsidan förespråkade tvärtom att 9 a § skulle skärpas genom att någon form av sanktion eller annat påtryckningsmedel kopplades till skyldigheten att ge in avtalsvillkoren till Arbetsmiljöverket. Ett system med kontaktpersoner skulle inte uppfylla det EU-rättsliga kravet på transparens och förutsägbarhet så länge inte båda parter är överens om vilka villkor som ingår i ”den hårda kärnan”, menade arbetsgivarna. Även Kommerskollegium, som ingick i utredningens expertgrupp, framförde liknande synpunkter. Myndigheten misstrodde uppenbarligen de fackliga organisationernas vilja att begränsa sig till minimivillkoren.¹⁷

De farhågor som arbetsgivarsidan och Kommerskollegium hade anfört delades av utredningen. Det är möjligt att det krävs att arbetsmarknadens parter når enighet om innehållet i den hårda kärnan för att de EU-rättsliga kraven på förutsebarhet, tillgänglighet och transparens med säkerhet ska vara uppfyllda, och någon sådan enighet finns inte för närvarande, heter det i betänkandet. Utredarens förslag blev därför att utstationeringslagens 9 a § skulle behållas och kompletteras på två sätt. Så länge skyldigheten att ge in kollektivavtalsvillkoren till Arbetsmiljöverket finns kvar skulle de fackliga organisationerna också vara skyldiga att utse en kontaktperson, vilket skulle kunna öka transparensen och förutsägbarheten, enligt utredningen. Samtidigt bör lagregeln förtydligas så att det inte råder något tvivel om att skyldigheten att ge in villkoren till myndigheten gäller även om det inte är aktuellt att vidta några stridsåtgärder.¹⁸

Utredaren tillägger: På sikt skulle 9 a § kunna avskaffas och ersättas helt med ett system med kontaktpersoner. ”En förutsättning är dock att arbetsmarknadens parter tar ett gemensamt ansvar för frågorna.” Regeringen borde därför överväga att tillsätta medlare eller en arbetsgrupp för vissa utvalda branscher med uppdrag att underlätta parternas arbete med att nå en överenskommelse, ansåg utredningen.

3.1.2 *Försvar av arbetstagarnas rättigheter*

Artikel 11 i tillämpningsdirektivet preciserar vilka åtgärder medlemsstaterna måste vidta för att de utstationerade arbetstagarna ska kunna försvara sina rättigheter. Bland annat ska de se till att det finns ”effektiva sätt för

¹⁶ SOU 2015:38 s. 68 f.

¹⁷ SOU 2015:38 s. 66 f.

¹⁸ SOU 2015:38 s. 71 f.

utstationerade arbetstagare att lämna in klagomål mot arbetsgivarna direkt samt rätt att inleda rättsliga och administrativa förfaranden”.

Redan 2008 års Lavalutredning menade som nämnts att Sverige inte uppfyllde EU-rättens krav på att de utstationerade arbetstagarna ska ha möjlighet att hävda sina rättigheter enligt utstationeringsdirektivet. I tillämpningsdirektivet betonas detta krav ytterligare. Utredningen om nya utstationeringsregler återupplivade därför Lavalutredningens förslag om att en utstationerad arbetstagare ska ha rätt att åberopa arbets- och anställningsvillkor inom den hårda kärnan enligt kollektivavtal som arbetsgivaren är bunden av, även om han eller hon inte är medlem i den avtalslutande fackliga organisationen.¹⁹

Argumentet att detta skulle kunna innebära en otillåten negativ särbehandling av utländska arbetsgivare avfärdades av utredningen. Eftersom syftet med regeln skulle vara att skydda utstationerade arbetstagare som ansetts särskilt skyddsvärda enligt EU-rätten är den motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. Utredningen kunde följaktligen inte se att det finns några EU-rättsliga hinder mot en sådan bestämmelse.²⁰

3.2 Översynen av lex Laval

Den parlamentariska utstationeringskommittén hade i uppdrag att utvärdera de lagändringar som gjordes i utstationeringslagen med anledning av Laval domen. Bland annat skulle den se om lagen fungerar så att skyddet för de utstationerade arbetstagarnas grundläggande arbets- och anställningsvillkor säkerställs och vilka lagändringar som krävs för att värna den svenska modellen i internationellt perspektiv.²¹ Efter regeringsskiftet 2014 fick den ett vidgat uppdrag och skulle nu även överväga vilka åtgärder som krävs för att stärka kollektivavtalens ställning i utstationeringssituationer.²²

3.2.1 *Transparens och förutsebarhet*

Från början hade utredningen också i uppdrag att utvärdera hur bestämmelserna i utstationeringslagen 9 a § hade fungerat ”ur ett förutsebarhetsperspektiv”. Den delen av uppdraget överfördes senare till Utredningen om nya utstationeringsregler (se ovan). Den parlamentariska kommittén skulle alltså inte lägga fram några förslag om den frågan.

¹⁹ SOU 2015:13 s. 211 f.

²⁰ SOU 2015:13 s. 213.

²¹ Kommittédirektiv 2012:92.

²² Kommittédirektiv 2014:149.

Det hindrade den emellertid inte från att göra det (vilket väckte stor uppbagthet på arbetsgivarsidan för att utredningen hade frångått sina direktiv²³). Med adress till den föregående utredningen skriver kommittén att det förslag till förtydligande som presenterades i betänkandet SOU 2015:38 är klart otillräckligt.²⁴

Kommitténs eget förslag är att Arbetsmiljöverket själv ska analysera vilka villkor i centrala kollektivavtal som de fackliga organisationerna får kräva med stöd av stridsåtgärder om inte dessa lämnar in villkoren. Arbetsmiljöverkets analys ska alltså vara subsidiär, åtminstone i normala fall. Även i fall då den fackliga organisationen skickar in hela det centrala avtalet utan att rensa bort de bestämmelser som faller utanför den hårda kärnan, vilket det alltså finns exempel på, ska Arbetsmiljöverket göra en egen analys. Kommittén framhåller att det kommer att vara "en ren textanalys" som inte tar hänsyn till avtalsparternas avsikter och följaktligen inte innebär någon avtalstolkning i traditionell mening. Myndighetens analys ska inte heller vara bindande.

3.2.2 Försvar av arbetstagarnas rättigheter

Utifrån sitt uppdrag att stärka kollektivavtalens ställning i utstationerings-situationer inriktade sig Utstationeringskommittén i första hand på arbetstagarorganisationernas möjligheter att bevaka de utstationerade arbetstagarnas rättigheter. Den föreslog att det skulle bli möjligt att vidta stridsåtgärder för att uppnå en ny typ av kollektivavtal, utstationerings-kollektivavtal med minimivillkor, med särskilda "EU-anpassade" rätts-verkningar.²⁵ I likhet med utredningen om genomförande av tillämpnings-direktivet föreslog kommittén också att de utstationerade arbetstagarna skulle ges en självständig rätt att utkräva dessa minimivillkor, ytterst genom domstol och exekutiv myndighet, även om de inte är medlemmar i den avtalsslutande fackliga organisationen. Kommittén övervägde dessutom om de till och med borde få rätt att utkräva fulla villkor enligt ett kollektivavtal som deras arbetsgivare slutit frivilligt, men kom fram till att vore ett för stort avsteg från den svenska modellen.²⁶

²³ Svenskt Näringsliv Remissvar Översyn av lex Laval (SOU 2015:83) den 1 februari 2016.

²⁴ SOU 2015:83 s. 341.

²⁵ SOU 2015:83 s. 272 f.

²⁶ SOU 2015:83 s. 297 f.

3.3 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal hade att ta ställning till hur krav på kollektivavtalsenliga villkor i de offentliga kontrakten skulle kunna utformas för att uppfylla upphandlingsregleringens höga krav på transparens.²⁷

Vad öppenhetsprincipen innebär i upphandlingssammanhang har klargjorts av EU-domstolen bland annat i det så kallade Max Havelaar-målet. Där konstaterar domstolen dels att villkoren ska uttryckas ”så klart, precist och otvetydigt att det är möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt”²⁸, dels att de måste vara kända för presumtiva leverantörer redan när dessa utformar sina anbud. Därför ska de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, det vill säga i handlingar som myndigheten själv upprättar.²⁹

En upphandlande myndighet som vill ställa som villkor att leverantören ska betala sina anställda lön enligt kollektivavtal kan alltså inte nöja sig med att bara hänvisa anbudsgivarna till parterna. Den måste själv ta ansvar för de kontraktsvillkor som den ställer upp. Det betyder att den på något sätt behöver få reda på vad den avtalsenliga lönen är och infoga siffrorna i sitt eget förfrågningsunderlag. I fall då kontraktet kan komma att utföras med utstationerade arbetstagare måste den dessutom ha hjälp med att identifiera vad som är avtalets minimivillkor; något utöver det kan den ju inte kräva i sådana fall.

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal utgick från att det i vissa upphandlingar skulle vara obligatoriskt, och i andra fall frivilligt, för de upphandlande myndigheterna att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Dessa skulle bygga på villkoren i tillämpliga riksavtal, men ytterst skulle myndigheterna själva – efter att ha samrått med kollektivavtalsparterna – fastställa vilka löner och andra anställningsvillkor som anbudsgivarna i den enskilda upphandlingen skulle vara skyldiga att tillämpa. För de obligatoriska fallen skulle denna uppgift ligga på den upphandlingsstödjande centrala myndigheten (Upphandlingsmyndigheten fr.o.m. den 1 september 2015), som dessutom skulle bemyndigas att fastställa de arbetsrättsliga villkoren i

²⁷ Frågan om leverantörens anställda själva kan grunda en rätt till kollektivavtalsenliga villkor på upphandlingskontraktet är en särskild fråga som läg utöver utredningens uppdrag att behandla.

²⁸ Dom *Kommissionen mot Nederländerna*, C-368/10, EU:C: 2012:284, punkt 109.

²⁹ Dom *Kommissionen mot Nederländerna*, C-368/10, EU:C: 2012:284, punkt 67.

bindande föreskrifter. Skälet till att villkoren skulle formuleras i föreskrifter och inte som allmänna råd var att de då inte skulle kunna överprövas. Utredningen konstaterade att det i och för sig är främmande för den svenska modellen att en myndighet utifrån en tolkning av kollektivavtal bestämmer vilka villkor som ska tillämpas för ett visst arbete, men såg ingen annan möjlighet med tanke på kravet på transparens.³⁰

För att den svenska arbetsmarknadsmodellen ska påverkas så lite som möjligt föreslog utredningen dock en alternativ möjlighet. Leverantörer som är bundna av ett annat centralt riksavtal som är tillämpligt på arbetet skulle kunna tillämpa villkoren i detta i stället för de arbetsrättsliga kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten ställer upp.

4 Remissreaktioner

4.1 Försvar av de utstationerade arbetstagarnas rättigheter

De allra flesta remissinstanserna accepterade förslagen att utstationerade arbetstagare ska ha rätt att åberopa villkoren i kollektivavtal som deras arbetsgivare är bundna av, oavsett om de är medlemmar i den avtalslutande fackliga organisationen eller ej.

De enda som uttryckligen avstyrkte var Arbetsgivarverket och Svenskt Näringsliv, båda med hänvisning till att det skulle innebära ett avsteg från den svenska arbetsmarknadsmodellen.³¹ Enligt Svenskt Näringsliv är den eventuella osäkerhet som råder kring utstationerades möjligheter att ta tillvara sina rättigheter inte av en sådan omfattning att en lagändring är nödvändig.

LO och Saco ville tvärtom gå längre än vad utredningarna hade föreslagit. Enligt deras mening borde utstationerade arbetstagare kunna åberopa alla villkor, inte bara minimivillkoren inom utstationeringsdirektivets så kallade hårda kärna, i ett kollektivavtal som deras arbetsgivare slutit. Med adress till utstationeringskommittén skriver LO att organisationen inte delar farhågorna att en sådan utvidgning skulle vara oförenlig med den svenska modellen och påverka organisationsgraden negativt. Utstationerade arbetstagare är i Sverige under en kort tid och då kan det vara förståeligt att de inte går med i en svensk arbetstagarorganisation. Därför är det rimligt med en annan ordning än vad som normalt gäller, förklarar LO.³²

³⁰ SOU 2015:78 s. 158 f.

³¹ Remissvar från Arbetsgivarverket, Dnr 2015/0742, den 3 februari 2016 och från Svenskt Näringsliv, referensnummer 41/2015, den 29 maj 2015.

³² LOs yttrande över Översyn av lex Laval, SOU 2015:83, Dnr 20150455, den 20 januari 2016.

4.2 Transparens och förutsebarhet

Alla de tre utredningarna föreslog att någon myndighet skulle ha en roll för att få fram information om innehållet i olika kollektivavtal, och alla väckte de invändningar om att förslagen var främmande för den svenska modellen.

Förslaget i betänkandet Översyn av lex Laval var det mest utmanande och väckte föga förvånande ett samfällt ramaskri från remissinstanserna. Att Arbetsmiljöverket faktiskt skulle tolka kollektivavtalen om inte de fackliga organisationerna själva gav in sina villkor till myndigheten kunde ingen acceptera. Det är lätt att instämma i Arbetsdomstolens gissning att förslaget mest var avsett som ett påtryckningsmedel för att sätta fart på de fackliga organisationerna.³³

Men inte heller de mer beskedliga förslagen från utredningen om genomförande av tillämpningsdirektivet blev särskilt väl mottagna. På den här punkten hade parterna varit oförsonliga under utredningsarbetet och de upprepade sina ståndpunkter i remissvaren. Från arbetsgivarsidan framfördes krav på att någon form av sanktion skulle kopplas till regeln om att arbetstagarorganisationerna ska ge in sina kollektivavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket. LO och Saco anförde tvärtom att den skyldigheten helt borde avskaffas och ersättas av en skyldighet för såväl fackliga organisationer som arbetsgivarorganisationer att anmäla kontaktpersoner till Arbetsmiljöverket. En sådan ordning skulle vara lättare att förena med den svenska modellen, skrev LO.³⁴

Remissinstansernas reaktioner på betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal var inte lika förutsägbara.

Svenskt Näringsliv betecknade förslaget som ”ett grundskott mot den svenska arbetsmarknadsmodellen” och anförde att det ”saknas varje skäl” att påbjuda en statlig inblandning i löneregleringen i samband med offentlig upphandling. Enligt organisationen skulle det räcka med att kräva att leverantörerna tillämpar de villkor som följer av lag.³⁵ Även Arbetsgivarverket avstyrkte förslaget i dess helhet med hänvisning till de konsekvenser det skulle få för den svenska modellen.³⁶

³³ Arbetsdomstolens remissyttrande Översyn av lex Laval (SOU 2015:83), Dnr 55/2015, den 10 februari 2016.

³⁴ LOs yttrande över Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II, SOU 2015:38, Dnr 20150183.

³⁵ Svenskt Näringsliv, Remissvar Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), SN Dnr 175/2015, den 2 november 2015.

³⁶ Arbetsgivarverket Betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), Dnr 2015/0524, den 26 oktober 2015.

Sveriges Kommuner och Landsting framhöll tvärtom att man inte ska överdriva farhågorna för förslagets konsekvenser för den svenska modellen. Utgångspunkten är fortfarande att det är arbetsmarknadens parter som helt och hållet själva bestämmer över kollektivavtalen. Upphandlingsmyndighetens roll blir enbart att förmedla det innehåll som faktiskt finns i gällande kollektivavtal, skriver SKL.

Alla de tre fackliga centralorganisationerna förespråkar att kollektivavtalsenliga villkor ska gälla vid fullgörande av offentliga kontrakt. Saco avstyrkte trots det förslagen i betänkandet. Om Upphandlingsmyndigheten ska utfärda föreskrifter inför man i realiteten en form av allmängiltigförklaring bakvägen, vilket är ett allvarligt ingrepp i den svenska kollektivavtalsmodellen. Även om de endast ska gälla inom ramen för upphandlingar kan de få en normerande verkan, menade organisationen. Enligt Saco vore det en bättre ordning om Upphandlingsmyndigheten fick i uppdrag att ge den upphandlande myndigheten vägledning när den ska fastställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor, vilket skulle göras i samråd med arbetsmarknadens parter.³⁷ TCO anförde liknande synpunkter.

Den enda av centralorganisationerna som tillstyrkte förslaget att Upphandlingsmyndigheten skulle utfärda föreskrifter om vilka löner och andra kollektivavtalsvillkor som skulle gälla var LO. LO ansåg att förslaget var acceptabelt eftersom det skulle innebära en förbättring jämfört med den nuvarande situationen ”som i vissa branscher är katastrofal”.

En återkommande synpunkt i yttrandena över alla tre utredningarna var att det hade varit önskvärt med en närmare analys av om förslagen är förenliga med principerna om organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten i ILO-konventionerna nr 87, 98 och 154. Frågan ställs av Svenska ILO-kommittén, men önskemålet framförs också av arbetsgivarorganisationer och fackliga organisationer. Svenskt Näringslivs ledamöter i ILO-kommittén skriver rentav i en reservation till kommitténs remissvar över betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal att detta inte respekterar ”den partsautonomi som sedan länge präglat den svenska arbetsmarknadsmodellen samt utgör ett omotiverat och oacceptabelt ingrepp i det kollektivavtalssystem som parterna gemensamt förhandlat fram”.³⁸

³⁷ Saco Remissvar (Fi2015/4196) Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), Dnr 87.15 15, den 28 oktober 2015.

³⁸ Svenska ILO-kommittén Yttrande Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), 21/2015, den 21 oktober 2015.

5 Alla vill försvara den svenska modellen – men håller argumenten?

Vad är den svenska modellens kärninnehåll, det som man vill bevara när man talar om att försvara den? Ytterst är det väl att lönesättning och reglering av anställningsvillkor primärt ska ske genom kollektivavtal som privata aktörer förhandlar fram. De förhandlar enbart på medlemmarnas uppdrag och utövar inte, som i vissa länder, någon statligt delegerad normgivningsmakt.

Den svenska modellen bygger med andra ord på frivillighet. Enskilda arbetsgivare och arbetstagare kan välja att stå utanför systemet, men de får också bära konsekvenserna av ett sådant val. Den oorganiserade arbetstagaren kan ha svårt att förverkliga sina rättigheter och den enskilda arbetsgivaren kan råka ut för påtryckningar i form av stridsåtgärder. En förutsättning för att systemet ska fungera utan statliga ingrepp är att arbetstagarorganisationerna har stor frihet att vidta stridsåtgärder. Sådana kan vidtas också för att endast indirekt tjäna medlemsintressena, i form av sympatiåtgärder eller åtgärder för att bekämpa social dumpning.

Denna arbetsmarknadsmodell har inom EU sin motsvarighet endast i Danmark. I de övriga länderna saknas den långtgående partsautonomi som betecknar det danska och svenska systemet. Därför är det inte överraskande att EU baserat de lösningar som syftar till att stävja social dumpning i samband med utstationering och offentlig upphandling på lagstadgade föreskrifter om minimilöner. Dessa kan vara kopplade till kollektivavtalen och utgå från dem, men ytterst läggs de fast i någon form av författning. Därmed gäller de lika för organiserade och oorganiserade arbetstagare.

Den stora konflikten i förhållande till den svenska modellen finns ytterst i att EU-regleringen bygger på lagstadgade villkor, eftersom det är den svenska lagstiftaren och staten, inte de autonoma arbetsmarknadsparterna, som ansvarar för att dessa uppfylls. Till det kommer att EU-rätten kringkär den svenska modellen också på det sättet att den inte tillåter fackliga stridsåtgärder för att upprätthålla vårt arbetsmarknadssystem annat än inom de snäva ramar som den fria rörligheten för tjänster och den fria etableringsrätten ställer upp.

Remissinstanser som konsekvent avvisar förslagen från de tre utredningarna ovan med argumentet att de strider mot den svenska modellen tycks bortse från att EU-regleringen som sådan innebär stränga begränsningar, och att den fråga som de har haft att ta ställning till är hur lagstiftaren lämpligen kan stötta modellen för att balansera eller kompensera för de ingrepp som EU-rätten gör.

Mot denna bakgrund känns exempelvis förslaget att en utstationerad arbetstagare ska kunna verkställa de minimivillkor som svensk rätt lägger fast

som okontroversiellt och naturligt. Här har vi en från EU-rätten härstammande regel som ger arbetstagaren vissa rättigheter. Att dessa rättigheters materiella innebörd bestäms av kollektivavtal i Sverige är en logisk konsekvens av den svenska modellen. Att då ifrågasätta att en sådan rättighet ska kunna förverkligas genom rättsmedel som den enskilda utstationerade anställda kan använda ter sig för det första ogörligt från ett likabehandlingsperspektiv. För det andra är det också cyniskt med tanke på att de fackliga organisationerna allt oftare framhåller att de inte har praktiska möjligheter att bevaka de utstationerade arbetstagarnas rättigheter.³⁹ Samtidigt förbiser man att det är utstationeringsdirektivets regler, inte tillgången till rättsmedel för arbetstagarna som är det verkliga avsteget från den svenska modellen.

Debatten om förslagen i de betänkanden som vi beskrivit försvåras av det faktum att vissa lösningar ter sig som krystade och resultat av ett till synes desperat sökande efter regleringslösningar som är EU-rättsligt hållbara och samtidigt i konformitet med den svenska modellen. Ett traditionellt element i den svenska modellen är enligt vår mening att man inte ska detaljreglera frågor som kan hanteras i praxis. Utstationeringskommitténs förslag om särskilda utstationeringskollektivavtal med "EU-anpassade rättsverkningar" som kan tillkomma efter stridsåtgärder som Arbetsmiljöverket har "sanktionerat" genom att tillhandahålla information om kollektivavtalsvillkoren framstår som en utpräglad skrivbordskonstruktion. Förslagets oförenlighet med den svenska modellen ligger framförallt i lagstiftningstekniken (detaljregleringen). Utredningen kan å andra sidan naturligtvis motivera sina förslag med det faktum att parterna inte klarar av att komma med egna initiativ eller lösningar, med följderna att lagstiftaren "måste ta över".

Förslagen om att myndigheter i vissa fall ska kunna förmedla information om minsta löner inom vissa branscher bygger på uttryckliga regler i EU-rätten. Det handlar alltså om att förmedla information om gällande lönenivåer, inte om att sätta löner. Om man, som de fackliga organisationerna, exempelvis vill att upphandlande myndigheter ska ställa krav på kollektivavtalsenliga löner i sina kontrakt, måste man rätta sig efter dessa regler.

Sådan information kan tillhandahållas på två olika sätt: Det ena är att skattemyndigheter och lönestatistiker följer vilka löner som faktiskt betalas och sedan anger en minimilön. Den andra lösningen är att "i enlighet med den svenska modellen" låta parterna tillhandahålla information om minsta lönenivåer. Om parterna lojalt ger ut sådan information gemensamt eller kanske

³⁹ Intervjuer med Byggnadsarbetareförbundets avtalssekreterare Torbjörn Hagelin och Transportarbetareförbundets ordförande Lars Lindgren.

till och med någon gång ger delvis motstridiga uppgifter, borde det inte vara särskilt svårt för en myndighet att informera om vad som – minst – ska gälla i en konkret upphandling eller vid en konkret utstationering. Det kan knappast ha större betydelse för lönebildningen i allmänhet eller för parternas lönepolitiska överväganden. Inte heller om lönesättningen inom avtalsområdet är så varierande och oklar att det inte går att ange några minimivillkor (tänk på sifferlösa avtal) lär det vara någon större skada skedd ur lönebildningsperspektiv om ett utomstående organ utifrån statistiken uppskattar vad som bör vara minimum i ett enskilt fall, även om det naturligtvis vore mera förenligt med den svenska modellen att parterna själva angav detta.

Att vägra samarbeta med en motpart på arbetsmarknaden för att tillgodose lagstadgade informationskrav är redan i sig ett avsteg från den svenska modellens samarbetstraditioner. För oss framstår det också som ett sätt att underminera den svenska modellen. Om all information om minsta lön och andra villkor saknas kan man inte heller kräva att de tillämpas av utstationerande arbetsgivare eller av leverantörer som fullgör offentliga kontrakt. Därigenom begränsas kollektivavtalets normerande verkan och betydelse. Arbetstagersidan önskar givetvis att alla företag ska sluta kollektivavtal och tillämpa dem i deras helhet, och kan vara obenäga att tala om minimivillkoren av den anledningen. För arbetsgiversidan kan ökad låglönekonkurrens vara en välkommen faktor som kan hålla tillbaka fackliga lönekrav. Svenskt Näringsliv skriver till exempel uttryckligen att det ska räcka om leverantörer till det offentliga lever upp till sina lagstadgade skyldigheter. Det är att lämna fritt utrymme för konkurrens med löner.

Vi menar att detta ligger långt från vad som kan betecknas som ett lojalt försvar av den svenska modellen i den nya omgivning som EU-rätten skapat. Om parterna verkligen vill värna den svenska modellen och partsautonomin vore det naturligt att de samarbetade för att uppfylla EU-rättens krav på transparens, för att undvika statsinblandning så långt det är möjligt inom EU-rättens ramar. På så sätt skulle de garantera att parterna och deras kollektivavtal även i fortsättningen blir avgörande för lönesättningen. På längre sikt kan det kanske också vara ett sätt att undvika alternativet med EU-reglerade minimilöner, som med allt tätare mellanrum presenteras som en optimal framtidsvision av olika EU-organ.

Till sist något om de remissynpunkter som ifrågasätter om inte de aktuella förslagen begränsar partsautonomin och avtalsfriheten på ett sätt som är oförenligt med ILO-konventionerna nr 87, 98 och 154. Argumenten illustrerar att man kan uppfatta de föreslagna åtgärderna på två sätt: Å ena sidan kan

man som ILO-kommittén hävda att de indirekt begränsar partsautonomin och avtalsfriheten. Å andra sidan har staten också en skyldighet att främja kollektivavtalsverksamheten enligt ILO-konventionen 98 artikel 3. Och syftet med utredningsförslagen har varit att stärka kollektivavtalssystemet genom att kollektivavtalens centrala villkor ska respekteras också i situationer där de inte är direkt tillämpliga (vid utstationering och offentlig upphandling). I många länder har man gått betydligt längre med att utsträcka kollektivavtalens verkningar till anställningsförhållanden som de inte är direkt tillämpliga på (allmängiltighet), utan att det anses oförenligt med ILO-konventionerna.

ILO:s kärnkonventioner åberopas mot en rad detaljer och nyanser i förslagen. Gemensamt för dessa synpunkter är dock att ILO-regleringen behandlas på ett ytligt plan och att man sätter direkta likhetstecken mellan den svenska modellen (som man önskar uppfatta den) och ILO:s konventioner om förhandlings- och föreningsfrihet på ett sätt som försiktigt uttryckt kan sägas vara schematiskt.

Svagheten med referenserna till den svenska modellen är att den används som språngbräda för att ta avstånd från förslag som syftar att lösa komplicerade problem kring EU-rättens genomförande i Sverige. Därigenom tenderar analysen av de reella problemen och deras tänkbara lösningar att överskylas av ett nostalgiskt tillbakablickande mot en arbetsmarknadsreglering vars förutsättningar till vissa delar inte längre existerar.

Alla älskar den svenska modellen. Det kan vi utläsa i mångordiga remissvar och utläggningar i kommittébetänkandena. Den svenska modellen skulle stå sig betydligt starkare om alla aktörer skulle stå upp för den i handling – inte bara i ord. Kanske kunde debatten då så småningom handla om hur den bäst kan försvaras inom ramen för de rättsliga realiteter som EU-regleringen innebär, i stället för retoriska konstateranden om att EU-rättens och den svenska modellens utgångspunkter är svårförenliga.

ULRIKA ANDERSSON

GENDERING THE LEGAL SUBJECT: HISTORICAL PERSPECTIVES ON THE NORDIC FIELD OF LAW AND GENDER

1 Introduction

The scholarly field of law and gender has been part of Nordic legal research for more than thirty years.¹ A conference held in May 2015 in Umeå, Sweden turned out to be the fortieth anniversary for conferences and meetings in this Nordic field.² These encounters have been called both ‘meetings for female lawyers’ and ‘conferences on law and gender’. In a scholarly setting the terms ‘women’s law’, ‘law and gender’ or ‘feminist perspectives on law’ have been used over the years.³ When this field first grew as a legal discipline at the Faculty of Law in Oslo, it was called ‘women’s law’ and its objective was to ‘describe, explain and understand the legal position of women’, with the specific aim of ‘improving the position of women in law and society.’⁴

Based on a starting point that legal rules affect ‘men and women differently’, researchers in women’s law were supposed to seek out, chart and understand the complex interplay between law and life, ‘with the special goal of contributing to the work for real equality and liberation.’⁵

According to what is said to be the aims of women’s law, the gendered subject is crucial. This is an area of law that has to do with women. But what was the meaning of this gendered subject when the field was first established? The

¹ This contribution has been written as part of the research project *Actors, Structures and the Law* funded by the Academy of Finland at University of Turku.

² I have chosen to use ‘law and gender’ as a term for a research field that explores law in relation to gender. The first books analysing law from a gender perspective in a Nordic context were L Westerhäll-Gisselsson, *Kvinnors rätt. Översikt över de viktigare sambanden mellan kvinnokön och rättsregler* (Stockholm, Liber 1979) and K Widerberg, *Kvinnor, klasser och lagar 1750–1980* (Stockholm, Liber 1980). The first work giving a more comprehensive account of the field was T Stang Dahl (ed), *Kvinne rett I & II: Kvinners levemåte og livsløp* (Oslo-Bergen-Stavanger-Tromsø, Universitetsforlaget 1985), published in English two years later: T Stang Dahl, *Women’s Law: An introduction to Feminist Jurisprudence* (Oslo, Norwegian University Press 1987), translated by Ronald L Craig.

³ Å Gunnarsson and E-M Svensson, *Genusrättsvetenskap* (Lund, Studentlitteratur 2009) 20–30.

⁴ Dahl, *Women’s Law* (1987) 17, 55.

⁵ Dahl (1987 n 2) 12.

overarching aim of this contribution is to answer this question. The legal subject has indeed been highlighted and discussed, during the last fifteen years.⁶ However, in the first works published in the mid-1980s, the subject was not spoken of – at least not explicitly. The subject of woman (and man, for that matter) seemed to be taken for granted.

In this contribution I present a review of how the legal subject was constructed in gendered terms within Nordic law and gender when the field was in its infancy. I analyse the first major work, *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence* by Tove Stang Dahl.⁷ The legal subject refers not only to the subject in a narrow legal sense, as the one who is entitled to rights and obligations, but also to the more theoretical construction of how the individual is perceived and formed in the text that introduced women's law.⁸ It is the view of the subject and its relation to law and the legal system that is scrutinized. In my analysis, I take a closer look at how the concept of law, the perception of power and the notion of gender – all of which are highly crucial for achieving the aim of women's law – are constructed. I analyse these three theoretical presumptions, all of which are intertwined and interrelated. My aim is to explore how they are treated and discussed in relation to structural and discursive aspects. My main material is the first part of the aforementioned ground-breaking work *Women's Law*.

Below, I first introduce my approach to the legal subject and how I use it methodologically. After that I present my analysis and conclude with a discussion on the gendered subject of women's law.

2 The legal subject as a methodological approach

The subject's perspective is fundamental in all legal theory and practice. It is vital that there is a subject who can obtain rights and duties.⁹ Ultimately law and jurisprudence in this respect rest upon liberal ideology.¹⁰ The individual is central and becomes a model for the theoretical subject. S/he has obligations and duties or can demand protection. Various rules and theories are formed out of the perspective of how the individual acts or is expected to act

⁶ See Gunnarsson and Svensson, *Genusrättsvetenskap* (2009), see also n 13 below.

⁷ I use the English translation (n 2) but have also read the original Norwegian text (n 2) and focus on the first part of the book.

⁸ Cf U Andersson, *Hans (ord) eller hennes?* (Lund, Bokbox 2004).

⁹ Cf B Wennström, *Rättens individualisering: Mot en ny juridisk antropologi* (Uppsala, Juridiska Fakulteten, Uppsala universitet 2005) 8–10.

¹⁰ See eg Gunnarsson and Svensson (n 3) 204.

rationally.¹¹ At least since the Enlightenment, the implicit starting point for the subject in law has been the supposedly gender-neutral, rational and autonomous individual. Gender and other power-related aspects such as ethnicity, class and sexuality have not been taken into account.¹² However, towards the end of the 1990s, the autonomous subject in law began to be questioned more explicitly by feminist legal scholars. Several researchers have shown that the notion of the autonomous subject is gendered and that law participates in producing and reproducing the gendered subject.¹³

The starting point for my approach is that subjectivity should be explicitly viewed as the relationship between individual, structural and discursive conditions. Thus, the individual is linked to structural as well as discursive factors, at the same time as three different aspects of subjectivity can be illustrated. Here I am inspired by Iris Marion Young, who mainly stresses how structures regulate practices but who also takes into account how discursive conditions form these practices. For me, Young's theory demonstrates how individual, structural and discursive factors work together in constructing the subject.¹⁴ I argue for an approach where the individual should be related to structural as well as discursive powers.¹⁵ Structural power refers to overall relationships such as poverty, unemployment or inequality in terms of gender, while discursive power has to do with what is said and done in and through language, symbols and normative concepts.

I find that the way Young makes individual agency visible – by including what I refer to as discursive aspects of power – to be particularly useful. Young stresses that we need to collectivize women without this being normalizing or essentializing, and at the same time highlight a different perspective than the liberal, more oriented towards the individual. Without looking at women as

¹¹ See eg N Jareborg, *Allmän kriminalrätt* (Uppsala, Iustus 2001), N Jareborg, *Determinism and Criminal Responsibility: Essays in Criminal Law* (Uppsala, Iustus 1988) and Gunnarsson and Svensson (n 2) 204.

¹² For analyses in relation to gender and intersectionality, see eg L Martinsson and P de los Reyes (eds.) *Olikhetens paradigm: intersektionella perspektiv på o(jäm)likhetskapande* (Lund, Studentlitteratur 2005).

¹³ See eg Gunnarsson and Svensson (n 3). See also N Lacey, *Unspeakable Subjects: Feminist essays in legal and social theory* (Oxford, Hart Publishing 1998), M A Fineman, 'The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition' (2008) 1 *Yale Journal of Law and Feminism* 20, 1, M A Fineman, *Autonomy myth: A Theory of dependency* (New York, The New Press 2004) and N Naffine and R J Owens (eds.) *Sexing the subject of law* (North Ryde N. S. W.: LBC Information Services 1997).

¹⁴ I M Young, *On female body experience: Throwing like a girl and other essays* (New York, Oxford University Press 2005).

¹⁵ See further U Andersson, 'Vara till salu: Utsatthet vid människohandel, individer, strukturer och diskurser' (2009) 4 *Tidskrift för Genusvetenskap* 29.

a group, she claims, it is not possible to see how women are oppressed in systematic, structured and institutionalized processes.¹⁶ I interpret these processes to include discursive parts.

In other words, it is essential to refrain from portraying women, or other groups, as categories which necessarily have certain qualities and experience. This approach reveals agency and individuality, at the same time as structures and discourses are emphasized. I find this dual approach very suitable for my analysis of the construction of the legal subject in women's law.

With this starting point on subjectivity, my aim is to analyse how the gendered legal subject is constructed in this field by asking how the subject is related to structural and discursive factors. Methodologically I explore how the subject is linked to structure and discourse in relation to the notion of law, power and gender, such as each of these notions was put forward in the 1985 text that introduced and described women's law as a new legal discipline.

3 Constructions of the subject

3.1 *The material*

As mentioned above, the field of law and gender has been part of Nordic legal research for approximately thirty years. The first comprehensive account of the field was published in 1985.¹⁷ By that time the field was called women's law and was presented in *Women's Law I and II (Kvinnerett I & II)*, published in Norwegian with Tove Stang Dahl as editor, and two years later by Dahl in English.¹⁸ Some other scholars have also given accounts and descriptions of the field in different ways.¹⁹

In *Women's Law Part I*, the new legal discipline is introduced. I present my analysis of this introduction below.

3.2 *Approaches to law*

In the account of women's law, law itself is mainly spoken of as an important tool for change; law can contribute to changing an individual's life, and above all to changing women's lives.²⁰ The approach to law is primarily structural, in

¹⁶ Young, *On female body experience* (2005).

¹⁷ Dahl, *Kvinnerett* (1985).

¹⁸ Dahl (1987 n 2).

¹⁹ See eg. Gunnarsson and Svensson (n 3).

²⁰ Cf Gunnarsson and Svensson (n 2) 26.

the sense that law is seen as a means for change at a structural level. For example, law and society are referred to in a broader sense when it is claimed that all directions of legal theory address the relationship between law and society 'either as an essential and explicit theme, or as an underlying premise'.²¹

In addition, the established concepts of *law in books* and *law in action* are said to apply to the '(...) entire complex of law and society'.²² It is further stated that the relationship between law and society is complicated and full of contradictions. A number of factors are said to 'influence the state of justice' and economic and social factors in particular 'decide the paths and conditions of women in society'.²³

Even though structural aspects of law are the most common ones to be put forward in the account of women's law, more discursive aspects are also highlighted. For example, law is described as an 'important part of the cultural hegemony that men have in our type of society', thus indicating a more discursive approach, stressing the cultural part of law.²⁴ The discursive role of law is also put forward in the discussion of the importance of theoretical work, such as 'the defining of new problem areas, radically changed systematic, ideology critical analysis', in moving beyond existing frameworks and crossing into other spheres.²⁵ Furthermore, these concepts are considered as highly important means for change.²⁶

Thus, perhaps at first glance emphasizing the legal system in a structural sense, the aim of women's law must be considered to include the structural *as well as* the discursive aspects of law: 'achieving a more reasonable and just legal system, evaluated on the basis of the interests of women'.²⁷

3.3 *The powers at stake*

Closely related to the concept of law and its structural focus is the perception of power put forward in *Women's Law*. When it comes to conditions that influence the practice of law, they are obviously considered primarily as structural – for example, when it is stated that it is necessary to examine 'how the living facts of society stand in relation to the law'.²⁸ When the complicated relationship between law and society is discussed, living conditions, and above

²¹ Dahl (1987 n 2) 51.

²² Dahl (1987 n 2) 51.

²³ Dahl (1987 n 2) 53.

²⁴ Dahl (1987 n 2) 13.

²⁵ Dahl (1987 n 2) 34.

²⁶ Dahl (1987 n 2) 34–35.

²⁷ Dahl (1987 n 2) 52.

²⁸ Dahl (1987 n 2) 55.

all women's living conditions, are mentioned as something that must be changed.²⁹

Indeed, law has the power to change these conditions. Even though it is not always explicitly described as power, what I interpret as the power of law is primarily viewed here as structurally based. However, at the same time the discursive aspects of power seem most present. Here I refer to the importance of theoretical work – which Dahl stresses: 'it is an important task of women's law to examine whether new areas and issues ought to be (...) subjected to the scrutiny of the law.'³⁰ The following quote illustrates the interplay between the structural and discursive aspects of power described in *Women's Law*:

Making such issues legal issues have several consequences beyond the immediate improvement of *women's position*. Among other things it would *upset the relationship* between family and state and *contribute to making the distinction* between the private and public sphere *different* from what it is today.³¹

In other words, theoretical works could change structures and improve women's positions, but could also alter discursive concepts such as the distinction between the private and the public sphere; this in turn could change structural conditions in society.

The perception of power and the concept of law are clearly gendered. For example, it has been stated that the male norm is enshrined in law.³² The individual man is said to have 'more of everything and therefore also position and authority'.³³

In sum, this approach to law is somewhat ambiguous; the power of law is male but at the same time law is an important means for changing conditions between the sexes in society. This notion can be compared with works by Catharine MacKinnon and Carol Smart. MacKinnon presents a considerably more pessimistic view of the legal system. Whereas Dahl is highly optimistic – if not overwhelmed – by the possibilities offered in law, MacKinnon asserts that a radical change of the whole legal system is needed to achieve any changes for women through legal reforms.³⁴ Carol Smart has a more nuanced approach to law, claiming for example that legal reforms could both extend women's

²⁹ Dahl (1987 n 2) 51, 53.

³⁰ Dahl (1987 n 2) 15, see also 34–35.

³¹ Dahl (1987 n 2) 15, my italics.

³² Dahl (1987 n 2) 13.

³³ Dahl (1987 n 2) 13, with reference to Helga Hernes.

³⁴ C A MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass., Harvard University Press 1989).

formal self-determination while also reducing it in practice.³⁵ The concept of gender in women's law is analysed in more detail in the following section.

3.4 *The concept of gender*

Already in the objective of women's law, the concept of gender emerges. The aim of women's law is 'to examine and understand how women are considered in law and how the law corresponds to women's reality and needs'.³⁶ This area of law has to do with women, who are spoken of as a group. Gender is primarily structurally constructed, and both women and men are spoken of on a group level: 'women's law has a special feature, namely its very large and complex segment of the population'.³⁷ However, some aspects of differences between women are pointed out, for example when stating the group of women has 'exceedingly many and extremely varied sub-groups'.³⁸ Women's law exists within all other disciplines: 'women are elderly, immigrants, prisoners, patients etc.'³⁹ Thus, essentialism is at least partially avoided.⁴⁰

However, the overall impression is still that the subject of Women's Law is primarily gendered in relation to the experiences and living conditions of women, in the sense of women as a group. The subject is also gendered in relation to men but not to the same extent. Women, as well as men, are spoken of in an unproblematic, rather static way. For example, the book points out that '[t]he differences comprise in reality almost every aspect of our lives, and are so pervasive that one often fails to notice them'.⁴¹ It is stressed that the differences in themselves are not the problem: 'The problem is how they are mutually ranked, and that in society's evaluation of the sexes, women's qualities, characteristics, values and activities are systematically subordinated to men's'.⁴²

As already mentioned, Women's Law notes that law as an 'institution to a large degree contributes to the maintenance of the traditional male hegemony in society'.⁴³ Further, it is stated that 'the man's norm (...) applies in most areas,

³⁵ C Smart, *Feminism and the power of Law* (London, Routledge 1989). Cf Å Gunnarsson, E-M Svensson and M. Davies (eds.) *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism* (Aldershot, Ashgate, 2007) and Gunnarsson and Svensson (n 3) 102–103.

³⁶ Dahl (1987 n 2) 12, referring to Atkins and Hoggett.

³⁷ Dahl (1987 n 2) 28.

³⁸ Dahl (1987 n 2) 28–29.

³⁹ Dahl (1987 n 2) 29.

⁴⁰ See further Dahl (1987 n 2) 29–30.

⁴¹ Dahl (1987 n 2) 13.

⁴² Dahl (1987 n 2) 13, with reference to Jaggar.

⁴³ Dahl (1987 n 2) 14.

so that it is for the most parts the opinions, needs and conflicts of men which are codified in law.⁴⁴

Even though women are mostly mentioned in relation to systems, society and groups, it is bluntly claimed in the book's opening sentence that '[to] be a woman is a personal attribute (...)'⁴⁵ This implies this field is developed for women as individuals.

The development of women's law itself is explained by emphasizing the structure of equality before the law and women's increasing opportunities.⁴⁶

To sum up, gender is primarily referred to in structural terms but these conditions can be altered by changing the laws: 'At the same time law is fertile soil for the cultivation of rules which can provide a foundation for vast changes, including the relationship between the two sexes.'⁴⁷

4 The gendered subject of women's law

Before the book *Women's Law* was published, the legal subject in the Nordic context had implicitly been perceived as autonomous, gender-neutral and self-sufficient, in legal doctrine and research.⁴⁸

Introducing women's law as a new legal discipline in the Nordic environment fundamentally changed this view. A new subjectivity was shaped. The new area of law was even named after one of the sexes. The explicit aim was to improve that sex's position in law and society, thus indirectly claiming and recognizing there was something wrong with these positions and that they could be changed by using the legal system.

Already in the objective of women's law – to 'improv(e) the position of women in law and society.' – the concepts of law, power and gender are put forward.⁴⁹ How, then, is the subject of women's law constructed in relation to these concepts?

First of all, it is clear that law is seen as an important contributor to change in the life of women. For the most part law and society are referred to in a broad structural sense: as the entire complex. But discursive approaches such as the cultural aspects of law or theoretical parts and concepts are also framed as being

⁴⁴ Dahl (1987 n 2) 12.

⁴⁵ Dahl (1987 n 2) 11.

⁴⁶ Dahl (1987 n 2) 11.

⁴⁷ Dahl (1987 n 2) 14.

⁴⁸ In relation to gender, two exceptions are mentioned above, see n 2.

⁴⁹ Dahl (1987 n 2) 17, 55.

vital for bringing about change in women's positions in law and society. Accordingly, structural *as well as* discursive approaches to law are included in women's law.

Closely connected to these approaches to law is the notion of power. In relation to power, however, the structural and discursive aspects are seen as more intertwined. Not only could changing the law in accordance with the thinking of women's law have several consequences in relation to women's structural positions. Thus, by using the discursive power of law, changing theoretical parts of law and making some areas legal, structural changes for women will follow. For example, law has the capacity to change the relationship between family and state. This could indeed have structural consequences, particularly for how family is treated by the state more broadly. It could also have discursive effects, for example in terms of how the concept of family is viewed or discussed. Law could also contribute to altering the distinction we have today between the private and public sphere. In other words, discursive aspects of law, such as concepts and their meanings, could have structural effects.

Finally, we turn to the concept of gender, which is without doubt the most crucial part of this legal discipline. In women's law, there is a distinct focus on gender and primarily, it is structurally constructed. Both women and men are spoken of on a group level. Furthermore, women as well as men are discussed in an unproblematic, rather static way. What it means to be a woman, or a man, seems to be taken for granted. Even if differences between women are mentioned, for example when stating the group of women has many and varied sub-groups, the common denominator is still to be a woman – a concept that is not discussed or criticized at all.

In line with Young's theory, this group-based gendered subject has been very useful in rendering women's situations in law and society more visible. Without this approach, one might say, women's law would not exist. But besides the few exceptions mentioned in Women's Law, the variation between women or the relation to other hierarchies of power are not highlighted or pointed out in the introductory text of the book. This is a serious flaw, as significant as it is obvious. That said, the legal discipline of women's law has undoubtedly been of utmost importance for all legal scholars with an interest in law and gender, professionally as well as personally.

All in all, the image of law presented by Tove Stang Dahl is a most optimistic one, not least for the ones who could accommodate in women's subjectivity: women's law is a legal discipline for women. Women's law can change women's

positions, in law and society. Last but not least, women's law holds the power of law – considered to be very strong – in high regard, in a discursive as well as a structural sense.

CATHERINE BARNARD*

THE BENEFITS OF BENEFITS: THE CHANGING FACE OF FREE MOVEMENT IN THE EUROPEAN UNION

Parliamentary question posed by Lord Kinnock:

'To ask Her Majesty's Government whether they will provide all factual evidence they have, together with their sources, that UK in-work and out-of-work benefits are a factor in encouraging immigration to the UK from other EU member states.'

Reply by Lord Freud:

'The benefits system is one of a range of factors attracting migrants to Britain. Net migration to the UK stood at 336,000 in the year to June 2015 according to the November 2015 Migration Statistics Quarterly Report from the Office for National Statistics, and EU nationals are a significant contributor to recent increases. Meanwhile, an analysis of administrative data held by the Department for Work and Pensions showed that between 37% and 45% of all recent EU migrants were in households supported by the benefits system as of March 2013.'

1 Introduction

Benefit tourism is an idea located firmly in the minds of certain parts of the (British) tabloid press and its readers. 'Migrants milk British benefits' shouted the Daily Express.² '£886million... That is the eye-watering sum YOU pay in benefits to out-of-work EU migrants in just one year', announced the *Daily Mail*.³ But the actual empirical evidence for this is scarce. Lord Freud's answer to Lord Kinnock's question is typically vague: benefits are 'one of a range of

* The research for this contribution was conducted with the financial assistance of the ESRC's funded programme, UK in a Changing Europe. Some of the interviews were conducted by Amy Ludlow.

¹ <http://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-question/Lords/2015-12-16/HL4654/>.

² <http://www.express.co.uk/news/uk/592541/Migrants-milking-benefits-system-Foreigners-more-likely-to-claim-handouts>.

³ <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3467563/886million-eye-watering-sum-pay-benefits-work-EU-migrants-just-one-year.html>.

factors attracting migrants to Britain'. Independent research conducted for the Commission found 'little evidence in the literature and stakeholder consultations to suggest that the main motivation of EU citizens to migrate and reside in a different Member State is benefit-related as opposed to work or family-related'. It adds that this is 'underpinned by data which show that in most countries, immigrants are not more intensive users of welfare than nationals. Where they are more intensive users, they tend to use intensely only specific types of benefits linked to their socio-economic circumstances as migrants'. The research concludes 'Our analysis of EU data shows that migrants are less likely to receive disability and unemployment benefits in most countries studied'. *Open Europe*, an independent think tank, broadly agrees: 'So-called "benefit tourism" is a second order issue when it comes to EU free movement. While a small fraction may abuse the system, the vast majority of EU migrants come to the UK to work.'⁴ Even those in government recognise that David Cameron's hard won reforms on benefits in the February New Settlement Deal were 'unlikely to have a huge impact on migration flows'.⁵ This is borne out by the figures: in the year ending September 2015, a majority (71%) of EU citizens coming to the UK for at least one year reported that they were coming for work and a majority (58%) of those people already had a job lined up.⁶

So why have benefits become such a focus of negative attention? I would like to argue that it is in part to do with divergent understandings by the EU on the one hand and its citizens on the other over the role of migration in the European Union. The root of the problem, in fact, lies with the changes to EU law introduced in the late 60s, and the Court's case law, particularly in the 1970s and 80s. The EU institutions might have believed that they were instrumental in constructing if not a United States of Europe, at least a deeper, more integrated Union. However, this policy formation was being conducted

⁴ http://archive.openeurope.org.uk/Content/Documents/Open_Europe_Free_Movement_141124.pdf. For further support for this view, see <http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/commentary/pulling-power-why-are-eu-citizens-migrating-uk>.

⁵ <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/treasury-committee/comprehensive-spending-review-and-autumn-statement-2015/oral/25716.html>, q.137. This view is supported by independent analysis: <http://www.migrationwatchuk.org/briefing-paper/373> and <http://www.migrationwatchuk.org/briefing-paper/375>.

⁶ http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/sites/files/migobs/pull%20factor%20commentary_0.pdf.

in the 'fairyland' of Luxembourg and Brussels.⁷ The general public were not engaged with these changes nor had they expressly consented to them. So long as the numbers of migrants remained small, and the divergences between the standards of living in the individual Member States not significant, the public was not particularly interested. But come the large scale movements of people, particularly following the 2004 enlargement, the situation changed. According to the populist narrative, not only were migrants taking national jobs but they were also claiming benefits to which they had not contributed. Somewhat belatedly, the Court was forced to catch up with changing popular sentiment.

However, for the UK it was too little and too late. A third of those voting Leave in the Referendum on the 23 June 2016 did so due to their concerns about migration.⁸ The Spaak report, drafted prior to the signing of the Treaty of Rome, had anticipated some of the potential social and political problems with opening up national labour markets which, more than sixty years later, have come so vividly to the fore. In particular, it noted the pressure that migration might put on public services. It also proposed an emergency brake. These issues were not recognised by the drafters of the Treaty and an expansionist Court, acting in the interest of protecting individual migrants and in the name of deeper integration, created a system which sowed the seeds of the partial break-up of the European Union.

This contribution is structured as follows. It will briefly outline the perspective on migration envisaged by the Spaak report and the response of the EU (section 2). It will then consider the role of the Court of Justice in delivering equal treatment in the field of social security and the reasoning behind its decisions (section 3), before examining the Court's more recent attempt to rein in commitments for host states (section 4). The contribution will conclude with discussing two paradoxes. On the one hand, benefits, originally intended to achieve integration at least of the individual, have in fact had a disintegrative and delegitimising effects on the EU as a whole. On the other hand, the evidence shows that despite the rhetoric about the role benefits play in facilitating individual mobility, it is, in fact, for most people, not benefits but the availability of work that prompts migration. And that has probably always been the case (section 5).

⁷ E. Stein, 'Lawyers, judges and the making of a transnational constitution' (1981) 75 *American Journal of International Law* 1: "Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media", the Court of Justice has 'fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe'.

⁸ <http://lordashcroftpolls.com/2016/06/how-the-united-kingdom-voted-and-why/>.

2 The original conception of migration

2.1 The Spaak report

Three matters are particularly striking about the Spaak report's approach to migration. First, it assumed that migrant workers would be moving to a job in another Member State and would stay there without restriction *while working*:

une interpretation correcte de la notion de libre circulation des travailleurs: il comporte le droit de se presenter dans tout pays de la Communauté aux emplois effectivement offerts et de demeurer dans ce pays, si un emploi est effectivement obtenu, sans aucune restriction qui ne s'applique de la même manière aux travailleurs nationaux eux-mêmes;

Further and relatedly, the Spaak report insisted that migrant workers be paid the same as national workers and any lowering of salaries would be prohibited. This would have the effect of preventing employers using migrant labour which they would otherwise not need. This would avoid pressure on rates of pay and would enable the labour market to rebalance itself.

Second, Spaak anticipated that migration would not be huge because most people do not want to change career or leave their homes. It also noted the shortage of housing in all Member States:

En ce qui concerne la libre circulation des travailleurs on ne doit pas surestimer l'ampleur des mouvements de main-oeuvre qui se produiraient dans un marché commun entièrement libre. On connaît la reticence aux changements de métier ou de résidence, fût-ce a l'interieur d'un même pays. L'un des obstacles, qu'il sera d'ailleurs essentiel de surmonter, est l'insuffisance actuelle du logement dans tous les pays de la Communauté.

The report continued that emigration is not always the solution for an overpopulated country because it risks burdening the active population and increasing the population which needs support. So it is better to create jobs in the home country.

Third, the Spaak report presented as an alternative model a gradual increase

in the number of migrants allowed into the host state,⁹ but this came with the possibility of a safeguard clause to be administered by the European Commission.

Il sera nécessaire de prévoir certaines clauses de sauvegarde administrées par la Commission européenne, pour le cas où l'afflux de main- oeuvre créerait un risque particulier pour le niveau de vie ou d'emploi des travailleurs d'industries déterminées dans certains pays. Toutefois, les droits acquis des travailleurs étrangers ne doivent pas être affectés par ces mesures.¹⁰

These safeguard measures would apply where immigration affects the standard of living in the home country or employment in certain sectors. However, any such measure could not affect the acquired rights of those migrants already in the host state.

2.2 The Treaty of Rome

Yet the Treaty of Rome did not actually quite follow the Spaak prescription. Yes, it introduced the principle of free movement of workers: to accept offers of employment actually made (although Spaak seemed to leave open the possibility of work seekers being able to migrate as well as those who already had a job); to move freely within the territory of Member States for this purpose; to stay in a Member State for the purpose of employment and to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State. It also made clear that freedom of movement entailed 'the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment'.

So the focus in the original Treaty was on migrants moving to take up work, not to be discriminated against while working and to be allowed to live in the host state while working. There was no reference to the alternative model of a gradual increase in the number of migrants and certainly no safeguard clause.

⁹ For an English translation of this point, see http://aei.pitt.edu/995/1/Spaak_report.pdf: 'The basis for the increase will be:

– either the average for the last three years of the number of new workers admitted in each country from other countries of the Community;
– or one percent of the total number of wage earners for those countries which have in the past employed only a small number of foreign workers.

The rate at which the number of workers is increased can be slower to the extent that the base is large in a particular country: a scale reconciling these two factors should be established.'

¹⁰ p. 90.

2.3 Regulation 1612/68

And yet migrants did not move: as Spaak predicted people generally do not like change. So in the 1960s the EU introduced a package of measures designed to encourage migration in order to guarantee 'workers the possibility of improving their living and working conditions' and promoting their social advancement, 'while helping to satisfy the requirements of the economies of the Member States'. Most importantly, for our purposes, was Regulation 1612/68 which provided that not only could workers move but so could their families, irrespective of the nationality of those family members. Those family members could work and go to school. Importantly, and reflecting Spaak's concerns, it provided that migrant workers had to 'enjoy all the rights and benefits accorded to national workers in matters of housing, including ownership of the housing he needs'. In respect of migrant workers bringing their family members, they must have available 'housing considered as normal for national workers in the region where he is employed' (this provision has now been repealed). Crucially, Article 7(2) provided that the worker had to benefit from the same social and tax advantages as national workers. The Preamble went further and suggested family members also benefitted from the principle of equal treatment in respect of access to social and tax advantages:

Whereas the right of freedom of movement, in order that it may be exercised, by objective standards, in freedom and dignity, requires that equality of treatment shall be ensured in fact and in law in respect of all matters relating to the actual pursuit of activities as employed persons and to eligibility for housing, and also that obstacles to the mobility of workers shall be eliminated, in particular as regards the worker's right to be joined by his family and the conditions *for the integration* of that family into the host country (emphasis added).

This Preambular paragraph, and particularly its reference to integration of the family into the host state, became important to the Court to justify extending benefits to migrant workers and their families.

3 The role of the Court of Justice

The Court of Justice's role in expanding the range and scope of benefits to migrant EU nationals cannot be underestimated. This section considers the Court's approach to the application of the equal treatment to benefits and in particular examines the reasons the Court itself has offered as to why this should be the case.

3.1 Phase one: an opening up

3.1.1 *The telos of EU law*

The Court took a while to warm to the virtues of Article 7(2), particularly for family members.¹¹ However, this changed with *Christini*¹². The case concerned the reduced fare on the railways claimed by the widow of a migrant worker. The Court said the reference to 'social advantages' in Article 7(2) could not be interpreted restrictively, that in view of the equality of treatment which the provision sought to achieve, 'the substantive area of application must be delineated so as to include all social and tax advantages, whether or not attached to the contract of employment', such as reductions in fares for large families. The rationale for this decision was not integration but the telos of the EU: 'It would be contrary to the purpose and the spirit of the [EU] rules on freedom of movement for workers to deprive the survivors of such a benefit following the death of the worker'.

The free movement ideal was expressed more clearly in *Inzirillo*¹³. The Court said that if the disabled child of a migrant worker did not enjoy equal treatment in respect of a disability benefit, this would oblige the migrant worker himself to return home, thus interfering with the migrant worker's right to remain in the host state.

Within three years of *Inzirillo*, the Court, in *Even*¹⁴, consolidated its rather scant case law to provide what is now the classic definition of social advantages. These are advantages which:

whether or not linked to a contract of employment, are generally granted to national workers primarily because of their objective status

¹¹ See eg Case 76/72 *Michel S. v Fonds national de reclassement social des handicapés* EU:C:1973:46; Case 1/72 *Frilli v Belgium* EU:C:1972:56; Case 7/75 *Mr and Mrs F* EU:C:1975:80.

¹² Case 32/75 *Cristini* EU:C:1975:120.

¹³ Case 63/76 *Inzirillo* EU:C:1976:192.

¹⁴ Case 207/78 *Even* EU:C:1979:144.

as workers or by virtue of the mere fact of their residence on the national territory and the extension of which to workers who are nationals of other Member States therefore seems suitable to facilitate their mobility within the [EU].

So, once again, the rationale for a broad reading of social advantages and thus the application of the equal treatment principle, was rooted in the idea of ensuring the effectiveness of free movement in the EU. This approach was followed in *Reina*¹⁵ where the Court (over) emphasised the long history of this line of jurisprudence ('As the Court has repeatedly held ...'), and again in *Hoeckx*¹⁶ concerning a minimum means of subsistence. In *Castelli*¹⁷ the Court did not even give an explanation as to why a worker's elderly relative should receive income guaranteed to old people, merely reasserting the Court's *Even* formula. In *Deak*¹⁸ the Court, relying on *Hoeckx*, justified extending a benefit (support of young people seeking employment) to the children of a migrant worker on the grounds not only of facilitating mobility but also, harking back to *Inzirillo*, discouraging the migrant worker from leaving.

3.1.2 *A shift to the integration approach*

As we have seen, the cases from the early 1980s emphasised the need for migrant workers and their family members to receive benefits in the name of guaranteeing free movement. The case law of the mid-80s suggested a shift towards expressly identifying the need to integrate migrant workers into the host state as a rationale for expanding the application of the equal treatment principle. This can be seen in *Mutsch*¹⁹ which raised the question as to whether the defendant could use his own language in a trial. The Court referred to access to social advantage in terms of facilitating mobility but this time also reverted to the fifth recital of the Preamble of Regulation 1612/68 referring to the fact that social advantages play 'an important role in the integration of migrant worker and his family into the host country'.

By the following year, in *Reed*,²⁰ integration of the EU migrant had become the sole rationale to explain why it was possible for a migrant worker to rely on Article 7(2), namely to obtain permission for his unmarried partner to

¹⁵ Case 65/81 *Reina* EU:C:1982:6.

¹⁶ Case 249/83 *Hoeckx* EU:C:1985:139.

¹⁷ Case 261/83 *Castelli v ONPTS* EU:C:1984:280.

¹⁸ Case 94/84 *ONEM v Deak* EU:C:1985:264.

¹⁹ Case 137/84 *Ministère public v Mutsch* EU:C:1985:335.

²⁰ Case 59/85 *Netherlands v Reed* EU:C:1986:157.

reside with him (spouses were covered by Article 10 of the Regulation 1612/68), where that companion was not a national of the host Member State. As the Court said, this can 'assist his integration in the host State and thus contribute to the achievement of freedom of movement for workers'.²¹ In *Di Leo*²² the Court became almost poetic:

It must also be borne in mind that the aim of Regulation No 1612/68, namely freedom of movement for workers, requires, for such freedom to be guaranteed in compliance with the principles of liberty and dignity, the best possible conditions for the integration of the Community worker's family in the society of the host country.

The Court continued that if such integration was to be successful, it was essential for the child of an EU worker who resided with his family in the host Member State to have the opportunity to choose a course of study under the same conditions as a child of a national of that State.

So by the early 90s the case law was clear: the phrase 'social advantages' could not be interpreted restrictively, it covered benefits intended to help migrant workers while in work and out of work²³, and to help their family members, even after the migrant workers' death. This period also witnessed the expansion of those falling under the scope of EU law: no longer did it just apply to migrant workers with jobs to go to but also, according to the Court in *Antonissen*²⁴, it gave rights to move to those looking for work and, following the Maastricht Treaty, to EU citizens who were not necessarily economic active at all. The inexorable logic behind these developments was that the mobility and integration rationales would lead to these groups of (non-economically) migrants, not originally covered by the original Treaty, being given social advantages too. And, in the eyes of the Court, as migrant EU citizens they were entitled to these benefits since the principle of solidarity which justified poor nationals receiving benefits paid for by more affluent national taxpayers, now applied transnationally due to the advent of EU citizenship.

And so it came to pass. In *Collins*²⁵ the Court said that, as a result of the introduction of the EU citizenship provisions, work seekers were now also entitled to enjoy equal treatment in respect of benefits. However, where the

²¹ Para. 28.

²² Case C-308/89 *Di Leo* EU:C:1990:400, para. 13.

²³ Case 39/86 *Lair v Universität Hannover* EU:C:1988:322, para. 36, Case C-337/97 *Meeusen* EU:C:1999:284.

²⁴ Case C-292/89 *R v IAT, ex parte Antonissen* EU:C:1991:80.

²⁵ Case C-138/02 *Collins v. Secretary of State for Work and Pensions* EU:C:2004:172.

requirement was indirectly discriminatory (eg a residence rule required for migrants to establish a genuine link between themselves and the employment market of that State), the rule could be objectively justified provided the length of residence was proportionate. The Advocate General did, however, recognise the risk of opening up benefits to job seekers:

In the present case, however, I take the view that a condition as to residence, which is intended to ascertain the degree of connection with the State and the links which the claimant has with the domestic employment market, may be justified in order to avoid what has come to be known as ‘benefit tourism’, where persons move from State to State with the purpose of taking advantage of non-contributory benefits, and in order to prevent abuses. I do not believe that that condition goes beyond what is necessary to attain the objective pursued since it is applied after examination of claimants’ personal circumstances in each case.

In *Martinez Sala*,²⁶ the seminal citizenship case, the Court considered whether a Spanish migrant who had been living in Germany for twenty years was a worker and so entitled to a child raising allowance for her child which, it said, was a social advantage. Since it was not clear that she actually satisfied the criteria of being a worker the Court also considered her position as a citizen of the Union: because she was an EU national who had moved to another Member State she fell within the material scope of EU law (Article 21 TFEU) and therefore enjoyed equal treatment, including in respect of access to benefits.

This de facto ‘borrowing’ of the social advantage case law was continued in *D’Hoop*,²⁷ a case on tideover allowances for young people seeking their first employment. While the Court refused to apply Article 45 TFEU and Article 7(2) of the Regulation since the migrant had not ‘already participated in the employment market by exercising an effective and genuine occupational activity which has conferred on him the status of a worker’, it nevertheless decided the case on the basis of the EU citizenship provisions and found that as a free mover she fell within the material scope of the Treaty provisions and so could rely on the principle of equal treatment even against her own state after having studied abroad.²⁸

²⁶ Case C 85/96 *Martinez Sala* EU:C:1998:217.

²⁷ Case C-224/98 *D’Hoop v Office national de l’emploi* EU:C:2002:432.

²⁸ Para. 31.

Finally, in *Grzelczyk*²⁹ the Court again used the EU citizenship provisions to ensure that a migrant student enjoyed equal treatment in respect of the *minimex*, the Belgian minimum income guarantee. The Court said he could rely on Article 18 TFEU³⁰ because, as a citizen of the Union, he was lawfully resident in Belgium having exercised his fundamental rights under Article 21(1) TFEU.³¹ The Court said that the Belgian authorities had to provide some temporary support to migrant EU citizens, as they would to nationals, given that there existed ‘a certain degree of financial solidarity’ between nationals of a host Member State and nationals of other Member States,³² but only for so long as the EU citizens did not become an unreasonable burden on public finances, particularly if the difficulties which a beneficiary of the right of residence encountered were temporary.³³

Perhaps propelled by a drive for ‘Ever closer union among the peoples’, the Court saw the creation of a body of EU citizens enforcing their rights either against their home state or their host state. In the name of EU citizenship, solidarity had become transnational.³⁴ But while all of this made complete sense in the fairyland of the Duchy of Luxembourg it made much less sense on the meaner streets of Rotherham, Rotterdam and the Ruhr. Yet the Member States, including the UK, were faithfully giving effect to this case law and extending, for example, tax credits and housing benefit (so-called ‘in-work benefits’) to migrant workers.

3.2 Phase two: a tightening up

In the early 2000s there were signs that the Court recognised that its case law was not without difficulties. It did recognise there were outer limits on the host state’s obligation to provide equal treatment to migrant workers, especially those whose contract had come to an end. So in *Leclere* the Court said that while a migrant worker could receive an invalidity pension from the host state and so receive a benefit linked with the prior existence of an employment relationship, he could not thereby claim to acquire new rights having no links with his former occupation. In *Hartmann* the Court emphasised that the migrant spouse was only ‘an indirect beneficiary of the equal treatment granted

²⁹ Case C-184/99 *Grzelczyk* EU:C:2001:458.

³⁰ Para. 30.

³¹ Para. 33, citing Case C-274/96 *Bickel and Franz* EU:C:1998:563.

³² Para. 44.

³³ Para. 44. See now Recital 10 CRD.

³⁴ Barnard, ‘EU Citizenship and the Principle of Solidarity’ in M. Dougan and E. Spaventa, (eds) *EU Social Welfare Law*, Hart, 2005.

to migrant workers by Article 7(2) of that regulation'. Consequently, the benefit of German child-raising allowance could be extended to the spouse only if that allowance constituted for her husband a 'social advantage' within the meaning of Article 7(2). There was rising concern too about 'benefit tourism'. For example, in *Bidar* the Advocate General Geelhoed noted that:

... it was submitted by various intervening Governments that the Member States have a legitimate interest in preventing abuse of their student support schemes and in preventing 'benefit tourism'. I do consider that this is indeed a legitimate concern of the Member States, but the manner in which this should be ensured should not be such as to undermine the fundamental rights of EU citizens residing lawfully within their territory.³⁵

He added: a simple residence requirement is too non-selective for achieving this aim. In my view it can be achieved adequately in the context of establishing whether or not an applicant has a genuine link with the national education system or society as set out above.

3.3 Phase three: a full stop

In 2004 the EU adopted the Citizens Rights Directive 2004/38 (CRD). This introduced the concept of 'social assistance'. While workers enjoyed social *advantages* under Article 7(2) of Regulation 1612/68, now Regulation 492/11, social assistance (benefits connected more closely with destitution) was denied to EU migrants migrating for up to three months. In the period three months to five years social assistance was not, in principle, excluded from EU migrants but during this period they should not have needed social assistance since they had to be economically active (as a worker or self-employed person) or have sufficient means to support themselves, as a student (Article 7(1)(b) CRD) or a person of independent means (Article 7(1)(b) CRD). However, the *Grzelczyk* 'citizenship' gloss on (earlier) legislation (the Belgian government had argued that since he was student and should have had sufficient he was not entitled to the *minimex*) meant that many thought the Court would be generous to poor EU migrants staying beyond three months whatever the CRD said.

*Dano*³⁶ changed this. Shortly after her arrival in Germany, Ms Dano was issued with a residence certificate of unlimited duration. She was refused a particular special non-contributory cash benefits, a decision upheld by the

³⁵ Case C-209/03 *Bidar* EU:C:2005:169, para. 66.

³⁶ Case C-333/13 *Dano* EU:C:2014:2358, para. 69.

Court of Justice on the ground that she did not satisfy the requirements in Article 7(1)(b) CRD (person of independent means) and so did not enjoy equal treatment. Thus, unlike *Grzelczyk*, the requirement to have sufficient resources was no longer a limitation on the right to equal treatment but a pre-condition on the exercise of the right of residence: Union citizens can claim equal treatment with nationals under Article 24(1) CRD only if their residence in the territory of the host state complies with the conditions laid down by the Directive. EU citizens cannot use the equal treatment principle to access social security benefits to provide them with sufficient resources to give them the right of residence.³⁷

What is striking about *Dano* is just how different the judgment is from its predecessors: gone is the reference to citizenship as a fundamental status of citizens, gone is the reference to the need for benefits as either a means of encouraging free movement or as an integrating factor, gone is the idea that the condition as to having sufficient resources is a derogation and so must be narrowly construed, and gone is any idea of a case by case proportionality assessment. Now wonder the UK liked it. Under the heading 'Interpretation of current EU rules', section D.1(b) of the UK's New Settlement Decision provided:

The right of economically non active persons to reside in the host Member State depends under EU law on such persons having sufficient resources for themselves and their family members not to become a burden on the social assistance system of the host Member State, and on those persons having comprehensive sickness insurance.

Dano is not an isolated decision. *Garcia-Nieto*³⁸ confirmed that non-economically active nationals could not receive social assistance in the first three months of residence, as Article 24(2) CRD had made clear. Again there was no proportionality review of this blanket ban. Advocate General Wathelet explained the rationale for this, namely maintaining the financial equilibrium of the social security system of the Member States. He continued:

Since the Member States cannot require Union citizens to have sufficient means of subsistence and personal medical cover for a three-month stay, it is legitimate not to require Member States to be responsible for them during that period.

³⁷ Case C-333/13 *Dano* EU:C:2014:2358, para. 74.

³⁸ Case C-299/14 EU:C:2016:114, paras. 70–71.

Otherwise, granting entitlement to social assistance to Union citizens who are not required to have sufficient means of subsistence could result in relocation en masse liable to create an unreasonable burden on national social security systems.

This analysis fits with the changing dynamic away from promoting freedom of movement towards protecting state coffers.

Even in respect of work seekers, the Court has limited the benefits they are entitled to. In *Alimanovic*³⁹ the Court said that once the period of retained worker status had expired (i.e. after six months in the case of Article 7(3)(c) CRD), then Article 14(4)(b) CRD could be engaged (continuing to seek employment and genuine chance of being engaged). The Court said that those residing under Article 14(4)(b) CRD were entitled to equal treatment in respect of access to social assistance but the host state could rely on the derogation under Article 24(2) CRD not to grant that social assistance during the first three months or longer if they had a genuine chance of being engaged. No individual assessment needed to be made.

So the Court has clamped down on the rights of work-seekers and the non-economically active. Integration (through self-funded length of residence) has become a prerequisite of claiming entitlements in the host state. Receipt of benefits is no longer a way to integrate but a reward for those with long-term residence and a close connection with the host state. The Advocate General in *Dano* highlighted this shift of perspective

... by refusing basic provision benefits to persons who come to Germany solely in order to benefit from the social assistance system of that Member State and who do not seek in any way to integrate themselves into the labour market, the national legislation is consistent, in my view, with the EU legislature's intention. It serves to prevent persons exercising their right to freedom of movement without intending to integrate themselves from becoming a burden on the social assistance system. It also falls within the discretion accorded to the Member States in the matter. In other words, it serves to prevent abuse and a certain form of 'benefit tourism'.

³⁹ Case C-67/14 *Jobcenter Berlin Neukölln v Alimanovic* EU:C:2015:597, para. 57.

4 The changes

So far we have concentrated on the non-economically active and work seekers. However, the case law on Article 7(2) of Regulation 1612/68, now 492/11 still seems to apply to economically active workers. Yet this is where the UK's New Settlement Deal of February 2016 – now defunct following the Brexit vote – fits in.

4.1 What was negotiated?

The evidence shows that EU migrants are less likely to claim out-of-work benefits, such as Jobseekers' Allowance and incapacity benefit, compared to their UK counterparts. For example, as the Migration Observatory shows, in February 2015, people who were EU nationals when they registered for a National Insurance Number made up 2.2% of the total DWP working-age benefits caseload, but were about 6% of the working-age population. By contrast, EU migrants were more likely to be claiming in-work benefits such as tax credits, which supplement the incomes of low-wage families, particularly those with children. Families that included at least one EU national made up 6.8% of those receiving tax credits in March 2013.⁴⁰ This is not altogether surprising given that the many EU migrants come and do low skill work while they are in the UK.

Given that the number of EU migrants claiming in-work benefits was relatively high, the UK focused on in-work benefits in the New Settlement deal. In particular, it negotiated a so-called 'emergency brake' on *in-work benefits*. This was not quite what it seemed. In essence, if the situation was bad enough (i.e. there had been an inflow of workers from other Member States of exceptional magnitude over an extended period of time) in the host state, then the state could ask the Council to give it the discretion to stop providing in-work benefits for EU migrants for up to four years. The European Commission had already accepted that the situation in the UK satisfied the exceptional magnitude test.⁴¹

However, the emergency brake did not deliver a total ban on in-work benefits. Rather, the limitation was graduated, starting at complete exclusion but gradually increasing access to benefits over the four-year period to take account of the growing connection between the migrant worker and the labour

⁴⁰ <http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/resources/commentaries/pulling-power-eu-citizens-migrating-uk/>.

⁴¹ See Annex VI of the Council Conclusions of 18–19 February 2016.

market of the host Member State. This brake would apply to newly arriving EU workers over a period of seven years.⁴²

4.2 Would the changes have made a difference?

For Jonathan Portes the reforms would have made little or no difference:

Both the prime minister and his counterparts knew that these negotiations were not really about reducing immigration to the UK or even about saving money; no serious analyst, inside or outside the UK government, thinks the impacts will be significant. Instead, they were about sending a signal. In the case of the prime minister, that it was possible to treat EU migrants differently from UK citizens for the purposes of in-work benefits. For eastern European leaders, it was about showing that their citizens could not be treated as second-class Europeans.⁴³

Portes was not alone in thinking that reforms to benefit rules would make little difference. Research conducted by the University of Glasgow reached similar conclusions 'most [EU-8 migrants] had very little contact with the benefits system, despite being in low-paid jobs, and often chose to go home for medical treatment rather than rely on the NHS'. It was mainly about sending a message to national voters: the government is going to take a hard line.⁴⁴

Our own research with EU nationals in the UK, conducted as part of the UK in a Changing Europe project, confirms much of this. Interviewees who were EU migrants have almost unanimously described the main factors driving them to the UK as work and opportunities for personal development, including the learning of English. Receipt of benefits (the details of which were often hazy to migrants) did not feature.

Take, for example, Velma (not her real name) who had been in the UK for four months. In Lithuania she had an office job. In the UK, she found work in an eastern European food shop in Peterborough the day after she arrived. She now earns four times what she was earning back home by working 26 hours a week in the shop. She has not claimed any benefits and has no plans

⁴² Part of the deal also concerned the exportability on child benefit under Regulation 883/2004 but this will not be considered here.

⁴³ <http://www.niesr.ac.uk/blog/analysing-uk%E2%80%99s-deal-immigration-free-movement-and-benefits#.V0Vsb76nzb5>.

⁴⁴ The German government is proposing to go further with a five year ban on unemployment benefits: <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/12/german-government-approves-bill-to-stop-eu-migrants-claiming-benefits>.

to do so. “I want more work”, Velma says, “I’m not interested in benefits”.⁴⁵ Likewise, Jose, who came to the UK just over three years ago with his girlfriend, who is training to be a nurse, told us that “the reason to come here [to the UK] wasn’t benefits. In Spain I could have more benefits if I wanted”.

As Malgorzata, a Polish dentist working in the East of England, put it, “most people from other EU countries working in the UK aren’t worried about the benefit cuts because everyone is in work, or can get work because they’re prepared to take any job to pay the bills, including the sort of work English people don’t want to do anymore in the fields, cleaning, in factories”. In her view, if Britain decides to ‘shut the borders’ or make EU nationals feel so unwelcome in the UK, the real losers will be British people and British businesses. “There are so many EU workers in the UK right now that employers have high flexibility,” she said. “If the government shuts the borders then employers will have less flexibility and workers will have a stronger bargaining hand. It would be a shame if the UK left the EU because being in the EU makes it easier to live here but people are flexible, they will just move to where they are welcome – there are lots of fields and factories in France, Norway, Germany [...]”.⁴⁶

These interviews suggest that economic motivations are the driving force to spur migration. However, we have spoken to a number of EU nationals whose migration has been much less economically calculating. Take the case of Maryla. She came to the UK a couple of years ago with her husband and children from a small town near Warsaw. “I came to the UK to learn English, get some experience and try something new”, she told us. While Maryla has enjoyed many aspects of life in the UK she has found parts of it difficult. “It’s been hard to get the job I want”, she said. “I don’t want to flick through invoices all my life. I’ve made over 600 job applications, for basic posts as well as lecturer jobs, but the impression I have is that employers don’t trust my qualifications in the same way that they trust British qualifications”.

So Maryla has decided to return to Poland. She says it has been a difficult but necessary decision; even with her and her husband in full time employment, they are not earning enough money to buy a property and settle down in the UK. “We’ll earn more in Poland and so we will have a better quality of life”,

⁴⁵ <http://www.eumigrantworker.law.cam.ac.uk/Listening/experiences-of-lithuanian-nationals-living-in-peterborough>. See also <http://www.eumigrantworker.law.cam.ac.uk/Listening/why-would-i-bother-claiming-benefits-it2019s-quicker-for-me-to-just-get-a-job>.

⁴⁶ <http://www.eumigrantworker.law.cam.ac.uk/Listening/migrants-are-not-afraid-about-benefit-cuts-because-everyone-has-work-or-can-get-work>.

she said. “I want good things for my family. I’m not interested in staying in the UK just because it’s possible. We might even go and live in another country”. It is striking that these narratives make no reference to benefits.

5 Conclusions

The original foundation Treaties sold people a positive message about migration: workers would come from other Member States to take up jobs in the host Member States. Since they were economically active they would contribute to the host state through paying taxes and they would not need benefits. So long as the numbers remained small, EU migration was not a threat. But this rather limited and controlled view of immigration, as encapsulated in the Spaak report, gave way to a more ambitious vision on the part of the EU legislature and the Court. Migrant workers were not simply factors of production but they needed to be incentivised to move and integrated once they did move. Equal treatment to benefits was, according to the Court, the prime vehicle to achieve this. In essence this was a shift to a more human rights oriented approach.

In fact there are two paradoxes at play. The first is that, as we have seen from the Court’s narrative, receipt of benefits was intended to help integrate the individual into society. This may be the case at the individual micro-level but at the macro level, at least as articulated by some of the tabloid press, payment of benefits actually has disintegrative effects since it creates disenchantment among the host state population. Second, and more counter-intuitively, the evidence suggests that migrant workers are not, in fact, motivated by receipt of benefits as an incentive to move countries. They move for a range of reasons: to get work or better paid work, to broaden their experiences, to improve their English. The focus on benefits is a diversion from the main issue which is that governments are trying to struggle to accommodate the economic need for migration with popular concern about the consequences of that migration. When governments get this mix wrong, a popular revolt may occur. As it has in the United Kingdom.

ANNIKA BERG

BEMANNINGSDIREKTIVETS BETYDELSE FÖR BEMANNINGSANSTÄLLDAS LÖNEVILLKOR

1 Inledning

Syftet med detta bidrag är att utifrån EU:s direktiv om bemanningsarbete¹ diskutera de anställningsvillkor som följer med arbetsformen bemanningsarbete.² Detta i svensk kontext och med fokus på lönevillkor. Direktivet antogs år 2008, ca 15 år efter det att vinstsyftande arbetskraftsuthyrning blev tillåten i Sverige och har genomförts genom lag (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. Utgångspunkten har varit att genomföra direktivet med minsta möjliga ingrepp i den svenska modellen.³

2 Bemanningsdirektivet

Målet för bemanningsdirektivet är att fastställa en harmoniserad ram på gemenskapsnivå som skyddar arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.⁴ Behovet av och legitimiteten för bemanningsinstitutet som sådant är en bärande premis i direktivet i så måtto att begränsningar eller förbud mot anlitande av bemanningsarbetskraft endast får motiveras av allmänintresset, särskilt arbetstagarnas skydd, kraven på hälsa och säkerhet i arbetet eller behovet av att garantera att arbetsmarknaden fungerar väl och att missbruk förhindras.⁵

Enligt direktivets så kallade likabehandlingsprincip ska bemanningsanställda under ett uthyrningsuppdrag ges minst samma grundläggande arbets-

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag. Direktivet har beslutats med stöd av 137.2 EG-fördraget, numera artikel 153.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, förkortat EUF-fördraget.

² En arbetsform och rättsfigur som kan förstås utifrån teoribildning om verksamheters flexibileringsstrategier. Se t.ex. A Numhauser-Henning, "Arbetets flexibileringsstrategier" i R Eklund m.fl. (red), *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, (Uppsala, Iustus, 1993) och A Numhauser-Henning, "Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock" (2001) *Svensk juristidning* s. 314–325.

³ Dir. 2009:85.

⁴ Direktivets ingress, p. 23.

⁵ Artikel 4 i direktivet.

och anställningsvillkor som de skulle ha fått om de i stället hade anställts direkt av beställaren för att inneha samma tjänst. Likabehandlingsprincipen ska kunna frångås under vissa förutsättningar. Under uthyrningsuppdraget ska bemanningsanställda också ges tillgång till sådana gemensamma inrättningar hos beställaren som nyttjas av beställarens egna anställda, såvida inte en annorlunda behandling är motiverad av objektiva skäl. Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder eller främja dialogen mellan arbetsmarknadens parter för att förbättra bemanningsanställdas tillgång till utbildning både hos den egna arbetsgivaren och hos beställaren.⁶

I direktivet anges att begränsningar och förbud mot anlitan av arbetskraft som hyrs ut av bemanningsföretag, i såväl lagstiftning, kollektivavtal som praxis, endast får motiveras av allmänintresset (se ovan). Direktivet ger medlemsstaterna i uppgift att göra en översyn av sådana eventuella begränsningar eller förbud för att kontrollera om de är motiverade av allmänintresset och att informera kommissionen om resultatet av översynen.

Medlemsstaterna ska se till att det finns lämpliga administrativa eller rättsliga förfaranden för att se till att de skyldigheter som följer av direktivet fullgörs. De sanktioner som fastställs ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.

3 Svenskt genomförande av likabehandlingsprincipen och dess undantag

3.1 Likabehandlingsprincipen

Enligt direktivets likabehandlingsprincip ska de grundläggande arbets- och anställningsvillkoren för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, under den tid ett uthyrningsuppdrag varar, minst motsvara de som skulle ha gällt för dem om de i stället hade anställts direkt av inhyraren i fråga för att inneha samma tjänst (artikel 5.1 första ledet). Med grundläggande arbets- och anställningsvillkor avses sådana villkor, bl.a. avseende lön, som fastställs i lagar och andra författningar, kollektivavtal och/eller andra bindande generella bestämmelser som gäller hos inhyraren.⁷

⁶ Direktivet innehåller vidare regler om att bemanningsanställda ska informeras om lediga anställningar hos beställaren, inte får hindras från att ta anställning hos beställare efter avslutat uthyrningsuppdrag och inte får avkrävas ersättning för uthyrningsuppdrag eller senare anställning hos beställare.

⁷ Grundläggande arbets- och anställningsvillkor är utöver lön även arbetstidens längd, övertid, raster, vilotid, nattarbete, semester och helgdagar (artikel 3.1 f) i direktivet). Vid tillämpningen av

Direktivets likabehandlingsprincip till den del den avser villkor som fastställs i lagar och andra författningar bedömdes vid uthyrningslagens införande redan vara en del av svensk rätt genom att svensk arbetsrättslig lagstiftning omfattar bemanningsarbetsgivare i samma utsträckning som andra arbetsgivare. Uthyrningslagens reglering om likabehandling utgår därför enbart från kollektivavtal eller andra bindande generella bestämmelser avseende grundläggande arbets- och anställningsvillkoren hos inhyraren (6 §). Vad gäller andra bindande generella bestämmelser uttalas i förarbetena att detta torde omfatta också av inhyrningsarbetsgivaren ensidigt uppställda generella regler. Omfattade arbets- och anställningsvillkor ska jämföras vart och ett för sig. Någon helhetsbedömning ska inte göras. Villkor i enskilda anställningsavtal är inte bindande generella bestämmelser och omfattas därmed inte av uthyrningslagen.⁸

Lagregeln avviker något från direktivets utformning i det att likabehandlingsprincipen avser utförande av samma arbete, inte innehav av samma tjänst. I förarbetena uttalas att begreppet tjänst kan framstå som otydligt genom att det i vissa sammanhang använts synonymt med anställning, i andra sammanhang för att beskriva de arbetsuppgifter arbetstagaren ska utföra. Man har därför stannat för att begreppet utföra samma arbete är ett lämpligare uttrycksätt. I förarbetena uttalas att avsikten härvid inte är att utvidga bemanningsdirektivets tillämpningsområde.⁹

3.2 Kollektivavtalsundantaget

Medlemsstaterna får efter att ha samrått med arbetsmarknadens parter ge dessa möjlighet att på lämplig nivå och i enlighet med de villkor som medlemsstaterna fastställer, bibehålla eller ingå kollektivavtal i vilka det, samtidigt som det övergripande skyddet av arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag respekteras, får fastställas överenskommelser om arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag som avviker från direktivets likabehandlingsprincip (artikel 5.3).

Den svenska lagstiftaren har valt att göra likabehandlingsprincipen semi-dispositiv. I förarbetena uttalas att det är nödvändigt att använda sig av

bestämmelserna om grundläggande arbets- och anställningsvillkor ska de befintliga reglerna hos inhyraren för a) skydd av gravida och ammande kvinnor och skydd av barn och ungdomar, och b) likabehandling av kvinnor och män samt åtgärder för att motverka all diskriminering på grund av kön, ras eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, följas på det sätt som har fastställts i lagar och andra författningar, kollektivavtal och/eller i andra generella bestämmelser (artikel 5.1 andra ledet).

⁸ Se prop. 2011/12:178, s. 101–102.

⁹ Se prop. 2011/12:178, s. 37.

möjligheterna till avvikelser genom kollektivavtal för att bevara det svenska kollektivavtalssystemet.¹⁰ Genom ett kollektivavtal som har slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation får således avvikelser göras från uthyrningslagens likabehandlingsregel i 6 §, under förutsättning att avtalet respekterar det övergripande skydd för arbetstagare som avses i EU:s bemanningsdirektiv (3 §). I lagkommentaren anges att så länge en rimlig sammantagen skyddsnivå uppnås genom reglering i kollektivavtal får avvikelser från lagens likabehandlingsprincip göras. Den uthyrda arbetstagaren måste dock alltid garanteras ett grundläggande skydd på de områden som anges i bemanningsdirektivet. Arbetstagaren har dessutom alltid ett grundläggande skydd genom den tvingande lagstiftning som finns på dessa områden.¹¹ Vad som ska anses avses med ett grundläggande skydd på de områden som anges i bemanningsdirektivet utvecklas inte i förarbetena.

3.3 Undantaget för tillsvidareanställda med lön under uthyrningslös tid

Medlemsstaterna får, efter att ha samrått med arbetsmarknadens parter, när det gäller lön föreskriva att undantag kan göras från direktivets likabehandlingsprincip, när arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag och som har ingått ett kontrakt om tillsvidareanställning hos ett sådant företag fortsätter att uppbära lön under tiden mellan två uppdrag (artikel 5.2).

Direktivets undantagsmöjlighet har genomförts genom uthyrningslagens 8 §. Av förarbetena framgår att de arbetsmarknadens parter som biträtt utredaren samstämmt förklarar att man önskar att en sådan undantagsbestämmelse införs. Vidare framgår att remissinstanserna LO och TCO lyft fram att undantaget bör införas eftersom lagstiftning om lön är främmande för den svenska modellen. En remissinstans, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, avstyrkte att en undantagsbestämmelse av nämnda innebörd infördes och menade bl.a. att ett sådant undantag inte innebär några garantier för att berörda arbetstagare får rimliga villkor. Om man avstod från att införa ett sådant undantag skulle i stället incitament ges för bemanningsföretag att träffa kollektivavtal i syfte att undvika att behöva tillämpa lagens relativt svårbedömda likabehandlingsprincip. I förarbetena uttalas att regeringen anser att ett undantag av nämnd innebörd skulle överensstämma med den grundläggande principen på arbetsmarknaden att huvudansvaret för reglering av löne- och anställningsvillkor överläts på arbetsmarknadens parter, samt att det inte kan uteslutas att ett sådant undantag kan öka benägenheten att

¹⁰ Prop. 2011/12:178, s. 43.

¹¹ Prop. 2011/12:178, s. 44 och s. 100.

organisera sig fackligt.¹² Var den nedre gränsen för en sådan garantilön skulle kunna tänkas gå kommenteras inte i förarbetena.

4 Sanktioner m.m.

Ett avtal som innebär att arbetstagares rättigheter enligt uthyrningslagen inskränks är ogiltigt i den delen, såvida inskränkandet inte sker genom sådan kollektivavtalsreglering som medges i lagen. Ett bemanningsföretag som bryter mot lagens likabehandlingsregel ska betala skadestånd till arbetstagaren för den förlust som uppkommer och för den kränkning som har inträffat. Om det är skäligt, kan skadeståndet sättas ned eller helt falla bort (2, 13 och 15 §§). Som framgått ovan omfattar uthyrningslagens likabehandlingsregel enbart kollektivavtal eller andra bindande generella bestämmelser hos inhyraren. Vid överträdelse av arbetsrättslig lagstiftning blir i stället sanktionsreglerna i de lagarna tillämpliga. Aktuella sanktioner har av lagstiftaren ansetts uppfylla bemanningsdirektivets krav på att vara effektiva, proportionella och avskräckande.¹³ Eftersom direktivet införts för att fastställa en harmoniserad ram på gemenskapsnivå som skyddar bemanningsarbetstagare genom bl.a. effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner för överträdelse av nationella bestämmelser genom vilka direktivet genomförs skulle man kunna argumentera för att man vid bestämmandet av sanktioner för överträdelse av aktuell skyddslagstiftning tar hänsyn även till att arbetstagaren i fråga varit uthyrd.

I förarbetena konstateras att det skulle kunna förekomma situationer då ett bemanningsföretag bryter mot både tvingande lagstiftning och likabehandlingsprincipen i uthyrningslagen. Så skulle kunna vara fallet vid längre uthyrningsuppdrag om det i ett kundföretags kollektivavtal stadgas rätt till 28 dagars betald semester och bemanningsföretaget genom att enbart ge arbetstagaren 20 dagars betald semester bryter mot både denna bestämmelse och tvingande bestämmelser i semesterlagen. När samma förfarande inneburit överträdelse av båda lagarna framstår det enligt förarbetena som rimligt att ett gemensamt skadestånd döms ut för bägge överträdelserna.¹⁴

I det fallet att bemanningsföretaget bryter mot ett kollektivavtal som trätt i stället för likabehandlingsprincipen i uthyrningslagen gäller regleringen i medbestämmandelagen eller det som anges i avtalet.¹⁵

¹² Prop. 2011/12:178, s. 42.

¹³ Prop. 2011/12:178, s. 56.

¹⁴ Prop. 2011/12:178, s. 54. I förarbetena hänvisas i detta sammanhang till AD 2011 nr 2 och AD 2011 nr 23.

¹⁵ Prop. 2011/12:178, s. 58.

För ett av de grundläggande arbets- och anställningsvillkor som direktivet omfattar, lön, finns inte någon svensk arbetsrättslig lagstiftning. Bemanningsdirektivet innehåller inte heller något krav på att minimilönelagstiftning ska införas i medlemsländer där sådan lagstiftning inte finns. Enligt förarbetena får en utyrd arbetstagare hävda sin rätt till skälig lön med stöd av 36 § avtalslagen, i likhet med direktanställda. Någon skadeståndssanktion för bemanningsanställda i denna situation har inte ansetts böra införas.¹⁶

5 Särskilt om lön

I förarbetena till uthyrningslagen refereras en rapport från kommissionen i vilken anförs att det inte kan uteslutas att EU-domstolen, om bemanningsdirektivet skulle aktualiseras där, skulle anse att pension som härrör från själva anställningsförhållandet (tjänstepension) omfattas av begreppet lön i enlighet med vad domstolen ansett i mål om jämställdhet och visstidsanställning. I förarbetena uttalas att det får anses ovisst vilken betydelse tidigare EU-rättslig tolkning av begreppet lön skulle få vid en prövning när det gäller likabehandling för utyrda arbetstagare. Detta får emellertid ytterst bli en fråga för rätts-tillämpningen.¹⁷

Idag tillämpas individuell lönesättning på i stort sett hela den svenska arbetsmarknaden.¹⁸ Faktorer som normalt påverkar lönesättning är befattningens svårighetsgrad, befogenhet och ansvar, utbud och efterfrågan på marknaden på motsvarande kompetens och förväntat resultat utifrån den nyanställdes tidigare kunskaper och erfarenheter. Den nya lönen sätts utifrån den lönebild och den önskade lönestruktur som arbetsgivaren har.¹⁹

I förarbetena diskuteras vilken lönenivå som utyrda arbetstagare kan kräva när inhyraren är bunden av kollektivavtal med individuell lönesättning. Ordalydelsen i bemanningsdirektivets likabehandlingsregel bör enligt förarbetena medföra att sådana kriterier som ska beaktas vid individuell lönesättning och som får anses vara bindande generella bestämmelser bör beaktas vid bestämmandet av den utyrda arbetstagarens lön, på samma sätt som dessa kriterier beaktas när det gäller de anställda hos inhyraren. Tvist om huruvida

¹⁶ Prop. 2011/12:178, s. 57.

¹⁷ Prop. 2011/12:178, s. 34.

¹⁸ Se t.ex. S. Blomskog, *Besluts- och tolkningsproblem i individuell lönesättning* (2013).

¹⁹ Se t.ex. Arbetsgivarverket, *Att leda och styra med individuell lön – stöd till dig som är lönesättande chef* (2010) s. 23.

likabehandling uppnått i lönehänseende blir ytterst en fråga om tolkningen av kundföretagets kollektivavtal som får avgöras av domstol.²⁰

Forskning på området tyder på att svenska bemanningsanställda har ett väsentligt lägre löneläge än jämförbara beställaranställda, underlag är dock osäkert. Forskningen pekar på att det kring sekelskiftet i stort sett inte fanns några skillnader, men att sådana sedan har uppkommit och ökat till en icke negligerbar nivå; 16–18 procent lägre. En förklaring som angetts är att det skulle kunna vara brister i SCB:s databas. Kontakter med SCB skulle dock peka på att det inte finns sådana problem. En annan förklaring skulle kunna vara att överutbildning är vanligare bland bemanningsanställda än bland andra anställda. En tredje förklaring är att de bemanningsföretagsanställda som arbetar på entreprenad (och som ingår i statistiken över bemanningsanställda) följer lönenivån i bemanningsföretaget och inte den i det inhyrande företaget och att denna grupp bemanningsföretagsanställda har blivit större. En fjärde förklaring skulle kunna vara att vissa företag enbart har bemanningsanställda för vissa arbeten och därför ingen jämförbar grupp på arbetsplatsen. Lägre löner gäller dock inte för samtliga som har bemanningsarbete med relativt långvariga uthyrningar till samma arbetsgivare.²¹

6 Avslutande diskussion

Enligt branschorganisationen Bemanningsföretagen är bemanningsbranschen landets mest reglerade bransch och 97 procent av de anställda omfattas av kollektivavtal.²² Kollektivavtalen innehåller reglering om lön, med olika lösningar gällande garantilön för uthyrningslösa perioder. Enligt kortperiodisk sysselsättningsstatistik från SCB hade näringsgrenen Arbetsförmedlingar, rekryteringsföretag, personaluthyrningsföretag o.d. under det tredje kvartalet 2015 något fler visstidsanställda än tillsvidareanställda.²³ Hur stor andel av de anställda inom nämnda näringsgren som arbetar inom personaluthyrningsföretag framgår inte av SCB:s statistik men kan förutsättas vara merparten med hänsyn till bemanningsbranschens struktur.

Att likabehandlingsprincipen i uthyrningslagen görs dispositiv innebär enligt förarbetena att lagens påverkan blir relativt liten för bemanningsföretag

²⁰ Prop. 2011/12:178, s. 39.

²¹ SOU 2014:55, s. 164 och s. 300 med däri anförda hänvisningar. Forskningsresultaten visar enligt utredningen att det behövs ökade kunskaper genom forskning och utredningar om bemanningsbranschen.

²² www.bemanningsforetagen.se/branschfragor (2016-07-15).

²³ Statistiska Centralbyrån, Kortperiodisk sysselsättningsstatistik för 3:e kvartalet 2015, s. 11.

och anställda. Lagen påverkar framför allt bemanningsföretag som saknar kollektivavtal om de frågor som omfattas av likabehandlingsprincipen och vars personal inte är tillsvidareanställd med lön mellan uthyrningsuppdragen.²⁴ Lagen påverkar lönesättningen under uthyrning utifrån om beställaren täcks av kollektivavtal eller inte men gör ingen skillnad vad gäller lönevillkor under (ofrivilligt) uthyrningslösa perioder eftersom likabehandlingsprincipen inte adresserar frågan om lön under sådana perioder.

För bemanningsföretag som inte omfattas av kollektivavtal och hyr ut till beställare som omfattas har uthyrningslagen troligen ändå en relativt modest inverkan vad gäller de anställdas löner under uthyrning med tanke på att det inte är helt enkelt att med närmare precision uttala sig om vad en enskild persons lön skulle ha blivit vid en direktanställning.²⁵ Likabehandlingsprincipens räckvidd är otydlig i och med att lönebegreppet eventuellt kan tänkas omfatta tjänstepension. Om det klarläggs att tjänstepension faktiskt omfattas får likabehandling förutsättas bli mycket svårtillämpbar rent praktiskt med anpassning av pensionsinbetalningar efter olika beställares skilda pensionssystem. Om lönebegreppet inte omfattar tjänstepension får likabehandlingsprincipen å andra sidan en förhållandevis urholkad innebörd med tanke på att den typen av kollektivavtalade ersättningar utgör en relativt viktig del av den totala ersättning en arbetstagare får för sitt arbete.

Genom avtalslösningar kan likabehandling (till den del begreppets innebörd kan uttydas) bytas mot eller kompletteras med löneskydd under uthyrningslösa perioder. Direktivets likalöneundantag för tillsvidareanställda hos kollektivavtalslösa bemanningsarbetsgivare stadgar att lön fortsatt ska utgå under uthyrningslösa perioder men ger inte någon vägledning i fråga om hur lönen under sådana perioder ska bestämmas för att undantagsregeln ska bli tillämplig. I praktiken torde kunna förutsättas att relativ lönenivå i förhållande till direktanställda knappast är högre för denna mindre grupp bemanningsanställda än för den stora majoritet som täcks av kollektivavtal.

Vad gäller bemanningsföretag som inte omfattas av kollektivavtal, och som hyr ut till beställare som inte heller omfattas, har uthyrningslagen ingen egentlig inverkan. De bemanningsanställda har i den situationen ett mycket svagt skydd för lön under uthyrningsuppdraget i förhållande till de som hyrs ut till

²⁴ Prop. 2011/12:78, s. 96–97.

²⁵ AD 2015 nr 74, som gällde en tvist om kollektivavtalsstolkning, om hur vissa delar i en på visst sätt beräknad resultatbonus skulle ingå som en rörlig lönedel i det genomsnittliga förtjänstläget hos inhyraren, kan också sägas visa på svårigheterna att i praktiken bestämma vad en person skulle ha fått vid direktanställning (i enlighet med uthyrningslagens likabehandlingsregel).

beställare vilka omfattas av kollektivavtal. De förras lön kan enbart jämkas upp till skälig nivå medan de senare kan få ekonomiskt skadestånd motsvarande lönenivån för den lön de skulle ha fått vid direktanställning samt därtill allmänt skadestånd för den kränkning som har inträffat. Detta kan dock inte i sig sägas innebära att direktivet inte helt skulle ha genomförts eftersom direktivet inte ålägger medlemsstaterna att införa lagstiftade minimilönenivåer eller institutet allmängiltigförklaring av kollektivavtal.

Bemanningsdirektivet kan förutsättas bidra till att kollektivavtalsreglerade förhållanden inom bemanningsbranschen kommer att förbli standard i Sverige även fortsatt, också mot bakgrund av att likabehandlingsprincipens innebörd är oklar i fråga om tjänstepension. Avtalslösningar har potential att ge bemanningsarbetstagare ett bättre löneutfall än det direktivets och uthyrningsslagens likabehandlingsprincip ger eftersom denna inte täcker risken för lönebortfall under uthyrningslösa perioder. Bemanningsanställda ska enligt forskning gällande svenska anställda under den inledande perioden efter legaliseringen av arbetsformen ha haft ett löneutfall likartat jämförbara direktanställdas men därefter halkat efter. Det är inte utrett om det i sin tur främst kan förklaras av fler eller längre (ofrivilligt) uthyrningslösa perioder för dem med längre anställning/tillsvidareanställning, relativt lägre lönenivåer under uthyrning eller lägre garantilönenivåer. Som framgått har branschen en mycket hög andel visstidsanställningar. En genomlysning av relativa löneskillnader försvåras också genom att den arbetskraft som befinner sig mellan två anställningar formellt sett inte är anställd och uppbär lön.

GÖRAN BEXELL

MORALISK OENIGHET

I flera år fick jag samarbeta med Ann inom rektorsämbetet och ledningsgruppen för Lunds universitet; där ingick också Eva Åkesson och Björn Wittenmark. Det var en stimulerande grupp. Vi kunde tala både ut och fritt och tillämpa det som ingick i universitetets strategiska plan: humor. Anns sakkunskap och klarsynta analyser inom frågor som berörde juridiken och inte minst diskriminering, könsbalans, likabehandling och doktoranders rättigheter var till stor hjälp. Vi som var obevandrade inom juridikens domäner kunde bara suga åt oss för att inte säga njuta när Ann demonstrerade komplexiteten i fråga om lagar och lagstiftning, tolkning och tillämpning.

Inte minst för att visa uppskattning och tacksamhet lovade jag lättvindigt att medverka i festskriften. Men när sanningens minut var inne insåg jag det riskabla i att medverka i en festskrift där respekterade jurister behandlar sin forskning. Det var länge sedan jag ägnade mig åt forskning och handledning och när det väl ägde rum var det inte inom juridiken.

Mitt bidrag får jag därför motivera med att jag blev ombedd och gärna ville vara med. Lösningen fick bli att gå tillbaka till en fråga jag för länge sedan ägnade ett stort manuskript åt: den moraliska oenigheten.

1 Moralisk oenighet

Vad är moralisk oenighet? Denna till synes enkla fråga leder rakt in i det som är ett av mina syften, nämligen att visa att till skillnad från all annan slags oenighet ska den moraliska oenigheten vara en oenighet om just moral och inte om något annat. Detta påstående leder långt; jag vill utveckla en teori om en *välgrundad moralisk oenighet*. Det är inte oenigheten som är moralisk; det är en oenighet om moraliska frågor, men språkbruket leder oss ibland till att vara oaktsamma om exakta betydelser.

Att människor är oeniga i moralfrågor har tagits som ett bra argument för en etisk relativism, dvs. att det inte finns någon möjlighet till rationell argumentering eller konsensus i moralfrågor utan var och en har sin uppfattning och den ena kan vara lika rimlig som den andra och där får samtalet sluta. Det finns också företrädare för en etisk absolutism enligt vilken det finns en

viss moralisk sanning och vid oenighet kan ena parten helt enkelt ha fel och den andra rätt. Gentemot dessa båda uppfattningar söker jag en *välgrundad moraluppfattning* som grund för en teori om en *välgrundad moralisk oenighet* som avgränsas gentemot etisk absolutism och relativism. Det är höga anspråk för en liten artikel så jag får ta det summariskt. Det är fråga om teoribildning och inte en empirisk undersökning, men jag illustrerar med några empiriska exempel. Det undersöks t.ex. inte hur tillfrågade personer eller organisationer argumenterar och själva uppfattar de moraliska oenigheter de deltar i.

Moralisk oenighet ska skiljas från icke-moralisk eller möjligen förmoralisk oenighet, som avser t ex *fakta*. Oenighet om Olof Palme mördades genom en planlagd aktion eller ej är således ingen moralisk oenighet, inte heller frågan om ett fängelsestraff gör människor mindre brottsbenägna eller ej. Inte sällan kan moraliska tvister brytas ner till vad som måhända förenklat kan kallas faktadiskussioner.

Ta den nutida frågan om statlig visavi privat vård! Personen A argumenterar för privata vårdinrättningar och att dessa ska få gå med begränsad eller obegränsad vinst. Personen B däremot menar att vården inte ska utsättas för marknadskrafterna. Är det en moralisk oenighet? Analys och begreppsdefinitioner krävs. Det kan visa sig vara en oenighet om vårdens organisation eller finansiering och behöver primärt inte vara en moralisk oenighet.

Om B däremot menar att privat vård gynnar de ekonomiskt starka och missgynnar de ekonomiskt svaga, är det ur B:s synpunkt en rättvisefråga och redan medlen att uppnå bästa vård är uttryck för en moralisk värdering. Detta kan gälla bara i det fall B har rätt i sitt faktapåstående. A kan framhärda i att systemet inte är orättvist och vägra se oenigheten som moralisk. Faktagranskningen blir avgörande: är det en oenighet om en moralisk princip eller om fakta? Är det kanske en politisk eller ideologisk oenighet om t ex individens respektive statens ansvar, och är det i så fall också en moralisk oenighet? Vem avgör vilken slags fråga det är?

Om frågan görs till en rättvisefråga får den klart moraliska dimensioner, men då bör också klargöras vilken typ av rättvisa det är oenighet om och vari orättvisan består. Ska det t ex vara en vård som i alla avseenden är exakt lika, en vård som fördelar efter medicinska behov eller ska det finnas en basvård men i övrigt en vård alltefter vad var och en har förtjänat i t ex ekonomiskt, medicinskt eller socialt avseende. Detta kan drivas ännu längre, men en välgrundad moralisk oenighet ska i respektive argumenteringar vara klargjord och tydlig.

En välgrundad moralisk oenighet gäller inte bara olika *erfarenheter*. A har

men B har inte erfarenhet av stränga normer i sin fostran. Båda är lika väl fungerande. A menar med moralisk övertygelse att barn bör uppfostras med stränga normer, medan B menar att barn inte bör detta. Båda hänvisar till sina olika erfarenheter, men sådana är ännu inga tillräckliga argument för en välgrundad moralisk oenighet; dock är det inget helt ovanligt sätt att argumentera.

Det är inte fråga om oenighet om bara *känslor*, även om numera hörs utsagor av typen ”jag känner att detta inte är rätt”. Här får vi skilja mellan den tidigare vanliga emotiva värdesatsteorin enligt vilken etiska utsagor endast uttrycker känslor och därmed inte sägs informera om något kognitivt innehåll. Man kan ju också mena att språkliga utsagor eller andra känslouttryck informerar om att A har en viss känsla och B en annan och att känslorna är bärare av moraliskt innehåll. Känslor är som jag ser det betydelsefulla bärare av moralisk kunskap och kompletterar andra förmögenheter som vilja och intellekt, men att A informerar om eller bara uttrycker en viss känsla och B om en annan är ännu ingen explicit moralisk oenighet. Det hindrar inte att känslan kan vara moraliskt informativ och kanske till och med stå som sista argumentet om alla andra skäl är framlagda och prövade.

En välgrundad moralisk oenighet gäller inte bara hänvisning till *intuitionen* även om denna också bör tilldelas moralisk information; intuitionen är ett både svårångat och svårdefinierbart fenomen som en och annan är kritisk gentemot men gärna använder. En teori som den etiska intuitionismen innebär att just intuitionen är den främsta kunskapsgivaren i moralfrågor. Men inte heller hänvisning till två skilda intuitioner är ett tillräckligt argument för att avgöra om en välgrundad moralisk oenighet föreligger eller ej. Vi kan hamna i den välkända kritiken att A:s intuition står emot B:s och hur ska då oenigheten kunna diskuteras och prövas? Det kan däremot vara så – jag kommer till det längre fram – att en välgrundad oenighet kan innebära att det yttersta argumentet är vars och ens intuition.

Vi skiljer känsla och intuition från det moraliska subjektets *uppfattning eller åsikt*. En sådan är på något sätt intellektuellt genomarbetad eller framsprungen. Etisk subjektivism brukar den uppfattning kallas som gör gällande att etiska utsagor ska förstås som en information om vad subjektet har för uppfattning och inget annat, ungefär som ”jag tycker verkligen att x är moraliskt orätt” eller ”jag gillar x”. Den kan givetvis vara genomtänkt och välargumenterad men också ren subjektivism. Om A gillar x och B ogillar x informerar denna oenighet inte om mycket mer än att de gillar olika.

Det är inte fråga om bara oenighet om *ideologi, religion eller livsåskådning*.

Låt oss säga att A är marxist och oenig i en moralfråga med B, som inte är marxist! A hävdar att oenigheten inte är eller kan vara moralisk, eftersom moralen är ett metauttryck för ekonomisk-sociala relationer. Oenighet om dessa påstås vara oenighetens reella innebörd, vilket B motsäger. Det blir ingen moralisk oenighet om moralen på detta sätt reduceras till något annat.

Låt oss vidare säga att A har en religiös tro enligt konservativ kristen tradition och anser det moraliskt oacceptabelt med samkönade äktenskap, medan B har en övertygelse enligt humanistisk eller modern kristen tradition och bejakar sådana. Om argumenteringen till slut hamnar i enbart en motsättning mellan konservativ kristen tradition och humanistisk tradition är det ingen välgrundad moralisk oenighet utan en kontrovers mellan två traditioner.

Inte heller en oenighet som grundas på *kulturell relativism* blir välgrundad. Om A hävdar att västerländsk och humanistisk tradition har en god moralisk familjeuppfattning och B att islamsk kultur bättre tar tillvara familjegemenskaperna och oenigheten stannar vid detta, är det ännu ingen välgrundad moralisk oenighet. En kulturell relativism strider på ett socialt och globalt plan mot idén om möjligheten att nå en välgrundad moralisk oenighet. Själva denna tankekonstruktion och strävan efter att finna och förverkliga en välgrundad moralisk oenighet kan avfärdas som ett uttryck för en viss västerländsk eller viss annan kulturs anspråk på hegemoni och tolkningsföreträde; här är också mitt eget tvivel på teorin som starkast. Om jag ger upp försöket hamnar jag dock själv i den kulturella och etiska relativismen och det vill jag inte av varken teoretiska och världspolitiska skäl och som den vän av den ofullkomliga FN-organisationen jag är. Alternativet är maktutövning med våld, förtryck och auktoritära regimer.

Vad innebär då – positivt uttryckt – en välgrundad moraluppfattning enligt teorin? Summariskt är en sådan uppfattning uppbyggd av fyra delar eller nivåer. Den första kallar jag en förmoralisk nivå. Här finns det jag har exemplifierat tidigare, t ex fakta, erfarenheter, känslor, ideologi och religion. Här läggs en grund med goda skäl för de moraliska ställningstaganden som görs.

Den andra nivån är moralnivån, som innehåller moraliska värden, normer, dygder, fenomen eller annat som är renodlat moraliskt. Inom etiken behandlas i historien och nuet omfattande läror och teorier om detta. Moralnivån ska som nödvändiga stöd ha förmoraliska skäl.

Den tredje nivån är den nivå där den moraliske aktören är aktiv och gör ett moraliskt val, övervägande eller ställningstagande, vilket alltid krävs, eftersom några logiskt tvingande slutsatser från den förmoraliska nivån till den

moraliska inte är förenliga med teorin. Till skillnad från det rena konstaterandet av t.ex. i princip empiriska fakta kräver en välgrundad moraluppfattning att det ingår ett moment av engagemang, övertygelse eller motsvarande; jag kallar det sammanfattande för ett val och tar här inte upp frågor om valfrihet föreligger eller ej eller om skillnader mellan val, ställningstagande och tro. Det räcker dock inte med ett abstrakt val; det är inte valet som sådant som avgör om något blir moraliskt gott eller rätt. En poäng är att den enskildes eller gruppens val ska ske i konvergerande relation till övriga nivåer i teorin. När alla goda skäl och nivåer är beaktade, kan valet bli det yttersta som avgör vilken uppfattning som blir välgrundad.

Den fjärde nivån är personnivån. Den markerar att i teorin tas hänsyn till personer med allt vad det innebär av känsla och vilja, begär och förnuft, social situation och psykisk konstitution. I etikhistorien har särskilt dygdläran och moralpsykologin rört den handlande personen. I etikdebatten skiftar intressena mellan dygder, värden och normer; under senare år har dygderna haft en högkonjunktur. Det har påståtts att en god människa gör goda gärningar, men att goda gärningar inte gör en människa god.

Alla nivåerna ska ha sin plats i teorin och vara relaterade på ett särskilt sätt insemellan. Fakta bör t ex stödja och verka som goda skäl för en viss moralisk handlingsnorm, ett värde eller en dygd. Om medicinska, psykologiska och sociala fakta eller kunskaper säger att barnaga skadar barnet i flera avseenden och om en norm säger att barn bör agas, t ex för att lära dem lyda, finns en konflikt mellan de två nivåerna, som i tydliga fall som detta inte kan leda till en välgrundad moraluppfattning. Det ska råda en argumentativ balans mellan nivåerna, men olika tyngdpunkter kan läggas på respektive nivå. Om en sådan balans föreligger, kan det yttersta skälet för en viss ståndpunkt vara t. ex. ett val, en intuition, en känsla eller ett rent förnuftsresonemang. Jag vill betona att jag håller mig till en teori om vad som kunde kallas en moralisk infrastruktur, men jag går inte över i den normativa uppgiften att ange vad en i olika fall innehållsbestämd välgrundad moraluppfattning skulle kunna innebära.

Teorin om en *välgrundad moralisk oenighet* innebär som en konsekvens att det är två välgrundade moraluppfattningar som står emot varandra. Det är därmed som jag betonat inte en oenighet om något icke-moraliskt eller något icke-välgrundat. En välgrundad moralisk oenighet är, skulle jag tro, i empirin inte särskilt vanlig men när den förekommer är den engagerande och intressant och driver en etisk debatt. En kritisk analys av moraliska oenigheter får steg för steg följa dels om och hur de fyra nivåerna är uppbyggda, dels hur de inbördes relateras.

I fortsättningen diskuterar jag vad denna teori får för konsekvenser, när den används och prövas i frågor om relationer mellan dels politik och moral, dels religion och moral. Det sker med hjälp av både visst empiriskt material och två klassiska berättelser.

2 Politik och moralisk oenighet

I USA är moraliska frågor hett stoff i politiken, låt vara att sociala, ekonomiska och ideologiska och religiösa innebörder som så ofta är sammanvävda med moraliska. Politiska debatter och utspel om dödsstraff, abort, sjukvård och likabehandling för kvinnor och män erbjuder mycket och inte sällan uppseendeväckande material. En presidentkandidat kan falla om hon eller han går emot utbredda moraluppfattningar om abort, dödsstraff eller distribution av sjukvård. Det skulle vara intressant att undersöka hur dessa hätska moraldebatter förhåller sig till teorin om en välgrundad moralisk oenighet.

I Sverige är frågor om politikens förhållande till moralfrågor ett relativt obearbetat område, såväl i forskning som offentlig debatt. Så snart moral sammanförs med politik associeras det flitigt i media och bland allmänhet till enskilda politikers handlande avseende t ex obetalade TV-avgifter, privat användning av tjänstens betalkort eller hyresaffärer. Sådana privatmoraliska frågor tar jag inte ta upp här, även om de inbjuder till principdiskussioner om hur mycket ansvarsutkrävande väljarna kan och bör kräva av sina folkvalda.¹ Jag håller mig till temat politik – inte politiker – och moralisk oenighet.

En gång skrev jag boken *Svensk moralpolitik*², där jag undersökte hur ett antal som etiska eller moraliska uppfattade frågor behandlades i svensk politik från cirka 1950- till 1980-talen. Generellt gäller att renodlade moralkonflikter sällan kommer fram i politiken, eftersom moralen finns dold i ideologiska och partipolitiska oenigheter. Centrala politiska frågor om hur tillgångar och makt ska fördelas, hur frågor om skatter, infrastruktur och barntillsyn ska beslutas om, har för det tränade ögat klart moraliska innebörder. Det prioriteras i värdehierarkier: ska individens frihet sättas framför det gemensamma bästa? Ska miljöhänsyn gå före ekonomisk vinst? Ska tillgångar fördelas rättvist efter förtjänst eller efter behov? Vilken flyktingpolitik ska gälla? Sådana värdeprioriteringar görs på olika sätt av liberalism, socialism, konservatism, populistiska eller gröna ideologier, men de bryts ner i politisk ideologi och

¹ Jfr Göran Bexell, "Moralism och moral i politiken" i Karl-Olov Arnstberg och Thomas Fürth, *Moral och omoral. Var går gränsen?* (Uppsala, Publishing House, 1999).

² Göran Bexell, *Svensk moralpolitik* (Lund University Press, Studentlitteratur, 1995).

konkreta sakfrågor för politiska beslut. Av detta skäl förekommer sällan ren moralisk oenighet i politisk debatt, i varje fall inte i svensk konsenskultur och under den angivna tidsperioden.

Från 1950-talet och ett drygt decennium framåt, när Tingsten och Hedenius angav tonen i offentlig debatt, sågs moraluppfattningar generellt som enbart subjektiva eller emotiva och tillhörande den privata sfären. I politiken skulle rationalitet och samhällliga normer och ett värderingsfritt statsbygge gälla och riksdagen skulle inte ta ställning i de frågor som ibland fortfarande sågs som moraliska, vilket typiskt nog särskilt gällde familj och sexualitet. Detta bidrog på sitt sätt också till att moraliska oenigheter sällan eller aldrig kom upp till debatt.

För att sammanfatta en utveckling under några decennier ändrades denna inställning påfallande tydligt och ganska snabbt utan att någon moraldebatt i egentlig mening förekom. Det var utvecklingen och en social verklighet som trängde sig på i form av t.ex. våldsfilmerna på video, samboendes separation och den medicinska utvecklingen. En statlig censurutredning föreslog efter 82 sammanträden avslag på vuxencensur, men när ett Studio S-program under en censurdebatt 1980 visade en film med inslag av brutalt våld reagerade politiker och allmänhet upprört och en stark opinion i väljarkåren sopade bort långvariga ideologiska överväganden och krävde ett förbud mot försäljning av videofilmer med grova våldsinlag, inte minst som skydd för barnen och psykiskt labila personer. Nu kunde man tänkt sig att de som förespråkade avskaffande av vuxencensur skulle ta en debatt med moraliska och ideologiska överväganden, men så blev inte fallet.

Själva sakfrågan, den moraliska bedömningen av censur, kan läggas upp som en klassisk värdekonflikt mellan individens frihet och samhällsgemenskapers ansvar och behov. Den kunde inbjuda till en moralisk oenighet och debatt. Just den värdekonflikten var den vanligaste i de moralfrågor som kom upp eller låg bakom politiska debatter.

På motsvarande sätt skedde med samboendes separation. Samboendet sågs som ett efterlängt uttryck för fria individers val utan att samhället genom lagstiftning skulle lägga sig i hur man levde tillsammans. När separationer började äga rum, blev orättvisa konsekvenser uppenbara: var och en fick sin egendom med sig. Mannen hade köpt bil och TV, kvinnan maten. Krav på samhällets ingripande kom och snart var den totala friheten borta. En moralisk norm om skydd av den drabbade individen hade etablerats utan någon explicit moraldebatt, än mindre hade en välgrundad moralisk oenighet kommit i dagen. Motsvarande utveckling ägde rum i omfattande debatter om nya

medicinska ingrepps moraliska konsekvenser. Inom politiken restes krav på en genomtänkt och helst gemensam värdegrund för politiska beslut, något som hade varit otänkbart under 1950-och 60-talen.

En sådan utveckling medförde således inte i stort sett att olika moraluppfattningar debatterades eller att oenigheter kom i dagen, allra minst välgrundade sådana, låt vara att oenigheter förekom sporadiskt; enigheten var påfallande. Om en politisk fråga med klar moralisk innebörd kom upp i politisk debatt utvecklades i svensk politik en strategi, planlagd eller ej, som innebar att efter dåtida sedvanliga utredningar drevs en moralisk fråga till riksdagsbeslut endast om det fanns en ganska stark konsensus bland riksdagsledamöterna vid tillfället för beslut. Om konsensus inte förelåg blev det ny utredning. Vidare undveks att blocken skulle ställas mot varandra i en moralfråga och att en sådan fråga skulle få bli en valfråga, eftersom väljaropinionen var okontrollerbar. En moralfråga skulle dessutom helst föras ihop med andra mer tydliga politiska frågor.

Frågan om partilojalitet ställs ibland på sin spets i en typisk moralfråga, där oenighet finns och där enskilda ledamöter vill rösta enligt sitt samvete och inte efter partilinjen. Om det var klart att moralfrågan skulle få majoritet genom flera partiers samverkan kunde fri röstning tillåtas. Om det däremot var en fråga med hög ideologisk-politisk dignitet och samtidigt en klar moralisk innebörd, kunde ett parti besluta om partibunden röstning. Varje parti hade sina speciella personer som agerade som moraliska samveten och gjorde sina röster hörda för att det som förväntas sägas skulle bli sagt, men av detta följde inte att partiet beslöt som dessa personer sagt. Det som gärna undveks i svensk konsensuskultur under den undersökta perioden var således att typiska och kontroversiella moralfrågor tilläts bli politiskt splittrande och därför blev det sällan konfrontationer med moralisk oenighet överhuvud.

Skulle motsvarande undersökning göras av de senaste årens och nutida politiska oenigheter skulle förmodligen moraliska oenigheter bli tydligare i och med en förändrad social och global situation med frågor om t.ex. flyktingar, migration och integration, miljöpolitik och försvarsallianser. Välgrundade moraliska oenigheter och inte bara ovarsamma svart- och vitmålningar skulle sätta fart på politisk debatt och göra valsituationerna både svårare och mer krävande.

Vilken funktion får en hänvisning till politik eller ideologi vid en välgrundad moralisk oenighet? Som jag visade tidigare blir det i princip för-moraliska eller stödjande skäl men avgör inte ensamma om oenigheten blir välgrundad eller ej. Om andra kriterier är uppfyllda för de båda oeniga personerna A och B kan

ett politiskt-ideologiskt ställningstagande få status som ett sista eller avgörande argument för den enskilde.

Ett starkt samhälle kännetecknas bland annat av att inom sig kunna rymma välgrundade moraliska oenigheter, vilket i sin tur kräver att samhället har en bred, gemensam och tydliggjord värdegrund som samhället behöver försvara och som givetvis bör vara välgrundad. Detta gäller på alla nivåer, regional, nationell och global. Frågan om möjligheten av en välgrundad global etik på vilken välgrundade moraliska oenigheter drivs är en nutida global fråga av hög dignitet.

Vem i samhället avgör vad som är en välgrundad moraluppfattning? Vad som är moraliskt rätt och gott kan enligt min teori inte avgöras genom politiska, inte ens demokratiska beslut. Däremot är beslut i god demokratisk ordning det bästa sättet att besluta om vilken värdegrund som ska gälla; teokratier, aristokratier och oligarkier avskräcker bland annat eftersom moraliska oenigheter inte tillåts komma i dagen. Om ett beslut strider mot den enskildes eller gruppens moraliska övertygelse ingår det i demokratin att kunna påverka, förändra, skapa opinion för andra beslut. Att bevara demokratins legitimitet genom att tillåta en vital moralisk pluralism är en central uppgift för politiker, lika central som att skydda och främja en moralisk enhet kring den värdegrund man gemensamt beslutat om.³

3 Religion och moralisk oenighet

Moraliska oenigheter förekommer frekvent inom och mellan olika religioner och konfessioner, men det är förenklat att dra oenighetens gränser vid religionens gränser. Det är dock inte detta jag ska uppmärksamma utan religionens funktioner vid moraliska oenigheter.

Religioner har ett ambivalent ansikte i moralfrågor. De kan ge sina anhängare motiv och engagemang för å ena sidan diskriminering, terrorism eller antihuman lagstiftning, å andra sidan för fredsarbete, barmhärtig vård eller omsorg om flyktingar. I nutida verklighet och nyhetsförmedling möter personer som utför terrorhandlingar med religiös motivering, t ex kan en självmordsbombare motivera sitt handlande med att bli martyr, komma till paradiset och utföra en för sin religion rättfärdig handling. Att använda religion eller gudar för politiska, nationella eller andra intressen är ingalunda något nytt. Det har förekommit genom hela historien, t ex i Israels historia, framställd i

³ För en diskussion av hithörande frågor, se t ex Robert B. Talisse, *Democracy and Moral Conflict* (Cambridge University Press, 2009).

Gamla testamentet, i romersk kult, när Gustaf II Adolf krigar i Europa eller när en amerikansk president ber Gud välsigna vapnen och ställa sig på presidentens sida i kriget.

En religion ger sina anhängare argument och motiv för handlandet, vilka kan leda till moraliska oenigheter. Frågan är här om sådana oenigheter är välgrundade eller ej. Jag behandlar frågan genom att ta upp två för klassiskt-antika och judiskt-kristna traditioner inflytelserika berättelser. Jag tar inte ställning till berättelsernas historiska bakgrund och kontext eller till frågor om sanningen i dem, t. ex. om det finns en Gud eller gudar. Jag ser dem som berättelser som har något intressant att säga och gör nu en utvidgning till båda.

En av Platons mest kända dialoger är Eutyphron. Sokrates' syfte är här att göra den fromme och rättänkande Eutyphron osäker i kunskapsteoretiskt och moraliskt avseende: är det fromt och rätt att Eutyphron anklagar sin egen far för mord? Fadern hade bundit och i en grav kastat en daglönare, som slagit ihjäl en slav; daglönaren dog senare i väntan på rättsligt besked. Med anledning härav prövas fyra definitioner av "fromhet", men något definitivt svar lämnas inte. Dialogens viktigaste verkningsresultat blev i stället den fråga Sokrates ställde, här i Claes Lindskogs översättning: "Tänk nu först efter: älskas det fromma av gudarna, därför att det är fromt, eller är det fromt, därför att det älskas av gudarna?"

En traditionell tolkning av den svårtolkade dialogen är att Platon ville visa, att gudarna älskar det fromma därför att det är fromt, och att detta skall generaliseras till att gälla alla moraliska dygder. En dygd är god på grund av att den är en dygd och inget annat. Platon skall därför i denna dialog ha avvisat en religiös voluntarism, enligt vilken allt som gudarna råkar vilja automatiskt är moraliskt gott.

I och med Sokrates' citerade fråga är två principiella argument etablerade i fråga om relationen mellan gudstro och moral. Den första går ut på att det goda är gott i sig, att Gud vill det goda och att Gud vill det goda eftersom det är gott och/eller att det goda är gott oberoende av Guds vilja. Den andra är att det goda blir gott därför att gudarna menar att det är gott.

För vårt tema gäller att i en oenighet där religiösa argument anförs kan dessa ingå i en välgrundad eller icke-välgrundad uppfattning. Personerna A och B är oeniga om huruvida dödsstraff är moraliskt rätt eller orätt. B anför litet förenklat att "Gud bejaktar dödstraff" medan A menar att det aldrig är moraliskt försvarbart att som straff döda en människa. Det rätta och goda är enligt A rätt och gott i sig, oavsett vad B tror sig veta om Guds vilja. Eftersom det är rätt att värna människans liv vill Gud att ingen ska dödas som straff och

helst inte annars heller. Gud blir ett stöd för A:s moral, även om moralen är självständig visavi religionen. Här menar sig både A och B ha Gud på sin sida, men det är ett viktigare argument för B än för A, som både kan ha och mista argumentet. Är det välgrundad moralisk oenighet? Om B:s enda och viktigaste argument är det religiösa argumentet är den inte välgrundad, eftersom det krävs flera konvergerande argument för en ståndpunkt.

Den andra berättelsen finns i Genesis (1:a Mosebok) kapitel 22, där Abraham får Guds befallning att offra sin son Isak. En omfattande litteratur behandlar texten. Kierkegaards framställning i *Frygt og Bæven* (1843) torde vara ööverträffad, men därmed är inte sagt att denne har rätt.

Jag bortser således från berättelsens historiska innebörd, som kan vara att markera övergången från barn- till djuroffer. Jag ser i stället Abraham som en stiliserad person A, som påstår sig ha fått Guds uppdrag att offra sin efterlängtnade son Isak, i vilken enligt samme Guds löfte fanns framtiden och löftesuppfyllelsen. A tar kniven "för att slakta sin son", då Gud, enligt A:s tolkning, säger åt honom att inte fullborda dådet. A har bestått provet och därför skall Gud välsigna A och hans efterkommande. A är, menar Kierkegaard, "trons hjälte".

Vi får räkna med att det finns en norm och en av denna föranledd slutledning: (1) A ska inte döda oskyldiga barn. (2) Isak är ett oskyldigt barn (3) A ska inte döda Isak. Även om A inte utsäger denna norm finns den utsagd i berättelsen. Samtidigt finns ett annat normsystem förutsatt, nämligen att det är moraliskt och religiöst rätt att följa Guds befallning: (1) Du skall lyda Guds vilja. (2) Det är Guds vilja att A dödar Isak. (3) A skall döda Isak.

Här står två motstridiga slutsatser mot varandra och det är en del av berättelsens moraliska konflikt. A hamnar därmed i ett etiskt-religiöst dilemma: A vill lyda Gud och antar att Gud har goda skäl för sin befallning, samtidigt som A inser att just denna handling vore moraliskt orätt att utföra; vi inför dock reservationen att berättelsen inte utsäger något explicit om konflikten.

Personen B är djupt oenig med personen A: denne senare kan enligt B inte bedömas som annat än en vettvilling, en svårt mentalt skadad potentiell mördare, beredd till den värsta av illgärningar, att döda ett barn, till och med det egna barnet. För B har det ingen betydelse att Gud påstås ligga bakom beslutet; det bara ökar uppfattningen att A är en religiös extremist och Gud en omänsklig maktspelare.

Historien är fylld av grymheter och krig som av deras egna utövare anses vara enligt Guds vilja. I nutida terrorism finns, som vi alltför väl vet, personer som

i den egna religionens namn utför antihumana och kriminella handlingar, som medför att hundratals oskyldiga människor dödas och skadas; så har skett i Paris, Bryssel och Orlando. Abrahamberättelsen och berättelserna om nutida terrorister har likheter men också olikheter. Det är i senare fallet inte fråga om att döda en enskild och inte ett eget barn utan om främmande människor, ofta av annan kultur och religion. Den stora skillnaden är att Abraham är beredd att döda, men han befrias från att döda, medan terroristen vanligen utför dådet. En likhet är att den religiösa tron motiverar och inspirerar. För båda är dödandet ett medel för att uppnå ett eftersträvandesvärt syfte. För terroristen antas vänta ett egoistiskt mål i form av glorifierat martyrskap och inträde i paradiset, medan Abraham vid fullbordad gärning knappast kan annat än drabbas av sorg i sin ensamma roll som trons hjälte.

Åter till Kierkegaard. Just de invändningar som B riktar mot A är enligt Kierkegaard det moraliska snusförnuftets hållning gentemot det djärva språnget som gör att människan uppnår sin specifika existens. Religionen ”suspenderar”, ger A befrielse från det moraliska kravet så att han kan ta trons språng ut på sjuttio tusen famnars djup. A vågar göra det och därför blir han trons hjälte, medan B sitter fast i sin allmänna moralism och därmed blir han inte heller till som särskild individ som tagit sitt ansvar. Kierkegaard drog ut till de yttersta konsekvenserna och har därför en både attraktiv och fränstötande hållning. Det måste vara fullt möjligt att ta sitt moraliska ansvar och bli till som en särskild individ utan att hänvisa enbart till ett religiöst argument som strider mot vanlig human uppfattning. En miljardär kan bryta mot konventionerna, sälja allt och ge till de fattiga och sedan bygga upp ett system för ökad rättvisa i världen. Uppbrottet från det allmänna, mot all konvensans, leder i bästa fall till att den enskilde blir till som individ.

Oenigheten mellan A och B, två nutida personer, är inte välgrundad av det enkla skälet att A:s ståndpunkt har sitt avgörande argument i en påstådd religiös kallelse, utan tillräckliga övriga skäl från någon av de fyra nivåerna och utan deras inbördes konvergens. B accepterar inte A:s yttersta skäl och kan av A avfärdas som en icke-religiös person som inte inser de påstått goda effekterna av A:s handlande. Det skulle kunna föreligga en diskuterbar normkonflikt i bedömningen om det kan vara rätt att döda för att uppnå som goda bedömda mål, men nu döljs den konflikten av den religiösa övertygelsens moraliska blindhet.

Risken, som jag får ta, är att med Kierkegaards ögon bli betraktad som en småborgerlig besserwisser som är fast i det etiska stadiet, men i realiteternas värld är det oförsvarbart att hänvisa bara till ett påstått religiöst påbud för att

motivera ett handlande som strider mot en välgrundad moraluppfattning och som dessutom leder till djup moralisk oenighet. Denna kan inte vara välgrundad, eftersom prövbarheten och andra goda skäl talar emot A:s ståndpunkt.

4 Slutkommentar

Jag har avgränsat en teori om en välgrundad moraluppfattning och en därav föranledd teori om en välgrundad moralisk oenighet. Det är i huvudsak en teoretisk studie, inte en empirisk. Utifrån denna utgångspunkt har jag belyst moraliska oenigheter där politik och moral respektive religion och moral varit viktiga ingredienser.

Om en moraluppfattning ska få kallas välgrundad krävs enligt teorin att några villkor är uppfyllda, vilka presenterades inledningsvis. Flera förment moraliska oenigheter kunde avföras som antingen främst icke-moraliska eller icke välgrundade. En välgrundad moralisk oenighet är en ganska kvalificerad företeelse och när den väl förekommer i empirin finns vanligen ingen enkel teoretisk lösning eller upplösning av oenigheten, och så ska det vara, vilket bland annat beror på att en moraluppfattning är en personligt och socialt förankrad övertygelse. Övertygelse står mot övertygelse och det är en social, politisk och kanske juridisk fråga hur ett samhälle, en stat, en familj, ett parti, en religion och andra ska ge utrymme åt oenigheterna på ett humant sätt, utan våld, diskriminering eller ideologisk likriktning.

Ett samhälle som inte kan rymma välgrundade värdekonflikter blir intolerant och ideologiskt likriktat. Ett värdevitalt samhälle däremot, som självt vilar på en uttalad, välgrundad och värdemedveten grund, rymmer inom sig förmåga att göra något konstruktivt av välgrundade moraliska oenigheter.

Moraliska oenigheter har en särskild relation till politik och religion. I avsnittet om religion och moralisk oenighet diskuterade jag två motsatta uppfattningar om hur religion och moral förhåller sig till varandra och hur moraliska oenigheter därmed ses på två olika sätt.

När det gäller politik och moralisk oenighet var påståendet att en politisk ideologi inte ensamt kan avgöra vad som är moraliskt rätt och gott. Om en marxistisk ideologi reducerar en moralisk oenighet till något annat eller gör anspråk på en absolut moral går det stick i stäv med den framlagda teorin. Om en liberal ideologi upphöjer individens valfrihet till det som helt och hållet avgör om något är moraliskt gott och rätt strider det också mot teorin – för att ta ett par exempel. Däremot kan en politisk uppfattning stärka och ge

argument i en välgrundad moraluppfattning och moralisk oenighet.

Med exempel från svensk politik under 1900-talets senare hälft visades att renodlade moraliska oenigheter sällan tillåts förekomma i den politiska debatten; eventuella oenigheter finns däremot fördolda i politisk debatt och sakfrågor. En klassisk värdekonflikt mellan individens frihet och samhällets ansvar är en oenighetsdrivande bakgrund, som ibland kan dyka upp i politiska sakfrågor men sällan i explicita moraliska oenigheter. Ut etisk analysynpunkt är politikens centrala frågor om fördelning av ekonomiska medel, sjukvård och makt också moraliska frågor.

I Sokrates dialog blev frågan om gudarna vill det goda för att det är gott eller om det goda är gott för att gudarna vill det. Enligt min teori är en oenighet inte välgrundad om båda eller ena parten enbart hänvisar till Gud eller religion som det avgörande argumentet, särskilt som det goda bör ses som något gott i sig. Hänvisning till religion kan dock verka som ett argument tillsammans med andra konvergerande argument och inte minst verka handlingsmotiverande för dem som håller religion som en viktig fråga.

I Kirkegaards tolkning av berättelsen om Abraham och Isak är en poäng att Abraham blir fri från det etiska kravet för att kasta ut på trons djup. Han får därmed den religiösa rätten att sätta sig över det moraliska humana kravet och följer vad han uppfattar som Guds vilja. Det ska observeras att Gud, sedan Abraham kastat loss från moralens bud, befriar denne från att utföra sitt illdåd; det hela vara bara ett prov.

Enligt teorin om en välgrundad moralisk oenighet kan en hänvisning Guds vilja inte vara ett avgörande argument i en välgrundad oenighet, låt vara att med Kierkegaards utgångspunkt är detta ointressant och ett mänskliggörande av den djuplodande religiösa kallelens genomgripande kraft. Hänvisning till religionens bud och inspiration har enligt teorin sin kanske främsta uppgift att motivera människor att handla och ge uthållighet, men religionen kan givetvis också ge vägledning om vari det goda och rätta består. Om religionens bud konvergerar med en välgrundad moraluppfattning i övrigt innebär är religionen förstärkande och kan ge sociala gemenskaper en sammanhållande och gemensam grund för moralen. Två personer med olika eller samma religion kan sinsemellan ha en välgrundad moralisk oenighet.

En välgrundad moralisk oenighet är just en oenighet mellan två moraluppfattningar och ska inte reduceras till något annat, inte heller till en politisk eller religiös oenighet. Teorin förutsätter att moralen är något självständigt med ett egenvärde, den är sui generis. Fler välgrundade moraliska oenigheter skulle ge underlag för en vitaliserande debatt inom politik och religion.

ALYSIA BLACKHAM

VALUES DRIVING AGEING LAW AND POLICY IN EUROPE

1 Introduction

Demographic ageing is a key challenge and opportunity for the EU. According to the 2015 Ageing Report, the EU old-age dependency ratio (that is, people over 65 compared with those aged 15 to 64) is projected to increase from 27.8% to 50.1% from 2013 to 2060.¹ This implies a shift from four working-age people for every person over 65, to only two working-age people over that period.² These demographic shifts will have serious implications for the economy, work and social security systems across the EU. Indeed, public age-related expenditure on pensions, health care, long-term care and education is projected to increase by nearly 2 percentage points of GDP by 2060.³

In the face of this dramatic change, there is a need for more detailed and nuanced research on elder law in the EU. Ann Numhauser-Henning has led the vanguard of this research, creating a network of elder law scholars in Europe that rivals the best groups internationally. In this contribution, I wish to engage with Ann's interests in elder law, discrimination law and EU law, by employing social science theories and methods. Ann has been instrumental in encouraging my research in discipline-bending areas, and in supporting my growth as an elder law scholar.

In this contribution, then, I seek to extend a project originally sponsored by Ann as part of the Norma Elder Law Research Environment,⁴ to contribute further to our understanding of the values driving EU law and policy relating to older workers. Drawing on a survey of EU documents from 2010 to 2015, I consider the values that drive EU law and policy relating to older workers, and compare these with the values I have previously identified in a study of UK policy documents.⁵ I argue that, while superficially similar, there are substantial differences between the values driving EU and UK law and policy

¹ European Commission, 'The 2015 Ageing Report: Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2013–2060)' (European Economy, 2015) 1.

² *ibid.*

³ *ibid.* 4.

⁴ A Blackham, 'Addressing the Ageing Workforce: A Critical Examination of Legal Policy Objectives and Values' (2016) *Ageing & Society*.

⁵ For full detail, see *ibid.*

Rättelseblad

relating to the ageing workforce. This might be both symptomatic and an explanation of the UK's (much broader) ambivalence towards Europe.

2 Values in law and policy

While some studies have explicitly considered the values inherent in particular policy areas,⁶ this has not extended to ageing law and policy in the EU. At the same time, there is increasing recognition that values must play a role in resolving complex social problems. Public policy is often directed toward managing 'wicked problems' that are highly resistant to resolution and require a value-based management strategy. Wicked problems:

- are difficult to clearly define, with different stakeholders perceiving the nature and extent of the problem differently;
- have many interdependencies and are often multi-causal, with internally conflicting goals or objectives within the broader problem;
- are often not stable, and continue to evolve even as policy makers attempt to address them;
- are socially complex, and require the involvement of a range of organisations and stakeholders;
- usually have no clear solution, and may never be completely solved.⁷

Population ageing is a clear example of a wicked problem⁸ and will have wide-ranging consequences for employers and governments. More particularly, ageing is likely to place new demands on housing stock;⁹ increase the dependency ratio, reducing tax receipts and increasing the cost of social welfare;¹⁰ reduce the proportion of 'prime age' workers;¹¹ and place new and increasing demands on health systems.¹² In this complex environment, with

⁶ In relation to health policy, see M Giacomini et al, *Values in Canadian Health Policy Analysis: What Are We Talking about* (Canadian Health Services Research Foundation 2001); in relation to ageing in the USA and Canada, see PG Clark, 'Moral Discourse and Public Policy in Aging: Framing Problems, Seeking Solutions, and "Public Ethics"' (1993) 12 *Canadian Journal on Aging/La Revue canadienne du vieillissement* 485.

⁷ HWJ Rittel and MM Webber, 'Dilemmas in a General Theory of Planning' (1973) 4 *Policy Sciences* 155, 161–67; J Conklin, *Dialogue Mapping: Building Shared Understanding of Wicked Problems* (John Wiley & Sons 2006) 14–15; Australian Public Service Commission, 'Tackling Wicked Problems: A Public Policy Perspective' (Contemporary Government Challenges, 2007) 3–4.

⁸ In this context, 'wicked' is used to describe the nature of the problem itself, and how it might be resolved, rather than the substantive issue at hand. However, it is also acknowledged that using a word such as 'wicked' in the context of ageing may have negative symbolic impacts.

⁹ See Panel for Innovation (HAPPI), 'Housing Our Ageing Population' (2009).

¹⁰ For example, UK National Insurance Fund expenditure on pensions is projected to increase from around 5% of GDP in 2008–09 to 8% in 2070–71 as a result of the ageing population: Government

multiple interdependencies and stakeholders, even defining the ageing ‘problem’ is inherently problematic.¹³

Successfully addressing a wicked problem, like ageing, requires ‘a range of coordinated and interrelated responses’ and ‘trade-offs between conflicting goals’¹⁴ where an optimal rather than ‘perfect solution’ might be achieved.¹⁵ Thus, wicked problems have ‘no value-free, true-false answers’.¹⁶ Instead, any solution or re-solution will entail value judgments.¹⁷ In the absence of any ‘overriding social theory or ... overriding social ethic’, these decisions will most likely be made by politicians and public servants.¹⁸ In a democratic society, it is desirable that these decisions be openly and explicitly made, and open to debate.¹⁹

Therefore, if we conceive of ageing as a ‘wicked problem’, it is essential that we articulate and scrutinise the values underlying existing management strategies and policy frameworks. Despite this need, few governments have developed a vision or coherent strategy to address ageing,²⁰ and legislative and policy interventions at the EU and Member State level remain piecemeal and reactive in nature.²¹ Therefore, it is timely to consider what values *do* and *should* inform EU law and policy on ageing.

In a previous study of values in UK ageing law and policy, using qualitative

Actuary’s Department, ‘Government Actuary’s Quinquennial Review of the National Insurance Fund as at April 2005’ (March 2010) 16.

¹¹ European Commission, *Active Ageing and Solidarity between Generations: A Statistical Portrait of the European Union 2012* (Publications Office of the European Union 2011) 10; D Schiek, ‘Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues’ (2011) 48 *Common Market Law Review* 777, 779. Indeed, labour supply of 20–64 year olds across the EU is predicted to decrease by 24.5 million people between 2010 and 2050: European Commission, ‘The 2012 Ageing Report: Underlying Assumptions and Projection Methodologies’ (European Economy, 2011) 95.

¹² See, for example, D Campbell, ‘NHS Cannot Cope with Ageing Population, Warns Top Doctor’, *The Guardian* (London, 19 January 2015) <<http://www.theguardian.com/society/2015/jan/19/nhs-we-have-not-fit-for-future-warns-top-doctor-bruce-keogh>>.

¹³ Indeed, many would deny that ageing is a ‘problem’ at all.

¹⁴ Australian Public Service Commission (n 7) 3–4.

¹⁵ Rittel and Webber (n 7) 160; Australian Public Service Commission (n 7) 4.

¹⁶ Rittel and Webber (n 7) 169.

¹⁷ *ibid* 159.

¹⁸ *ibid* 169.

¹⁹ JC Camillus, ‘Strategy as a Wicked Problem’ (2008) 86 *Harvard Business Review* 98, 100.

²⁰ Select Committee on Public Service and Demographic Change, ‘Ready for Ageing?’ (Report of Session 2012–13, 14 March 2013) 8.

²¹ See M Bernard and J Phillips, ‘The Challenge of Ageing in Tomorrow’s Britain’ (2000) 20 *Ageing & Society* 33, 40.

data analysis of UK policy documents, I identified six key objectives or values underlying laws relating to ageing and employment:

1. *sustainability* of the economy, pension system and workforce;
2. *adequacy* of income for the elderly;
3. *equality* for all workers;
4. *social inclusion*;
5. *intergenerational solidarity*; and
6. *efficiency*.²²

However, the values remained indeterminate and had multiple (often contradictory) meanings in the sample of documents, and government documents showed limited consensus regarding how the values should be prioritised where they conflicted. This reveals the challenges of identifying and assessing values in government policy documents, and the disagreement that remains regarding values in this area. It is also unclear whether values in UK law and policy reflect or are reflected in EU instruments. Given the significant disquiet in Britain regarding EU membership and the ‘Brexit’ vote in 2016, considering the similarities and differences between the two jurisdictions will prove to be telling. Thus, using a small sample of EU documents on ageing, published from 2010 to 2015, I consider the extent to which these values are evident in EU law and policy, and the extent to which they diverge from my findings in the UK.

3 Values in EU law and policy

To conduct this study, a sample of EU documents was collected from EU websites, with a particular focus on official communications from the European Commission, White Papers and formal policy documents. In total, 12 documents were analysed in detail. These documents were analysed using line-by-line and thematic coding, using the findings from the previous UK study to guide the thematic analysis. The aim of this coding was to identify similarities and differences between these documents and the UK documents, particularly in relation to the values expressed as supporting law and policy. The findings of this study are reported thematically below.

3.1 *Sustainability*

In the UK documents, *sustainability* was focused on three areas of public life: the economy, pension system and workforce. In contrast, in EU documents,

²² Blackham (n 4).

sustainability was focused primarily on social security systems:²³ ‘The ageing of European societies poses significant challenges for the sustainability of welfare regimes and, more specifically, the maintenance of pension systems.’²⁴ In this context, sustainability was seen as ‘the ability of pension schemes to establish and maintain revenue streams or assets that match their liabilities’.²⁵ The EU sample was both broader in its focus (in emphasising other forms of social security, such as health care²⁶) and narrower (in focusing less on the sustainability of the economy and workforce) than documents in the UK.

Sustainability was a key value driving legal reform in the EU, particularly in relation to the reconfiguration of pension and social security systems. At the same time, this was balanced by a need to achieve adequacy of pension provision and coverage (see below). Thus, sustainability was tempered by other concerns and considerations:

In a context of increasing longevity and demographic change, Member States should secure the sustainability and adequacy of pension systems for women and men. Member States should improve the quality, accessibility, efficiency and effectiveness of health and long-term care systems, while safeguarding sustainability.²⁷

In this context, sustainability and adequacy could both be ‘safeguarded’ by encouraging longer working lives:

the focus is on adjustments to working and retirement patters [sic], which would allow Member States to overcome the usual trade-off between benefit adequacy and financial sustainability. Longer and fuller working lives can mitigate – and even neutralise – the impact of population ageing on the ability of countries to maintain adequate pensions. Raising effective exit ages and postponing pension take-up by [older workers] would be key.²⁸

²³ See European Commission, ‘EUROPE 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth’ (Communication from the Commission, 2010) 7.

²⁴ Eurofound, ‘Role of Governments and Social Partners in Keeping Older Workers in the Labour Market’ (2013) 1.

²⁵ European Commission, *The 2015 Pension Adequacy Report: Current and Future Income Adequacy in Old Age in the EU* (Publications Office 2015) vol 1, 57.

²⁶ European Commission, ‘Taking Forward the Strategic Implementation Plan of the European Innovation Partnership on Active and Healthy Ageing’ (29 February 2012).

²⁷ Council Decision (EU) 2015/1848 of 5 October 2015 on guidelines for the employment policies of the Member States for 2015 [2015] OJ L268/28.

²⁸ European Commission, *The 2015 Pension Adequacy Report* (n 25) 57.

Thus, EU instruments sought to encourage Member States to link pension ages to life expectancy; close off early exit routes; and streamline public pensions to make them more 'cost-effective'.²⁹ Ultimately, these reforms were about 'institut[ing] a retirement norm more in tune with population ageing: "As we live longer we work longer".³⁰

While primarily concerned with pension sustainability, there was also recognition in the EU documents of the potential impacts of population ageing on the sustainability of labour markets: 'For labour markets, [ageing] means a shrinking working age population, which can act as a drag on economic growth through labour and skill shortages.'³¹ The best way to address these risks was to increase worker productivity (discussed below).

3.2 *Adequacy of income*

Adequacy of income for the elderly was a key focus of the EU documents. This may be compared with the UK sample, where 'adequacy' was far less important than other values such as equality and efficiency. Further, the EU documents were far more precise regarding what would be an 'adequate' income in this context. For example, the 2015 Pension Adequacy Report advocated for a 'multi-dimensional approach to the adequacy of pensions' (depicted in Figure 1³²), which considered all possible sources of individual income, and corresponding challenges that might arise.³³ Adequacy was interpreted in a more nuanced way than in the UK, via the idea of 'levels' of adequacy: 'at the bottom', pension adequacy is measured 'by its ability to prevent and mitigate poverty' (that is, the risk and depth of poverty and severe material deprivation); and, in 'the middle', adequacy is measured by 'its capacity to replace earned income in the last year before retirement' (that is, the replacement rate).³⁴ Overall then, pension adequacy is ensuring individuals are 'protected against the risk of poverty and deprivation and can enjoy living standards in line with the rest of the population'.³⁵ Indeed, the purpose of pension systems is 'to deliver adequate retirement incomes and to allow older people to enjoy decent living standards and economic independence',³⁶ including (but going beyond)

²⁹ *ibid.*

³⁰ *ibid.*

³¹ Eurofound (n 24) 1.

³² Sourced from European Commission, *The 2015 Pension Adequacy Report* (n 25) 52.

³³ *ibid.*

³⁴ *ibid.* 53–54.

³⁵ *ibid.* 1.

³⁶ European Commission, 'An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions' (White Paper, 16 February 2012) 4.

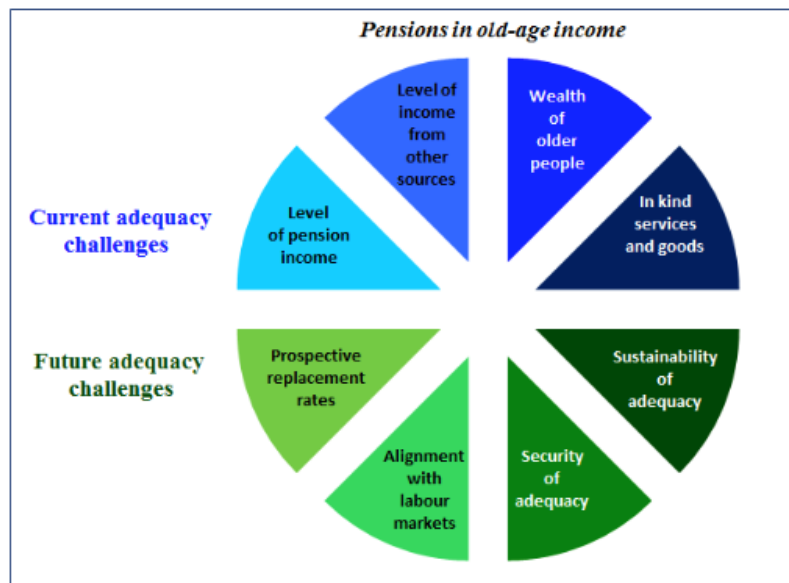


Figure 1: Illustration of the multi-dimensional approach to pension adequacy (Source: European Commission)

'poverty protection'.³⁷ Adequacy, then, means people can 'live in dignity'³⁸ once there are systems to preserve their 'financial autonomy'.³⁹

This is a far more expansive and generous interpretation than that in the UK, which is primarily focused on alleviating poverty, or, potentially, securing individual expectations of income in retirement. Further, unlike in the UK, the EU documents recognised that adequacy was not merely an individual responsibility, to be secured by working longer. Rather, 'As pensions increasingly depend on life-time earnings-related contributions, pension adequacy will depend on the ability of labour markets to deliver opportunities for longer and more complete contributory careers.'⁴⁰ Thus, governments and the social partners have a role in ensuring adequacy, by facilitating longer and better work careers.

³⁷ *ibid* 5.

³⁸ Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012): *The Way Forward* [2012] 17468/12, SOC 992.

³⁹ *ibid*.

⁴⁰ Council of the European Union, 'Draft Joint Report on Social Protection and Social Inclusion 2010' (15 February 2010) 3.

3.3 Equality

Unlike in the UK, equality did not feature heavily as a value in the sample of EU documents. However, it is clear that equality is assumed at the EU level, and there is a responsibility on Member States to facilitate equality in practice: 'Member States should promote inclusive labour markets open to all women and men, putting in place effective anti-discrimination measures, and increase employability by investing in human capital.'⁴¹ That said, there was some recognition that age-based discrimination impaired labour markets and limited working lives:

Age-based discrimination threatens individuals' ability to participate fully in the labour market and in society more broadly. Discrimination also undermines society's efforts to meet employment targets and address the challenges of demographic change. Tackling age discrimination in the labour market is essential to achieving active ageing in employment. Whilst older workers are being asked and encouraged to remain in work longer, it is essential that there are employment opportunities available to them. Age-based discrimination unjustly limits the range of opportunities available to older workers.⁴²

Perhaps partly to address this discrimination, Member States were encouraged to 'step up efforts to improve access for all to quality lifelong learning and implement active-ageing strategies that enable longer working lives'.⁴³

Beyond this recognition of the harms of age-based discrimination, where equality issues were flagged in the EU documents, this primarily related to gender equality, rather than age equality. Indeed, there was repeated recognition that the gender pension gap was a serious problem for women. Thus, there was a responsibility on Member States to address inequalities in social security systems: 'Member States should modernise social protection systems to provide effective, efficient and adequate protection throughout all stages of an individual's life, fostering social inclusion, promoting equal opportunities, including for women and men, and addressing inequalities.'⁴⁴

⁴¹ *Council Decision (EU) 2015/1848 of 5 October 2015 on guidelines for the employment policies of the Member States for 2015* [2015] OJ L 268/28. See also European Commission, 'Proposal for a Council Decision on Guidelines for the Employment Policies of the Member States' (2 March 2015) annex, 3.

⁴² Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, 'The EU Contribution to Active Ageing and Solidarity between Generations' (2012) 6.

⁴³ *Council Decision (EU) 2015/1848 of 5 October 2015 on guidelines for the employment policies of the Member States for 2015* [2015] OJ L 268/28.

⁴⁴ *ibid.*

3.4 *Social inclusion*

While ‘social inclusion’ is a contested and inexact concept, UK policy documents focused on achieving social inclusion through work, rather than through other activities or mechanisms. In contrast, EU policy documents adopted a broader view of social inclusion, which was not entirely dependent on paid employment. As noted in one document:

A major effort will be needed to combat poverty and social exclusion and reduce health inequalities to ensure that everybody can benefit from growth. Equally important will be our ability to meet the challenge of promoting a healthy and active ageing population to allow for social cohesion and higher productivity.⁴⁵

Thus, social exclusion and isolation can be combatted by offering older people ‘equal opportunities to participate in society through cultural, political and social activities’.⁴⁶ This is a much broader conception of social inclusion, which can be achieved through many means other than paid work.

Similarly, the EU desire to achieve ‘inclusive growth’ and ‘build a cohesive society’ explicitly linked equality with inclusive growth and social cohesion. Achieving this was ‘about ensuring access and opportunities for all throughout the lifecycle’.⁴⁷ However, this also depended on increased participation in paid work: ‘Europe needs to make full use of its labour potential to face the challenges of an ageing population and rising global competition. Policies to promote gender equality will be needed to increase labour force participation thus adding to growth and social cohesion.’⁴⁸ Thus, there was a push to create ‘inclusive labour markets open to all women and men, putting in place effective anti-discrimination measures, and increase employability by investing in human capital’.⁴⁹ While the EU conception of ‘social inclusion’ was broader than that in the UK, encompassing social, cultural and political inclusion as well as that through paid work, both jurisdictions ultimately emphasised the importance of paid work to social inclusion.

⁴⁵ European Commission, ‘EUROPE 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth’ (n 23) 18.

⁴⁶ Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012): *The Way Forward* [2012] 17468/12, SOC 992.

⁴⁷ European Commission, ‘EUROPE 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth’ (n 23) 17.

⁴⁸ *ibid.*

⁴⁹ *Council Decision (EU) 2015/1848 of 5 October 2015 on guidelines for the employment policies of the Member States for 2015* [2015] OJ L 268/28.

3.5 *Intergenerational solidarity*

Intergenerational solidarity was an evolving term in UK policy documents: while older notions of solidarity encouraged older workers to retire, to make way for the next generation, newer notions of solidarity expect older workers to remain in employment, to reduce the financial burden of pensions for younger generations. Solidarity was mentioned rarely in the UK documents, being primarily an individual responsibility, and therefore beyond the realms of government policy-making.

In contrast, EU documents grappled far more directly with intergenerational tensions and solidarity. In the EU documents, solidarity meant ‘that older people can take charge of their own lives and contribute to society – and allows more to be done for those elderly people who depend most on the support of others’.⁵⁰ The documents saw intergenerational balance as being a feasible objective, which could be achieved through a careful balancing of generational interests:

Raising the effective retirement age will not be about pitching the interests of the young against those of the old but finding the right balance between them. Staying active during some of the extra life years gained does not mean that older people are being deprived of their well-deserved retirement for the benefit of the young. Neither does it mean that older workers will keep jobs that would otherwise be available to younger workers. Indeed, those Member States with the highest employment rates for older workers also have some of the lowest youth unemployment rates. Over the longer run, the number of jobs is not fixed, but depends notably on the supply of qualified workers, which is a key driver of economic growth. The increased availability of experienced older workers will enhance Europe’s growth potential and thus create more opportunities and better living conditions for the young and the old.⁵¹

Thus, like in the UK, solidarity in the EU no longer saw a need for older workers to retire to free up jobs for younger workers. Rather, solidarity required governments and the social partners to help extend working lives:

Solidarity between generations in an ageing society notably requires creating conditions which permit older people to achieve more

⁵⁰ Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (n 42) 3.

⁵¹ European Commission, ‘An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions’ (n 36) 10.

independence that will allow them to take better charge of their own lives and to contribute to society, enabling them to live in dignity as full members of society. This requires a balanced distribution of resources and opportunities between generations.⁵²

If efforts were made to extend working lives, this would mean that ‘as we age, we retain control over our own lives rather than having to depend on the younger generations.’⁵³ Thus, solidarity was best preserved via ‘action ... to enable both women and men to remain active as workers, consumers, carers, volunteers, and citizens’,⁵⁴ and active ageing was essential for preserving solidarity.⁵⁵ This is a more collective notion of how solidarity can be achieved, which places more emphasis on government and social partner intervention, and less weight on individual choices.

Unlike in the UK, solidarity was not solely focused on the allocation of paid work opportunities. Instead, solidarity was seen as requiring ‘strengthen[ed] social cohesion, inclusion and participation across a person’s lifetime by ensuring opportunities and access to services and to political, social, recreational and cultural activities’.⁵⁶ Thus, solidarity was intrinsically linked to social inclusion and cohesion, and to involvement in social spheres outside of work. Solidarity was also linked with equality issues (i.e. enabling both women and men to work); and health promotion.⁵⁷

3.6 Efficiency

UK ageing policy documents were fundamentally focused on achieving organisational efficiency. In the UK, efficiency could be enhanced by reducing government regulation of employers and removing administrative ‘red tape’. Age equality was valued for its potential to increase efficiency.

The EU documents, however, contained less discussion of efficiency. Instead, the documents emphasised the importance of ‘productivity’: ‘Europe’s ageing and shrinking working age population makes it even more pressing to

⁵² Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012): The Way Forward [2012] 17468/12, SOC 992.

⁵³ Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (n 42) 1.

⁵⁴ Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012): The Way Forward [2012] 17468/12, SOC 992.

⁵⁵ Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (n 42) 3. See also *ibid.*

⁵⁶ Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012): The Way Forward [2012] 17468/12, SOC 992.

⁵⁷ Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (n 42) 3.

boost productivity gains as a source of growth.⁵⁸ Productivity could be enhanced by improved individual health, and training and development. As noted in the *Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations*:

Older people make a significant contribution to the economy and society, but as their health and education levels improve over time, their contributions can be further enhanced. This could be done by making full use of their potential by optimizing opportunities for physical, social and mental well-being throughout the life course. This is the aim of the 'active ageing' policy approach. It is the key to a high quality of life for people of all ages, improved productivity and a move towards strong solidarity between generations in our ageing societies.⁵⁹

Thus, productivity was intrinsically linked with health promotion, intergenerational solidarity and social inclusion.

Any reference to 'efficiency' in the EU documents was largely reserved for discussion of social security systems. Indeed, there was a strong push to ensure that social security systems were operating efficiently, particularly given the ageing population.⁶⁰

4 Discussion

4.1 *Reconciling conflicting objectives*

Unlike documents in the UK, which showed limited consensus regarding how values should be prioritised in the event they conflict, EU documents engaged directly with the conflict between policy values. Indeed, pension reform was directly focused on negotiating the tension between sustainability and adequacy: 'The challenge for pension policies is to put in place a system that is financially sustainable so that the basic purpose of pension systems, namely to deliver adequate retirement incomes and to allow older people to enjoy decent living standards and economic independence, can be achieved.'⁶¹ A

⁵⁸ European Commission, 'Taking Stock of the Europe 2020 Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth' (Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 19 March 2014) 10.

⁵⁹ Council Declaration on the European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012): *The Way Forward* [2012] 17468/12, SOC 992.

⁶⁰ Council of the European Union (n 40) 2.

⁶¹ European Commission, 'An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions' (n 36) 9. See also Council of the European Union (n 40) 12.

solution to this tension was found by re-configuring the notion of intergenerational solidarity, to encourage older workers to remain in work for longer, and by offering opportunities for all to be included in work over the life course:

[This document] sets out an agenda for making pensions adequate and sustainable in the long term, by creating the conditions for a high level of labour force participation of women and men throughout their lives and enhancing the opportunities to build up safe complementary retirement savings.⁶²

‘Unless women and men, as they live longer, also stay longer in employment and save more for their retirement, the adequacy of pensions cannot be guaranteed as the required increase in expenditure would be unsustainable.’⁶³

Thus, to remain ‘an adequate and sustainable instrument at the core of the European social model to sustain the living standards of elderly Europeans’,⁶⁴ pension systems needed to ‘contribute to growth in Europe by promoting active ageing’,⁶⁵ including through extended workforce participation. This could be achieved by linking statutory retirement ages to life expectancy, increasing effective retirement ages, and promoting complementary retirement savings.⁶⁶

The documents also explicitly linked adequacy, sustainability, (pension) efficiency and equality,⁶⁷ particularly given the gendered differences in pension savings: ‘Addressing pension adequacy and sustainability therefore requires a mix of pension and employment policies aimed at tackling gender differences in pension incomes.’⁶⁸ The values were therefore seen as complementary and mutually reinforcing, reflecting ‘the EU agenda for more effective and efficient social inclusion and social protection, pursuing access for all, adequacy and sustainability’.⁶⁹ That said, while EU documents framed these values as complementary and mutually reinforcing, it is unclear whether this actually helps to reconcile any tension between them. Inevitably, difficult choices will

⁶² European Commission, ‘An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions’ (n 36) 3.

⁶³ *ibid* 2.

⁶⁴ *ibid* 15.

⁶⁵ *ibid*.

⁶⁶ European Commission, ‘Proposal for a Council Decision on Guidelines for the Employment Policies of the Member States’ (n 41) annex, 3.

⁶⁷ *ibid*.

⁶⁸ European Commission, ‘An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions’ (n 36) 12.

⁶⁹ Council of the European Union (n 40) 5.

need to be made where values conflict: the EU approach of listing values together does not necessarily help in making these value judgments.

4.2 Policy myths – the idealised older worker

In the UK, rather than engage with value tensions and inconsistencies, there is a tendency for documents to fall back on the ‘policy myth’ of the idealised older worker to ‘mask tensions between or among incommensurable values’.⁷⁰ In the UK, the idealised older worker was someone who could: contribute to the economy and workplace; continue working to ease the burden on pension systems and source their own income; and who only needed to be provided with ‘opportunities’ to ‘succeed’, and not be ‘held back’.⁷¹ This minimised any disjunction between adequacy and sustainability, and efficiency and equality. However, it failed to recognise the diverse and often non-ideal experiences of ageing across the country. Those who failed to fulfil the ideal of the ‘older worker’ would lead to this policy compromise breaking down.

In contrast, EU documents were much more attuned to the fact that the idealised older worker is purely a policy myth: ‘the ability to work – and to find employment – differs widely between individuals, and ... life expectancy and health status at age 60 or age 65 tends to be lower for manual workers who started working at a young age.’⁷² Many documents recognised that a push to extend working lives would lead to a corresponding need for workplace support for older workers. This related particularly to the need for adequate health care, workplace health promotion and preventative health measures.⁷³ Further, it would require skill development, measures to help reconcile work and caring responsibilities, and better attention to work demands.⁷⁴

The documents also recognised the significant gender differences in workforce participation and caring roles, which needed to be accommodated in policy reform: ‘Given the significant differences in employment rates for women and men aged 55–64, all initiatives will have to pay particular attention to gender aspects of longer working lives and active ageing, including measures

⁷⁰ D Yanow, ‘Silences in Public Policy Discourse: Organizational and Policy Myths’ (1992) 2 *Journal of Public Administration Research and Theory* 399, 402.

⁷¹ HM Government, ‘Opportunity Age: Meeting the Challenges of Ageing in the 21st Century’ (March 2005) 31; HM Government, ‘The Equality Strategy – Building a Fairer Britain’ (December 2010) 6.

⁷² European Commission, ‘An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions’ (n 36) 7.

⁷³ *ibid* 11.

⁷⁴ European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, ‘Living Longer, Working Better – Europe’s Coming of Age’ (no date) 1.

that facilitate the reconciliation of work and care responsibilities and reduce gender gaps in employment and pay.⁷⁵

Where individuals are not able to participate in the paid workforce, they should be supported by social security systems:

Special attention needs to be paid to older women and men, who for personal or work related reasons are unable to remain in the labour market up to the steadily rising statutory pension age or up to an age where they can enjoy an adequate retirement income. When early labour market exit cannot be prevented, it should be covered by social protection mechanisms which are well targeted to those who face serious labour market obstacles ...⁷⁶

Thus, EU documents recognised a need for 'policies that create opportunities for working longer, whilst also ensuring solidarity with those who are unable to do so, [which] will be essential to secure the future adequacy and sustainability of pensions.'⁷⁷ This is a far more pragmatic view of the ageing workforce than that adopted in the UK, and accommodates differences in individual circumstances and capacity.

4.3 Individualisation of ageing

The values underlying UK government policy were all highly individualised, with individual choice mentioned 1451 times in the documents. Individual choice and freedom were at the core of government policies, though this also entailed an individual responsibility to continue working. The focus on individual choice in UK documents rationalised and justified limited government intervention in ageing issues and a minimal governmental role in reforming workplaces. This essentially individualised the risks of ageing, and de-centred the role of government.

In contrast, while EU documents recognised the importance of individual responsibility, this was balanced by recognition of the need for a more collective response to the challenges of ageing, particularly on the part of employers. Extending working lives required maintaining workers' health and skills;⁷⁸ workplace flexibility; and access to affordable care for children and

⁷⁵ European Commission, 'An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions' (n 36) 12.

⁷⁶ European Commission, *The 2015 Pension Adequacy Report* (n 25) 4.

⁷⁷ European Commission, 'An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions' (n 36) 11.

⁷⁸ European Commission, 'EUROPE 2020: A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth' (n 23) 18.

other dependants.⁷⁹ At its core, then, it required better opportunities for older workers to remain in employment.⁸⁰ This is not something that workers can achieve on their own: rather, it represents a call for: ‘the development of healthier working environments, lifelong learning and working time flexibility, not only for older workers, but for all workers across the life cycle, as many of the issues facing workers aged 50 or above have their root causes in earlier working life.’⁸¹

This is the responsibility of both Member States⁸² and the social partners. Indeed:

The role of the social partners is critical in this context, as they have a significant part to play in shaping and improving working conditions. However, they cannot act alone, as an individual’s ability and readiness to continue working is conditioned not only by their working environment and personal characteristics but also by wider societal and policy factors, such as the policy framework for education and training, health promotion and indeed retirement (including other options for early exit from the labour market).⁸³

The EU documents therefore focused on the role of Member States and the social partners to facilitate active ageing. Rather than emphasising individual choice to remain in the labour market (as in the UK), the documents focused on individual *support* to remain in the labour market.⁸⁴ An individual choice approach to active ageing (without government and employer support) is not enough: ‘Adequacy will not just depend on the ability of workers to respond positively to the new work incentives in pension systems. It will also be contingent on the ability of labour markets to deliver sufficient opportunities for longer and less broken careers.’⁸⁵

⁷⁹ European Commission, *The 2015 Pension Adequacy Report* (n 25) 4.

⁸⁰ European Commission, ‘An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions’ (n 36) 7.

⁸¹ Eurofound (n 24) 1.

⁸² European Commission, ‘Proposal for a Council Decision on Guidelines for the Employment Policies of the Member States’ (n 41) annex, 2.

⁸³ Eurofound (n 24) 1.

⁸⁴ European Commission, ‘An Agenda for Adequate, Safe and Sustainable Pensions’ (n 36) 11.

⁸⁵ Council of the European Union (n 40) 12.

5 Conclusion

While superficially similar, EU and UK policy documents on ageing demonstrate significant differences in the values they promote and emphasise. Overall, EU instruments represent a far more collective approach to the challenges of demographic ageing, focusing on the role of Member States and the social partners for extending working lives. Further, EU documents recognise that the 'idealised older worker' is merely a policy myth, and acknowledge and seek to accommodate 'non-ideal' older workers, recognising differences in skill, health, and history of workforce participation.

This focus on values explains some of the disjunction between policy-making at the EU and UK level. While the UK appears to have integrated EU ideas into its policy documents, its individualised approach to demographic ageing remains true to national ideas and foci. In the wake of Brexit, this study offers one insight into the sharp demarcation between EU and UK thinking.

MICHAEL BOGDAN

TILLÄMPLIG LAG AVSEENDE UTOMOBLIGATORISKT
ANSVAR FÖR KOLLEKTIVA STRIDSÅTGÄRDER PÅ
ARBETSMARKNADEN

Enligt huvudregeln i artikel 4(1) i Europaparlamentets och rådets förordning nr 864/2007 av den 11 juli 2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser (den s.k. Rom II-förordningen)¹ skall i fråga om en utomobligatorisk förpliktelse som har sin grund i en skadestandsgrundande händelse lagen i det land där skadan uppkommer (s.k. *lex loci damni*) tillämpas, oavsett i vilket land den skadevållande händelsen inträffade och oavsett i vilket eller vilka länder indirekta följder av händelsen uppkommer. Om både den person vars ansvar görs gällande och den skadelidande vid den tidpunkt då skadan uppkommer har sin vanliga vistelseort i ett och samma land, skall dock enligt artikel 4(2) lagen i det landet tillämpas. Ett undantag från dessa kollisionsregler föreskrivs samtidigt i artikel 4(3) för de fall där det av alla omständigheter i fallet framgår att den skadestandsgrundande händelsen har en uppenbart närmare anknytning till ett annat land, i vilka fall skall lagen i det landet tillämpas istället; en sådan anknytning kan särskilt grundas på att det mellan parterna redan finns ett rättsförhållande, exempelvis ett avtal, som har nära anknytning till händelsen i fråga.

För vissa typer av skadestandsgrundande händelser innehåller förordningen emellertid särskilda kollisionsnormer, vilka i egenskap av *lex specialis* åtnjuter förtur framför artikel 4. Detta bidrag ägnas åt en sådan specialregel, nämligen artikel 9 avseende arbetsrättsliga stridsåtgärder.² Specialregeln föreskriver att,

¹ EUT 2007 L 199 s. 40.

² I litteraturen behandlas artikel 9 av exempelvis *Andrew Dickinson*, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford 2008, s. 471–483; *Filip Dorsemont & Aukje van Hoek*, "Collective Action in Labour Conflicts under the Rome II Regulation" (Parts I and II), *European Labour Law Journal* 2011 s. 48–75 & 101–118; *Christian Heinze*, "Der internationale Arbeitskampf", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2009, s. 770–792; *Michael Hellner*, *Rom II-förordningen*, Stockholm 2014, s. 188–195; *Martin Illmer* i Peter Huber (red.), *Rome II Regulation. Pocket Commentary*, München 2011, s. 259–286; *Robin Morse*, "Industrial Action in the Conflict of Laws", i *Nuovi strumenti del diritto* (Forts.)

utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4(2) i sådana fall där såväl den ansvarige som den skadelidande vid tiden för skadan är hemmahörande i ett och samma land (se ovan), skall tillämplig lag för en utomobligatorisk förpliktelse avseende ansvar för en person i egenskap av arbetstagare eller arbetsgivare eller organisationer som företräder deras yrkesmässiga intressen för skador orsakade av varslade eller genomförda stridsåtgärder vara ”lagen i det land där åtgärderna kommer att genomföras eller har genomförts”.

Specialregeln i artikel 9 har tillkommit efter bl.a. påtryckningar från Sveriges sida, föranledda av Sveriges farhågor väckta av EG-domstolens dom den 5 februari 2004 i ett mål avseende det danskflaggade fraktfartyget *Tor Caledonia*,³ vilket regelbundet seglade mellan England och Sverige. Efter att rederiet vägrade att med en svensk fackförening (SEKO) teckna kollektivavtal för fartygets polska besättning (som synes att redan ha omfattats av individuella avtal i enlighet med ett ramavtal mellan rederiet och ett antal danska fackförbund), utsattes fartyget av SEKO för nyanställningsblockad och av en annan svensk fackförbund för varsel om sympatiåtgärder som skulle hindra fartyget från att lastas eller lossas i svensk hamn. I detta läge valde rederiet att ta *Tor Caledonia* ur drift och ersätta det med ett annat för detta ändamål chartrat fartyg. Med anledning av dessa händelser ställdes den danska arbetsdomstolen inför frågan huruvida stridsåtgärderna var lovliga. Att *Arbejdsretten* vände sig till EG-domstolen hade dock inte att göra med spørgsmålet om tillämplig lag, utan berodde på tveksamhet rörande den danska domsrätten att pröva rederiets talan mot den i Sverige hemmahörande fackföreningen. Enligt artikel 2 i 1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område, som vid den aktuella tiden gällde mellan Danmark och Sverige, skulle talan i princip ha väckts i den konventionsstat där svaranden hade hemvist (dvs. i det aktuella målet i Sverige), men konventionens artikel 5(3) gjorde det möjligt att i stället väcka talan avseende utomobligatoriskt ansvar vid domstolen ”i den ort där

(Forts.)

internazionale privato, Liber Fausto Pocar, Milano 2009, s. 723–733; *Guillermo Palao Moreno*, ”The Law Applicable to a Non-Contractual Obligation with respect to an Industrial Action. A Commentary on Article 9 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, vol. IX, 2007, s. 115–125; *Hannes Unberath & Johannes Cziupka* i Thomas Rauscher (red.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. Kommentar Bearbeitung 2001 Rom I-VO & Rom II-VO*, München 2011, s. 851–858; *Spyridon Vrellis*, ”The Law Applicable to an Industrial Action according to the Rome II Regulation”, *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund 2013, s. 659–674.

³ *Danmarks Rederiforening, för DFDS Torline AIS v. LO Landsorganisationen i Sverige för SEKO Sjöfolkfacket för service och kommunikation*, mål C-18/02, REG 2004 s. I-1417.

skadan inträffade”.⁴ Enligt EG-domstolens praxis gav den citerade formuleringen vid distansdelikt käranden ett val mellan domstolen där den skadegörande handlingen företagits (dvs. i Sverige) och domstolen där den skadliga effekten uppkommit.⁵ EG-domstolen fick i detta sammanhang frågan om huruvida artikel 5(3) skulle tolkas så, att en skada som uppkommit till följd av stridsåtgärder, som vidtagits av ett fackförbund i ett land i syfte att få till stånd ett avtal för besättningen ombord på ett fartyg registrerat i ett annat land, kan anses vara en skada som uppkommit i fartygets registreringsland (flaggstaten), så att rederiet kan väcka skadeståndstalan mot fackförbundet vid domstol i den staten (*in casu* Danmark). EG-domstolen gjorde det lätt för sig genom att svara att det var den nationella domstolens uppgift att pröva huruvida rederiets påstådda ekonomiska förluster skulle anses ha inträffat där rederiet var etablerat, varvid fartygets flaggstat endast utgjorde en omständighet bland andra. Flaggstaten kan dock enligt EG-domstolen bli avgörande om den nationella domstolen kommer fram till att skadan uppstått ombord på fartyget.

Detta avgörande avsåg som sagt frågan om domsrätt och inte frågan om tillämplig lag, men EG-domstolens dom torde kunna tolkas innebära att skada med anledning av en facklig stridsåtgärd kan tänkas uppkomma i ett annat land än det land där den fackliga åtgärden vidtas och genomförs. Anses EG-domstolens resonemang överförbart till lagvalsfrågan medför det att Rom II-förordningens huvudregel i artikel 4(1) om tillämpning av *lex loci damni* skulle kunna leda till tillämpning av utländsk rätt även beträffande vissa på den svenska arbetsmarknaden vidtagna stridsåtgärder, något som den svenska fackföreningsrörelsen och den svenska regeringen av principiella politiska skäl med hänsyn till fackets och kollektivavtalens extraordinärt stora roll på den svenska arbetsmarknaden och i det svenska samhället hade svårt att acceptera. Trots motstånd från vissa andra medlemsländer, vilkas företag brukar utstationera sina relativt lågbetalda anställda till höglöneländer där de riskerar att utsättas för fackliga påtryckningar,⁶ lyckades Sverige att driva igenom den specialregel som idag finns i Rom II-förordningens ovannämnda artikel 9.

⁴ Formuleringen finns idag i artikel 7(2) i förordningen nr 1215/2012 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (den s.k. Bryssel I-förordningen). Att formuleringen inte anses helt oproblematiserad när det gäller tvister med anledning av arbetsrättsliga stridsåtgärder framgår bl.a. av Europaparlamentets den 8 oktober 2013 antagna resolution (2013/2023(INI), EUT 2016 C 181 s. 19), där kommissionen uppmanades att undersöka huruvida det behövs åtgärder att klargöra att Bryssel-förordningens artikel 7(2) hänvisar till den ort där stridsåtgärderna har vidtagits eller skall vidtas och huruvida det behövs en anpassning till artikel 9 i Rom II-förordningen.

⁵ Se *Bier v. Mines de potasse d'Alsace*, mål 21/76, [1976] ECR 1735.

⁶ Se *Dickinson a.a.* s. 470–477; *Heinze a.a.* s. 779–781. Jfr det välkända rättsfallet *Laval v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, mål C-341/05, REG 2007 s. I-11767.

Artikel 9 ger emellertid upphov till en rad tolkningsfrågor, vilka diskuteras i det följande.

Liksom hela Rom II-förordningen är artikel 9 tillämplig endast på utomobligatoriskt ansvar, så att förpliktelser på grund av avtalsbrott faller utanför och närmast hänförs till kollisionsreglerna i Rom I-förordningen nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser.⁷ Anses en stridsåtgärd utgöra brott mot ett kollektivavtal eller mot de individuella anställningsavtalen skall ansvaret därför prövas enligt respektive avtals avtalsstatut. Att det mellan parterna föreligger ett avtal, vilket i det närmaste är en självklarhet när det rör sig om individuella anställningsförhållanden, hindrar dock i sig inte tillämpning av artikel 9. Ansvaret enligt Rom II-förordningens artikel 9 kan aktualiseras icke bara när det mellan parterna råder ett avtalslöst tillstånd utan också när stridsåtgärderna avser sådana frågor vilka inte omfattas av den fredsplikt som följer av befintliga avtal.

Rom II-förordningen är enligt sin artikel 1 visserligen endast tillämplig på privaträttens område, men detta innebär inte att stridsåtgärder vidtagna av eller mot offentliganställda inte omfattas, så länge dessas kollektiva arbetsförhållanden inte regleras genom statlig myndighetsutövning.⁸

Artikel 9 är enligt sin ordalydelse neutral i den meningen att den inte gör någon skillnad mellan stridsåtgärder vidtagna av arbetstagar- och arbetsgivarsidan, men det är klart att den huvudsakligen skyddar fackförningarnas intressen. Detsamma kan sägas om förordningens premiss 28, enligt vilken artikel 9 inte är avsedd att påverka villkoren för utövande av stridsåtgärder i enlighet med nationell lagstiftning och inte heller påverkar den rättsliga statusen för fackföreningar eller arbetstagares representativa organisationer enligt medlemsstaternas lagstiftning. Något förenklat kan saken kanske uttryckas så att artikel 9 avser utomobligatoriska förpliktelser på grund av en olovlig stridsåtgärd men inte den underliggande frågan om stridsåtgärden är olovlig eller ej.⁹ I den svenska litteraturen har Michael Hellner med hänvisning till regelns tillkomsthistoria hävdats att den även omfattar frågan om stridsåtgärdens laglighet som sådan,¹⁰ men sistnämnda fråga omfattas enligt min mening av forumstatens autonoma kollisionsregler, låt vara att även dessa normalt

⁷ EUT 2008 L 177 s. 6.

⁸ Jfr *Vrellis* a.a. s. 665–666.

⁹ Se *Dorsemont & van Hoek* a.a. s. 114; *Illmer* a.a. s. 278. Jfr Arbetsdomstolens interimistiska avgörande AD 2011 nr 95, där domstolen dock undvikit att ta definitiv ställning till lagvalsfrågan.

¹⁰ Se *Hellner* a.a. s. 191–192.

torde hänvisa till lagen i det land på vars arbetsmarknad stridsåtgärden vidtas.¹¹ Med tvister om utomobligatorisk förpliktelse avses i förordningens artikel 9 enligt dess artiklar 2(2-3) och 15(d) å andra sidan inte bara tvister om skyldighet att ersätta redan uppkommen skada, utan även förebyggande åtgärder som en domstol kan vidta för att förhindra skadan eller få den att upphöra, exempelvis ett vitessanktionerat förbud att vidta en olovlig stridsåtgärd.¹²

En mycket central fråga är naturligtvis vad som menas med stridsåtgärder i artikelns mening. Artikelns själv innehåller ingen exakt definition av stridsåtgärd och premiss 27 nämner bara två exempel när den påpekar att innehållet i begreppet stridsåtgärder, ”såsom strejk eller lockout”, varierar från medlemsstat till medlemsstat och styrs av varje medlemsstats interna regler. Premiss 27 tillägger att huvudprincipen ”därför” är den att lagen i det land där stridsåtgärderna vidtas bör tillämpas. Av dessa formuleringar synes framgå att förordningen på denna punkt undantagsvis inte vill skapa ett autonomt EU-rättsligt begrepp utan förlitar sig på nationella rättsuppfattningar. Talet om variationer mellan medlemsstaternas rätt skulle kunna förstås så att det är domstolslandets (som ju vid förordningens tillämpning alltid är en medlemsstat) förståelse av stridsåtgärder som åsyftas, men tillägget leder till den mera naturliga slutsatsen att man med arbetsrättslig stridsåtgärd avser det som

¹¹ Se *Heinze* a.a. s. 786–787; *Vrellis* a.a. s. 668 not 39 och 670–671. Beträffande svensk internationell privaträtt se de måhända redan delvis obsoleta uttalandena i prop. 1975/76:105, bilaga 1, s. 327, enligt vilka den svenska medbestämmandelagen gäller ”på varje plats med dominerande anknytning till Sverige eller svenska förhållanden. Som regel gäller detta om arbetet mera stadigvarande är förlagt till Sverige eller, beträffande arbete som utförs i annat land, om både arbetsgivare och arbetstagare är svenska rättssubjekt”. Frågan om stridsåtgärdens lovlighet kan ibland aktualiseras som ett prejudiciellt spörsmål inom ramen för prövningen av frågor vilka omfattas av artikel 9 (exempelvis skadeståndsfrågor). Enligt min mening omfattas i ett sådant fall den prejudiciella frågan om stridsåtgärdens lovlighet inte av artikel 9 utan bör avgöras separat enligt den lag som utpekats av domstolslandets (Sveriges) autonoma internationella privaträtt. Detsamma bör gälla när frågan om stridsåtgärdens lovlighet uppkommer som prejudiciell fråga i en tvist avseende de resulterande avtalens påstådda ogiltighet p.g.a. att de tillkommit genom rättsstridigt tvång. Medan regeln om avtals ogiltighet p.g.a. tvång skall hämtas från det aktuella avtalets avtalsstatut, som bestäms av kollisionsreglerna i Rom I-förordningen nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, bör den prejudiciella frågan om stridsåtgärdens lovlighet lämpligen avgöras självständigt, utan hänsyn till avtalets avtalsstatut (se dock NJA 1987 s. 885, där HD intagit den motsatta ståndpunkten). Låter man den på huvudfrågan tillämpliga lagen att även avgöra prejudiciella frågor så riskerar man att en och samma stridsåtgärd betraktas som laglig vid prövning av t.ex. skadestånd men olaglig vid prövning av avtals giltighet eller *vice versa*, jfr *Dorsemont & van Hoek* a.s. s. 70–73.

¹² Se *Dickinson* a.a. s. 481; *Heinze* a.a. s. 784–785; *Hellner* a.a. s. 192; *Illmer* a.a. s. 279–280; *Morse* a.a. s. 729–730.

betraktas som sådan i lagen i det land där den genomförs¹³ (dvs. i praktiken i det land vars lag är tillämplig enligt artikel 9, som ju enligt artikel 3 tillämpas i förhållande till alla världens rättssystem, således även i fråga om stridsåtgärder vidtagna i ett icke-medlemsland). Detta betyder att artikeln inte omfattar ansvaret för handlingar vilka inte tillhör den i genomförandelandet accepterade arsenalen av stridsåtgärder på arbetsmarknaden (exempelvis när facket företrädare medverkar till att arbetsgivarsidans representant blir inlåst på sitt kontor eller att arbetsplatsen vandaliseras).¹⁴ Av artikelns ordalydelse framgår indirekt också att syftet med åtgärden måste vara att främja parternas yrkesmässiga intressen, vilket gör att artikeln inte torde gälla exempelvis rent politiska generalstrejker avsedda att få landets regering på fall.¹⁵ Å andra sidan kan det röra sig även om andra typer av arbetsrättsliga stridsåtgärder än strejk och lockout, exempelvis bojkott, nyanställningsblockad eller övertidsblockad.¹⁶ Det spelar inte heller någon roll om det rör sig om en primär stridsåtgärd eller en sympatiåtgärd. Åtgärden skall dock vara ”varslad eller genomförd” (*pending or carried out, en cours ou terminé*), så att exempelvis under förhandlingarna framförda informella hot om olovliga stridsåtgärder inte omfattas.¹⁷ Den engelska och franska texten tyder också på att redan ett formellt svenskt varsel utgör en stridsåtgärd i artikelns mening.¹⁸ Att en stridsåtgärd inte omfattas av

¹³ Se *Heinze* a.a. s. 782; *Hellner* a.a. s. 191; *Illmer* a.a. s. 266–267; *Unberath & Cziupka* a.a. s. 854–855. Jfr å andra sidan *Dorsemont & van Hoek* a.a. s. 63–67; *Palao Moreno* a.a. s. 118–119 och *Vrellis* a.a. s. 663–664.

¹⁴ Se *Dickinson* a.a. s. 482; *Heinze* a.a. s. 785; *Hellner* a.a. s. 191; *Illmer* a.a. s. 281; *Vrellis* a.a. s. 667.

¹⁵ Se *Dickinson* a.a. s. 478; *Hellner* a.a. s. 190; *Illmer* a.a. s. 268. Jfr å andra sidan *Heinze* a.a. s. 783 och *Vrellis* a.a. s. 665. Gränsdragningen mellan politiska och av yrkesintressen motiverade aktioner kan ibland vara besvärlig. Jfr i svensk rättspraxis AD 1980 nr 15, avseende vissa svenska fackföreningars blockad av transporter till och från diktaturens Chile. Arbetsdomstolen konstaterade ”att stridsåtgärden visserligen är politisk men att den också har en facklig bakgrund, nämligen det allmänna önskemålet av att hävda respekten för grundläggande politiska och fackliga rättigheter” (s. 127 i referatet).

¹⁶ Medan förordningens flesta språkversioner i allmänna termer talar om stridsåtgärder på arbetsmarknaden (*industrial action*, *Arbeitskampfmassnahme*, *kollektivt kampskridt*, *acción de conflicto colectivo*, *un'attività sindacale* osv.), begränsar sig den franska texten till strejk och lockout (*une grève ou un lock-out*).

¹⁷ En gränsdragning som i detta sammanhang kan behöva göras avser förordningens artikel 12 om oaksamhet vid ingående av avtal (*culpa in contrahendo*), varmed menas utomobligatorisk förpliktelse som har sin grund i diskussioner som föregår ingående av ett avtal, oavsett om avtalet till slut faktiskt ingicks eller inte. Kollektivavtalsförhandlingar kan ibland, särskilt i vissa främmande länder, äga rum i mycket fientlig atmosfär med bristande lojalitet och förtroende mellan parterna, så att rekvisiten för att tillämpa artikel 12 kan tänkas vara uppfyllda. Hot om olovliga stridsåtgärder kan vara ett inslag i avtalsdiskussionerna och kan då omfattas av artikel 12, men har åtgärderna varslats eller genomförts tar artikel 9 över.

¹⁸ Detta förefaller inte överensstämma med terminologin i den svenska medbestämmandelagens 45 §, enligt vilken man skall varsla motparten om att man ”avser att vidta” en stridsåtgärd.

artikel 9 innebär naturligtvis inte att den inte omfattas av Rom II-förordningen som sådan, utan bara att man skall bestämma tillämplig lag med hjälp av förordningens huvudregler i dess artikel 4 (se ovan).

En stridsåtgärd på arbetsmarknaden drabbar ofta även tredje man, i det typiska fallet genom att arbetsgivaren på grund av en strejk inte kan uppfylla sina avtalsåtaganden, såsom att till sina kunder leverera varor och tjänster. Arbetsgivarens ansvar för avtalsbrott regleras av avtalsstatutet, som bestäms med hjälp av Rom I-förordningen. Frågan om huruvida en drabbad tredje man kan kräva ersättning direkt av den som vidtagit en olovlig stridsåtgärd har emellertid utomobligatorisk karaktär och omfattas av Rom II-förordningen, men det är mindre klart om den faller inom tillämpningsområdet för artikel 9. Meningarna i litteraturen är delade, men mycket talar för att det är så, eller att det åtminstone borde vara så, bl.a. för att skydda den part som vidtagit stridsåtgärden från oförutsebara konsekvenser på grund av rättssystem vilkas tillämpning denna part inte hade anledning att räkna med.¹⁹ Som motargument kan man dock anföra att det kan vara den drabbade tredje mannen som är den skyddsvärda svagare parten, exempelvis när det rör sig om strandade flygpasagerare eller patienter som lidit personskador på grund av utebliven behandling.

Artikel 9 hänvisar via artikel 4(2) i första hand till lagen i det land där både den ansvarige och den skadelidande vid tiden för skadans uppkomst har sin vanliga vistelseort, förutsatt naturligtvis att sådant land finns. Vanlig vistelseort definieras i artikel 23, såvitt gäller bolag och andra juridiska personer, som den plats där den centrala förvaltningen är belägen (uppstår skadan i samband med verksamheten vid en filial, en agentur eller annat verksamhetsställe, räknas dock den plats där verksamhetsstället är beläget som vanlig vistelseort). Beträffande ej näringsidkande fysiska personer torde hemvistet vara avgörande. Regeln förutsätter ingen annan anknytning till landet än parternas vanliga vistelseort och tillåter inte avvikelser vid närmare anknytning till ett annat land, vilket gör den ganska oflexibel.²⁰ Detta kan stundom leda till resultat vilka av somliga kan betraktas som mindre lämpliga, exempelvis i samband med temporär utstationering av utländska arbetstagare till Sverige. Beslutar deras hemlandsfackförening om strejk på grund av förhållandena på den svenska arbetsplatsen skall dess utomobligatoriska ansvar *vis-à-vis* den

¹⁹ Se *Dickinson* a.a. s. 480–481; *Heinze* a.a. s. 784; *Hellmer* a.a. s. 193; *Illmer* a.a. s. 271–273; *Morse* a.a. s. 730–731; *Palao Moreno* a.a. s. 119; *Unberath & Cziupka* a.a. s. 855–856; *Vrellis* a.a. s. 667.

²⁰ Se *Dickinson* a.a. s. 483; *Illmer* a.a. s. 274–276; *Morse* a.a. s. 726; *Palao Moreno* a.a. s. 121–122; *Unberath & Cziupka* a.a. s. 857.

utländska arbetsgivaren bedömas enligt deras gemensamma främmande lag, vilket i och för sig har den fördelen att man vid bestämningen av tillämplig lag förmodligen slipper gränsdragningar mellan det inom- och utomobligatoriska ansvaret, eftersom ett eventuellt befintligt kollektivavtal mellan parterna, liksom även de individuella anställningsavtalen, sannolikt också lyder under deras hemlands lag. Samtidigt innebär regeln dock att arbetstagarnas gemensamma kollektiva arbetsnedläggelse kan leda till olika påföljder för olika arbetstagare beroende på deras hemvist.

Är parterna hemmahörande i olika länder, hänvisar artikel 9 till lagen i det land där stridsåtgärder har genomförts (vid varslade stridsåtgärder där dessa kommer att genomföras). På detta sätt skall utomobligatoriskt ansvar för stridsåtgärder oftast prövas enligt samma rättsordning som reglerar stridsåtgärdens lovlighet. Att bestämma vilket lands lag som det är fråga om torde normalt inte vålla större problem: det rör sig om lagen i det land där arbetet skulle ha utförts om stridsåtgärden inte genomförts, respektive där arbete kommer att utföras om den varslade stridsåtgärden ställs in. Även denna kollisionsregel kan framstå som ganska stel och oflexibel, särskilt om man betänker att artikel 9 inte innehåller någon "escape clause" liknande artikel 4(3), som skulle tillåta avvikelser i de fall där händelsen har en uppenbart närmare anknytning till ett annat land.

Lokaliseringssvårigheter kan uppstå bl.a. i samband med stridsåtgärder ombord på ett fartyg eller luftfartyg (för att inte tala om en strejk bland astronauterna i den yttre rymden!) och stridsåtgärder vidtagna i flera länder. Såvitt gäller fartyg kan man tveka mellan fartygets registreringsland och det land i vars hamn fartyget befinner sig när stridsåtgärden vidtas.²¹ Enligt min mening måste man skilja mellan sådana fall där åtgärden genomförs på land, såsom hamnarbetarnas vägran att lasta och lossa fartyget, där hamnlandets lag skall tillämpas, och stridsåtgärder ombord, såsom när ett sjöfolksförbund förbjuder besättningen att arbeta övertid eller genom nyanställningsblockad förbjuder sina medlemmar att ta anställning på fartyget, då flaggans lag synes ligga närmare till hands.²² Beträffande stridsåtgärder vidtagna i flera länder är rättsläget ganska oklart, men ordalydelsen av artikel 9 synes inte tillåta något annat än den s.k. mosaikprincipen, dvs. det utomobligatoriska ansvaret skall avgöras separat för varje land där en del av åtgärden har genomförts eller

²¹ Se *Dickinson* a.a. s. 483; *Heinze* a.a. s. 786; *Illmer* a.a. s. 276; *Palao Moreno* a.a. s. 123.

²² Jfr dock *Birgitta Nyström*, "Swedish Private International Labour Law Influenced by European Union Law", *Essays in Honour of Michael Bogdan*, Lund 2013, s. 417–431, på s. 426–427.

kommer att genomföras.²³ Måhända kan undantag göras i sådana fall där åtgärden i ett visst land var av helt marginell betydelse och närmast utgjorde ett bihang till stridsåtgärd vidtagen i ett annat land.²⁴

Av mer eller mindre teoretiskt intresse i sammanhanget är Rom II-förordningens artikel 14, som under vissa förutsättningar tillåter parterna att överenskomma att en utomobligatorisk förpliktelse skall regleras av en viss rättsordning.²⁵ Med hänsyn till att arbetstagare och deras fackföreningar inte kan sägas vidta stridsåtgärder inom ramen för ”kommersiell verksamhet” kan dylikt lagvalsavtal enligt bestämmelsens ordalydelse ingås endast efter det att den skadevällande händelsen inträffat, således inte i förväg.²⁶ Enligt min mening är det dock inte givet att EU-domstolen skulle tolka bestämmelsen på detta sätt. Det rör sig om en begränsning avsedd att skydda den svagare parten, och EG-domstolen har i flera domar rörande domsrätt uttalat att dylikt skydd inte bör tillerkännas en part som på grund av sin ställning inte är i behov därav.²⁷ Etablerade fackföreningar, som exempelvis de svenska LO-förbunden, har i regel större juridiska och materiella resurser än de flesta arbetsgivare och det finns ingen anledning att i deras intresse begränsa deras avtalsfrihet (det kan för övrigt inte uteslutas att det är just fackföreningen som genom en lagvalsklausul önskar försäkra sig om tillämpning av en viss lag). Valet av rättsordning kan enligt artikel 14(1) *in fine* i varje fall inte åsidosätta tredje mans rättigheter.

Avslutningsvis skall det nämnas att tillämpningen av artikel 9 naturligtvis kan påverkas av förordningens gemensamma och allmänna bestämmelser, såsom regeln om överordnade tvingande bestämmelser i artikel 16 och *ordre public*-förbehållet i artikel 26.²⁸ Dessa artiklar kan inte behandlas närmare i detta

²³ Se *Heinze* a.a. s. 786; *Hellner* a.a. s. 195; *Illmer* a.a. s. 277–278; *Palao Moreno* a.a. s. 124–125; *Vrellis* a.a. s. 671–672.

²⁴ Det vore exempelvis inte helt orimligt att hävda att en symbolisk och i sig helt verkningslös nyanställningsblockad avseende ett tillfälligt besökande utländskt fartygs besättning, vars enda syfte är att legitimera hamnarbetarnas sympatiaktion, vid tillämpning av artikel 9 bör kollisionrättsligt ”konsumeras” av den sistnämnda sympatiaktionen. Man kan i en sådan situation måhända analogivis hänvisa till EG-domstolens dom i saken *Shevanai v. Kreischer*, mål 266/85, [1987] ECR 239, där domstolen vid tolkning av artikel 5(1) i 1968 års Brysselkonvention om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område helt utan stöd i artikelns text förlitade sig på principen *accessorium sequitur principale* (se domens punkt 19).

²⁵ Jfr t.ex. AD 2015 nr 70, där parterna var eniga om att tvisten om bl.a. skadestånd för otillåtna stridsåtgärder skulle prövas enligt svensk rätt. De i målet aktuella stridsåtgärder vidtogs dock redan 2001 och 2003 och tvisten omfattades därför *ratione temporis* inte av Rom II-förordningen.

²⁶ Se *Hellner* a.a. s. 193–194; *Illmer* a.a. s. 274; *Palao Moreno* a.a. s. 121; *Unberath & Cziupka* a.a. s. 856–857; *Vrellis* a.a. s. 673 not 66.

²⁷ Se exempelvis *Shearson Lehmann Hutton v. TVB*, mål C-89/91, [1993] ECR I-139; *Freistaat Bayern v. Jan Blijdenstein*, mål C-433/01, REG 2004 s. I-981.

²⁸ Se *Heinze* a.a. s. 789.

bidrag, men det kan vara värt att påpeka att tillämpning av främmande (särskilt vissa utomeuropeiska) regler om utomobligatoriskt ansvar för arbetsrättsliga stridsåtgärder kan tänkas strida mot såväl känsliga svenska värderingar som Sveriges internationella åtaganden i fråga om grundläggande mänskliga och fackliga rättigheter, exempelvis om en strejk enligt den tillämpliga främmande lagen kan medföra orimligt höga skadestånd, mera avsedda att bestraffa och avskräcka än att kompensera för den uppkomna skadan (se förordningens premiss 32). Rimliga skadestånd av dylik typ strider dock knappast mot svensk *ordre public*, eftersom också den svenska medbestämmandelagens 55 § uttryckligen föreskriver att man vid bedömning om och i vad mån skada har uppkommit för någon även skall ta hänsyn ”till dennes intresse av att lagens eller kollektivavtalets bestämmelser iakttages och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse”.

CATHARINA CALLEMAN
OCH
CARIN ULANDER-WÄNMAN

EN EFFEKTIV OCH RÖRLIG ARBETSKRAFT ELLER
TRYGGHET FÖR ARBETSTAGARNA —
OM TIDSBEGRÄNSAD ANSTÄLLNING 1982–2016

1 Inledning

Ann Numhauser-Henning menar i sin avhandling om tidsbegränsad anställning från år 1984 att det framför allt är två grundläggande motsättningar som initierat anställningsskyddslagstiftningen. Den ena är konflikten mellan produktionens behov av en effektiv och rörlig arbetskraft och arbetstagarnas behov av trygghet i anställningen. Den andra är konflikten mellan den enskilde arbetsgivarens intresse av en rationellt driven verksamhet och den samhälleliga legitimitetskris som uppstår i produktivitetsutvecklingens spår. Numhauser-Henning menar att regleringen av anställningsformer inte innebär några avgörande ingrepp i ekonomins funktionssätt. Enligt henne är de bakomliggande konflikterna strukturellt betingade och kan inte lösas. Lagstiftningens uppgift är i stället att vara konfliktdämpande och det kan antas att den har viktiga ideologiska effekter.¹ Hon beskriver 1982 års anställningsskyddslag som en reträtt och menar att lagstiftaren har velat avlasta arbetsgivarna på centrala punkter. Försöken att tvinga arbetsgivarna att i ökad utsträckning ta sociala hänsyn hade haft begränsad genomslagskraft. Trots att sådana regler i ett mer långsiktigt samhälleligt perspektiv kunde antas gynna ekonomin, kom de ofta i uttalad konflikt med mer omedelbara ekonomiska intressen. Att en del av sysselsättningen styrdes över i otrygga anställningsformer samspelade i väsentliga avseenden med produktionens omedelbara intressen. Numhauser-Henning avslutar sin genomgång av det svenska anställningsskyddets utveckling med att konstatera att motsättningarna mellan arbetstagarnas intresse av anställningsskydd och företagets intresse av rörelsefrihet hade skärpts under

¹ A. Henning, *Tidsbegränsad anställning*, En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner. Juridiska föreningen i Lund 1984, s. 525-533.

åren efter 1974 genom den fortsatta tekniska utvecklingen och den ekonomiska krisen.²

De konflikter som Ann Numhauser-Henning identifierade i sin avhandling är lika aktuella idag som de var i anställningsskyddslagens tidiga skede. Normerna för vad som ska anses vara tillåtna tidsbegränsade anställningar har ändrats över tid och reglerna om visstidsanställningar i 5 § LAS³ är de bestämmelser som genomgått flest förändringar i lagen.⁴ Andelen tidsbegränsade anställningar har ökat från 11 procent under det tidiga 1990-talet till 16,7 procent av de anställda år 2014. Kvinnor utgör en större del av de tidsbegränsat anställda än män och var ungefär 56 procent av de visstidsanställda år 2014.⁵ De näringsgrenar som hade störst andel visstidsanställda var vård och omsorg samt utbildning, skola och förskola.⁶ Andelen tidsbegränsat anställda är störst bland ungdomar. Av anställda i åldern 16–24 år var 56 procent tidsbegränsat anställda år 2014. Utrikes födda har tidsbegränsade anställningar i högre utsträckning än inrikes födda.⁷

I det här bidraget gör vi en genomgång av regleringen om tidsbegränsade anställningar i LAS mellan åren 1982 och 2016 utifrån hur lagstiftaren har gjort avvägningen mellan arbetstagarnas anställningsskydd och arbetsgivarnas intresse av flexibilitet samt samhällets intresse av en konfliktdämpande lagstiftning och hög sysselsättning.

2 Provanställning och tillfällig arbetsanhopning – 1982 års visstidsanställningar

På den svenska arbetsmarknaden ska tillsvidareanställningar utgöra den huvudsakliga anställningsformen. Det synsättet lades fast i 1974 års lag om anställningsskydd och uttalandet har varit vägledande vid förändringar av regler om anställningsformer i LAS alltsedan lagens tillkomst.⁸ Men denna utgångspunkt kom snart i konflikt med omedelbara ekonomiska intressen. I propositionen till 1982 års anställningsskyddslag, som lades fram av en

² A. Henning, *Tidsbegränsad anställning*, s. 150.

³ Anställningsskyddslagen förkortas fortsättningsvis LAS.

⁴ Se C. Ulander-Wänman, och J. Blom, The Evolution of Fixed-term Employment in Swedish legislation: What can we learn from history? i *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law, A Swedish perspective*, L. Carlson, Ö. Edström och B. Nyström (red.) Iustus 2016, s. 207 223.

⁵ SCB 2014, *Utvecklingen av tidsbegränsat anställda*, s. 10.

⁶ Ds 2015:29 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar, s. 30.

⁷ SCB 2014, *Utvecklingen av tidsbegränsat anställda* s. 1, s. 17 18.

⁸ I 1974 års LAS var tidsbegränsad anställning tillåten om det föranleddes av arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet eller det gällde praktikarbete eller vikariat.

nyttillträdd borgerlig regering, framhölls att den största stridsfrågan mellan arbetsgivare och arbetstagarpartier var de begränsade möjligheterna i lagen att göra tidsbegränsade anställningar, främst provanställning och anställning vid tillfällig arbetsanhopning. Kritik framfördes mot att de fackliga organisationerna inte i tillräcklig utsträckning medverkat till behövliga avtalslösningar, vilket ansågs utgöra ett hinder för att upprätthålla sysselsättningen.⁹

En viktig förändring i 1982 års LAS var de ökade möjligheterna att träffa avtal om tidsbegränsade anställningar. Regeringen uttryckte en farhåga för att arbetsgivare skulle avstå från att göra anställningar, om de redan på förhand visste sig ha ett tillfälligt behov av personal och anställningsformer för detta inte fanns. Det ansågs också bli lättare att få en anställning, om arbetsgivaren fick en möjlighet att provanställa. Genom 1982 års LAS gjordes det därför möjligt för arbetsgivaren att göra provanställningar i högst sex månader. Dessutom blev tidsbegränsad anställning tillåten vid *tillfällig arbetsanhopning*. Denna förändring infördes mot bakgrund av den kritik som framförts främst från små och medelstora företag.¹⁰

För att begränsa möjligheten till missbruk av anställningar för tillfällig arbetsanhopning infördes en tidsgräns på sex månader under en period om två år. Den arbetsgivare som hade längre behov av extra arbetskraft var hänvisad till att tillsvidareanställa arbetstagen.¹¹ 1982 års LAS innebar även att det blev möjligt att anställa studerande för feriearbete och att anställa för begränsad tid dels före värnpliktstjänstgöring, dels efter pensionering. Lagen (1982:80) om anställningsskydd trädde i kraft den 1 april 1982.

3 Utökade möjligheter till visstidsanställningar och därefter återställare

Den socialdemokratiska regering som kom till makten kort efter att 1982 års lag trätt i kraft genomförde bara en förändring i de tidsbegränsade anställningarna, nämligen att åldersgränsen för tidsbegränsad anställning efter pensionering höjdes från 65 till 67 år. Efter ett nytt regeringsskifte till en borgerlig regering lades dock i oktober 1993 åter en proposition om förändringar i anställningsskyddet.¹² Den skrevs med utgångspunkt i att Sverige befann sig i en djup lågkonjunktur med hög arbetslöshet, låg produktionsnivå och finansiella

⁹ Prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m. s. 34–35.

¹⁰ Prop. 1981/82:71 s. 41–42.

¹¹ Prop. 1981/82:71 s. 51–52.

¹² Prop. 1993/94:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet.

obalanser. Att få till stånd en snabb expansion av antalet arbetstillfällen inom det privata näringslivet och särskilt inom små och medelstora företag var en av 1990-talets nyckelfrågor. Mot denna bakgrund infördes från den 1 januari 1994 förändringar i LAS. Möjligheten att anställa på viss tid vid arbetsanhopning utökades från sex till tolv månader under en tvåårsperiod och samtidigt togs ordet tillfällig bort ur lagtexten. Även tiden för provanställningar utsträcktes till tolv månader.¹³

Reglerna om tolv månaders anställning vid arbetsanhopning och tolv månaders provanställning blev kortvariga. Vid skiftet till en socialdemokratisk regering återställdes reglerna den 1 januari 1995 till vad som hade gällt ett år tidigare och benämningen *tillfällig arbetsanhopning* återinfördes.¹⁴ Den tillåtna tiden för tillfällig arbetsanhopning och provanställning blev återigen som längst sex månader. Regeringen menade att det i tider av arbetslöshet och bristande framtidstro var viktigt att tillvarata samförståndsandan i den svenska modellen, särskilt med hänsyn till den ökade internationaliseringen. För att löntagarna skulle kunna förväntas medverka lojalt vid förändringar i företagen ansågs de behöva en godtagbar trygghet.¹⁵

4 ”En arbetsrätt för ökad tillväxt” – överenskommen visstidsanställning

Kort efter återställandet, i mars 1995, tillkallade den socialdemokratiska regeringen en kommission med uppdrag att söka lösningar på de problem som arbetsmarknadens parter ansåg fanns på arbetsrättens område.¹⁶ Syftet var att finna former för hur parterna själva i så stor utsträckning som möjligt, genom kollektivavtal, skulle kunna utforma de arbetsrättsliga reglerna. Kommissionens mål var att åstadkomma en långsiktig och stabil arbetsrätt som skulle främja flexibilitet och produktivitet utveckling i företag och offentlig sektor, tillgodose de anställdas behov av utveckling, inflytande, frihet och trygghet, samt främja dels jämställdheten mellan könen, dels invandrarnas villkor på arbetsmarknaden.¹⁷

I juni 1996 presenterade regeringen ett så kallat sysselsättningspaket,¹⁸ där

¹³ Prop. 1993/94:67 s. 28 och s. 25.

¹⁴ Prop. 1994/95:76 Förändringar av vissa arbetsrättsliga regler.

¹⁵ Prop. 1994/95:76 s. 16–17.

¹⁶ 1995 års Arbetsrättskommission under ledning av Tony Hagström.

¹⁷ Prop. 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt, s. 17 och prop. 1995/96:222 Vissa åtgärder för att halvera arbetslösheten till år 2000, s. 79.

¹⁸ Prop. 1995/96:207 En ekonomisk politik för att halvera den öppna arbetslösheten till år 2000 och prop. 1995/96:222.

det framgick att den ansåg att arbetsrätten behövde ändras för att man skulle kunna halvera den öppna arbetslösheten fram till år 2000. Arbetsrätten skulle spegla en rimlig avvägning mellan å ena sidan löntagarnas behov av skydd mot godtyckliga och diskriminerande beslut och å andra sidan företagens behov av att fortlöpande kunna anpassa sin organisation och sin arbetsstyrka till förändrade förutsättningar och behov. De arbetsrättsliga reglerna skulle ha en utformning som inte försvårade för företagen att expandera.

I oktober 1996 lade regeringen fram en proposition med titeln *En arbetsrätt för ökad tillväxt*. LAS ansågs behöva moderniseras eftersom svensk ekonomi och den svenska arbetsmarknaden hade genomgått avsevärda förändringar. Det som främst ansågs ha påverkat förhållandena för såväl arbetsgivare som arbetstagare var den fria rörligheten för kapital, personer, tjänster och varor liksom den öppna internationella kapitalmarknaden och den moderna informationstekniken. Anställningsskyddet skulle anpassas till de rådande förhållandena så att det blev lättare särskilt för små och nystartade företag att expandera. Många företag hade gett uttryck för att LAS utgjorde ett hinder för dem att nyanställa och expansionen i företagen var viktig för att minska den öppna arbetslösheten.¹⁹ Förslaget om förändringar i anställningsskyddslagen skulle bl.a. innebära ytterligare möjligheter att träffa avtal om tidsbegränsade anställningar, så att företagen enkelt skulle kunna anställa fler och sedan, när behovet inte längre fanns, dra ner på personal.²⁰

Den nya formen av tidsbegränsad anställning, *överenskommen visstidsanställning*, skilde sig från tidigare tidsbegränsade anställningar på så sätt att den inte behövde motiveras. Därmed ansågs det finnas en risk för missbruk som behövde motverkas. Därför skulle avtal om överenskommen visstidsanställning med en och samma arbetstagare få ingås för sammanlagt högst tolv månader under tre år. Ingen avtalsperiod fick heller vara kortare än en månad. För att förhindra att ett stadigvarande arbetskraftsbehov skulle fyllas med överenskomna visstidsanställningar, fick en arbetsgivare vid en och samma tidpunkt ha högst fem arbetstagare anställda i överenskommen visstidsanställning. För företag eller verksamheter som inte tidigare hade haft anställda fick avtal träffas för sammanlagt högst 18 månader under tre år, när avtal om överenskommen visstidsanställning träffades för första gången och under tre år därefter.²¹ Regeln om överenskommen visstidsanställning kom att gälla under åren 1997–2006.

¹⁹ Prop. 1996/97:16 s. 19–20.

²⁰ Prop. 1996/97:16 s. 32–33.

²¹ Prop. 1996/97:16 s. 32–36.

Propositionen *En arbetsrätt för ökad tillväxt* innehöll även ett förslag om en borte gräns för vikariat. Om en arbetstagare hade varit anställd hos en arbetsgivare som vikarie i sammanlagt mer än tre år under de senaste fem åren, skulle anställningen automatiskt övergå till en tillsvidareanställning. Regeringen menade att det var ett missförhållande att arbetstagare kunde arbeta på en arbetsplats under ibland mycket lång tid utan att få den trygghet som en tillsvidareanställning innebar. Arbetsgivarens behov av arbetskraft borde i sådana fall tillgodoses med tillsvidareanställd personal. Bestämmelsen skulle, åtminstone för vissa arbetsgivare, innebära att det blev nödvändigt att inrätta en personalreserv för att tillgodose det stadigvarande behovet av vikarier. Lagstiftningen tvingade därmed i detta hänseende fram en viss personalorganisation.²²

En mycket viktig förändring av anställningsskyddet åstadkoms samtidigt i och med att möjligheten att avtala om avvikelser från lagens regler flyttades från central till lokal nivå. Regeringen framhöll att det under senare tid allt oftare hade satts i fråga om inte avvikelser från lagens regler borde kunna göras med lokala kollektivavtal. De fackliga organisationerna ansågs väl kunna ta till vara sina och medlemmarnas intressen. Regeringen menade att det därför nu kunde finnas anledning att öka möjligheterna att träffa lokala kollektivavtal om avvikelse från lagens regler. Kravet på centralt avtal eller centralt godkännande för avvikelser togs därmed bort från vissa regler som var helt avgörande för anställningsskyddet. Dit hörde reglerna om tidsbegränsade anställningar i 5–6 §§ LAS. Lokala kollektivavtal om avvikelse från lagreglerna skulle dock få träffas endast på arbetsplatser där ett centralt kollektivavtal gällde, t.ex. rörande allmänna anställningsvillkor.²³

5 Ett förslag om förenkling och radikal liberalisering

Strax efter sekelskiftet blev förändringar i arbetsrätten åter aktuella. Enligt ett betänkande av arbetsmarknadsutskottet fanns en risk för att förutsättningarna för att uppnå målet om ett rättvisare och tryggare arbetsliv hade ändrats på grund av de stora förändringar som skett i samhället och näringslivet. Det hade skett en icke önskvärd utveckling mot fler kortare och lösare anställningsformer på arbetsmarknaden på bekostnad av fasta heltidstjänster och allt fler var inte arbetstagare utan deras tjänster utformades på ett sätt så att de betraktades som egna företagare. Den iakttagna förändringen innebar att allt

²² Prop. 1996/97:16 s. 38–39.

²³ Prop. 1996/97:16 s. 27.

fler stod utanför den arbetsrättsliga lagstiftningen, som byggde på att de som utförde arbete var arbetstagare.²⁴

Mot denna bakgrund uppdrog regeringen år 2000 åt Arbetslivsinstitutet att se över den arbetsrättsliga regleringen, med målsättningen att uppfylla kraven på trygghet och inflytande för de anställda inom ramen för en flexibel och effektiv arbetsmarknad.²⁵ Institutet skulle eftersträva balanserade lösningar som på längre sikt kunde utgöra en hållbar grund för en rättvis reglering av förhållandena i arbetslivet. Ett av de fyra områden som omfattades av uppdraget var tidsbegränsade anställningar.²⁶

I den utredning som Arbetslivsinstitutet senare publicerade, Ds 2002:56, *En hållfast arbetsrätt*, sågs det som en viktig uppgift att modernisera arbetsrätten och anpassa den till informationssamhällets verklighet. Arbetsrätten skulle kunna fungera både i låg- och högkonjunkturer och den skulle inte vara beroende av tillfälliga förändringar i riksdagens sammansättning. I de fall ny lagstiftning föreslogs skulle den vara transparent och informativ. Den gällande lagstiftningen ansågs inte ha förmått hindra en uppdelning av befolkningen vad gällde tillgången på arbete och anställningsvillkor. Utredningen menade även att anställningsskyddslagens utformning och balansen mellan flexibilitet och trygghet inte kunde betraktas enbart utifrån verkningarna för den enskilde arbetstagaren och arbetsgivaren. Flexibla lösningar var viktiga för att skapa tillväxt, vilket utgjorde en förutsättning för ett bibehållande och en utveckling av välfärdssystemet.²⁷

När det gällde tidsbegränsade anställningar föreslog utredningen en förenklad och enhetlig modell för reglering. Förslaget utgick från att tidsbegränsade anställningar behövdes och var legitima på en modern arbetsmarknad, men att tillsvidareanställningar skulle vara den huvudsakliga anställningsformen också framöver. Förslaget hade tre syften:

Ett syfte var att underlätta inträdet på arbetsmarknaden genom att radikalt liberalisera möjligheten att använda tidsbegränsade anställningar, t.ex. vid ökat arbetskraftsbehov. Listan i LAS på drygt tio giltiga skäl för tidsbegränsade anställningar skulle ersättas med en föreskrift om att det var fritt fram för tidsbegränsade anställningar under högst 18 månader (inom en referensperiod på fem år). Undantag skulle göras för vikariat för en annan person, vilket skulle

²⁴ Arbetsmarknadsutskottets betänkande 1999/2000: AU5 Lönebildning och arbetsrätt, s. 46–47.

²⁵ Bilaga till regeringsbeslut 2000-07-13, I2 N2000/2486/ARM, *Översyn av vissa arbetsrättsliga frågor*.

²⁶ Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv, s. 1.

²⁷ Ds 2002:56 s. 201–202.

kunna ske under ytterligare 18 månader under samma period. Möjligheterna till provanställningar skulle förbli oförändrade.

Ett annat syfte var att motverka att arbetstagare under lång tid eller permanent befann sig i långa eller på varandra följande tidsbegränsade anställningar genom att se till att dessa personer ”slussades” mot tillsvidareanställningar. Detta skulle uppnås genom en företrädesrätt till återanställning redan efter sex månaders anställningstid.

Det tredje syftet var att införa ett helt nytt ekonomiskt styrsystem, som sikrade till att göra det lönsamt att tillsvidareanställa arbetstagare efter 18 månader. En arbetsgivare, som önskade göra en tidsbegränsad anställning på över 18 månader, skulle betala en avgift om en tredjedels månadslön för varje fullgjord anställningsmånad, dock minst tre månadslöner.

6 EU-rättens betydelse för den svenska regleringen av tidsbegränsade anställningar

Sveriges medlemskap i EU sedan år 1995 har haft betydelse för utformningen av den svenska regleringen av visstidsanställningar. Inom EU har flexibla anställningsformer och atypiska anställningar gynnats av sysselsättningsstrategier för att säkerställa en hög sysselsättning och förbättrad konkurrenskraft för EU.²⁸ Samtidigt har vissa EU-direktiv som mål att förbättra kvaliteten i sådana anställningar.

6.1 *Visstidsdirektivet*

Redan år 1990 presenterade EU-kommissionen förslag till direktiv om förhållandena för deltids- och visstidsanställda arbetstagare. Den 18 mars 1999 träffade de branschövergripande organisationerna på Europainivå – UNICE, CEEP och EFS – ett ramavtal om visstidsarbete, där det konstaterades bland annat att en tillsvidareanställning förbättrar arbetstagarnas livskvalitet och ökar prestationen i arbetet. Ramavtalet om visstidsarbete hade två syften. Det ena var att förbättra kvalitén på visstidsarbete genom principen om icke-diskriminering: Visstidsanställda skulle inte behandlas sämre än jämförbara tillsvidareanställda, om det inte kunde motiveras på objektiva grunder. Det andra syftet med ramavtalet var att förhindra missbruk vid tillämpningen av på varandra följande anställningsförhållanden.

²⁸ Den europeiska sysselsättningsstrategin från 1997 och senare Europe 2020.

- För att förhindra missbruk skulle medlemsstaterna införa
- bestämmelser om objektiva grunder för förnyad visstidsanställning.
 - bestämmelser om en tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar.
 - bestämmelser om hur många gånger en visstidsanställning fick förnyas.
- Arbetsgivaren gavs en skyldighet att informera visstidsanställda om lediga befattningar för att garantera att de hade samma möjligheter som andra arbetstagare att få en tillsvidareanställning.
- Ramavtalet om visstidsanställning omformades till lagstiftning genom visstidsdirektivet (99/70/EG).

6.2 Genomförandet i Sverige

I Sverige pågick implementeringen av EU:s visstidsdirektiv (99/70/EG) samtidigt med annat lagstiftningsarbete på anställningsskyddets område. I utredningen om genomförandet av direktivet²⁹ ansågs det tveksamt om gällande svensk rätt kunde säkerställa principen om icke-diskriminering. När det gällde missbruk av visstidsanställningar ansågs dock LAS:s begränsningsregler, Arbetsdomstolens praxis och kravet på centrala arbetstagarorganisationers medverkan för ett giltigt kollektivavtal ge tillräckligt skydd. Visstidsdirektivets bestämmelser om missbruk ansågs därför inte föranleda några särskilda åtgärder. Inte heller ansågs det nödvändigt att införa någon bestämmelse om information om lediga tjänster i verksamheten.³⁰ I propositionen instämde regeringen inte i den senare bedömningen, men frågan ansågs kräva ytterligare överväganden.³¹

Lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, som trädde i kraft den 1 juli 2002, syftade till att skydda mot diskriminering i fråga om lön och andra anställningsvillkor. Enligt lagen är både direkt och indirekt diskriminering förbjuden. Förbuden gäller dock inte om tillämpningen av villkoren är berättigad av sakliga skäl (vid direkt diskriminering), respektive

²⁹ Ds 2001:6 Genomförande av deltids- och visstidsdirektiven.

³⁰ Ds 2001:6 s. 60–65.

³¹ Prop. 2001/02:97 Lag om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, m. m., s. 54. År 2006 infördes i 6 f § LAS en regel om att arbetsgivaren skulle informera arbetstagare med tidsbegränsad anställning om lediga tillsvidareanställningar och provanställningar (prop. 2005/06:185).

om tillämpningen av villkoren kan motiveras av ett berättigat mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet (vid indirekt diskriminering).³²

7 Fri visstidsanställning

I mars 2006 presenterade den socialdemokratiska regeringen en proposition med namnet *Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningskyddslagen och föräldraledighetslagen*, som delvis byggde på de förslag som lagts fram av Arbetslivsinstitutet.³³ Vad gällde tidsbegränsade anställningar hänvisade regeringen till att dessa hade ökat markant sedan 1990-talets början. Åtminstone en halv miljon arbetstagare eller över en sjättedel av den samlade arbetskraften var tidsbegränsat anställda. Grupper på arbetsmarknaden som av olika skäl ofta hade en svagare ställning, t.ex. kvinnor, yngre och personer med utländsk bakgrund, var klart överrepresenterade och en stor del av dem blev kvar i denna anställningsform under lång tid.³⁴

Regeringen framhöll att tillsvidareanställningar var grunden på den svenska arbetsmarknaden. De gav inte bara arbetstagare en större trygghet än tidsbegränsade anställningar utan kunde också bättre främja deltagandet i den sociala gemenskapen på arbetsplatsen. Tidsbegränsat anställda hade sämre utvecklings- och utbildningsmöjligheter i arbetet än tillsvidareanställda och sämre utsikter på arbetsmarknaden.³⁵ Dessutom var det lättare för arbetstagare med tillsvidareanställning att få lån hos kreditgivare.³⁶ Allt detta kunde ha konsekvenser för familjebildning och integration samt även ha effekter på hälsan. Anställningsformen kunde ha betydelse för den enskildes möjligheter att styra och planera sin totala livssituation.³⁷

Tidsbegränsade anställningar fyllde samtidigt enligt regeringen i många fall en viktig funktion på arbetsmarknaden. Reglerna var dock svåra att förstå och tillämpa för både arbetsgivare och arbetstagare. Svårigheterna berodde på att olika förutsättningar och tidsfrister knutits till de olika formerna av tidsbegrän-

³² Frågor om diskriminering av visstidsanställda har behandlats två gånger i Arbetsdomstolen (AD 2008 nr 97 och AD 2008 nr 32). Utgången i de två målen var likartad: De tidsbegränsat anställda ansågs inte ha befunnit sig i en likartad situation som de tillsvidareanställda och diskriminering ansågs därför inte ha förekommit.

³³ Prop. 2005/06:185.

³⁴ Prop. 2005/06:185 s. 38.

³⁵ Se t.ex. G. Aronsson m.fl. Anställningsformer, arbetsmiljö och hälsa i ett centrum-periferi-perspektiv, *Arbete och Hälsa* nr 2009:9, s. 10.

³⁶ G. Aronsson, Flexibla inkomster och fasta utgifter, *Arbete och Hälsa* nr 2000:20.

³⁷ Prop. 2005/06:185 s. 38. Se även J. Alfonsson, Permanent nykomling Om behovsanställdas villkor, *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, Årgång 21 nr 3, 2015, s. 14–15.

sade anställningar. Målsättningen nu var att antalet visstidsanställningar skulle minska och att reglerna skulle främja en övergång från tidsbegränsade anställningar till tillsvidareanställning. För att förenkla för arbetsgivare och arbetstagare föreslogs att reglerna om tidsbegränsade anställningar skulle ersättas av en ny form: *Fri visstidsanställning*. För att tillgodose arbetstagarens behov av trygghet i anställningen behövde en begränsning av regeln göras. En enkel och enhetlig reglering åstadkoms genom en gräns för hur länge en fri visstidsanställning som längst fick pågå. Om en arbetstagare under en femårsperiod hade varit anställd hos en arbetsgivare i fri visstidsanställning i sammanlagt mer än 14 månader skulle anställningen övergå till en tillsvidareanställning.³⁸

Reglerna om fri visstidsanställning skulle träda i kraft den 1 juli 2007.

8 Allmän visstidsanställning

Ett regeringsskifte under hösten 2006 innebar att reglerna om fri visstidsanställning aldrig hann träda i kraft. Den nytilträdde alliansregeringen lade i april 2007 fram ett modifierat förslag om tidsbegränsade anställningar.³⁹ Alliansregeringen menade att reglerna inte bara behövde förenklas och bli mer överblickbara. Det var också nödvändigt att tidsbegränsade anställningar fick ett utökat utrymme.

En utgångspunkt för den nya regeringen var att det skulle vara lätt för arbetsgivaren att anställa. Goda möjligheter för arbetsgivaren att anställa på viss tid under förhållandevis långa perioder skulle underlätta att anställningar kom till stånd och öka arbetsgivarens flexibilitet vid anställningstillfället.⁴⁰ Mindre restriktiva regler om tidsbegränsade anställningar skulle underlätta för ungdomar och invandrare att komma in på arbetsmarknaden. Tidsbegränsade anställningar var en viktig bro in i arbetslivet för unga och andra som saknade eller hade begränsad arbetslivserfarenhet. Den höga arbetslösheten bland ungdomar och invandrare kunde ha samband med att LAS regler var mindre flexibla än vad som krävdes i ett modernt arbetsliv. Dagens trösklar för att komma in på arbetsmarknaden var för höga. Det var därför nödvändigt att ändra de av riksdagen antagna reglerna i vissa avseenden.⁴¹ Tidsbegränsade

³⁸ Prop. 2005/06:185 s. 39 ff.

³⁹ Prop. 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning.

⁴⁰ Prop. 2006/07:111 s. 27.

⁴¹ Prop. 2006/07:111 s. 22–23.

anställningar skulle få träffas för allmän visstidsanställning,⁴² för vikariat, för säsongarbete och när arbetstagaren fyllt 67 år.

För att motverka att arbetsgivaren använde sig av tidsbegränsade anställningar vid ett permanent arbetskraftsbehov föreslogs särskilda regler. Möjligheterna till missbruk skulle minska, om en tidsbegränsad anställning som pågått under viss tid övergick till en tillsvidareanställning. Det ansågs rimligt att allmänna visstidsanställningar som pågått i sammanlagt mer än två år under fem år omvandlades till en tillsvidareanställning.⁴³ Även när en arbetstagare hade varit anställd hos samma arbetsgivare som vikarie i sammanlagt mer än två år under en femårsperiod, skulle anställningen övergå till en tillsvidareanställning.⁴⁴

Vid beräkningen av tiden i allmän visstidsanställning skulle inte någon sammanslagning ske med anställningstid i annan tidsbegränsad anställning. Inte heller infördes det någon yttersta gräns för hur länge en arbetstagare fick vara anställd i flera olika på varandra följande tidsbegränsade anställningar.⁴⁵ En arbetsgivare kunde därför kombinera vikariat, allmän visstidsanställning, säsonganställning och provanställning under flera år utan att det stred mot lagen. Lagstiftningen trädde i kraft den 1 juli 2007.

9 TCO:s anmälan till kommissionen om brister i den svenska implementeringen av visstidsdirektivet

År 2010 anmälde TCO Sverige till EU-kommissionen med motivet att det fanns brister i implementeringen av visstidsdirektivet i den svenska lagen.⁴⁶ Kommissionen inledde därefter ett överträdelseärende mot Sverige och den svenska regeringen och Kommissionen kommunicerade informellt vid ett flertal tillfällen. Kommissionen lät sig inte nöjas med regeringens argumentation utan skickade i mars år 2010 en formell underrättelse till Sverige som besvarades av Arbetsmarknadsdepartementet.⁴⁷ Kommissionen godtog dock inte i alla delar Sveriges svar att gällande reglering uppfyllde kraven i

⁴² I stället för fri visstidsanställning användes hädanefter uttrycket allmän visstidsanställning.

⁴³ Prop. 2006/07:111 s. 28.

⁴⁴ Tidigare hade en vikariatsanställning övergått till en tillsvidareanställning först efter tre år (se ovan avsnitt 4).

⁴⁵ Prop. 2006/07:111 s. 28–29.

⁴⁶ Se Anmälan mot Konungariket Sverige på grund av att nya regler om visstidsanställningar i Sverige innebär ett bristande genomförande av Direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP och Bilaga 2.

⁴⁷ Se bl.a. Europeiska kommissionen 2007/4835, K(2010)1434, Arbetsmarknadsdepartementet, *Svar på formell underrättelse angående Sveriges införlivande av rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.*

visstidsdirektivet. I februari 2013 formulerade Kommissionen ett motiverat yttrande, där Sverige uppmanades att vidta de åtgärder som var nödvändiga inom två månader från mottagandet.⁴⁸ Efter ytterligare kommunikation och efter att Sverige utrett⁴⁹ förekomsten av längre perioder av tidsbegränsade anställningar hos en och samma arbetsgivare, tillsatte arbetsmarknadsdepartementet en utredning om förändringar i 5 § LAS. Utredningen ledde fram till ett förslag om en kompletterande bestämmelse till 5 § LAS vad gällde bl.a. sammanräkning av olika tidsbegränsade anställningar.⁵⁰ Den bestämmelsen trädde i kraft 1 maj 2016.

10 Den nuvarande regleringen av tidsbegränsade anställningar

I gällande LAS är det tillåtet att träffa tidsbegränsade avtal för allmän visstidsanställning, vikariat och säsongsarbete samt när arbetstagaren har fyllt 67 år. En arbetstagare som varit anställd som vikarie liksom en arbetstagare som haft en allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år under en femårsperiod får automatiskt sin anställning omvandlad till en tillsvidareanställning.

Den nya kompletterande bestämmelsen i 5 § LAS innebär att en omvandling av en allmän visstidsanställning kan ske inte bara om anställningstiden överstiger två år under en femårsperiod, utan även om det sker under en period då tidsbegränsade anställningar i form av allmän visstidsanställning, vikariat och säsongsarbete enligt LAS följt på varandra ingår i en kedja av tidsbegränsade anställningar.⁵¹ Det får då inte finnas några uppehåll mellan anställningarna som är längre än sex månader. Syftet med lagändringen anges vara dels att förbättra situationen för arbetstagare som riskerar att fastna i tidsbegränsade anställningar under lång tid, dels att säkerhetsställa att LAS uppfyller de krav på åtgärder som ska förebygga missbruk av tidsbegränsade anställningar enligt visstidsdirektivet.⁵²

En tidsbegränsat anställd arbetstagare har även enligt 6 g § LAS fått utökad rätt till sådan information som har betydelse för möjligheten till omvandling till en tillsvidareanställning. Lagändringen innebär inte några förändringar i

⁴⁸ Motiverat yttrande riktat till Sverige i enlighet med artikel 258 FEUF till följd av underlåtelse att överföra klausul nr 5 i ramavtalet i bilagan till direktiv 199/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete. Överträdelseärende nummer 2007/4835.

⁴⁹ SCB 2014, *Utvecklingen av tidsbegränsat anställda*.

⁵⁰ Ds 2015:29 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar.

⁵¹ Bet. AU 2015/16:AU5 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar, s. 1.

⁵² Prop. 2015/16:62 Skärpta åtgärder mot missbruk av tidsbegränsade anställningar, s. 1.

arbetsmarknadens parter möjligheter att träffa kollektivavtal som avviker från lagens regler om tidsbegränsade anställningar. Det finns heller inte några övergångsregler i den nya lagstiftningen som berör giltigheten av gällande kollektivavtal.

11 Sammanfattande kommentarer

Motsättningarna mellan anställningsskyddet och företagets rörelsefrihet har skärpts kraftigt sedan 1982. Genomgången av lagstiftningen om tidsbegränsade anställningar från år 1982 och fram till idag visar en fortgående utökning av möjligheterna att anställa på viss tid. Utökningen har åstadkommit både genom de materiella reglerna och genom att rätten att avtala om tidsbegränsningar har förts ner på lokal nivå. Arbetstagarnas behov av trygghet i anställningen har därmed underordnats produktionens behov av en effektiv och rörlig arbetskraft och samhällets intresse av att åstadkomma en hög sysselsättning.

Möjligheten att anställa på viss tid har balanserats mot riskerna för missbruk på olika sätt. I LAS tidiga skede skedde detta genom en klart restriktiv reglering, senare genom bestämmelser om antalet arbetstagare i visstidsanställningar och därefter genom omvandling av upprepade tidsbegränsade anställningar till tillsvidareanställning.

Lagstiftningens konfliktdämpande funktion har ibland gjorts tydlig, i synnerhet av de socialdemokratiska regeringarna som hänvisar till samförståndssanda och behovet av att få arbetstagarna att medverka lojalt vid förändringar. Också de återkommande hänvisningarna till ökade möjligheter för utsatta grupper som ungdomar, personer med funktionsnedsättning och utrikes födda att komma in på arbetsmarknaden kan ha haft en konfliktdämpande funktion.

Ett genomgående argument för en generösare lagstiftning om tidsbegränsade anställningar är tron att detta innebär en större vilja hos arbetsgivare att nyanställa. Över tid är det samma kategorier som har tidsbegränsade anställningar, nämligen kvinnor, unga och utrikesfödda.⁵³ Om vissa grupper av arbetskraften särskilt ska utgöra de flexibla arbetstagarna och bära de nackdelar det innebär att upprätthålla tidsbegränsade anställningar är det rimligt att det vidtas lagstiftningsåtgärder som kompenserar dessa arbetstagargrupper genom att ge dem möjlighet till ökad konkurrenskraft och

⁵³ Kvinnor övergår dessutom oavsett åldersgrupp till tillsvidareanställning i lägre utsträckning än män (K. Håkansson, *Språngbräda eller segmentering*, IFAU 2001:1, s. 55).

trygghet. Det kan göras t.ex. genom att arbetsgivare avsätter särskilda individuella medel för kompetensutveckling som följer den tidsbegränsat anställda mellan olika anställningar eller upprättande av särskilda avtal om löneutveckling för tidsbegränsat anställda.

Verklighetsbeskrivningarna av vad som krävs för att uppnå tillväxt och en hög sysselsättning skiljer sig, som vi ser det, mellan de olika politiska grupperingarna. Det socialdemokratiska partiet har i högre utsträckning än det liberala blocket verkat för en restriktiv reglering av möjligheten att göra på varandra följande tidsbegränsade anställningar, utan att ge avkall på målen om tillväxt och en hög sysselsättning. I Ds 2002:56 *En hållfast arbetsrätt* förordades en arbetsrätt som inte var beroende av tillfälliga förändringar i riksdagens sammansättning och som var transparent och informativ. Sedan dess har reglerna fortsatt att ändras beroende på förändringar i riksdagen och den arbetsrätt som gäller idag kan knappast sägas vara enkel och informativ. Borgerliga regeringar har helt enkelt förespråkade ytterligare tidsbegränsningar medan socialdemokratiska regeringar har bromsat en sådan utveckling eller accepterat den med hänvisning till arbetsmarknadens behov.

Argumentationen i förarbetena om behovet av en rörlig arbetskraft och hög produktivitet för tanken till global konkurrensutsatthet och därmed till den privata exportindustrin. Det är därför intressant att notera att de flesta tidsbegränsade anställningarna på den svenska arbetsmarknaden finns inom kommuner och landsting. Där sitter politiskt valda företrädare vid makten, vilka trots partsautonomin kan verka för tryggare anställningsformer för denna kvinnodominerande sektor, som ett led i jämställdhetsarbetet. Oavsett politisk åskådning innehåller de olika regeringarnas argumentation att den arbetsrättsliga regleringen ska bidra till att motverka en segregerad arbetsmarknad. Detta har den rättsliga regleringen inte lyckats med. Segmenteringen på arbetsmarknaden synes snarare öka och cementeras än minska eller brytas upp.

Ett mycket viktigt förhållande är att lagstiftningen om tidsbegränsade anställningar i Sverige är semidispositiv. Arbetsmarknadens parter på central och lokal nivå kan fastställa regler om tidsbegränsade anställningar och det finns ingen EU-spärr som begränsar parternas avtalsfrihet. Konsekvenserna av detta – en uppsjö av otrygga anställningar på arbetsmarknaden som ”behovsanställningar”, ”intermittenta anställningar” eller ”sms-anställningar” – diskuteras inte i förarbetena. I Allmänna Bestämmelser för kommuner och landsting finns regler om att en arbetstagarare kan vara anställd under sammanlagt tre år som vikare eller i allmän visstidsanställning under en femårsperiod innan anställningen övergår i en tillsvidareanställning, d.v.s. en reglering liknande

den lagstiftning som nu har måst ändras. Den kritik som Kommissionen hade mot den tidigare svenska lagstiftningen är tillämplig också på kollektivavtalen.

Ann Numhauser-Henning menar i sin avhandling att de två grundläggande motsättningar som initierat anställningsskyddslagen är strukturellt betingande och inte kan lösas. Den praktiska tillämpningen av lagen har visat att det idag liksom tidigare, företrädesvis är kvinnor, unga och utlandsfödda som får bära bördan av den olösliga konflikten. Frågan är vad lagstiftningen kan göra för att kompensera dem för det?

Förbudet mot diskriminering på grund av visstidsanställning har i viss mån bidragit till att förbättra villkoren i kollektivavtal för tidsbegränsade anställningar. Men problemet med visstidsarbete är inte i första hand villkor som är proportionellt sämre än i tillsvidareanställning utan ligger i mer grundläggande skillnader, som möjligheten att försörja sig själv, ingå ett hyresavtal eller att ta banklån etc. Och inte minst gör visstidsanställningar, dvs. osäkerheten om fortsatt anställning, det svårt att hävda sina arbetsrättsliga rättigheter.

Argumentationen för utvidgade möjligheter att anställa på viss tid har ofta byggt på omtanke om de små arbetsgivarna. Idag är lagstiftningen om tidsbegränsade anställningar så komplicerad att det är otänkbart att en liten arbetsgivare med flera tillfälligt anställda ska kunna tillämpa reglerna och lämna information om anställningarna på det sätt som krävs. Risken är därför stor att dessa arbetsgivare, där det är möjligt med kortare utbildningstider, mer frekvent byter ut arbetstagare och att dessa arbetstagare fastnar i en otrygg anställning.

LAURA CARLSON

DISCRIMINATION DAMAGES – PROMOTING OR PREVENTING ACCESS TO JUSTICE?

It is appropriate in a Festschrift dedicated to Professor Ann Numhauser-Henning to address one of the topics she has focused much on in her research, combating unlawful discrimination; a battle firmly entrenched in both Swedish and EU law. Hand-in-hand with eradicating unlawful discrimination are issues of access to justice, the ability of individuals to seek and obtain effective remedies for unlawful discrimination through institutions of justice. The focus of this contribution is on three vital aspects necessary for disadvantaged communities to have access to justice. The first is effective, proportional and dissuasive remedies for discrimination claims.¹ Closely tied to this are aspects two and three, whether the Swedish justice system is financially accessible for discrimination plaintiffs and whether legal counsel is available to such plaintiffs. This contribution examines the institution of discrimination damages (*diskrimineringsersättning*) as newly created in the Swedish 2008 Discrimination Act, both as intended by the legislature to increase access to justice and as applied by the Labour Court (*Arbetsdomstolen*, 'AD'). The intention and application of the law will be assessed against an access to justice analysis focusing on the award of damages as well as trial costs and fees, and access to legal counsel for plaintiffs.

1 The legislative history of discrimination damages

In the first proposal submitted by the Discrimination Committee (*Diskrimineringskommittén*) investigating the Swedish discrimination legislation in 2006,² the Committee began by establishing the human rights bases

¹ For a general discussion of access to justice in this context, see M Mayo, G Koessler, M Scott, and I Slater, *Access to justice for disadvantaged communities* (Policy Press 2014).

² See the Legislative Committee Inquiry regarding the need for a new discrimination law, SOU 2006:22, *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*, part I (2006) at 211. For a summary of the Committee's work in English, see *id.* at 41–69, including a list of the legislation to be replaced by the proposed act.

for prohibitions against discrimination, citing most if not all international and European human rights instruments. The Committee concluded that discrimination constitutes a violation of fundamental human rights and that legislation and damages are two of several means of combating discrimination and thereby supporting these rights. Finding the regulatory situation in Sweden at best piecemeal legislation, the Committee proposed a single discrimination act to replace most of the existing discrimination legislation, with the exception of the legislation concerning part-time and fixed-term work, and the provisions protecting parents when taking parental leave. A right to damages was emphasized by the Committee, citing the EU law requirement that sanctions be effective, proportionate and dissuasive.

A right to damages for unlawful discrimination might be a self-evident general proposition with respect to violations of legislation, but in the Swedish context this has not necessarily always been the case and this for at least three reasons. Within tort law in general in Sweden, damages as set out by the 1972 Tort Act³ are either economic (*ekonomiskt*) or general (*ideellt* generally, with respect to labour and employment law, *allmänt*) damages. General damages⁴ are awarded for non-pecuniary harms, such as to privacy or loss of enjoyment of life. According to the Discrimination Committee above, the harm at issue with respect to general damages can, for example, be emotional suffering, being ill at ease or anything else that in the individual context can diminish quality of life. Thus, general damages are not to compensate for actual economic losses but to compensate for non-pecuniary harms and to help individuals get back on their feet after traumatic events. In the discrimination law context, general damages can be awarded in cases of unlawful discrimination (as discussed below). Economic damages, however, are only awarded by the Swedish courts in employment law cases where the plaintiff already is an employee of the discriminating employer. In other words, job applicants are not awarded economic damages in cases of unlawful discrimination. Equity is not an institution in Swedish law, so the courts have no equitable powers. Swedish courts consequently do not award equitable remedies in cases of unlawful discrimination (for example, ordering the hiring of a person who has suffered from unlawful discrimination in a hiring process). A decision made by an employer can be voided, but the employer ultimately

³ Skadeståndslag (SFS 1972:207). This is a framework act which entails two things: the act is purposefully not very detailed, leaving much to the courts to determine, and the law is used as a default law where other legislation is lacking in detail. As private law legislation, the parties are free to contract out of its application.

⁴ General damages can also be referred to as non-economic damages.

cannot be forced to take back a former employee, and can never be forced to hire an individual.

The first complication with respect to damage awards for unlawful discrimination surfaced already with the first legislation prohibiting discrimination as against women, the 1979 Equal Treatment between Men and Women Act.⁵ The 1979 Act was controversial, in that legislation prohibiting discrimination was not seen as desirable, and any statutory regulation of discrimination in the private sector had long been fought by both employer and employee organizations. They argued that discrimination did not and should not differ in any aspect from other employment issues regulated by the social partners and consequently the social partners should also regulate discrimination issues.⁶ To ameliorate the effects of the legislation, the focus of the 1979 Act (as well as the subsequent 1991 Act) was on positive measures, with the right to litigate and receive damages a secondary approach, perceived of more as a necessary evil and not as a step in eradicating societal discrimination. This can be clearly seen from the 'group rebate' found in the section 8 of the 1979 Act and later section 25 of the 1991 Act. In the event an employer discriminated against more than the one person on the basis of sex, the damages were to be assessed as to one person and then shared equally by the group. This group rebate was not removed from the legislation until the year 2000.⁷

The second complexity with respect to damages within the Swedish legal system is that there is no general right to damages for a legal violation. Instead, any sanctions (including damages) for a law violation are to be explicitly included in the statute in question. This problem has been raised most acutely in the contexts of the European Convention of Human Rights and the Swedish constitution. With respect to violations of either the ECHR or the constitution, the Swedish courts initially did not award damages as there is no such explicit legal provision in either the ECHR or in the Swedish constitution. This has recently been relaxed somewhat, but the issue of awarding damages for violations of the ECHR or the constitution is still unclear.⁸ Damages can be

⁵ Lag (SFS 1979:503) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.

⁶ Legislative Bill 1978/79:175, med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m. (1978) at 25. All the social partners were negative to the proposed law with the exception of SACO/SR. *Id.* at 196.

⁷ Lag (SFS 2000:773) om ändring i jämställdhetslagen (1991:433).

⁸ See the Swedish Supreme Court judgments in NJA 2003 p. 414, NJA 2005 p. 462 and NJA 2014 p. 323. See also, I Cameron, Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheter, *SvJT* 2006, 553 and the Legislative Committee Inquiry, SOU 2010:87, Skadestånd och Europakonventionen (2010), and its English summary at 27–38.

awarded under the Tort Act, but only in cases of intentional harms or negligence. Strict liability damages can only be awarded where explicitly prescribed by statute.

The third complicating aspect is that there is a tendency in both the scholarship concerning damages and in the judgments of the courts to create a hierarchy of harm/damages based on criminal sanctions. Very often civil general damages are compared to criminal sanctions, with the argument being, for example, that general civil damages for discrimination cannot be awarded at levels higher than for example the damages received by a sexual assault victim. A high profile 2006 judgment in which the Swedish Supreme Court lowered the damages awarded for unlawful discrimination, NJA 2006 p. 170, concerned a lesbian who was discriminated in a restaurant. The plaintiff pleaded general damages of SEK 120,000 which was rejected by the trial court. The Court of Appeals found for the plaintiff and awarded SEK 50,000 in general damages. The Supreme Court lowered the damages to SEK 15,000 after comparing the Court of Appeal's award of SEK 50,000 with the average of general damages awarded in criminal cases for murder, SEK 100,000, and first degree sexual assault, SEK 75,000. The Supreme Court reasoned that:

The case of discrimination at issue here for judgment differs radically from many of the cases encompassed by the employment discrimination legislation. Discrimination in accordance to that legislation often has persistent or long-term effects. In the case at hand, the discriminatory actions S.G. has been exposed to have been that she was requested to stop kissing and hugging and eventually escorted out of the restaurant. These actions have not entailed any long-term practical effects. Despite the fact that the actions without doubt may be seen as serious, damages in the amount requested by the Ombudsman are long over the compensation levels for violations that are applied in accordance to general tort law.

This approach of comparing civil and criminal law awards of general damages has led to very conservative awards in discrimination cases in general. Consequently, the committee's proposal as to being able to receive damages against this background was not so self-evident.

Criticism was directed at the Discrimination Committee's Report for its failure to address the issue of effective damages more thoroughly.⁹ The cautious approach to damages by the Committee was replaced in the

⁹ See for example, SOU 2006:22 Part III at 32.

Legislative Bill by the mantra: 'It should cost to discriminate' (*det ska kosta att diskriminera*).¹⁰ The creation of a new sanction in the form of a new category of damages, discrimination damages (*diskrimineringsersättning*),¹¹ is to effect this cost. This is based on a similar theme recurrent in Union law as can be seen in the Gender Recast Directive,¹² 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men, stating in its Article 25 that the penalties for the infringement of the national measures taken in accordance to the directive are to be effective, proportionate and dissuasive, in the Race Directive 2000/43/EC in its Article 17, that sanctions are to be effective, proportionate and dissuasive, as well as in Article 17 of the framework directive 2000/78/EC prohibiting discrimination on the basis of religion or belief, disability, age or sexual orientation, requiring that sanctions be effective, proportionate and dissuasive. The Government Legislative Bill submitted in 2008 can be seen as a product of the point of time at which Union discrimination law requirements were being more clearly articulated in the legislation and case law, as well as in the wake of recent Swedish cases concerning for example the ECHR and the lesbian couple as mentioned above.¹³

According to the Legislative Bill, discrimination damages create a third category of damages distinct from general and economic damages in that an award of discrimination damages is to have two functions, not one: compensation and deterrence. A distinction is made here between criminal law, where deterrence is based not only on criminal damages but on the criminal sentence, for example imprisonment or fines. In the area of discrimination law, deterrence can only rely on the damages awarded and consequently, discrimination damages must be at higher levels. The Government states in the Legislative Bill that comparisons to criminal sanctions are not appropriate and should be avoided, as the functions of discrimination damages and criminal damages diverge.¹⁴ Discrimination damages are to constitute both compensation for the violation and deterrence from discriminating. The courts are also not to make direct comparisons

¹⁰ Legislative Bill 2007/08:95, Ett starkare skydd mot diskriminering (2007) at 390.

¹¹ This new sanction was based on a government proposal to address in part the problems posed by the ECHR and damages, and also to delineate more clearly the line between criminal and civil sanctions, see Ds 2007:10, Skadeståndsfrågor vid kränkning (2007) at 14.

¹² Replacing several directives, including the Equal Treatment directive, 2002/73/EC as cited by the Legislative Bill (2006).

¹³ See Legislative Bill 2007/08:95 at 392.

¹⁴ Id. at 391.

between discrimination damages and the award of general damages for violations of privacy or integrity under the Torts Act. Another distinction made by the Government is that discrimination damages in the majority of cases are to be assessed against employers, often legal persons having significant assets (and not against individuals as is the case in criminal law).¹⁵ As legal persons often have greater financial resources, the amount considered to be deterring will need to be higher. Nothing in the proposal suggests that all three types of damages, economic, general and discrimination damages, cannot be awarded in the same judgment depending upon the claims made by the plaintiff.

The Government goes on to give a proposal as to how the amount of discrimination damages is to be determined. The degree of severity of the discriminatory acts is to be assessed, based among other things, on:

- The nature and extent of the actions
- The interest of the plaintiff in the law being upheld
- The repercussions of the actions on the individual
- The intent of the party who has discriminated as an aggravating factor (for example, only allowing Swedes to apply)
- The consequences of the discrimination (lost job, refused housing, etc.).

The more egregious the discriminatory acts, the greater the amount of discrimination damages that should be awarded. The public's interest in preventing societal discrimination is also to be particularly taken into consideration. The damages are to be effective in deterring violations of the law. Other circumstances that can be taken into account include the turnover of a business that has been found to be unlawfully discriminating, and whether the business has previously been found to have unlawfully discriminated. The discrimination damages are to be assessed in each individual case so that the damages constitute a reasonable compensation to the individual discriminated against as well as act as a deterrence against future discrimination.¹⁶

The 2008 Discrimination Act came into effect 1 January 2009. The Act forbids unlawful discrimination on the basis of sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation or age. Transgender identity or expression as well as age are new protected grounds under the Act. The protection against unlawful discrimination is to encompass employment (both private and public), education, labour market policy, starting a business and professional recognition, membership in organizations such as labour unions, housing, the provision of goods and

¹⁵ Id. at 392. Legal persons cannot generally be held criminally liable under Swedish law.

¹⁶ Id. at 399.

services both as provider and as customer, social benefits, social insurance and military service. The 2008 Discrimination Act prohibits unlawful discrimination, defined as direct and indirect discrimination, harassment, sexual harassment and instructions to discriminate. The Discrimination Act explicitly states that the law is mandatory, and that any agreements in contravention of the rights or obligations afforded under the act are void. Discrimination damages are part of the 2008 Act, found in its Chapter 5. Compensation and invalidity – Compensation, Section 1:

A natural or legal person who violates the prohibitions of discrimination or reprisals or who fails to fulfil their obligations to investigate and take measures against harassment or sexual harassment under this Act shall pay compensation for discrimination for the offence resulting from the infringement. When compensation is decided, particular attention shall be given to the purpose of discouraging such infringements of the Act. The compensation shall be paid to the person who has been offended by the infringement.¹⁷

This section ends by explicitly stating that if such is deemed fair, the amount of damages awarded can be reduced to zero. As there is no detailed statutory guidance with respect to the actual determination of damages, according to Swedish canons of statutory interpretation the court is to turn to the legislative preparatory works, with the legislative bill one of the weightier sources.

2 The judgments of the Labour Court awarding discrimination damages

The 2008 Discrimination Act became effective law the 1st of January, 2009. Given this limited timeframe, 2009–2016, the number of cases in which the Labour Court¹⁸ has addressed the issue of discrimination damages is relatively

¹⁷ English translation available at the website of the Discrimination Ombudsman ('DO') at do.se.

¹⁸ The judgments of the Labour Court are the focus here as the Labour Court in the Swedish judicial system is the ultimate court with respect to employment issues. The Labour Court has jurisdiction in labor-related disputes, defined fairly broadly as any dispute affecting the relationship between the employee and the social partners where a collective agreement exists. Certain cases are brought directly to the Labour Court as it has exclusive jurisdiction, such as when a labor union or DO prosecutes a discrimination claim on behalf of the plaintiff. If a private person prosecutes a claim of discrimination, it is first brought to the general trial courts. Any appeal of the trial court judgment is then made to the Labour Court as the final instance, in other words, a judgment of the Labour Court cannot be appealed to a Swedish Supreme Court. The Labour Court has discretion in granting a leave of appeal, in other words, there is no automatic right of appeal from the trial court to the Labour Court. The judgments of the Labour Court are published in Swedish on its website, arbetsdomstolen.se.

low. To date the Court has awarded discrimination damages in thirteen cases.¹⁹ The cases are discussed below in accordance to the discrimination grounds pled, which protected grounds under the 2008 Act are sex, transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability, sexual orientation and age. There are two further categories of protected grounds under two other acts, part-time or fixed-term employment,²⁰ and the taking of parental leave during employment.²¹ Of the thirteen cases in which discrimination damages have been awarded, women were the parties claiming unlawful discrimination in eleven, and in the twelfth the male plaintiff prevailed with a claim that a sex equality measure was unlawful. Only one of the cases was completely disconnected from the gender of the employees, three male employees pleading age discrimination.

2.1 Discrimination damages awarded for unlawful sex or gender discrimination

Within the category of sex or gender discrimination are included pregnancy, sex and sexual harassment. Of the thirteen cases in which discrimination damages have been awarded, almost one-half were based on pregnancy, six of the thirteen. The cases concerned the following situations: transfer of an undertaking during which the pregnant employee was not hired by the new employer (AD 2015 no. 72), pregnant employee terminated because of pregnancy (AD 2015 no. 12), pregnant job applicant not hired because of pregnancy (AD 2014 no. 19 and AD 2011 no. 23), pregnant employee refused agreed wage increase (AD 2013 no. 18) and where an intern's miscarriage led the employer to fear a future pregnancy and thus refused to employ the individual (AD 2011 no. 02).

When addressing the issue of discrimination damages in these six cases, the Labour Court in one of the cases, AD 2011 no. 2, appears to explicitly examine the factors set out in the legislative preparatory works when determining the amount of discrimination damage. The Court however concludes the analysis by collapsing together the general damages pled under the Parental Act and the

¹⁹ AD 2016 no. 38, AD 2015 no. 72, AD 2015 no. 51, AD 2015 no. 44, AD 2015 no. 12, AD 2014 no. 19, AD 2013 no. 71, AD 2013 no. 29, AD 2013 no. 18, AD 2011 no. 37, AD 2011 no. 23, AD 2011 no. 02 and AD 2010 no. 91.

²⁰ Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning and the 2002 Prohibition of Discrimination of Employees Working Part Time and Employees with Fixed-term Employment Act, an unofficial English translation available at the website of the Government Offices of Sweden at government.se.

²¹Föräldraledighetslag (1995:584), The 1995 Parental Leave Act. An unofficial English translation is available at the website of the International Labour Organization, ilo.org.

discrimination damages pled under the Discrimination Act to arrive at a combined amount of SEK 30,000. Such a hybrid award was also assessed in three other of the cases. No analysis is given as to the determination of discrimination damages in either AD 2011 no. 23 or AD 2013 no. 18, with the Court combining the amounts of general damages under the Parental Act and discrimination damages under the Discrimination Act to a total of SEK 50,000 in each case. In AD 2015 no. 12, the Labour Court again simply combines the pleaded amounts, SEK 120,000 for discrimination damages under the Discrimination Act, and SEK 120,000 for general damages under the Parental Leave Act, halving them to arrive at a total amount of SEK 120,000, which combined amount was stipulated to by the employer as fair.

The judgment in AD 2014 no. 19 includes fairly extensive citations from the above-discussed Swedish legislative preparatory works as well as from EU and Swedish case law. However, no determination of the individual factors is recited in the judgment, simply a summary of the state of the law. In AD 2015 no. 72, the Labour Court simply restates that the Court is to make an overall assessment, followed by the summary conclusion that the plaintiff lost her job and that the discrimination damages should be assessed at SEK 75,000. Consequently, of the six judgments here awarding discrimination damages, two are pure awards of discrimination damages, SEK 75,000 (AD 2015 no. 72) and SEK 50,000 (AD 2014 no. 19) while four are hybrid awards, combining general damages under the Parental Act and discrimination damages under the Discrimination Act, SEK 120,000 (AD 2015 no. 12), SEK 50,000 (AD 2013 no. 18), SEK 50,000 (AD 2011 no. 23) and SEK 30,000 (AD 2011 no. 02). In only one of the cases can the Court's assessment as to the factors in the legislative preparatory works be seen.

Claims of sex/gender discrimination were made successfully in two cases, with the awards of discrimination damages in the amounts of SEK 25,000 (AD 2015 no. 44) and SEK 50,000 (AD 2013 no. 29). Plaintiff in AD 2015 no. 44 argued that a university policy supporting women becoming merited through research funding was reverse discrimination, pleading discrimination damages originally in the amount of SEK 100,000 and later SEK 50,000. The university agreed that the amount of SEK 25,000 would be fair if the Court found discrimination, which amount was awarded by the Labour Court. The Court included an explicit assessment as to damages in the judgment, finding that the discrimination at hand was of a less serious nature and that the university no longer offered such research funding. In AD 2013 no. 29, the Labour Court found that the employer requiring employees to have name tags

stating their bra size was unlawful discrimination but included no explicit assessment as to the discrimination damages.

Two cases have been successful on claims of sexual harassment, with the awards of discrimination damages in the amounts of SEK 50,000 (AD 2016 no. 38) and SEK 75,000 (AD 2013 no. 71). In AD 2016 no. 38, the Labour Court found that the employer requesting the employee to sit on his knee and then fondling her was unlawful sexual harassment. The Court included an explicit assessment as to the determination of discrimination damages. In AD 2013 no. 71, the Court simply states that discrimination damages are to be assessed for violations of the act, and that in the present case a reasonable amount is SEK 50,000, comparing AD 2011 no. 23 and 2013 no. 18.

2.2 Discrimination damages awarded for unlawful age discrimination

Plaintiffs in three of the thirteen cases successfully pled unlawful age discrimination and were awarded discrimination damages per plaintiff in the amounts of SEK 40,000 (AD 2015 no. 51), SEK 125,000 (AD 2011 no. 37) and SEK 75,000 (AD 2010 no. 91). In AD 2015 no. 51, the employment of three drivers was terminated when they reached the age of 70. The Labour Court provides an assessment of the factors taken into the calculation of discrimination damages. A hybrid award is granted in AD 2011 no. 37, where the Court found that the termination of 25 flight personnel was both unlawful age discrimination under the Discrimination Act and unlawful employment termination in violation of the Employment Protection Act, setting the damages for both at a combined amount of SEK 125,000 per plaintiff.

AD 2010 no. 91 was the first judgment by the Labour Court awarding discrimination damages. The Labour Court found that the plaintiff had been unlawfully discriminated against on the grounds of both age and sex, as she was much more experienced than the candidates called to interviews. As a case of first impression, the Court recites the new law as to discrimination damages and includes an assessment as to the amount awarded.

2.3 Other protected grounds

As clearly seen from the above-listing of those cases in which discrimination damages have been awarded, the protected grounds of transgender identity or expression, ethnicity, religion or other belief, disability or sexual orientation are absent, due either to the fact that such claims have not been brought to the Labour Court during this period, or if brought, have not been successful. Given space constraints, it can be briefly mentioned that no cases arguing

discrimination on the basis of transgender or sexual orientation or transgender have ever been litigated before the Labour Court even under the former statute. Few cases have been brought raising claims of religious discrimination. Over thirty cases have been litigated before the Labour Court raising claims of ethnic discrimination under the new and former legislation. Of these, only two have been successful and both were decided before discrimination damages could be awarded.²²

2.4 Discrimination damage award amounts in a historical context

The category of discrimination damages as created by the Swedish legislature was to insure that it would cost to discriminate. Given the hybrid discrimination damages in the judgments of the Labour Court, it is difficult to arrive at an exact average with respect to discrimination damages. If the hybrid awards are deemed to be 100% discrimination damages, the average award per plaintiff/case is SEK 62,700, and if deemed to be 50% discrimination damages, the average award per plaintiff/case is SEK 48,300.

This "enhanced" level of damages can be contrasted with the general damages awarded in the discrimination cases since the first 1979 Act. The average of general damages awarded for discrimination (only on the basis of sex as that was the only protected ground during that decade) in the 1980's was SEK 19,000, the 1990's SEK 37,000, the 2000's SEK 51,600 and during the 2010's, SEK 61,923 (including both general and discrimination damages).²³ Adjusting for inflation, the average of SEK 19,000 in 1980 is today worth SEK 59,983.²⁴ Taking the maximum average of discrimination damages at SEK 62,700, this entails that the amount of damages since the 1979 Act has materially increased by 4.5%. If we take the 50% level, which most likely was the Labour Court's intention, the amount of damages has decreased 19.5% since the 1980's.

To this can be added that the Labour Court in very few of the thirteen cases awarding discrimination damages has given any explicit assessment as to how the amount of discrimination damages was determined, and paid even less

²² The two cases successfully raising claims of ethnic discrimination are AD 2002 no. 128 and AD 2011 no. 13. As to claims of ethnic discrimination before the Swedish Labour Court, see L Carlson, 'Critical Race Legal Theory in a Swedish Context' (2010-11) 4 *Juridisk Tidskrift* 21-49.

²³ For a listing of the cases upon which these statistics are based, see L Carlson, 'Addressing Unlawful Discrimination: The Swedish Journey' in L Carlson, Ö Edström and B Nyström (eds.), *Globalization, Fragmentation, Labour and Employment Law: A Swedish Perspective* (Iustus 2016) 156-8.

²⁴ According to Statistics Sweden, SEK 1,000 in 1980 is worth SEK 3,157 in 2016 compensating for inflation, see scb.se.

attention to the assessment from a deterrence perspective. In not one case has the Court looked at the turnover of the employer (or at least not explicitly included it in the analysis given) when assessing the deterring effect of the damage award as proposed in the Legislative Bill.

3 Litigating discrimination claims – affordable?

Financially affordable redress and legal aid are vital components of access to justice. With respect to trial costs and fees, in Sweden they generally are awarded according to the English rule, which means that the non-prevailing party pays the trial costs and fees for both parties. Even if a party prevails on the merits, such as in AD 2015 no. 44, above, the Labour Court can reallocate the costs and fees, finding in the case that as plaintiff initially pled damages in the amount of SEK 100,000 and was only awarded SEK 25,000, plaintiff actually did not prevail and was to pay defendant's litigation costs of SEK 42,300, resulting in a pyrrhic victory.²⁵ According to § 5(2) of the 1974 Labour Disputes (Judicial Procedure) Act, the Labour Court may also order that each party bear its own costs if the losing party had reasonable cause to have the dispute tried, but this is seldom invoked by the Court and even more rarely in cases the employee has lost.²⁶

The amount of trial costs and fees as awarded by the Labour Court in discrimination cases demonstrates a trend that deviates radically from the relatively modest increases in the amount of damages given in the cases as seen above. During the 1980's, the average award for trial costs and fees was SEK 22,534, the 1990's SEK 94,056, the 2000's SEK 145,628, and during the 2010's SEK 192,122. Making the same adjustment for inflation, the average in the 1980's valued today is SEK 71,139, leading to a material increase in the awards of trial costs and fees of 170%. These sums in reality need to be multiplied by two – the unsuccessful party will be paying twice the amount of fees, as she must pay for both the prevailing party and herself.

Consequently, during this 45-year time span in which discrimination law has been in place, the amount of general and discrimination damages per plaintiff has increased by roughly 4.5% even after the implementation of discrimination damages, while the trial costs and fees have risen 170%. This disparity renders the option of litigation even more expensive to already

²⁵ It can be noted that plaintiff in AD 2013 no. 29 originally pled SEK 200,000 and was awarded discrimination damages of SEK 50,000, the same 25% ratio as in AD 2015 no. 44, but there was not ordered by the Court to pay the trial costs and fees of the losing party.

²⁶ See for example, AD 1999 no. 51, AD 1996 no. 79 and AD 1991 no. 65.

disadvantaged plaintiffs. The financial risks a plaintiff assumes if unsuccessful have successively increased due to the increase in costs and fees and the parallel relative stagnation of damage awards. During the 1980's, damages and fees were comparable, SEK 59,983 and SEK 71,139 in today's value. During the 2010's, this disparity is significantly greater, SEK 62,700 as against SEK 192,122. To this can be added the success rates of the different claims, with the lowest success rate for claims of ethnic discrimination; only two of over thirty such cases have been brought successfully by plaintiffs, a less than 7% chance of prevailing. The trends with respect to damages and attorneys' costs and fees, combined with the low success rates, create a significant deterrent for plaintiffs bringing discrimination claims. Litigation is arguably not an affordable option for most discrimination plaintiffs. This is particularly true in light of the fact that it is often cases of discrimination with respect to hirings or firings, consequently individuals who are unemployed.

4 Legal counsel

The Discrimination Ombudsmen as well as labour unions can bring discrimination cases on behalf of plaintiffs, and have greater resources than individuals so that the financial risks associated with litigating discrimination claims are not as decisive. However, there are limits even to these resources and there is no requirement that either the DO or the unions pursue such claims. DO's policy when assessing whether to pursue complaints of discrimination is whether the actions concern a prioritized area, an untried legal question, a significant societal problem or a serious event, whether litigating the case can be seen as creating precedent, making it difficult for individuals with claims that have already been found favorable to employees to litigate with DO's support.²⁷ As to the labor unions, there is no duty of representation under Swedish labor law, so unions are basically free to decline to represent in a discrimination claim, with the union member/employee having only the redress of leaving the union.

There is a limited right to receive legal aid (for example an individual cannot have assets and yearly income of more than SEK 260,000), with a limit of one-

²⁷ See the editorial, E Schömer, L Svenaeus and L Viklund, 'DO sviker diskriminerade', Svenska Dagbladet, 15 April 2014. Svenaeus was the Equality Discrimination Ombudsman from 1994 to 2000. According to the statistics given in the editorial, DO received almost 2000 complaints, 379 were dismissed without any investigation, 21 were filed with the court and 27 which were settled. After a missive from the Government about this poor performance, DO during 2013 received 1827 complaints and 887 were dismissed without any investigation.

hundred hours of legal advice. If the individual is a member of a labor union, the labor union is to be first contacted. If an individual has legal assistance coverage in their home insurance, the insurance coverage is to be used instead. With respect to home insurance covering legal assistance, the range of coverage varies per policy and can be from SEK 75,000 to SEK 200,000, often with a deductible of 20%. Some policies also cover liability for the other party's fees for up to 80%. A caveat here though is that most if not all insurance policies exempt employee employment disputes, relying as legal aid on the labor unions to pursue such claims. A divergent development can be seen in the insurance offered employers. Municipalities can now purchase discrimination insurance. Such can have a deductible of SEK 35,000 and coverage up to SEK 500,000, with limits of SEK 200,000 for legal counsel and SEK 100,000 for employee claims.²⁸ The insurance solution for employers (potential wrongdoers having significantly greater financial resources) is considerably better than the insurance solutions offered employees, those who were harmed and having considerably fewer resources.

Given the financial risks for plaintiffs, many claimants have opted to take discrimination claims to small claims court, which has a ceiling of approximately SEK 22,000 in damages (with a filing fee of SEK 900) but with a limited risk for being found liable to pay the other party's trial costs and fees. Given this limit in damages, it is questionable whether this can be seen as a suitable alternative from an access to justice perspective.

5 Discrimination damages – enhanced or reduced access to justice?

Article 47 of The Charter of Fundamental Rights of the European Union mandates that:

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

²⁸ See P Jodenus, 'Tingsryd försäkrar sig mot diskrimineringslagen', Smålands Posten, 9 January 2015. See Söderberg & Partners, 'Försäkringsinformation – Tierps kommun for the period from 2015–2017', available at the website of Tierp's municipality, tierp.se.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

Eight years have passed since the enactment of the 2008 Swedish Discrimination Act, and little progress can be detected with respect to issues of access to justice, particularly effective and dissuasive remedies. The intent of the Swedish legislature, that it should cost to discriminate, cannot in any way be perceived as fulfilled. In a best case scenario, the amount of damages for unlawful discrimination as adjudged by the Labour Court has increased by 4.5% since the 1980's. In a worst (and most likely) case scenario, the amount of damages has decreased by 19.5%. Trial costs and fees have increased by more than a healthy amount, 170%, with legal aid provided to relatively few. Insurance covers employers considerably better than employees in employment discrimination claims. The facade of having done something new is in place, however as the judgments demonstrate, nothing has actually changed, and that which is done can be seen as degrading.

One way forward is to focus on access to justice issues for different groups. Of the thirteen discrimination damages awards adjudged by the Labour Court, the vast majority were connected to the grounds of sex and gender, technically only one of the seven protected grounds in the Discrimination Act. Claims of ethnic discrimination have not been successful, either before or under the Act, and it is time to seriously assess the barriers existing preventing such claims from being successfully made. In 2013 DO received 294 complaints of ethnic discrimination and not one was deemed worth pursuing, DO stating that the employers had 'provided objective explanations for their actions and that it was difficult to determine whether any discrimination had occurred.'²⁹ And this is the statement by the agency charged with representing individuals who have been discriminated. Certain grounds, such as transgender, have yet to even be claimed, let alone successfully. Access to justice is access to citizenship and access to democracy. Unless all individuals have the right to claim their rights, they are not equal citizens. History has proven this simple thesis time and time again. The research that Ann and the Norma Elder Law Research Environment have conducted with respect to elder law and age discrimination, a newly recognized ground in the 2008 Act, must be seen as ground-breaking and will hopefully act as both pioneer and inspiration for others in discrimination research as well as in practice.

²⁹ Schömer *supra*.

CONSUELO CHACARTEGUI

THE CONCEPT OF SOCIAL EMERGENCY IN SPAIN: A RESPONSE FROM LABOUR LAW

1 Social emergency in the economic recession context

According to Ann Numhauser-Henning, 'the conflict between the immediate interests of the economy and the social needs of employees still existed of course, and the growing problems on the labour market led to the conflicts becoming more frequent and more acute'.¹ Unfortunately, the economic recession that strongly arose in 2008 has increased the problems, particularly because it has accelerated the reduction of earnings and cost cuts in the expense of labour. As a result, the southern European countries² have adopted the European Union's persistent demands to reform its labour law by decentralizing collective bargaining, and favouring the flexibility in the labour relations, among other measures. Fiscal and Social Security austerity measures implemented so far in Spain have disproportionately affected the human rights of the most vulnerable social groups, especially children, old people and persons with disabilities. In this context, the concept of social emergency is characterised as an objective situation of social vulnerability – usually produced by a multiplicity of factors – in which the citizen does not have the social, economic or familiar means for giving an answer to the basic needs.

When a social emergency situation arises, problems of inequality and social exclusion take place. One feature of the concept of social emergency is the transitory nature of the situation and the provisional measures designed for combating it. Despite the fact that the recourse to social emergency legislation has developed since the economic crisis, this is not a new concept; Beneria and

¹ A Numhauser-Henning, 'Temporary Employment: A Critical Study of the Swedish Regulations Covering Categories of Employment and Their Functions' (1998) 10 *Comparative Labor Law Journal* 36, 64.

² Greece has also reformed its labour law by decentralizing collective bargaining, eradicating the favourability principle, and eliminating asymmetry in the arbitration process. See all these changes in J Pagones, 'The European Union's Response to the Sovereign Debt Crisis: Its Effect on Labor Relations in Greece' (2013) 36 *Fordham International Law Journal* (July 2013) 1517, 1554.

Mendoza³ analysed the example of the Bolivian Social Emergency Fund that was built in 1986 to create transitional jobs for the working population, including mining workers, generating income for the poor as a transitional measure to cover the period prior to economic stabilization and new employment creation and to respond to the needs formulated at the local level by municipalities, NGOs and other social agencies. Thus, local governments have an important role in this matter, although they are unaccustomed to dealing with these kinds of issues, since they have traditionally depended on the employment and social protection ministries – conditioned by central governments and central budget provisions.

From the international framework, the debate about social emergency has been focused in terms of raising employment levels.⁴ Once more, this kind of discourse implies constricted approach and a shift of emphasis from employment law to employment policy, but not on a solidarity basis. This is because the persistence of long-term unemployment has contributed to the worsening of poverty indicators, particularly among the low-skilled, especially those with no previous working experience and the older population. Nevertheless, the concept of social emergency goes beyond mere measures of employment policy, because the austerity has produced a violation of human rights⁵ and requires an extraordinary degree of parliamentary action and contribution not normally vested in our governmental structures. As an example, Portuguese society has revealed the capacity to deal with austerity through the way households are resorting to self-mobilization and solidarity-based strategies, in which familial values stand out in supporting a strong and operative welfare society.⁶

The societies of the southern European countries are becoming increasingly polarized. Spain has suffered in the global economic crisis, which is related to the fact that private credit became easily available with the initiation of the euro

³ L Beneria and B Mendoza, in 'Structural Adjustment and Social Emergency Funds: The Cases of Honduras, Mexico and Nicaragua' in J Vivian (ed.), *Adjustment and Social Sector Restructuring* (Geneva, UNRISD 1995), explain that the experience dates back to December 1986 when the Bolivian government, financed by the World Bank and other multilateral and bilateral agencies, decided for the first time to protect the vulnerable people through the programme of macroeconomic stabilization and adjustment.

⁴ S Michalowski, 'Sovereign Debt and Social Rights. Legal Reflections on a Difficult Relationship' (2008) 8 *Human Rights Law Review* 35, 68.

⁵ M Ronnmar and A Numhauser-Henning, 'Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis' (2012) 28 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 443, 468.

⁶ C Frade and L Coelho, 'Surviving the Crisis and Austerity: The Coping Strategies of Portuguese Households' (2015) 22 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2 631, 664

currency. This, among other reasons, created a severe housing bubble and the collapse of the construction sector from the early 2000s.⁷ The outbreak of the financial crisis precipitated the burst of the housing bubble, while prompting a sharp current account adjustment. Social indicators have seen a drastic deterioration since the crisis, although the recent positive evolution of labour markets may lead to some improvement over the coming years. Recent labour law reforms in Spain have created a power balance in favour of the employer, and have consolidated the segmentation between young and mature workers and between typical and atypical workers.⁸ The decline in job security has occurred because of the increase in non-standard employment, which tends to be less stable in a context of continued wage moderation. Jobs in all sectors are being outsourced or subcontracted to temporary work agencies in the quest to reduce the unemployment rates.

In this context, the percentage of the population at-risk-of poverty or social exclusion rose sharply between 2007 and 2012. The risk of poverty or social exclusion affected 1 in 4 persons in the EU in 2014, with the highest increases being recorded in Greece (from 28.1 per cent in 2008 to 36.0 per cent in 2014, or +7.9 percentage points), and Spain (+ 4.7 percentage points).⁹ High structural unemployment rates have negative consequences on employability, skills development, social conditions and wage developments.¹⁰ The persistence of long-term unemployment contributed to the worsening of poverty indicators, particularly among the low-skilled, those with no previous working experience and the older population. The situation is especially acute in the case of young people, and in particular, those not in employment, education or training (NEETs). The NEET rate is 16.1 per cent, but this indicator is given increasing importance in some countries, such as Spain (20.9 per cent) or Greece (27.1 per cent).¹¹ According to EUROFOUND, some young people are at greater risk of being NEET than others. For example, young people with low levels of education are three times more likely to be NEET compared to those with tertiary education, while young people with an immigration

⁷ C Barnard, 'The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective' (2012) 41 *Industrial Law Journal* 98, 114.

⁸ J López, 'Formalizing the Segmentation of Workers' Rights: Tensions among Regulatory Levels' (2015) 36 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 281, 292.

⁹ Eurostat, Eurostat News Release 181/2015 -16 October 2015.

<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7034688/3-16102015-CP-EN.pdf>.

¹⁰ European Commission. Commission Staff Working Document. Country Report Spain 2015 Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances. Brussels 26 February 2015 SWD (2015) 28 final.

¹¹ Eurostat. Last update: 27-06-2016.

background are 70 per cent more likely to become NEET than nationals. On the other hand, the recent Spanish policy focus has been on increasing the number of young people undertaking apprenticeships and other similar forms of training under existing work-based training schemes. To be more specific, the Spanish new regulation has extended the age of the 'young workers' for celebrating the apprenticeship contracts until 30 years, but this contract does not guarantee young workers the national minimum wage (SMI) or provide them with necessary skills and stable employment. Furthermore, no measures have been implemented in order to support young people's transition from school to work or to reintegrate them into education, training or employment and there is a general lack of evaluation of youth employment measures. The Public Employment Services should develop job itineraries which combine orientation services and training, addressed to young people and long-term unemployed people of over 45 years of age and workers from the construction sector. However, no such measures have yet come into force.

Numerous legislative measures were taken in order to increase economic competitiveness in the light of the need to apply for financial support¹² from the EU and the International Monetary Fund. In 2011, the Socialist Party in the government and Partido Popular in the opposition agreed to quickly amend Article 135 of the Spanish Constitution in order to include a fiscal requirement and put a limit on public debt. Furthermore, the 2012 Law on Urgent Measures for Reforming the Labour Market (Law 3/2012) is of particular importance for installing flexibility in the framework of the austerity policies.¹³ The austerity measures in Spain were formally justified, according to the preamble of the Law 3/2012, by the economic context which made it preferable to adopt wage policies contributing to the priority objective of economic recovery and job creation.¹⁴ In other words, the latest neoliberal reforms in Spain have facilitated the increase of the hierarchy forms of governance inside companies and a clear triumph of the unilateral power to

¹² Royal Decree-Law 8/2010 of 20 of May, which became Law 35/2010, on urgent measures to reform the labour market; Royal Decree-Law 8/2010 of 20 May adopting Extraordinary Measures to Reduce Public Deficit. These regulations reduced the salaries of civil servants and public sector employees at the national, regional, and local levels by 5 % in annual terms.

¹³ J López, A De la Court and S Canalda, 'Breaking the Equilibrium between Flexibility and Security: Flexiprecarity as the Spanish Version of the Model' (2014) 5 *European Labour Law Journal* 19, 43.

¹⁴ JL Gil, 'Strengthening the Power of Dismissal in Recent Labor Reforms in Spain' (2014) 35 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 413, 448, remarks that 'the strengthening of the powers of the employer, together with the intent of the legislature to limit traditional control mechanisms, shifts the task of finding a fair balance of interests in the employment relationship onto judges and courts'.

modify different working conditions¹⁵ but have failed to resolve the country's persistently high unemployment (22.1 per cent in 2015).¹⁶ Another important consequence of the austerity policies is a drastic reduction of the wages and the increase of the working poor.¹⁷ According to the International Labour Organization, average real wages in 2013 were below their 2007 level.¹⁸ Eurostat remarks that 28.2 per cent of the Spanish population is at risk of social exclusion, a total of 11.7 million people are affected by this situation, one in three children lives at risk of poverty, and there are 700,000 families without incomes.¹⁹ A study of the NGO *Save the Children* alerts that more than a third of the Spanish children live at risk of poverty or social exclusion. Furthermore, there are 2,826,549 minors who suffer problems in satisfying basic needs of nutrition, hygiene or household.²⁰

In the field of the social protection, the economic crisis has put pressure on public budgets and has undermined the social security systems.²¹ Important reforms have recently been made²², reducing the possibilities of access to the contributory level, and increasing the non-contributory protection that was initially created in the 1980s as a pure subsistence scheme for persons without other kind of protection. Furthermore, the realization of the right to health is seriously compromised by the austerity measures. The new regulations include measures focused on pharmaceutical policies whose main purpose is making additional savings in the public budget, with the effect that pharmaceutical expenditure in Spain has decreased by 16.18 per cent. After new legal reforms approved by the Royal Decree 16/2012 pensioners earning less than 18,000 euro per year pay 10 per cent of the price of drugs, up to a maximum of 8 euro

¹⁵ J López, 'Elementos de definición del modelo de relaciones laborales por las normas de OIT y comunitarias: la desestabilización por la Reforma Laboral (2012)' (2012) 57 *Revista de Derecho Social* 37, 50.

¹⁶ Eurostat. Last update: 7-07-2016.

¹⁷ J Duran and I Isusi (2010) Working poor in Europe: Spain. European Working Conditions Observatory, www.eurofound.europa.eu.

¹⁸ ILO, 'Global Wage Report 2014/2015. Wages and Income Inequality' (Geneva, International Labour Office 2015). Spain and the United States are the two countries where this inequality between the top and bottom 10 % increased most. Changes in the distribution of wages and job losses accounted for 90 % of the increase in inequality in Spain.

¹⁹ Eurostat, Eurostat News Release 181/2015 of 16 October 2015.

<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7034688/3-16102015-CP-EN.pdf>.

²⁰ V Rodríguez and A Escorial, *La Protección de la Infancia frente a la Pobreza: un Derecho, una Obligación y una Inversión* (Save the Children 2013).

<https://www.savethechildren.es/publicaciones/2826549-razones-contra-la-pobreza-infantil>

²¹ Law 23/2013 of 23 December, Regulating the Sustainability Factor and the Revaluation Index of the Social Security Pension System.

²² Law 27/2011 of 1 August on Updating, Improvement, and Modernization of Social Security System.

per month. This has been named as ‘co-payment’. If the retired person earns more than 18,000 euro per month, then he/she will pay 10 per cent on drugs up to a maximum of 18.59 euro per month. For certain special medicaments – for example, long treatments or chronic illness –, there are specific limits (4.26 euro per medical prescription). Thus, this co-payment could provoke a *de facto* less favourable treatment against retirement persons, so it could imply an indirect discrimination on the grounds of age if we focused attention on the definition of Article 2(2) of the Directive 2000/78/EC.²³

Thus, people in vulnerable situations are disproportionately affected by the austerity measures. Spain is an example of it, where some collectives are innocent victims of the economic recession. Work precariousness thus provokes other situations that push persons into unstable lives. This situation is unsustainable, and requires a response from a holistic perspective that includes labour law and social protection regulations. The following section offers an analysis of some examples of social emergency measures under the context of the Spanish austerity measures.

2 The social emergency measures in Spain: Protests and regulations

The situation described, among other reasons, has resulted in heavy mass protests and workers’ demonstrations and collective actions. A paradigmatic case is the Spanish movement ‘Indignados’, or as they are also known, the 15-M movement (the protest was launched with a gathering on 15 May 2011, one week before national elections). The movement’s strategy is based on assembling citizen coalitions to help push back and challenge specific government austerity measures. Tens of thousands of people were vehemently shouting for ‘no more sacrifices of the working class’ and ‘no more cuts in education, health care system, pensions, and unemployment system’. They were demanding that their government stop its wage decreases and pension cuts. To quote scholar Manuel Castells, ‘the disgust became a network’.²⁴

In the field of labour rights, the response of unions, workers and citizenships to the austerity measures has already been fierce, as in the general strike of 29 March 2012 against the labour reform of Mariano Rajoy’s government.

²³ J López and C Chacartegui, ‘Age discrimination and labour law in Spain: The Vision from the South’ in A Numhauser-Henning and M Rönömar (eds), *Age Discrimination and Labour Law* (Netherlands, Wolters Kluwer 2015).

²⁴ M Castells, ‘Movimientos sociales, partidos emergentes y reconstrucción democrática’ (2016) 59 *Vanguardia Dossier*.

Hundreds of thousands protested across the country in February and March 2012 against labour law changes described by the unions as ‘the most regressive in the history of the Spanish democracy’.²⁵ In examining how those mass protests impact labour rights, the purpose is to bring that theoretical discussion to the very reality of workers’ life.

In the Spanish context, the mean of the term ‘social emergency’ is different depending on the political actor that uses this concept. If used by the central Government currently led by the conservative Partido Popular, social emergency is utilised to legitimate the austerity policies. An example could be illustrative to see the significant cuts that the Spanish Government carried out during in 2011 and overall 2012.²⁶ After the labour law reforms in 2012, internal flexibility – including working time flexibility – is the highest that has been implemented in Spain. For instance, Law 3/2012 established that employers can manage 10 per cent of working time that can be distributed irregularly throughout the year. As the Observation of the Committee of Experts on the Application of ILO Conventions and Recommendations (CEACR) remarked about the last Spanish regulations, ‘the purchasing power of the national minimum wage (SMI) has been decreasing every year since 2010 and the SMI has corresponded to an increasingly small proportion of the average wage since 2007’ and recalls that the Spanish minimum wage is one of the lowest in the ‘EU15’, without this situation being justified by differences in hourly productivity levels. According with this observation, the Committee notes the remarks made by the Trade Union Confederation of Workers’ Commissions (CC.OO.) and the General Union of Workers (UGT) in communications dated 13 and 31 August 2012, respectively. At the end of the report, the Committee expresses hopes that the Government will take into account the needs of workers and their families, ‘and not just the objectives of economic policy, when undertaking the annual adjustment of the minimum wage in future, avoiding depreciations in the purchasing power of the national minimum wage (SMI), and that it will fully involve the social partners, on an equal footing, in decision-making in this field’.

On the contrary, if the term social emergency is used by social movements and emerging parties (such as Podemos or Unidos Podemos), we are faced with

²⁵ Case No. 2947 (Spain) of 10 May 2012, General Union of Workers (UGT), Trade Union Confederation of Workers’ Commissions (CC.OO.), Public Employees Federation of Workers’ Trade Union (F.E.P.-U.S.O.), and other unions.

²⁶ Royal Decree-Law 7/2011 of June 10 on Urgent Measures to Reform Collective Bargaining; Royal Decree-Law 11/2013 of 2 of August on Urgent Measures to Protect Part-Time Workers and Other Emergency Measures in the Social Economic Order.

a social use that seeks to provide people with minimum needs and basic incomes. In this sense, there are some regional experiences in areas where left parties and also emergent left parties have recently won the elections.²⁷ It's important to note that there is a process of decentralization or municipalization of the social emergency policies in the context of central structural adjustments carried out by the central government. For instance, economic and social emergency measures, announced at the start of 2016, are beginning to bear fruit, according to some governments in Aragon (Podemos) or Andalusia (Socialist Party).

There are four different groups of measures of social emergency that centre these policies: a group focused on the attention of the most vulnerable groups that have been victims of the crisis (children, old people and people with severe disabilities)²⁸; a second group that prevents families from being evicted for not paying their mortgage; and a third group for avoiding cuts in the electricity supply. In the case of the left emergent party Podemos (*We can*), the priority has been to help the poor by proposing a 'social emergency' law. One example is the Legislative Decree 3/2015 in Aragon that prevents families from being evicted²⁹ or to avoid cuts in the electricity supply, for maintaining the public support for vulnerable families, and sanctions against abusive power companies.³⁰ Faced with this, the dynamic adopted by the national conservative government of the Partido Popular is to ask the Tribunal Constitucional to suspend parts of these regional acts. Thus, the great majority of recent legislation to protect the core policies of the social emergency law has been suspended by the Spanish Constitutional Court. For example, the Spanish Government has asked the Tribunal Constitucional to suspend parts of Law 25/2015, one of the more important legislative initiatives in Catalonia which

²⁷ Legislative Decree of the Catalan government 1/2015 of 24 March, on extraordinary and urgent measures to mobilize housing resulting from mortgage execution processes. Act of the Catalan government 14/2015, of 21 July, on taxing unoccupied housing and amending tax regulations and Act of the Catalan government 3/2012. Act of the Catalan government 24/2015 of 29 July, on urgent measures to address the housing emergency and energy poverty. Housing Act 2015 3/2015 of 18 June.

²⁸ Decree of the Andalusia government 7/2013 of 30 April, on extraordinary and urgent measures for fighting against social exclusion in Andalusia.

²⁹ According to the General Council of the Judiciary database, there were 18,749 evictions between 1 April and 30 June 2014, i.e. 3.7 % more than in the same period the previous year. In the first quarter of 2015 there were 18,869 evictions, i.e. 2.1 % more than in 2014. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/Datos-de-la-Justicia/>.

³⁰ Legislative Decree of the Government of Aragon 3/2015 of 15 December, on urgent measures of social emergency that provides of social benefits in relation to poverty, energy supply and access to housing <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOA-d-2015-90619>.

aims to protect the most vulnerable against energy cuts and other housing-related causes of poverty, among others.³¹

A fourth group focus the attention specifically in labour law measures, in order to ensure legal certainty for employees in the event of insolvency of undertakings, in the field of procedures for collective redundancies and the measures designed to alleviate the consequences of redundancy for workers. These kinds of measures could find their basis in the Directive 2008/94/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008, on the Protection of Employees in the event of the Insolvency of their Employer. According to the Article 8, the Member States shall ensure that the necessary measures are taken to protect the interests of employees and of persons having already left the employer's undertaking or business at the date of the onset of the employer's insolvency in respect of rights conferring on them immediate or prospective entitlement to old-age benefits, including survivors' benefits, under supplementary occupational or inter-occupational pension schemes outside the national statutory social security schemes. In Spain, an example of labour law measures of social emergency is the Decree 4/2012, of the Andalusia government, about the extraordinary and urgent measures for the social and labour protection of Andalusian workers affected by procedures of collective redundancies.³² It sets out to ensure a minimum degree of protection, and to guarantee payment of employees' remuneration if their employer is in a state of insolvency or when the employer's undertaking or business has been definitively closed down and the available assets are insufficient.

³¹ Legislative Decree of the Andalusia Government 6/2013 of 9 April, on measures to assure compliance with the social function of housing. The decision by the Spanish Constitutional Court of 14 May 2015, declared some of the articles of Legislative Decree 6/2013 to be unconstitutional. Regional Act of the Navarra Government 24/2013 of 2 July, on urgent measures to guarantee the right to housing in Navarra (Currently under appeal on the Constitutional Court). Act 4/2013 of 1 October, on measures to assure compliance with the social function of housing (currently under appeal in the Constitutional Court). Act 2/2014, of 20 July, amending the Canary Islands Housing Act 2003 (2/2003, of 30 January) with measures to guarantee the right to housing. (Currently under appeal in the Constitutional Court).

³² Legislative Decree 4/2012 of 16 October, about extraordinary and urgent measures on labour and social protection of the workers affected by process of collective redundancies and sectors in crisis <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOJA-b-2012-90033>.

3 Social emergency and decent work: A response from labour law

How to face a more homogeneous concept of social emergency that could be recognized under a labour law approach? According to ILO, the crisis responses should take into account the nature of the crisis, the extent of its impact and should build the capacity of governments, including regional and local government, and other institutions to provide effective responses, with necessary international cooperation and assistance as required. An urgent reaction is necessary to satisfy basic needs and services, including social protection, support to livelihoods, employment and income-generation opportunities, taking into account the particular vulnerability of certain segments of the population.³³ In sum, there is a need of social emergency measures provided by labour regulations.

In the European Union context, real jobs, decent work and portability of social rights must lie at the heart of a sustainable European recovery programme.³⁴ Guaranteed social standards must be upheld in EU-wide employment and labour market policies. The European Social Partners have a special responsibility to tackle the problem of the working poor, within their working programme. The Conclusions on 'Combating poverty and social exclusion: an integrated approach' that the Council adopted on 16 June 2016 calls on the Commission and the Member States to develop an integrated approach to combat poverty and social exclusion by combining adequate income support, access to quality services and inclusive labour markets, while ensuring equal opportunities for women and men. The integrated approach is characterized by comprehensive, continuous and coordinated interventions throughout the life cycle and requires cooperation among all stakeholders, such as social partners, private partners, non-governmental organizations, civil society and other target groups.

It has been maintained by the European Commission and the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EUROFOUND) that the recourse to social emergency measures is especially adequate to support young people, and in particular, those not in employment,

³³ ILO, 'Fifth item on the agenda: Decent work for peace, security and disaster resilience: Revision of the Employment (Transition from War to Peace) Recommendation 1944 (No. 71)'. Reports of the Committee on Employment and Decent Work for the Transition to Peace: Resolution and proposed conclusions submitted for adoption by the Conference. International Labour Conference, 105th Session, Geneva May–June 2016.

³⁴ Opinion of the European Economic and Social Committee on For a social dimension of European Economic and Monetary Union SC/038, Brussels 22 May 2013.

education or training (NEETs).³⁵ For this reason, the Member States, in cooperation with the social partners, should enact schemes to help those people find initial employment, job experience, or further education and training opportunities, including apprenticeships, and they should intervene rapidly when young people become unemployed.

One of the aims of decent work is to facilitate the identification of common standards for general well-being of workers. Thus, in the concept of decent work we could identify common principles that can provide a regulatory platform for the protection of employment relations under the scenario of social emergency. This theoretical framework includes three principles, such are, equality, universality and sufficiency.

One crucial premise for decent work is the guarantee of equality and non-discrimination principle. Equality at work therefore is not just about prohibiting discrimination; it is about changing the status quo and transforming the workplace to make it more inclusive.³⁶ The simple formalization of the principle doesn't guarantee the real equality; what's necessary are the measures that guarantee the effectiveness of the principle. ILO points to the need for better enforcement of legislation against discrimination, as well as non-regulatory initiatives by governments and enterprises. As a result, ILO's commitment to combating discrimination and promoting equal treatment and opportunities in the workplace has been a priority from the holistic human rights approach that offers the concept of decent work.³⁷

The Declaration of Philadelphia, adopted by the International Labour Conference in 1944 and now part of the ILO Constitution, recalls that 'all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom'. In addition, Convention No. 111 defines discrimination as 'any distinction, exclusion or preference made on the basis of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin, which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treatment in employment or occupation', and allows additional criteria to be included after

³⁵ EUROFOUND, *NEETs: Young people not in employment, education or training: Characteristics costs and policy responses in Europe* (Luxembourg, Publications Office of the European Union 2012).

³⁶ ILO, 'Equality at work: Tackling the challenges. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work' (Geneva, International Labour Office Publishers 2007).

³⁷ G MacNaughton and D Frey, 'Decent Work for All: A Holistic Human Rights Approach' (2011) 26 *American University International Law Review* 441, 482.

consultation by the governments concerned with employers' and workers' organizations. The principle of equality should have a horizontal effect within the contract of employment, as a limit on contractual autonomy and on the employer's power of direction. In this sense, an arbitrary difference in treatment can be seen as harmful to the dignity of the worker if this difference lacks in any reasonable justification.

Regardless of this formal regulation, the fact is that some collectives are victims of social exclusion more than others, essentially in cases of intersectional³⁸ or multiple discrimination. Although multiple discrimination is not defined in any legally binding EU text, in the context of EU law, scholars use multiple discrimination to refer to 'all instances of discrimination on several grounds contained in [the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU'), art. 9] and in other instruments'.³⁹ The intersectional perspective permits examination of the varied ways in which institutions interact to produce particular forms of discrimination, including a vicious cycle of growing marginalization and social exclusion.⁴⁰

On the other hand, the idea of universality puts emphasis on the individuals who are the target group of the protection. Universality means that all people are entitled to human rights at all times. The general and worldwide applicability of the human rights is expressed in the Preamble of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), where the Declaration is proclaimed 'as a common standard of achievement for all peoples and all nations'. The assumption of the conception of human rights' universality is quite common among scholars in order to ensure the horizontal application of the fundamental rights between private individuals⁴¹. This is especially important for domestic workers.⁴² The justification is found in the ideas of dignity and

³⁸ The term was coined by Kimberlé Crenshaw in the late 1980s during her fight for recognition of African-American women's rights. K Crenshaw, 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics' (1989) University of Chicago Legal Forum 139, 149.

³⁹ S Burri and D Schieck (eds), 'Multiple Discrimination in EU Law: Opportunities for Legal Responses To Intersectional Gender Discrimination?' (Brussels, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities 2009).

⁴⁰ J Fudge and A Zbyszewska, 'An Intersectional Approach to Age Discrimination in the European Union: Bridging Dignity and Distribution?' in A Numhauser-Henning and M Rönmar (eds), *Age Discrimination and Labour Law* (Netherlands, Wolters Kluwer 2015).

⁴¹ D Leczykiewicz, 'Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights' (2013) 38 *European Law Review* 479, 497.

⁴² V Mantouvalou, 'The Many Faces of Slavery: The Example of Domestic Work' (2012) 14 *Global Dialogue*, 72.

decommodification⁴³, in the values of liberty and choice, and the distributive character of the human social rights. The idea of universality expresses a claim, focused on the all-inclusiveness of the UDHR and on the assumption of the notion of universality as a 'normative concept, not a descriptive one'. The universality in the UDHR is referred to the intentions of the norm-maker, without any doubt that 'international human rights were (and are being) formulated to apply to all human beings everywhere around the world'.⁴⁴

Thus, from a conceptual perspective, the human rights policy is governed by the principles of universality and indivisibility.⁴⁵ Implementing the principle of universality to the labour law normative system, social rights seek the protection of the weaker party, therefore all the workers are entitled to these rights, without any kind of discrimination. Consequently, the principle of universality is strongly related to that of equality and non-discrimination, as essentials to guarantee the universality of human rights. Nevertheless, the universality principle is being threatened by the fragmentation materialized in different statuses of the workforce.

When the European Charter of Fundamental Rights grandiosely referred to the Rights of Solidarity in Chapter IV, this title fleshed out the conception of the workers and its representatives as fundamental social actors within the European Union. The comprehension of solidarity emerging from these provisions materializes a concept of workers as bearers of rights and provides them protection in front of the normative system.

Another important element for putting measures of social emergency into practice is the sufficiency principle. In relation to this, there is a trend to include 'countable rights' in the core of the right of decent work. In this sense, Article 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union guarantees a minimum level of benefits, and states that 'in order to combat social exclusion and poverty, the Union recognizes and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by Community law and national laws and practices'.

The principle of sufficiency is oriented to satisfy the basic needs of workers

⁴³ G Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. (New Jersey, Princeton University Press 1990).

⁴⁴ E Brems. *Human Rights: Universality and Diversity* (Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2001) 4.

⁴⁵ B Brandtner and A Rosas, 'Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice' (1998) 9 *European Journal International Law* 468, 490.

and their families, particularly by guaranteeing the maintenance of their purchasing power in relation to a series of specific basic products. Wages have traditionally served to measure this element, despite the fact that some significant comparative contrasts may be noticed among labour law systems. Considering this aim, ILO Convention No. 131 concerning Minimum Wage Fixing provides the indicators to measure the concept of sufficiency. Thus, according to Article 3 of the Convention, Governments shall take into account: a) the general level of wages in the country; b) the cost of living; c) social security benefits, and d) the relative living standards of other social groups. On the other hand, the elements to be taken into consideration in determining the level of minimum wages shall, so far as possible and appropriate in relation to national practice and conditions, take account of economic factors, including the requirements of economic development, levels of productivity and the desirability of attaining and maintaining a high level of employment.

Social protection benefits also represent an important indicator for measuring decent work viewed through the prism of sufficiency. A decent pension above a minimum level is an effective way to fight poverty and social exclusion. Thus, the primary function of social rights is to provide the conditions for substantive market access on the part of individuals, thereby promoting individual freedom, but also enhancing society's benefits of the mobilization of economic resources through the market. In this sense, the concept of capabilities that Brown, Deakin and Wilkinson elaborate stands for a vigorous set of social rights that includes substantive labour rights such as the right to a minimum wage and maternity pay.⁴⁶ Nevertheless, the level of sufficiency is a question that each government determines under the framework for budgetary surveillance.⁴⁷ As Ann Numhauser-Henning remarks⁴⁸, 'the fact that increasingly large groups of the population are being compelled to be a burden on the community can lead to the social structure appearing irrational'. In this contribution, I have tried to show how this irrationality obliges to seek new forms of protection in the core of the minimum subsistence and minimum standards set out by the International Labour

⁴⁶ J Brown, S Deakin and B Wilkinson, 'Capabilities, Social Rights and European Market Integration' in R Salais and R Villeneuve (eds.), *Europe and the Politics of Capabilities* (Cambridge University Press 2004).

⁴⁷ M R Alarcón Caracuel, *La Seguridad Social en España* (Pamplona, Aranzadi 1999).

⁴⁸ A Numhauser-Henning 'Temporary Employment: A Critical Study of the Swedish Regulations Covering Categories of Employment and Their Functions' (1988) 10 *Comparative Labor Law Journal*, 36, 64.

Organization. In the southern European countries, and particularly in Spain, the emergency measures based on labour rights actually play a key role regarding the application and enforcement of the legal framework that could help alleviate the effects of the economic crisis. I'm convinced that labour law can help give content to the concept of social emergency taking into account the decent work agenda.

NANCY E. DOWD*

A DEVELOPMENTAL EQUALITY MODEL FOR THE BEST INTERESTS OF CHILDREN

1 Introduction

Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC)¹ and its core standard of serving the ‘best interests of the child’ is closely interlinked with its Article 2 guarantee of equality and non-discrimination for all children.² The best interests of children are the interests of all children in growth, support, development and becoming adult citizens who maximize their own potential as well as contribute to the community and the broader society. The universal language of Article 3, then, must be read in conjunction with the strong guarantee in Article 2 that ensures attention to outcomes and opportunities for all children.

One way in which the concept of best interests takes on real meaning is to link it to a developmental measure. This ensures that best interests are normatively nuanced, as well as individually meaningful. So, for example, the needs of an infant and a teenager are quite different in terms of the structures and policies that maximize developmental opportunity and potential.³ If a particular child has developmental or physical disabilities, that child has needs that also may require different support structures to maximize development.⁴

* This contribution is an edited version of Nancy E. Dowd, *A Developmental Equality Model for the Best Interests of Children*, in *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being* (Elaine E. Sutherland & Lesley-Anne Barnes Macfarlane eds., 2016).

¹ United Nations Convention on the Rights of the Child, 20 November in force 2 September 1990, 1577 UNTS 3 [hereafter UNCRC].

² Article 2 (1). Also critical to equality rights is Article 4, which requires states to implement all rights in the Convention but states in particular, ‘With regard to economic, social and cultural rights, States Parties shall undertake such measures to the maximum extent of their available resources.’

³ This is reflected in common developmental stages and indicators used to evaluate children and to provide guidance to parents. See, e.g., Centers for Disease Control and Prevention, *Developmental Milestones*, available at <http://www.cdc.gov/ncbddd/actearly/milestones/> (last accessed August 15, 2015).

⁴ This is recognized in Article 23 of the UNCRC. Such differential needs are also the foundation of American legislation including the Individuals with Disabilities Education Act, 20 U.S.C. §§ 1400 *et seq.*

This contribution argues that the progressive use of interdisciplinary research to incorporate a developmental perspective requires attention to persisting inequalities among children.⁵ The developmental lens, I argue, must be adjusted to serve developmental equality. Otherwise, well-meaning 'neutral' measures to foster development replicate subordination by failing to address the enormous developmental challenges placed in the path of children who are the objects of inequality. It is critical that a developmental perspective, essential to meaningful best interests, should incorporate developmental equality, meaning that each child should have the same opportunity to maximize their developmental capabilities. The developmental perspective must incorporate what we know of inequalities that persist among children.

The equality principle of Article 2, then, is the trigger to infuse Article 3 best interests with developmental perspectives that serve all children. The purpose of this developmental equality lens is twofold: (1) to identify risks and challenges that must be immediately addressed, but more importantly, (2) to trigger an obligation by the state to eliminate its role in supporting, directly or indirectly, identifiable challenges that create or exacerbate developmental inequality for children that perpetuate their potential for, or reality of, subordination.⁶

In this contribution I frame the concept of developmental equality and show how it can be used to impose concrete obligations for the state, consistent with the purposes of Articles 2 and 3 and the affirmative obligations of Article 4. In other words, the Convention by its terms provides the mechanism for implementation of the theory, because of its goals of achieving children's equality as well as maximizing their developmental potential.

In section 2 of the contribution I briefly explore the ecological perspective on child development, a broadly accepted developmental model, and its relation to best interests. In section 3, I consider the limitations of a 'neutral' ecological perspective, using as my example data about the life course of

⁵ This contribution draws on my prior work on African American boys. Nancy E. Dowd, 'Unfinished Equality: The Case of Black Boys' (2013) 2 *Indiana Journal of Law and Social Equality* 36–61; Nancy E. Dowd, 'What Men? The Essentialist Error of The End of Men' (2013) 93 *Boston University Law Review* 1203–36. The theoretical model of this contribution is developed in greater detail in my article in progress, 'Developmental Equality,' and my book in progress, *Equality Reimagined: The Case of Black Boys* (New York: New York University Press).

⁶ This model might also inform our perspective on how race, gender and class privilege is generated and replicated. See, e.g., Peggy McIntosh, 'White Privilege and Male Privilege: A Personal Account of Coming to See Correspondences Through Work in Women's Studies,' in Margaret L. Anderson & Patricia Hill Collins (eds.), *Race, Class and Gender*, 9th edition (Boston: Cengage Learning, 2013) 74–78; Barbara J. Flagg, 'Was Blind But Now I See': *White Racial Consciousness and Law* (New York: New York University Press, 1993).

African American boys from birth to age 18. In section 4, I suggest how to shift the lens to one of developmental equality, using the theoretical models of Cynthia Garcia Coll and Margaret Beale Spencer. While linked to the experience of children of color in the United States, these models are valid starting points, I would argue, for similar explorations of inequalities among children in other countries. I conclude with what I suggest could be the benefit of the developmental equality perspective, and what obligations it should trigger for the state.

2 The ecological perspective

The best interests' standard necessarily requires a developmental perspective in order to meaningfully implement the standard. Children are dynamic, moving targets in terms of their needs and necessary support, as well as their competence and capability.⁷ This is recognized in the most fundamental way by familiar developmental charts that identify physical, mental, cognitive, and social skills, as well as labeling different stages in a more general way.⁸ Based on those charts that distill multidisciplinary research, particularly neuroscience research, the most critical periods of neurological development are in infancy, 0-3, and in adolescence.⁹ Within those periods change is dramatic. So, for example, some of the developmental hallmarks at 6 months are sitting up with support, rolling over, and saying two syllable words.¹⁰ At three years they are climbing, running, going up and down stairs; understanding simple words, communicating well; and exhibiting a range of emotions.¹¹ At adolescence, developmental goals include separation from parents and greater interest in peer relationships, more future orientation and independent work

⁷ Barbara Bennett Woodhouse, *Hidden In Plain Sight: The Tragedy of Children's Rights from Ben Franklin to Lionel Tate* (Princeton: Princeton University Press, 2008) 24–27, 111, 127–32.

⁸ Centers for Disease Control, Developmental Milestones, available at: <http://www.cdc.gov/ncbddd/actearly/milestones/> (last accessed August 15, 2015).

⁹ For the importance of birth (and pre-birth) to age three, see data at Zero to Three, National Center for Infants, Toddlers and Families, www.zerotothree.org; for adolescence, see data at National Institute of Mental Health, *The Teen Brain: Still Under Construction* at http://www.nimh.nih.gov/health/publications/the-teen-brain-still-under-construction/index.shtml?utm_source=LifeSiteNews.com+Daily+Newsletter&utm_campaign=2c0fa9560b-LifeSiteNews_com_Intl_Full_Text_12_18_2012 (last accessed August 15, 2015).

¹⁰ Child Development Milestone Chart, available at <https://s-media-cache-ak0.pinimg.com/736x/12/7c/6e/127c6effd2170ff8c987ffb289628040.jpg> (last accessed August 15, 2015).

¹¹ Center for Disease Control, *Important Milestones, Your Child at 3 years*, available at: <http://www.cdc.gov/ncbddd/actearly/milestones/milestones-3yr.html> (last accessed August 15, 2015).

habits, and dealing with sexuality,¹² and at the same time experiencing incomplete brain development, identity development and maturation, creating a perfect storm of risk, including lack of judgment, susceptibility to peers, and separation from parents.¹³

A child does not move through these stages in isolation; rather, they function within an ecology. Urie Bronfenbrenner's ecological model captures the complex pieces of this interaction, with his identification of microsystems, mesosystems, exosystems and macrosystems, and the interconnections between elements of each level, and each level with each other.¹⁴ Microsystems are those that most immediately and directly affect the child, including family, school, peers, and neighborhood. Mesosystems are the next level of the ecology that interact with those most direct connections, including, for example, the workplace and school systems or structures. Exosystems are the systemic levels that impact on children and their parents, including the educational system, political system, religious organizations, health care systems, and the courts and legal system. Finally, the macrosystem is the mix of ideas, principles, biases, and theories that drive the systemic level and impact through various levels to the child.

The component pieces of the ecology may act functionally or dysfunctionally within each level and between levels. For example, a child may have a highly supportive and positive family situated within a dangerous neighborhood, or linked to a failing school or even a single inadequate teacher. On the other hand, a child may have a family that is internally dysfunctional but the other direct microsystems reinforce positive outcomes and provide support for developmental outcomes. A good example of this is home nursing visiting programs that ensure that very young mothers are provided with support and education to care for newborns.¹⁵ Another example would be programs supporting father involvement for young or low income fathers who might otherwise drop out of their children's lives because the meso and exo systems

¹² Center for Disease Control, *Teenagers (15–17 Years Old)*, available at <http://www.cdc.gov/ncbddd/childdevelopment/positiveparenting/adolescence2.html> (last accessed August 15, 2015).

¹³ Mark Fondacaro, 'Why Should We Treat Juvenile Offenders Differently? It's Not Because the Pie is Half Baked' in Nancy E. Dowd (ed.), *A New Juvenile Justice System: Total Reform of a Broken System* (New York: New York University, 2014), 129–138.

¹⁴ Urie Bronfenbrenner, *The Ecology of Human Development: Experiments by Nature and Design* (Cambridge: Harvard University Press, 1979). The following paragraph describes Bronfenbrenner's model.

¹⁵ U.S. Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, *Home Visiting Evidence of Effectiveness*, available at: <http://homvee.acf.hhs.gov/Implementation/3/Early-Intervention-Program-for-Adolescent-Mothers-39/1> (last accessed August 15, 2015).

fail to provide structural or ideological support for non-marital fatherhood.¹⁶

This model also makes clear the interaction of macrosystem ideas on direct microsystem functioning. An ideological system that views families as private and problems within families or with children as personal responsibilities tends towards a lack of support services for families. Differences, especially economic ones, are viewed as a product of personal choices. On the other hand, an ideological system of solidarity and mutual support is often reflected in institutional supports for families grounded in the belief that providing supports for children and their families provides long run benefits to the social good. Law is a mechanism that reflects ideological beliefs and norms, and functions throughout the systems to reinforce values and beliefs.¹⁷

In a well-functioning ecology, the immediate actors at the micro level are systemically supported, and this provides essential structural and cultural support to the child, and to those who most directly influence her well-being. On the other hand, if systems are in conflict, it creates stress, or even trauma, either directly to the child or indirectly, through the lack of support of their most essential interactions.¹⁸ Impacts on parental and family dynamics, affect the child.¹⁹

3 Limitations of the ecological perspective

The ecological perspective is enormously important to understanding development contextually, identifying the important factors in development, and how systems and structures impact in the life of individual children and communities. If the child at the center of this inquiry is a neutral child, a generic child, the model if used in that way may unintentionally exacerbate or perpetuate inequalities.

An example of this is the case of African American boys from age 0-18. In

¹⁶ Programs based on empirical data are critical, see, e.g., Constance M. Dallas, 'Paternal Involvement of Low Income AA Fathers With Children in Multiple Households', University of Illinois at Chicago, College of Nursing, Research, available at <https://www.nursing.uic.edu/research/paternal-involvement-low-income-aa-fathers-children-multiple-households> (last accessed August 15, 2015).

¹⁷ Barbara Bennett Woodhouse, 'Ecogenerism :An Environmental Approach to Protecting Endangered Children' (2005) 12 *Virginia Journal of Social Policy and Law* 409–47; Woodhouse, *Hidden in Plain Sight*, 31–32.

¹⁸ For rich descriptions of dysfunction, see Clare Huntington, *Failure to Flourish: How Law Undermines Family Relationships* (New York: Oxford University Press, 2014); Katheryn Edin and Timothy J. Nelson, *Doing the Best I Can: Fatherhood in the Inner City* (Chicago: University of Chicago Press, 2013).

¹⁹ See, e.g., Nancy E. Dowd, '(Re)constructing the Framework of Work and Family' (2010) 16 *Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice* 333–348.

prior work focusing on this group, defined by race and gender, I have presented a detailed demographic portrait.²⁰ Rather than being supported to achieve their developmental potential, they are set up to fail, to be subordinated as adults, by virtue of poverty, lack of education, and involvement in the criminal justice system. Three critical statistics substantiate this powerful negative picture: one in three is born in poverty;²¹ one in two will not graduate from high school;²² and one in three will be incarcerated in their lifetime; and if they come from a lower socio economic status, the risk is doubled.²³

These stark statistics are devastating to the life circumstances of black boys. And as recent events continue to demonstrate, they also run the risk of simply not surviving their childhood, of becoming another statistic in an ongoing pattern of racialized violence whether public (police) or private.²⁴

A remarkable amount of social science research, until recently, has responded to these patterns with the question ‘What is wrong with African American boys?’ Or the variant, ‘What is wrong with African American families? Communities?’ Within the developmental literature, the focus has long been on the causes of ‘deviance’ and risky behaviors.²⁵ As critics have noted, this ignores the structural factors that impact on the lives of black boys. Indeed, the very norms against which children of color have been measured are white norms: virtually all child development theory and research has been either exclusively or predominantly focused on white children.²⁶ As one scholar put it, ‘even the rat was white.’²⁷

A focus on the child that does not take race and gender into account when those factors trigger structural and cultural challenges and differential supports means the wrong questions are asked. Policy aims at ‘fixing’ what is deemed a deviation from the norm, rather than uncovering why structures, institutions and policies continue to replicate inequality. Instead, if there is evidence of

²⁰ Dowd, *Unfinished Equality*, 45–59.

²¹ *Ibid.* at 45.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Beginning with the death of Trayvon Martin, there have been highly publicized deaths and injuries of young black men particularly as a result of police shootings that have been captured in videos and pictures.

²⁵ See Margaret Beale Spencer, ‘Revisiting the 1990 *Special Issue on Minority Children: An Editorial Perspective 15 Years Later*’ (2006) 77(5) *Child Development* 1149–1154.

²⁶ Cynthia Garcia Coll, Gontran Lamberty, Renee Jenkins, Harriet Pipes McAdoo, Keith Crnic, Barbara Hanna Wasik, & Heide Vazquez Garcia, ‘An Integrative Model for the Study of Developmental Competencies in Children’ (1996) *Child Development* 1891–1914, at 1893–95.

²⁷ Robert V. Guthrie, *Even the Rat Was White: A Historical View of Psychology*, 2d ed. (New York: Allyn and Bacon, 2009).

discrimination, as the voluminous data and significant social science literature on implicit bias, stereotypes, and structural discrimination substantiate, then the developmental model itself must be reframed to take that into account. In order to achieve children's developmental equality, we must use a model that is raced and gendered in order to identify the structural and cultural barriers that children face and that must be eliminated.²⁸

Although I have used the American example of African American boys, the phenomenon of inequalities among children is by no means limited to the U.S. One prominent European example is Roma or Romani children, who have been the focus of significant efforts to improve their life circumstances in the face of devastating demographics that defy normative developmental possibilities.²⁹ Roma children are subordinated in almost every developmental demographic: they experience a high poverty rate, including suffering from hunger; many do not go to school, even as compared with other impoverished children, and they are often segregated in schools,³⁰ Roma children, their families, and their communities suffer intense discrimination that transcends national borders.³¹ Another example of inequality is the treatment of children of Muslim immigrants, whether the children are themselves immigrants or citizens. For example, these children have been the object of discrimination in France and Sweden.³² The movement of Muslim immigrants throughout the EU, and into the EU zone, continues to trigger strong reactions that inevitably entangle children.³³

²⁸ This also suggests that such a model would expose how privilege is conferred; by failing to include racial identity and racial/gender context in current models, it ignores how children acquire a sense of self that replicates hierarchies.

²⁹ Lilla Farkas, Report of Experts in the Non-Discrimination Field, *Report on Discrimination of Roma Children in Education* (Utrecht: European Commission, Directorate-General for Justice, 2014): http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/roma_childdiscrimination_en.pdf.

³⁰ Id.

³¹ Id.

³² 'In Sweden, the Land of the Open Door, Anti-Muslim Sentiment Gains a Foothold,' New York Times, 2 January 2015, available at http://www.nytimes.com/2015/01/03/world/in-sweden-the-land-of-the-open-door-anti-muslim-sentiment-finds-a-foothold.html?_r=0 (last accessed August 15, 2015); Alessandria Masi, 'France's Secularism is Driving Young Muslims Out of School, Work and French Culture,' International Business Times, 21 January 2015 available at <http://www.ibtimes.com/frances-secularism-driving-young-muslims-out-school-work-french-culture-1789258> (last accessed August 15, 2015).

³³ This is evident in a photo essay on the Mediterranean immigration crisis, Alan Taylor, 'The Mediterranean Migrant Crisis: Risking Everything for a Chance at a Better Life', *Atlantic*, 11 May 2015, <http://www.theatlantic.com/photo/2015/05/the-mediterranean-migrant-crisis-risking-everything-for-a-chance-at-a-better-life/392957/> (last accessed August 15, 2015).

The litany of examples of discrimination among children unfortunately is a long list. Added to that would be a global comparison that finds disadvantage and exploitation concentrated along race, gender and class lines.³⁴ The persistence of those patterns, I would argue, should generate a shift in our developmental lens in order to achieve the goal of children's equality. Where inequalities exist among children, Article 2 should trigger examination of the developmental consequences of those inequalities and the role of the state in perpetuating inequality, in order to ensure that children's Article 3 best interests are served in maximizing their developmental potential. Where there are demonstrable differences in children's developmental outcomes that fall along race, gender and/or class lines, a developmental lens informed by the consequences of those developmental challenges should be used to not only counter the effects of discrimination, but more importantly, to trigger obligations and responsibilities to dismantle those structures in the ecology that generate those disproportionate challenges, and implement systems that support children's equal development.

In the following section, I present two models that can be used to adjust the developmental lens to a developmental equality lens, the work of Cynthia Garcia Coll and Margaret Beale Spencer.

4 Dealing with the Limitations: Shifting the Lens

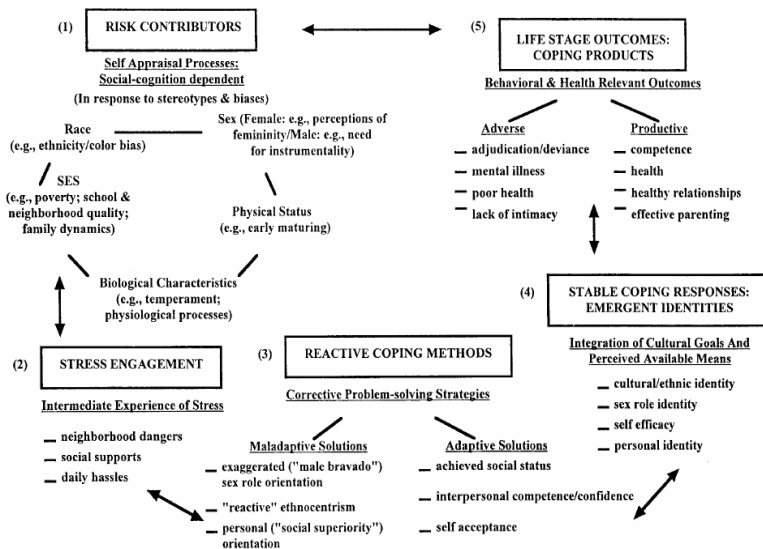
To incorporate the perspective of children of color; and to acknowledge that a neutral developmental perspective ignores critical differences among children that are constructed by structural and cultural factors that the state may create, implement, or foster, it is essential to use a developmental lens that is explicitly raced and gendered, to determine how those factors impact development. Using this lens should focus on the role of the state and should mandate the end of the state creating differential developmental challenges for children. In place of structures of subordination, the state should create egalitarian ones.

This is a dramatically different approach than that fostered under typical risk/resilience models commonplace in public health policy making. In those models, policy focuses first on children with demonstrated problems, then those who are at risk, and then all children (primary, tertiary, and secondary

³⁴ See, e.g., UNICEF, *The State of the World's Children 2006: Excluded and Invisible*, available at http://www.unicef.org/sowc06/pdfs/sowc06_fullreport.pdf ; Children's Defense Fund data on American children, available at www.childrensdefensefund.org . See also the United Nations' Millennium Development Goals, available at <http://www.un.org/millenniumgoals/> (last accessed August 15, 2015).

interventions).³⁵ The risk/resilience model is important because it is responsive to current realities. But it does not necessarily target structural, state-created or state-supported factors that create or exacerbate risk. It may focus, for example, on interventions for children in poor neighborhoods with low functioning schools, but it does not trigger responsibilities to deal with poverty and its neighborhood, family, and individual consequences, as well as its institutional manifestations in schools.

Using the two models I describe below, a developmental equality approach would identify the factors that create developmental challenges that significantly contribute to differential developmental outcomes along lines of race, gender and class. Developmental equality would require the state to do something about identified barriers and challenges to development, as well as to provide the supports for every child to reach their developmental potential.



Margaret Beale Spencer

Margaret Beale Spencer's model,³⁶ the phenomenological variant of ecological

³⁵ For the public health model, see generally Institute for Work and Health, available at <http://www.iwh.on.ca/wrmb/primary-secondary-and-tertiary-prevention> (last accessed August 15, 2015) ; Centers for Disease Control and Prevention, Public Health Approach to Violence Prevention <http://www.cdc.gov/violenceprevention/overview/publichealthapproach.html> (last accessed August 15, 2015).

³⁶ The graphic model is from Margaret Beale Spencer, David Dupree, and Tracey Hartman, 'A Phenomenological Variant of Ecological Systems Theory: A Self Organization Perspective in Context' (1997) 9:4 *Development and Psychopathology* 817-833, at 819.

systems theory (PVEST), captures the individual's experience and engagement with the ecology within which the child develops, from the perspective of children of color.³⁷ The model captures individual responses within structural factors that operate at the micro, meso, exo and macro levels of the ecological model. Each of the key aspects of the model interact with each other, in a dynamic process of development and identity formation; this happens not in a linear progression, but rather interactively. The five major subdivisions in the model are: risk contributors, stress engagement, reactive coping methods (to stresses), which can be adaptive or maladaptive; stable coping response/emergent identities; and life stage outcomes/coping products, which can be adverse or productive.

Risk contributors included in the model are described as self appraisal processes dependent on social cognition, so responses to stereotypes and biases. Inherent in this part of the model is that identity characteristics trigger risk. The risk factors Spencer includes are: race, sex, SES (socio-economic status), physical status (level of maturity/age/perceived maturity) and biological characteristics, like temperament. Within this category, then, are distilled factors that alone or in combination generate risk for the child. The inclusion of race, gender, and SES distills a wealth of information that indicates these characteristics generate the risk of adverse situations and stresses that may confront the child. Recognition and validation of this part of the model is critical to its use as a guiding lens to achieve developmental equality. As long as these factors are identifiable risks, then they should trigger evaluation of structural and cultural factors that foster that risk, and the responsibility to dismantle that toxic ecology while building a supportive ecology.

Risks in this model identify what may cause harm or pose challenges. Spencer links this to two pieces of the model: stresses that create situations that must be dealt with by the child, and overall life stage outcomes, where risk can generate either positive or negative outcomes. The link to stress engagement in the model includes neighborhood dangers, social supports, and daily

³⁷ The description of Spencer's model in this segment is based on Margaret Beale Spencer et al, 'Understanding Hypermasculinity in Context: A Theory-driven Analysis of Urban Adolescent Males' Coping Responses' (2004) 1(4) *Research in Human Development* 229–257; Margaret Beale Spencer, Margaret B., Suzanne G. Fegley, and Vinay Harpalani, 'A Theoretical and Empirical Examination of 'Identity as Coping: Linking Coping Resources to the Self Processes of African American Youth' (2003) 7(3) *Applied Developmental Science* 181–188; Margaret Beale Spencer, Blanch Dobbs, & Dena Phillips Swanson, 'African American Adolescents: Adaptational Processes and Socioeconomic Diversity in Behavioural Outcomes'(1988) 11 *Journal of Adolescence* 117–137; Margaret Beale Spence and Carol Marstrom-Adams, 'Identity Processes among Racial and Ethnic Minority Children in America' (1990) 61(2) *Child Development* 290–310.

hassles. This captures individual interaction with the microsystems of family, neighborhood, peers and schools. The model includes both positive and negative factors, recognizing that even if there are neighborhood dangers, such as a high rate of violence or minimal health care in the event of illness, family and neighborhood can also provide social support. The experience of stress is a common phenomenon of development; the accumulation of stressors, however, is harmful to development. This part of the model also incorporates the wealth of data on micro-aggressions, that is, the daily insults that persist in the lives of children and adults of color, as well as the culture of negative images and messages in media and the general culture. It captures the cost of that particularly for children, as well as the development of social supports to counter those messages particularly in families, community, and religious organizations.

Risks are also linked to overall life stage outcomes, meaning behavioral and health outcomes, which may be mediated by the response to stressors, the development of solidified identities, and their effect at each developmental stage. It is important to note that this links psychological and developmental well-being to physical/health well-being. But Spencer's model also suggests that the risk factors impact life stage outcomes. These can be positive or negative outcomes, but importantly, these are stages, so they may be positive for one stage, negative for another, or some combination. Positive outcomes include competence, health, healthy relationships, and effective parenting. Adverse outcomes include adjudication/deviance, poor health, lack of intimate relationships, and mental illness. These life stage outcomes, the products of this experiential process, are themselves generated by, and generate, coping responses, as well as being affected by risk factors. This complex interaction is critical to understanding the impact of structural and cultural factors on development, and therefore the essential role of the state in facilitating the positive development of each child. What Spencer's model clearly demonstrates is how the risk factors generate developmental challenges and potential adverse outcomes because of race, gender and class, and therefore should trigger the state's obligation not to create or be complicit in creating those challenges, and to affirmatively intervene to ensure positive development.

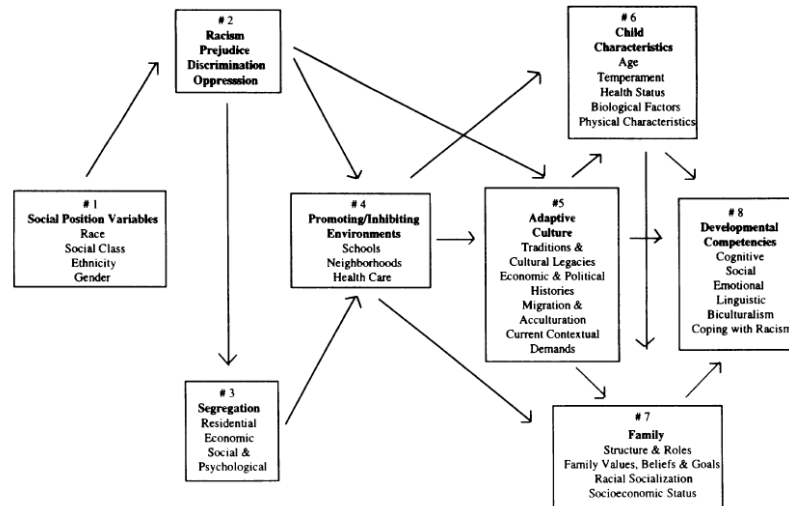
Spencer sees reactive coping strategies as problem solving strategies, ones that ultimately work and those that do not. Adaptive strategies are achieved social status, interpersonal competence, and self-acceptance. Maladaptive strategies are exaggerated sex role orientation (male bravado); 'reactive' ethnocentrism, and personal 'social superiority' orientation. What is interes-

ting about the maladaptive categories is that each of these strategies, according to Spencer, is likely to generate behavior and systemic response to that behavior that is highly negative. Spencer and others have noted the cycle of hypervigilance of young men of color, generating a hypermasculine response, likely to trigger more oppressive responses from police, teachers, and community members.³⁸

This is apparent when looking at the final part of the model, stable coping responses. The outcome of positive coping methods/problem solving is the solidification of a positive identity that can contribute to positive life outcomes, despite ongoing risks. The aspects identified here are 'integration of cultural goals and perceived available means', including cultural/ethnic identity, sex role identity, personal identity, and self-efficacy. This part of the model encapsulates robust recent scholarship exploring the affirmative development of children of color, and in particular, African American boys. What this scholarship includes is the complex process of achieving positive development in the face of the risk factors and challenges that Spencer identifies, but also focuses on the positive process of development for children of color because of the strength of their families and communities. There is much to be gained by drawing on these strengths particularly to suggest how white families can move toward supporting development of their children without replicating hierarchy. And in the process of identifying what developmental equality would look like, it provides a vision of that outcome, unencumbered by the need for parents to protectively arm their children to survive the current developmental gauntlet.

Spencer's model is particularly focused on individual level interaction with systemic factors, and reminds us of how this intersects with all of the layers of the ecology. This model can be applied to require the identification and removal of challenges, triggering a responsibility of support until the demographic data indicate developmental equality, a place that would remove not only the three stark factors mentioned earlier, but others as well that indicate challenges to the development of every child to their maximum potential.

³⁸ Victor Rios, *Punished: Policing the Lives of Black and Latino Boys* (New York: New York University Press, 2011).



Cynthia Garcia Coll

Figure 1: Integrative model for the study of developmental competencies in minority children.

Spencer's model particularly captures the individual child's experience in the developmental process of structural and cultural discrimination that creates developmental challenges. Cynthia Garcia Coll focuses on the same dynamic, but even more strongly captures what is happening in the ecology structurally and culturally. Garcia Coll's model,³⁹ the integrative model for the study of developmental competencies in minority children, is grounded like Spencer's in Bronfenbrenner's ecological model.⁴⁰

³⁹ The graphic model is drawn from Cynthia Garcia Coll *et al.*, 'An Integrative Model for the Study of Developmental Competencies in Minority Children', at 1896.

⁴⁰ This section is based on Garcia Coll's model as described in Cynthia Garcia Coll and Laura A. Szalacha, 'The Multiple Contexts of Middle Childhood' (2004) *The Future of Children*, 14(2), 80–97; Cynthia Garcia Coll, and K. Magnuson, 'Cultural Differences as Sources of Developmental Vulnerabilities and Resources: A View from Developmental Research' (2000) in *Handbook of Early Childhood Intervention*, (Jack P. Phonkoff and Samuel J. Meisels eds) (Cambridge: Cambridge University Press 2000) 94–114; Cynthia Garcia Coll *et al.*, 'An Integrative Model for the Study of Developmental Competencies in Minority Children'; Cynthia Garcia Coll, 'Developmental Outcomes of Minority Infants: A Process-Oriented Look into Our Beginnings' (1990) 61:2 *Child Development*, Special Issue on Minority Children, 270–289.

Garcia Coll's model has eight component parts: social position; oppression factors (racism, sexism, prejudice, oppression); segregation; promoting or inhibiting environments; adaptive cultures; family; child characteristics; and developmental competencies. These are conceptualized in an interactive but linear fashion: each of the factors has an impact on developmental capacities. The first three factors create developmental challenges or hurdles; then a variety of pieces of the ecology can help or hurt in meeting those challenges, along with the individual characteristics of the child, resulting in achieving normative developmental categories or having an impact on those categories. Rather than focusing on individual dynamics, Garcia Coll's model is particularly helpful in identifying systemic and cultural dynamics. Her model also identifies the critical supportive role of families and communities, and the development of cultural adaptations to confront and deal with the developmental challenges wrought by inequality.

The first three parts of Garcia Coll's model develop the factors that impact on development based on social position. Included within the social position variable is race, social class, ethnicity and gender. The relevance of these factors, as with Spencer's similar risk variables, is that these factors generate challenges. Again, this suggests the necessity of monitoring the challenges generated by these factors to ensure children's equality. The next two factors expand on particular ways social position impacts children. The second factor includes racism, prejudice, discrimination, and oppression. These categories attempt to encompass the dynamic of inequality inclusively rather than, for example, limiting it to 'discrimination,' a term narrowly construed in the U.S.⁴¹ Garcia Coll links this second factor not only to the characteristics of the child, but also to its impact on the development of adaptive cultures. Families and communities respond and react in ways to promote the well-being of their children as impacted by these forces in their lives. Her third factor, segregation, encompasses the importance of spatial characteristics for children, including residential, economic, and social/psychological segregation.

At the next phase, Garcia Coll focuses on promoting and inhibiting environments, specifically schools, neighborhoods and health care. In addition to the role of the state with respect to the factors that create social position (versus a society where each child is equally valued and supported irrespective of social position), here she identifies critical systems, schools and health care, that impact on children's development, as well as neighborhoods. Neigh-

⁴¹ See, e.g., *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976).

borhoods can also be conceptualized as a system heavily influenced by state action, in terms of their ability to promote or inhibit child development. Garcia Coll sees these environments interacting with the child and their particular characteristics apart from social position (age, temperament, physical characteristics, health status, biological characteristics), as well as the child's family and its characteristics (structure and roles; values, beliefs and goals; SES; racial socialization). Family and child also interact directly with each other.

Promoting or inhibiting environments also interact more broadly with communities, affecting what Garcia Coll calls adaptive cultures, meaning the cultural response to promoting development, or inhibiting it based on social position factors. One of the strongest implications of Garcia Coll's research is paying attention to the actions and beliefs of communities of color and immigrant communities and understanding their actions as adaptive responses to support their children, rather than constructing them as negative or deviant.

The end result of these complex reactions, triggered by social position and context, fed by the interaction of promoting and inhibiting environments and adaptive cultures, as well as specific characteristics of particular children and families, are developmental outcomes, identified as cognitive, social, emotional, linguistic, bicultural and coping with racism. Included with the familiar and normative 'neutral' developmental categories are developmental competencies fostered by communities and families necessary to children of color-linguistic competency, the ability to function in their culture and majority culture, and the ability to deal with a context of ongoing racism.

Garcia Coll's model is especially helpful to identifying the structural pieces that intersect to affect children, their families, and communities that are implemented institutionally. These are institutions that are created and sustained by the state. This should trigger state responsibility to dismantle challenges and support families and communities as well as provide promoting environments for all children to reach their developmental capacities.

Together, Spencer and Garcia Coll provide concrete theoretical and practical frameworks for developmental equality. These models can be used to identify concrete metrics to measure not only conventional measures of normative development, but to measure whether developmental support is provided for all children. They also incorporate developmental factors that matter for all children: race or ethnicity, gender and class. Such a modification of the developmental model is critical to make equality meaningful for all children.

5 Conclusion

The embrace of the developmental model is an important positive step to link legal rules and public policy outcomes to a multidisciplinary model aimed to best support children. In an era where children's inequalities remain, and where those inequalities fall along lines of race, gender and class, it is essential that the model itself recognize the developmental challenges created by those identity factors alone and in combination. It is also essential that these aspects of identity be affirmatively supported.

ÖRJAN EDSTRÖM
OCH
STAFFAN INGMANSON

UNGA ARBETSSÖKANDE EU-MEDBORGARES RÄTT TILL SVENSKA ARBETSMARKNADSÅTGÄRDER – SÄRSKILT JOBBGARANTIN FÖR UNGDOMAR¹

1 Inledning

Arbetslösheten inom den Europeiska unionen (EU) har till följd av den ekonomiska krisen skjutit i höjden, även om vissa tendenser till lättnader funnits under 2014. Särskilt bland ungdomar och äldre på arbetsmarknaden är situationen besvärlig. Bland ungdomar upp till 25 år, som vårt bidrag tar särskilt sikte på, var våren 2013 5,7 miljoner eller 23,5 procent arbetslösa i EU:s medlemsländer.²

De sista åren har inneburit något sjunkande siffror, men stora variationer finns mellan medlemsländerna. År 2015 var arbetslösheten bland ungdomar i åldern 15–24 år i exempelvis Tyskland 7,2 procent och i Österrike 10,6 procent, medan den i flera länder kring Medelhavet var betydligt högre, t.ex. 49,8 procent i Grekland, 48,3 procent i Spanien och 40,3 procent i Italien. I Sverige var ungdomsarbetslösheten 20,4 procent, dvs. strax över genomsnittet i inom EU.³

Bakom dessa siffror kan antas dölja sig ett mörkertal med ungdomar som befinner sig i ett mer eller mindre fullständigt utanförskap och ofta inte är registrerade som arbetslösa eller arbetssökande. Ett begrepp som börjat användas som en beteckning på unga som varken arbetar, studerar eller är i praktik är NEET (not in employment, education or training).⁴

¹ För givande diskussioner kring karaktäriseringen av sociala förmåner m.m. tackar vi särskilt professor Ruth Mannelqvist, juridiska institutionen vid Umeå universitet.

² Europeiska kommissionen, *Åtgärder mot ungdomsarbetslösheten*, Bryssel den 28 maj 2013. (Eurostat.)

³ Eurostat, <http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=tipslm80&plugin=1> (22 juni, 2016).

⁴ M Hjeds Löfmark och J Eriksson, *Arbetslöshet och utanförskap bland unga i Europa. En makroekonomisk studie av NEET*, Sieps 2014:1 (Stockholm, 2014) 12 f.

Mot bakgrund av den ojämnt fördelade arbetslösheten och den samtida ojämna fördelningen av efterfrågan på arbetskraft, har frågan om personers och i synnerhet arbetskraftens fria rörlighet aktualiserats som ett bidrag till en lösning. Den fria rörligheten ska bl.a. göra det möjligt för medborgare i ett EU-land att söka sig till andra medlemsstaters arbetsmarknad för att där söka och anta erbjudanden om arbetstillfällen.

Den fria rörligheten har emellertid inte varit problemfri. Förutom traditionella, sociala och kulturella hinder, finns i medlemsstaterna rättsliga hinder som kan försvåra personers fria rörlighet inom EU.⁵ Det är hinder som kan försvåra tillträdet till andra länders arbetsmarknadspolitiska åtgärder, olika stöd och därmed arbetsmarknader. Till detta kommer de sociala trygghetsystemen som kan vara utformade på ett sätt som kan försvåra den enskildes etablering i ett annat medlemsland.⁶

Från EU-kommissionens sida har flera åtgärder föreslagits för att bekämpa den höga arbetslösheten och särskilt ungdomsarbetslösheten. Våren 2013 beslutade exempelvis EU:s ministerråd att rekommendera medlemsstaterna att införa en särskild ungdomsgaranti.⁷ Tanken är att alla ungdomar upp till 25 års ålder ska erbjudas ett jobb, fortsatt utbildning, eller en lärlingsplats inom fyra månader efter avslutad ungdomsutbildning eller sedan man blivit arbetslös.

Syftet med vårt bidrag är att med utgångspunkt i EU-rätten analysera i vilken utsträckning unga arbetssökande från andra EU-länder har rätt att få del av den svenska jobbgarantin för ungdomar.

För att uppnå syftet kommer följande frågor att undersökas:

1. Vilka är de grundläggande EU-rättsliga utgångspunkterna för EU:s möjligheter att påverka den svenska arbetsmarknadspolitiken och vilka är de centrala EU-rättsliga reglerna för arbetskraftens fria rörlighet med särskild inriktning mot arbetssökande?
2. Vad gäller beträffande arbetssökande EU-medborgares rätt att få del av den svenska jobbgarantin för ungdomar?
3. Hur förhåller sig svensk rätt ifråga om stöd och åtgärder inom ramen för särskilt jobbgarantin för ungdomar arbetsmarknadspolitiken till EU-rätten, särskilt vad gäller arbetssökande unga EU-medborgare från andra EU-länder?

⁵ För en överblick över svensk rätt i förhållande till arbetstagares fria rörlighet enligt EU-rätten, se Ö Edström, Report on the free movement of workers in Sweden 2012–2013 (Radboud University, Nijmegen, 2013), www.ru.nl/publish/pages/608499/def_sweden_2013.pdf (22 juni, 2016).

⁶ För en kritisk analys, se J Paju, Suveränitetserosion? – Om EU-rättens påverkan på nationella sociala trygghetsmodeller; särskilt Sverige (Tallin, Ragulka förlag, 2015).

⁷ Rådets rekommendation av den 22 april 2013 om att inrätta en ungdomsgaranti (2013/C 120/01).

Såväl EU-rätten som nationell rätt är både inkluderande och exkluderande. En utgångspunkt för arbetet är att arbetssökande EU-medborgare från andra EU-länder under vissa förutsättningar har rätt till fri rörlighet, vilket inkluderar rätten att söka och ta arbete samt studera i Sverige. I förhållandet mellan EU-rätten och nationell rätt är dock problemet ofta att regelverket på nationell nivå tenderar att vara *mer* direkt eller indirekt exkluderande än vad EU-rätten medger.

Det är mot den bakgrunden viktigt att undersöka nationell rätt och dess förhållande till EU-rätten. Inte minst kan EU-domstolen praxis – när det gäller rättigheter som tidigare har ansetts förutsätta nationellt medborgarskap, bosättning och uppfyllande av olika tidsmässiga kvalifikationsvillkor – visa sig bli avgörande på olika samhällsområden.

Fokus i denna uppsats ligger på olika arbetsmarknadsåtgärder och särskilt ungdomsgarantin. Sociala rättigheter och olika välfärdsförmåner, t.ex. försörjningsstöd eller andra stöd till boende m.m. utan direkt koppling till ungdomsgarantin är också av stor vikt men kommer inte att behandlas närmare.

2 EU-rättsliga utgångspunkter och regler

2.1 EU-policy på arbetsmarknadsområdet

Inom EU har tagits flera beslut om regleringar, rekommendationer etc. med inriktning mot att begränsa arbetslösheten och särskilt ungdomsarbetslösheten i medlemsländerna. Det är i flera fall fråga om åtgärder på policynivå och i andra fall åtgärder som innebär konkreta regleringar. EU granskar också medlemsländernas lagstiftning och utfärdar rekommendationer och riktlinjer ifråga om åtgärder för arbetsmarknaden.⁸

Ett viktigt instrument med målsättningar för EU:s utveckling på arbetsmarknadsområdet är det övergripande policyprogrammet Europa 2020.⁹ Programmet ligger till grund för EU:s nya sysselsättningsstrategi som bl.a.

⁸ Se H Verschuere, "Do national activation measures stand the test of European law on the movement of workers and jobseekers?" (2010) 12 *European Journal of Migration and Law* 81.

⁹ Europa 2020; se EU-kommissionen, http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm (22 juni, 2016). I EU 2020 utpekas "five targets" med konkreta målsättningar, bl.a. att 75 procent av befolkningen i åldrarna 20–64 år ska ha en anställning och att minst 40 procent i åldrarna 30–34 år ska ha högre utbildning; se http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/targets/index_en.htm (22 juni, 2016).

konkretiserar EU:s riktlinjer för medlemsländernas sysselsättningsåtgärder och analyserar nationella reformprogram på området.¹⁰

EU-kommissionen utfärdar även med utgångspunkt i den Europeiska sysselsättningsstrategin rekommendationer för medlemsländerna beträffande vilka åtgärder m.m. som bör vidtas i linje med Europa 2020.

Inom ramen för Europa 2020 finns även programmet Youth on the Move.¹¹ Det syftar till att förbättra ungdomars utbildning och anställningsbarhet, att minska ungdomsarbetslösheten och öka andelen i arbete. Beträffande unga arbetstagare ska medlemsstaterna dessutom, enligt artikel 47 FEUF, främja utbytet av unga arbetstagare inom ramen för ett särskilt program.

Förutom den ovan nämnda rekommendationen från EU om införandet av en särskild ungdomsgaranti så finns även flera åtgärder som bl.a. ingår i EU:s Youth Employment Package.¹²

2.2 EU:s kompetens

Vilken kompetens att fatta beslut som tilldelats EU respektive är förbehållen medlemsstaterna är givetvis en viktig konstitutionell fråga. En utgångspunkt är artiklarna 5.1 och 5.2 i EU-fördraget (EUF) och ”principen om tilldelade befogenheter”. Den styr avgränsningen av EU:s befogenheter och innebär att EU:s lagstiftningskompetens begränsas inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat EU genom fördragen. Den närmare innebörden av dessa befogenheter framgår av artiklarna 2–4 i fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

I bl.a. frågor som rör den inre marknaden och det sociala området har, enligt artikel 4.2 FEUF, EU och medlemsstaterna delade befogenheter.¹³ EU kan därmed inte utan vidare fatta bindande beslut om regleringar och åtgärder på dessa områden. När det gäller medlemsstaternas sysselsättningspolitik framgår av artikel 2.3 FEUF att den ska samordnas i enlighet med fördraget. Sysselsättningspolitiken finns dock inte explicit bland de områden med delad befogenhet som nämns i artikel 4, men olika sysselsättningspolitiska åtgärder

¹⁰ Ang. den Europeiska sysselsättningsstrategin i linje med Europa 2020, se <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=101&clangId=en> (22 juni, 2016).

¹¹ Se EU-kommissionen, Youth on the Move Move, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=950&clangId=en> (22 juni, 2016).

¹² För kommentarer, se J Julén Votinius, ”Young employees – securities, risk distribution and fundamental social rights” (2014) 5 *European Labour Law Journal* 366.

¹³ Innebörden av att befogenheterna är delade framgår av FEUF, artikel 2.2. I princip innebär delad befogenhet på ett område att både EU och medlemsstaterna får lagstifta och anta bindande rättsakter. Medlemsstaterna ska utöva sina befogenheter i den mån EU inte har gjort det eller i den mån EU beslutat att inte längre utöva en befogenhet.

kan givetvis i praktiken ha en nära anknytning till den inre marknaden och socialpolitiken.

I princip innebär det att man inte utan vidare kan utgå från att sysselsättningspolitiken är en nationell angelägenhet. Frågan om hur långt EU:s befogenheter i praktiken sträcker sig kan utvecklas till att bli en delikat fråga när artikel 5.2–3 FEUF om samordningen av sysselsättningspolitiska åtgärder ska tillämpas och målen i Europa 2020 realiserar.

EU-domstolen har dessutom i många fall prövat om medlemsstaterna utövat sina befogenheter på ett sätt som strider mot grundläggande regler i fördragen, t.ex. ifråga om rättigheter knutna till EU-medborgarskapet och den fria rörligheten. På samma sätt är det möjligt att utformningen av vissa stöd och åtgärder inom sysselsättningspolitiken skulle kunna ifrågasättas mot bakgrund av exempelvis EU-medborgares rätt till fri rörlighet.

Förutom principen om tilldelade befogenheter ska enligt artikel 5.3 EUF subsidiaritetsprincipen tillämpas. Den innebär bl.a. att på de områden där EU inte har en exklusiv befogenhet att vidta åtgärder, ska EU agera endast om målen för en åtgärd inte i tillräcklig utsträckning kan nås på nationell nivå och att åtgärden därför bör vidtas på EU-nivå.¹⁴ I det sammanhanget är även proportionalitetsprincipen grundläggande enligt artikel 5.4 EUF; unionens åtgärder ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen. Bägge dessa principer utgör begränsningar för EU:s lagstiftningskompetens i förhållande till medlemsländerna, även i de fall EU där har en sådan kompetens.

Även om områdena för EU:s exklusiva befogenheter enligt artikel 3 FEUF är relativt begränsade, har det visat sig att frågan om vilket utrymme en medlemsstat har för att självständigt vidta åtgärder på olika områden ingalunda är självklar, och detta gäller inte minst på de områden där befogenheterna enligt fördragen är delade.

Enligt artikel 3.3 EUF ska den inre marknaden bygga på bl.a. en ”social marknadsekonomi” och social utestängning och diskriminering ska bekämpas. Det innebär bl.a. att arbetslösheten inom EU ska bekämpas och av artikel 3.3 framgår att full sysselsättning är en viktig målsättning.

Enligt artikel 2.3 FEUF ska medlemsstaterna samordna sin ekonomiska politik och sysselsättningspolitiken. Vidare ska, enligt artikel 5.1, unionen

¹⁴ Den grundläggande ”principen om tilldelade befogenheter” följer även av artikel 5.1 och 5.2 i EU-fördraget. Den innebär att EU:s lagstiftningskompetens måste rymmas inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat EU genom fördragen. Se även artiklarna 2–4 i FEUF om den närmare innebörden av dessa befogenheter.

vidta åtgärder i syfte att säkerställa denna samordning, något som ska åstadkommas genom att EU anger riktlinjer för denna politik.¹⁵ De rekommendationer som riktades mot Sverige under 2013 – med anknytning till Europa 2020 – och som särskilt rörde ungdomar innebar bl.a. att ungdomsgarantin borde stärkas och utvecklas.¹⁶

2.3 EU-medborgarskapet

Varje medborgare i EU:s medlemsstater tilldelas, enligt artikel 20 FEUF, ett unionsmedborgarskap, som är avsett att komplettera det nationella medborgarskapet.¹⁷ Enligt artikel 21.1 FEUF har EU-medborgare rätt att fritt röra sig inom EU. Artikel 21 innebar att den fria rörligheten enligt tidigare regler i princip utsträcktes till att omfatta alla EU-medborgare.

Av artikel 6.1 direktiv (2004/38/EG) – frirörlighetsdirektivet – framgår också att alla EU-medborgare och deras familjemedlemmar har en grundläggande uppehållsrätt som innebär rätt att vistas i en annan medlemsstat i högst tre månader.¹⁸ Därutöver har EU-medborgare, enligt artikel 7.1, under vissa förutsättningar en bibehållen uppehållsrätt så länge han eller hon inte utgör en belastning för värdstatens system för socialt bistånd.

EU-domstolen har slagit fast vilka konkreta rättigheter som är knutna till EU-medborgarskapet genom en tolkning av framför allt artiklarna 18, 20 och 21 FEUF.¹⁹ En tydlig tendens är också att domstolen i ökad utsträckning inriktat sig på att granska och eventuellt också förbjuda nationella regler som befinner sig strida mot den fria rörligheten.²⁰ Därmed har den fria rörligheten och rättigheter knutna till denna fått en ny dimension eftersom alla medborgare i EU:s medlemsstater också är EU-medborgare.

I den utsträckning dessa rättigheter kan antas omfatta även arbetsökande

¹⁵ Angående sysselsättningspolitiken, se även artikel 5.2 i FEUF.

¹⁶ Europeiska kommissionen, Rekommendation till rådets rekommendation om Sveriges nationella reformprogram 2013 med avgivande av rådets yttrande om Sveriges konvergensprogram 2012–2016 (KOM [2013] 377 final).

¹⁷ H Lokrantz Bernitz, *Medborgarskapet i Sverige och Europa – räckvidd och rättigheter* (Uppsala, Iustus, 2004).

¹⁸ Direktiv (2004/38/EG) om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.

¹⁹ Ett exempel på grupper som kunnat dra nytta av denna praxis är unga studerande EU-medborgare. Se S Ingmanson, "Migrerande studenter: välfärdsturister eller framtidsbyggare" (2007) *Europa-rättslig Tidskrift* 241.

²⁰ F Wollenschläger, "A new Fundamental Freedom Beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration" (2010) 17 *European Law Journal* 1.

EU-medborgares rätt till deltagande i olika arbetsmarknadspolitiska åtgärder, rätt till olika ekonomiska bidrag knutna till sådana åtgärder, stöd till arbetsgivare vid anställning m.m., så berörs frågor som på nationell nivå kan vara politiskt känsliga.

2.4 Arbetskraftens – inklusive arbetssökandes – fria rörlighet

De rättsliga möjligheterna för EU-medborgare att söka sig till andra länders arbetsmarknader inom EU regleras mer konkret i Avdelning IV och särskilt i artikel 45 FEUF. Arbetstagares fria rörlighet ska säkerställas och all diskriminering pga. nationalitet i anställningen är förbjuden.

EU-domstolen har i några mål ställt upp några grundläggande kriterier för vem som ska anses vara arbetstagare och därmed kunna utnyttja de rättigheter som är knutna till arbetstagares fria rörlighet. Det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet kan tillämpas på den som utför arbete åt någon annan och under dennes arbetsledning samt att arbetet utförs mot vederlag.²¹

EU-domstolen har också slagit fast begreppet arbetstagare inte ska tolkas restriktivt. Det avgörande är – som domstolen har sammanfattat det – att det rör sig om ett ”faktiskt och verkligt arbete som inte utförs i så begränsad omfattning att det framstår som ett marginellt komplement”.²²

Ersättningsens form saknar i princip betydelse och likaså är det utan betydelse om arbetstagaren är beroende av andra inkomster för att försörja sig. Det måste dock vara fråga om ett arbete som normalt förekommer på arbetsmarknaden.²³

Den fria rörligheten för arbetstagare i enlighet med artikel 45 FEUF omfattar i princip även arbetssökande från andra EU-länder.²⁴ Enligt artikel 5 förordning (EU) nr 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen, ska varje medborgare i en medlemsstat som söker anställning i en annan medlemsstat, dessutom få ”samma hjälp där som den som ges av arbetsförmedlingarna i denna stat till dess egna medborgare som söker anställning”.

Av artikel 14.4b i frirörlighetsdirektivet framgår mer specifikt att EU-medborgare har uppehållsrätt i en annan medlemsstat för att söka arbete. En viktig fråga är hur länge en person från ett annat EU-land har uppehållsrätt som arbetssökande. Enligt artikel 14.4 i direktivet har den arbetssökande kvar sin uppehållsrätt så länge han eller hon fortfarande söker arbete och har möjlighet

²¹ Mål C-66/85 *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284.

²² Mål C-53/81 *Levin*, EU:C:1982:105.

²³ Mål C-456/02 *Trojani*, EU:C:2004:488. Se dock mål C-316/13 *Fenoll*, EU:C:2015:200.

²⁴ Mål C-292/89 *Antonissen*, EU:C:1991:80.

att få anställning och heller inte ”utgör en orimlig börda för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem”.²⁵

En medlemsstat är dock inte skyldig att bevilja EU-medborgare socialt bistånd i upp till tre månader, något som följer av artikel 24.2 i friörlighetsdirektivet, men vad gäller arbetssökande kan denna period vara längre.

2.5 Diskriminering och likabehandling

2.5.1 Diskriminering och hinder mot tillträde

Enligt artikel 21.2 EU-stadgan är all diskriminering pga. nationalitet, ålder m.m. uttryckligen förbjuden inom fördragets tillämpningsområde.²⁶ Även enligt artikel 18 FEUF är all diskriminering pga. nationalitet förbjuden inom fördragets tillämpningsområde.

Inom EU-rätten skiljer man mellan direkt och *indirekt* diskriminering. Direkt diskriminering föreligger när ett missgynnande har ett direkt samband med missgynnande av någon pga. dennes nationalitet, t.ex. krav på medborgarskap för tillträde till ett yrke eller för att beviljas en förmån.²⁷

Indirekt diskriminering föreligger om en åtgärd eller bestämmelse i och för sig inte har anknytning till nationalitet men leder till ett missgynnande av personer med annan nationalitet, t.ex. kan krav på bosättning i praktiken leda till en sådan effekt. Det är ifråga om indirekt diskriminering tillräckligt om en åtgärd eller bestämmelse riskerar att drabba arbetstagare från andra medlemsstater hårdare eller särskilt gynnar värdlandets medborgare.²⁸

Diskriminerande bestämmelser kan emellertid under vissa förutsättningar godtas. Direkt diskriminering kan legitimeras om en person utgör ett allvarligt hot med ”hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa” (artikel 45.3 FEUF). Krav på nationalitet får normalt också uppställas för tillträde till yrken som innebär myndighetsutövning (artikel 45.4).

²⁵ Se även direktivets ingress p. 9 och 16.

²⁶ EU-stadgans artikel 21.1 förbjuder dessutom ”All diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning...”.

²⁷ Exempel i svensk rätt på godtagbara krav på medborgarskap för vissa anställningar på den offentliga sektorn finns i lag (1994:260) om offentlig anställning. Det är regler som legitimeras genom undantagsregeln i artikel 45.4 i FEUF om anställning i offentlig tjänst.

²⁸ Mål C-237/94 *O’Flynn*, EU:C:1996:206. Av målet framgår också att en persons syfte med att utnyttja sin rätt till fri rörlighet inte påverkar bedömningen. Det kan även sakna betydelse att vissa av de egna landets medborgare också kan missgynnas av den diskriminerande bestämmelsen; se mål C-281/98 *Angonese*, EU:C:2000:296.

En grundläggande förutsättning för att en diskriminerande bestämmelse eller åtgärd ska vara legitim är, enligt EU-domstolens praxis, att begränsningen är lämplig för att uppnå det avsedda syftet och att den inte går längre än vad som krävs för att uppnå syftet.²⁹

EU-domstolen har emellertid även funnit mer allmänna hinder för den fria rörligheten som otillåtna. Villkor och åtgärder som kan hindra eller verka avskräckande på EU-medborgare som kan önska att utnyttja sin rätt till fri rörlighet kan således stå i strid med EU-rätten och den fria rörligheten.³⁰ I samband därmed saknar det dessutom i princip betydelse om det är fråga om nationella regler på områden där EU saknar kompetens att utförda bindande lagstiftning.³¹

Regler på nationell nivå som kan hindra, försvåra eller göra det mindre attraktivt att utnyttja den fria rörligheten kan dock vara legitima om de uppfyller tre villkor:

- (1) de ska tillämpas på ett icke diskriminerande sätt,
- (2) ha ett legitimt syfte som är förenligt med fördraget och som kan sakligt motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, samt
- (3) vara proportionerliga, vilket innebär att ska vara lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med regeln.³²

2.5.2 Likabehandling för arbetssökande?

En annan viktig aspekt när det gäller den fria rörligheten för arbetstagare, arbetssökande och EU-medborgare mer allmänt är rätten till likabehandling. Denna rätt följer i princip med uppehållsrätten som vilar på artikel 21 FEUF och som tillsammans med fördragets artikel 18 FEUF innebär att EU-medborgare som utnyttjar rätten till fri rörlighet kan åberopa diskrimineringsförbudet i denna artikel.³³

Artikel 24 i fri rörlighetsdirektivet reglerar mer specifikt EU-medborgares och deras familjemedlemmars rätt till likabehandling med värdstatens egna medborgare inom de områden som omfattas av fördraget. Vissa restriktioner finns dock som bl.a. sammanhänger med om det är fråga om ekonomiskt

²⁹ Se t.ex. mål C-147/03 *Kommissionen mot Österrike*, EU:C:2005:427.

³⁰ Detsamma gäller för övrigt även regler som kan missgynna det *egna* landets medborgare från att utnyttja den fria rörligheten för att flytta till andra medlemsländer inom EU; se mål C-224/98 *D'Hoop*, EU:C:2002:432.

³¹ Se exempelvis mål C-341/05 *Laval*, EU:C:2007:809.

³² Mål C-415/93 *Bosman*, EU:C:1995:463. Angående regler som kan verka avskräckande på EU-medborgare att utnyttja den fria rörligheten, se t.ex. mål *D'Hoop*, EU:C:2002:432.

³³ Mål C-184/99 *Grzelczyk*, EU:C:2001:458.

aktiva personer eller personer mot vilka det riktas krav på att de kan försörja sig själva.

Världstaten behöver heller inte, som redan nämnts, bevilja socialt bistånd under de tre första månaderna av vistelsen i landet eller under längre period såvitt gäller arbetssökande (artikel 24.2 rörlighetsdirektivet).

Till följd av EU-domstolens praxis har EU-medborgare, som flyttar till en annan medlemsstat med stöd av den fria rörligheten, numera i hög grad samma rättigheter som migrerande arbetstagare. Domstolen har dock varit benägen att godta större inskränkningar i rätten till likabehandling för icke-ekonomiskt aktiva personer. Ett skäl är att den som inte arbetar heller inte bidrar till att finansiera välfärden i världstaten.

När det gäller rätten till olika förmåner så finns därmed en viktig skillnad mellan EU-medborgare som är arbetstagare i en annan medlemsstat och arbetssökande EU-medborgare från ett annat land. Arbetssökande kan exempelvis inte kräva någon generell rätt till likabehandling ifråga om tillgången till sociala förmåner.

För att få del av olika förmåner får medlemsstaten kräva att den sökande kan ”påvisa en viss grad av samhällsintegration”.³⁴ Här kan personer som söker arbete eller tidigare har arbetat i en annan medlemsstat hamna i en särskild situation. I det uppmärksammade målet *Collins* fastslog EU-domstolen att det ska finnas en anknytning mellan den person som söker bidrag och det mottagande landets arbetsmarknad.³⁵ En sådan anknytning kan enligt domstolen anses styrkt om det t.ex. kan konstateras att en unionsmedborgare under en rimlig tidsrymd verkligen har sökt arbete i medlemsstaten.

EU-domstolen har följaktligen uttalat att arbetssökande EU-medborgare under vissa förutsättningar *kan* ha rätt till likabehandling när det gäller särskilda stöd som ökar deras möjligheter att etablera sig på arbetsmarknaden. EU-domstolens dom i *Collins* innebar att en förutsättning för en sådan rätt till likabehandling är att det finns ett faktiskt samband mellan den arbetssökande och arbetsmarknaden i den mottagande medlemsstaten.

Den typ av sociala förmåner det var fråga om i *Collins* var förmåner som syftade till att underlätta tillträdet till arbetsmarknaden. Ett kriterium som domstolen diskuterar i domen är att den arbetssökande verkligen ska ha varit arbetssökande under en rimlig tidsrymd, t.ex. genom att ha varit inskriven hos arbetsförmedlingen i världstaten. Någon precisering av vad som anses göra en rimlig tidsrymd framgår dock inte av målet.

³⁴ Mål 209/03 *Bidar*, EU:C:2005:169.

³⁵ Mål 138/02 *Collins*, EU:C:2004:172.

Domstolen säger vidare att ett bosättningsvillkor i princip kan garantera ett faktiskt samband, men att ett sådant villkor för att vara proportionerligt inte får gå längre än vad som krävs för att uppnå detta mål.

2.6 EU-medborgares rätt till sociala förmåner

Rätten till sociala förmåner regleras på EU-nivå numera i förordning (EG) nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (samordningsförordningen).³⁶ Den innebär bl.a. att sociala förmåner på nationell nivå – där EU saknar kompetens att reglera dessa frågor – ska samordnas mellan medlemsstaterna. I princip ska förmåner som intjänats i en medlemsstat kunna ”exporteras” till en annan medlemsstat för att där läggas samman med förmåner som intjänats i den första medlemsstaten.

Två viktiga principer i samband med förordningens tillämpning är dels att en person beträffande en viss typ av förmån ska omfattas av lagstiftningen i endast ett medlemsland, dels att rätten till likabehandling ska omfatta samma förmåner som värdstatens medborgare har rätt till.

De sociala förmåner som omfattas av samordningsförordningen är sådana som omfattas av någon av de grenar eller typer av förmåner som uppräknas i förordningen, t.ex. förmåner vid sjukdom, föräldraskap olyckor i arbetet m.fl. Rätten till ersättning ska dessutom grundas på lag och beviljas på objektiva grunder utan individuell behovsprövning.

Förordning 883/2004 omfattar emellertid även särskilda icke-avgiftsfinansierade s.k. ”hybridförmåner”, som kännetecknas av att de också innehåller ett visst mått av behovsprövning (artikel 70). De är dessutom tillgängliga enbart i bosättningslandet och omfattas följaktligen inte av kravet att kunna exporteras till ett annat medlemsland. För att en förmån ska vara en hybridförmån ska den finnas uppräknad i en särskild bilaga till förordningen.

När det särskilt gäller migrerande arbetstagare ska de, enligt artikel 7.2 i förordning (EU) nr 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet, ha rätt till samma förmåner som värdstatens egna medborgare. Denna rättighet kan grundas både på ställningen som arbetstagare och bosatt men även utifrån att förmånen kan antas främja den fria rörligheten inom EU och underlätta integrationen av arbetstagaren (se även artikel 48 FEUF).³⁷ Rätten till

³⁶ Förordningen har ersatt den tidigare förordningen (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen.

³⁷ Se mål C-207/78 *Even*, EU:C:1979:144, punkt 22.

likabehandling gäller även, enligt förordningens artikel 7.2, arbetstagaren och hans eller hennes familjemedlemmar.³⁸

Vad gäller arbetssökande EU-medborgare så gäller dock, som tidigare nämnts, inte fullt ut någon likabehandling med värdstatens medborgare när det gäller rätt till sociala förmåner även om denna utgångspunkt har förändrats i och med EU-medborgarskapets införande och EU-domstolens praxis. Den innebär att det inte är möjligt att helt utesluta arbetssökande från andra medlemsländer från rätt till sociala förmåner i värdlandet.³⁹

3 Den svenska jobbgarantin för ungdomar och ekonomiska stöd

En arbetsmarknadspolitisk åtgärd som särskilt riktar sig till ungdomar i åldrarna 16–25 år är jobbgarantin för ungdomar som regleras i förordning (2007:813) om jobbgaranti för ungdomar.⁴⁰ Syftet är enligt 2 § att erbjuda ungdomar ”särskilda arbetsmarknadspolitiska insatser på ett tidigt stadium för att de så snabbt som möjligt ska få arbete motsvarande hela sitt arbetsutbud eller påbörja eller återgå till en utbildning som inte berättigar till aktivitetsstöd eller utvecklingsersättning”.

År 2014 deltog 96.311 ungdomar i aktiviteter inom ramen för jobbgarantin för ungdomar, vilket var 40,4 av alla ungdomar som var inskrivna hos Arbetsförmedlingen.⁴¹

En förutsättning för att omfattas av jobbgarantin för ungdomar är att personen varit arbetslös och anmäld hos den offentliga arbetsförmedlingen i sammanlagt 90 kalenderdagar under en ramtid om fyra månader eller har deltagit i bl.a. arbetslivsintroduktion (5 §).⁴²

Inom ramen för jobbgarantin ska Arbetsförmedlingen, enligt 2 §, genomföra en ”fördjupad kartläggning” som ett komplement till den individuella utvecklingsplanen som upprättas enligt förordningen (2000:628) om den

³⁸ Se t.ex. mål C-3/90 *Bernini*, EU:C:1992:89.

³⁹ Mål *Collins*, EU:C:2004:172.

⁴⁰ För en utvärdering av jobbgarantin för ungdomar gjord 2010, se C Hall and L Liljeberg, En jobbgaranti för ungdomar? Om Arbetsförmedlingens ungdomsinsatser, Rapport 2011:1 (IFAU, Uppsala, 2011). För en översikt över arbetsmarknadspolitiska åtgärder i Sverige, se K Sibbmark, Arbetsmarknadspolitisk översikt 2013, Rapport 2014:20 (IFAU, Uppsala, 2014).

⁴¹ Arbetsförmedlingen, Arbetsförmedlingens återsrapportering 2015, Arbetsmarknadspolitiska program, årsrapport 2014 (2015-05-04) 69, <http://www.arbetsformedlingen.se/download/18.847849314cfd204197e001/1430812889666/Arbetsmarknadspolitiska+program+%C3%A5rsrapport+2014.pdf> (22 juni, 2016).

⁴² Ang. arbetslivsintroduktion, se förordningen (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program 30a–30c §§. Vid tidsberäkning för att kvalificera sig för jobbgarantin för ungdomar ska sedan 2015 även tid som den sökande omfattats av åtgärden utbildningskontrakt räknas som tid som arbetslös.

arbetsmarknadspolitiska verksamheten. Kartläggningen tar sikte på den arbetssökandes situation, att upprätta en individuell handlingsplan och vidtagandet av åtgärder som exempelvis coachning (se förordningen om jobbgaranti för ungdomar 6 §).

Det möjliga innehållet i jobbgarantin för ungdomar innefattar – med vissa förändringar som trädde i kraft den 15 april 2014 – förutom det ovan nämnda även studie- och yrkesvägledning, jobbsökaraktiviteter med coachning, arbetspraktik, utbildning, stöd till start av näringsverksamhet, arbetslivsriktad rehabilitering, arbetsträning och förstärkt arbetsträning (6 §).⁴³ I vissa fall, t.ex. i samband med praktik och utbildning, ska minst fyra timmar jobbsökaraktiviteter per vecka ingå som ska redovisas för coachen som också ska följa upp vad som gjorts.

En ungdom kan delta i jobbgarantin för ungdomar fram till dess han eller hon får ett arbete på heltid eller ett deltidsarbete (traineejobb) med särskilt anställningsstöd enligt förordning (2015:503) om särskilt anställningsstöd, påbörjat en utbildning som inte ger rätt till aktivitetsstöd eller utvecklingsersättning, har deltagit i jobbgarantin för ungdomar under sammanlagt 15 månader eller på nytt uppfyller ett arbetsvillkor för arbetslöshetsförsäkring. Den som inte längre är berättigad till att delta i jobbgarantin ska ”skyndsamt” skrivas ut ur den men med möjlighet till återinträde inom ett år.

Förutom jobbgarantin för ungdomar kan även noteras den mer generella jobbgarantin som regleras i förordning (2007:414) om jobb- och utvecklingsgarantin. Här ska en anvisning som huvudregel avse heltid, personen ska vara arbetslös och anmäld hos Arbetsförmedlingen som arbetslös. Jobb- och utvecklingsgarantin riktar sig främst till personer som under längre tid inte varit på arbetsmarknaden.⁴⁴

Det gäller exempelvis arbetslösa som förbrukat sina dagar med ersättning från arbetslöshetskassan (300 dagar) och som inte kvalificerat sig för en ny period hos arbetslöshetskassan. Regeln om förbrukade dagar med ersättning m.fl. kriterier återfinns i förordningen om jobb- och utvecklingsgarantin 5 § p. 1. Men en målgrupp är även personer som direkt kommit från en 15-månadersperiod för jobbgarantin för ungdomar (5 § p. 4).

⁴³ Beträffande fördelningen på olika aktiviteter inom jobbgarantin för ungdomar, se Arbetsförmedlingen, Arbetsförmedlingens återrapportering 2015, Arbetsmarknadspolitiska program, årsrapport 2014 (2015-05-04) 71. Åtgärden jobbsökaraktiviteter med coachning är, enligt återrapporteringen 2015, den vanligaste enskilda åtgärden som under 2014 omfattade 31,1 procent av aktiviteterna. Samma år utgjorde olika former av arbetsplatsförlagda aktiviteter 33,3 procent av åtgärderna.

⁴⁴ Jobb- och utvecklingsgarantin är uppdelad i tre faser. Fas 3 eller ”sysselsättningsfasen” är sedan den 1 januari 2016 under avveckling.

Den enskilde som deltar i någon av jobbgarantierna kan få utvecklingsersättning eller aktivitetsstöd enligt förordning (1996:1100) om aktivitetsstöd.

Utvecklingsersättningen är en form av aktivitetsstöd som innebär ett direkt ekonomiskt stöd till den enskilde som är mellan 18–25 år och inte är berättigad till arbetslöshetsersättning. Utvecklingsersättningen avser ekonomiskt stöd till bl.a. personer som deltar i jobbgarantin för ungdomar eller arbetslivsintroduktion, deltar i förberedande insatser i form av kortare folkhögskoleutbildning för ungdomar enligt förordning (2000:634) om arbetsmarknadspolitiska program, 30 § andra stycket 7, eller deltar i ett arbetsmarknadspolitiskt program enligt 9 § punkt 5.

Aktivitetsstöd benämns stödet om mottagaren – med vissa undantag – är över 25 år och deltar i olika arbetsmarknadsåtgärder. Aktivitetsstödet kan enligt förordning 1996:1100 lämnas till den som deltar i jobb- och utvecklingsgarantin, arbetsmarknadsutbildning, arbetspraktik, stöd till start av näringsverksamhet, förberedande insatser, arbetslivsintroduktion eller projekt med arbetsmarknadspolitisk inriktning (4 §).

Aktivitetsstödet kan även beviljas personer i bl.a. jobbgarantin för ungdomar om mottagaren är berättigad till arbetslöshetsersättning.

En direkt koppling mellan den allmänna jobbgarantin och jobbgarantin för ungdomar är att ett kriterium för deltagande i jobb- och utvecklingsgarantin kan vara att den sökande har deltagit i jobbgarantin för ungdomar i 15 månader. Anvisningen till jobb- och utvecklingsgarantin ska i så fall göras i direkt anslutning till jobbgarantin för ungdomar.

4 EU-rätten och tillträdet till arbetsmarknadspolitiska åtgärder – särskilt jobbgarantin för ungdomar

I detta avsnitt analyseras i ett EU-rättsligt perspektiv rätten för unga arbetssökande EU-medborgares att få del av den svenska jobbgarantin för ungdomar som en arbetsmarknadspolitisk åtgärd.⁴⁵ Det handlar om förutsättningarna att få stöd från Arbetsförmedlingen, att få möjlighet att bli inskriven i jobbgarantin samt att få del av samma ekonomiska stöd som svenska medborgare. En utgångspunkt för diskussionen är att den arbetssökande EU-medborgaren uppfyller de grundläggande krav som ställs för uppehållsrätt i Sverige.

⁴⁵ Jfr K Sibbmark, Arbetsmarknadspolitisk översikt 2013, Rapport 2014:20 (IFAU, Uppsala, 2014).

4.1 Allmän rätt att få tillgång till Arbetsförmedlingens service

Alla arbetssökande från andra EU-länder har samma rätt att skriva in sig vid Arbetsförmedlingen och få del av förmedlingens allmänna service som svenska medborgare. Denna rätt följer direkt av artikel 5 förordning (EU) nr 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen. Den gäller oberoende av om EU-medborgaren har en ställning som migrerande arbetstagare i Sverige eller är arbetssökande som tidigare inte har arbetat i landet.

Ifråga om rätten till likabehandling har skillnaderna mellan dessa kategorier minskat. Migrerande arbetstagare har dock som framgått en särskild ställning och har rätt till likabehandling fullt ut jämfört med vad som gäller för svenska medborgare. Här finns emellertid vissa tidsgränser ifråga om hur länge en person som blivit arbetslös kan upprätthålla sin status som migrerande arbetstagare.

Skulle den arbetssökande arbetat i Sverige mer än ett år innan den ofrivilliga arbetslösheten så gäller, enligt artikel 7.3b i frirörlighetsdirektivet, att personen fortfarande betraktas som migrerande arbetstagare och att personen behåller denna status under förutsättning att han eller hon anmäler sig som arbetssökande hos Arbetsförmedlingen.

En begränsande regel – som kanske oftare kan aktualiseras för ungdomar – är, enligt direktivets artikel 7.3c, att statusen som migrerande arbetstagare ska gälla i minst 6 månader efter att en tidsbegränsad anställning avslutats under de första 12 månaderna som anställd eller i övrigt om arbetstagaen blivit uppsagd under det första året som anställd.

Har personen på eget initiativ slutat sin anställning för att påbörja en yrkesutbildning behåller han eller hon enligt artikel 7.3d i frirörlighetsdirektivet sin status som migrerande arbetstagare, under förutsättning att det finns ett samband mellan yrkesutbildningen och den tidigare sysselsättningen.⁴⁶

4.2 Rätt att delta i jobbgarantin för ungdomar?

Inte i någon av de lagar och förordningar som reglerar jobbgarantierna uppställs några krav på svenskt medborgarskap eller bosättning i Sverige som villkor för att skrivas in i garantierna. Detsamma gäller villkoren för att kunna få del av de ersättningar som är kopplade till dessa åtgärder. Bestämmelserna står därigenom inte i strid med den rätt till fri rörlighet som följer av artiklarna 18 och 45 FEUF.

⁴⁶ Artikel 7.3 i direktiv 2004/38/EG.

En förutsättning för att kunna delta i de åtgärder som ryms inom jobbgarantin för ungdomar, är dock att personen ifråga varit arbetslös och anmäld hos den offentliga arbetsförmedlingen i sammanlagt 90 dagar under en ramtid om fyra månader.

En fråga beträffande arbetssökande EU-medborgare är om 90-dagarskravet kan ifrågasättas ur EU-rättslig synvinkel? Det kan rent allmänt antas att ett sådant krav lättare kan uppfyllas av svenska medborgare och därmed skulle kravet kunna missgynna arbetssökande från andra medlemsstater, dvs. det skulle kunna bli fråga om en regel som innebär indirekt diskriminering.

En följdfråga är från den utgångspunkten om det finns någon EU-rättsligt tvingande regel att vid en bedömning av om arbetslösa personer uppfyller 90-dagarskravet även beakta den tid som personen i fråga har varit inskriven vid arbetsförmedlingen i en annan medlemsstat? Förordning 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen innehåller visserligen regler om sammanläggning av försäkringsperioder som fullgjorts i en annan medlemsstat m.m., men förordningen omfattar inte tid som inskriven vid arbetsförmedlingen i en annan medlemsstat då sådan tid inte utgör en sådan försäkringsperiod i förordningens mening.

Oavsett dessa aspekter skulle en regel som den svenska 90-dagarsregeln kunna stå i strid med EU-rätten. Frågan blir då om regeln kan hindra eller göra det mindre attraktivt för EU-medborgare att utnyttja den fria rörligheten? För att godtas av domstolen måste den i så fall kunna motiveras av objektiva skäl och vara proportionerlig i förhållande till syftet med regeln.⁴⁷ Det är i ett sådant fall också regeringen som har bevisbördan för att bestämmelsen kan motiveras av objektiva skäl och att den är proportionerlig i förhållande till sitt syfte.

4.3 Rätt till utvecklingsersättning

4.3.1 Villkor för rätt till ersättning

Utvecklingsersättning är ett ekonomiskt stöd och en form av aktivitetsstödet, som regleras i förordningen (1996:1100) om aktivitetsstöd. Utvecklingsersättningen beviljas personer mellan 18–25 år som deltar i bl.a. jobbgarantin för ungdomar och som inte är berättigade till arbetslöshetsersättning.⁴⁸

⁴⁷ Se t.ex. mål C-224/98 *D'Hoop*, EU:C:2002:432.

⁴⁸ Om mottagaren med vissa undantag är över 25 år och deltar i jobb- och utvecklingsgarantin benämns ersättningen istället aktivitetsstöd.

I regleringarna kring jobbgarantierna finns inga andra krav för att kunna beviljas utvecklingsersättning än att ha blivit anvisad till jobbgarantin. Stödet kan med andra ord utgå även till arbetssökande från andra EU-länder som uppfyller kravet på att vara arbetslösa, har varit anmälda hos Arbetsförmedlingen i sammanlagt 90 dagar och blir inskrivna i jobbgarantin.

Under förutsättning att de arbetssökande deltar i de beslutade aktiviteterna utgår ersättning så länge uppehållsrätten gäller, dvs. så länge personen i fråga kan styrka att han eller hon fortfarande söker arbete och verkligen har möjlighet att få anställning.⁴⁹

En slutsats är att de krav som uppställs för att få ta del av den ersättning som utges med anknytning till jobbgarantin, från EU-rättsliga utgångspunkter inte torde anses utgöra hinder för arbetssökande att få tillträde till den aktuella åtgärden.

4.3.2 Utvecklingsersättning en arbetslöshetsförmån enligt förordning 883/2004?
För att en ekonomisk förmån i samband med en arbetsmarknadsåtgärd ska betraktas som en arbetslöshetsförmån (som också är en social förmån) enligt förordning (EU) nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, förutsätts att förmånen är avsedd att täcka en inkomstförlust till följd av arbetslöshet.⁵⁰

Frågan är då om utvecklingsersättning kan anses utgöra en arbetslöshetsförmån i den mening som avses i förordningen? Besvaras frågan jakande skulle det bl.a. innebära att förordningens regler om krav på export av förmåner och sammanläggning av anställnings- eller försäkringsperioder som fullgjorts i en annan medlemsstat skulle bli tillämpliga.

Det finns dock skäl som talar mot att utvecklingsersättningen ska betraktas som en arbetslöshetsförmån. Ersättningen är inte lagreglerad utan grundas på förordningar utfärdade av regeringen. Av artikel 1.1 förordning 883/2004 framgår att förordningen endast omfattar lagstadgade socialförsäkringar.

Vad som också talar emot att utvecklingsersättning inte är en arbetslöshetsförmån enligt förordningen, är att ersättningen inte är kopplad till risken för arbetslöshet som sådan. Den ingår i stället i ett system av arbetsmarknadsåtgärder som syftar till att underlätta tillträde till arbetsmarknaden.

Att utvecklingsersättningen inte är en arbetslöshetsförmån innebär i princip att den inte omfattas av rätten att exportera förmåner. Förordning 883/2004

⁴⁹ Artikel 14.4 b i direktiv 2004/38/EG.

⁵⁰ Mål C-102/91 *Knoch*, EU:C:1992:303, punkt 45.

blir med andra ord inte tillämplig på utvecklingsersättning (eller för den delen även aktivitetsstödet).

4.3.3 Utvecklingsersättningen en särskild icke-avgiftsfinansierad kontantförmån?

En ytterligare fråga är om utvecklingsersättning kan anses utgöra en särskild icke-avgiftsfinansierad kontantförmån (eller "hybridförmån") som avses i artikel 70 i förordning 883/2004. Kännetecknande för sådana förmåner är att de liknar de "äkta" socialförsäkringsförmånerna på så sätt att de har en koppling till de delar av socialförsäkringen som omfattas av förordningen, men skiljer sig från dessa på så sätt att de har ett starkt inslag av socialt bistånd.

Enligt EU-domstolens praxis jämföras denna typ av förmåner med socialt bistånd i den mening som avses i artikel 24.2 i frivillighetsdirektivet 2004/38. Av artikel 70 i förordning 883/2004 framgår också att förmånerna ska utgöra ett tillägg till eller en komplettering till de typer av socialförsäkringsförmåner som anges i förordningen. Det skulle möjligen kunna vara fallet exempelvis om en person har låg a-kassa och begär en behovsprövad förmån.

Utvecklingsersättning (och aktivitetsersättning) faller dock generellt sett knappast in under denna beskrivning. Ersättningarna är inte behovsprövade och utges som ekonomiskt stöd inom ramen för en arbetsmarknadsåtgärd med syftet att underlätta tillträde till arbetsmarknaden.

Av EU-domstolens praxis följer dessutom att sådana ersättningar inte kan anses utgöra socialt bistånd och därför inte heller utgör en sådan hybridförmån som avses i artikel 70 i förordning 883/2004.⁵¹ Slutligen finns utvecklingsersättning och aktivitetsersättning inte upptagna i bilaga X i förordning 883/2004, något som är en förutsättning för att de ska anses utgöra en hybridförmån.

4.3.4 Utvecklingsersättning och aktivitetsstöd som sociala förmåner enligt förordning 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet?

Enligt artikel 7.2 i förordning nr 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet ska migrerande arbetstagare likabehandlas med det mottagande landets egna medborgare i fråga om rätt till sociala förmåner. Begreppet social förmån har i EU-domstolens praxis getts ett mycket vid definition varför det är rimligt att anta att utvecklingsersättning (och aktivitetsstöd) utgör sociala förmåner.⁵² Det innebär att personer från andra EU-länder som arbetat i Sverige innan de

⁵¹ Förenade målen C-22/08 *Vatsouras och Koupantze*, EU:C:2009:344.

⁵² Jfr mål *Even*, EU:C:1979:144.

blev arbetslösa och som behåller sin status som arbetstagare har rätt ta del dessa stöd redan på denna grund.

När det gäller arbetssökande EU-medborgare som inte redan har inträtt på den svenska arbetsmarknaden så har dessa personer enligt artikel 14.4b i frirörlighetsdirektivet 2004/38 en explicit rätt att uppehålla sig i Sverige så länge personen ifråga kan styrka att han eller hon söker arbete och verkligen har möjlighet att få anställning.

Däremot ansågs länge arbetssökande helt kunna undantas från den rätt till likabehandling i fråga om sociala förmåner som framgår av förordning 492/2011.

Denna hårda linje mjukades upp genom EU-domstolens avgörande i *Collins*. Med beaktande av den utveckling som ägt rum i praxis till följd av införandet av reglerna om EU-medborgarskapet slog EU-domstolen i detta mål fast att det inte längre gick att helt utesluta arbetssökande från andra medlemsstater att ta del av förmåner som är avsedda att underlätta tillträde till arbetsmarknaden.⁵³

Med tanke på att utvecklingsersättning (och aktivitetsstöd) just syftar till att underlätta ett sådant tillträde är det mycket möjligt, om frågan ställs på sin spets, att en rätt till likabehandling skulle anses föreligga. I dagsläget uppställs dock inga villkor i de svenska reglerna som särskilt begränsar möjligheten för arbetssökande från andra medlemsstater att ta del av de aktuella förmånerna.

5 Slutsatser

5.1 Ökade rättigheter för arbetssökande

Den fria rörligheten för arbetskraften är grundläggande inom EU. EU-rättens regler om fri rörlighet för arbetstagare ska tillämpas direkt inom alla EU:s medlemsstater. Rätten till fri rörlighet innefattar även rätten att söka arbete inom EU. Mot bakgrund av den höga arbetslösheten inte minst bland ungdomar strävar EU policymässigt mot en ökad rörlighet för att öka integrationen och minska arbetslösheten.

Vi har mot den bakgrunden, grundläggande EU-regler och EU-domstolens rättsbildning undersökt under vilka förutsättningar arbetssökande EU-medborgare från andra EU-länder har rätt att få del av den svenska jobbgarantin för ungdomar.

En viktig utgångspunkt är den skillnad vad gäller rättigheter som finns mellan

⁵³ Mål *Collins*, EU:C:2004:172, punkt 63.

EU-medborgare från andra EU-länder, som blivit arbetslösa efter att ha varit anställda i landet, och arbetssökande EU-medborgare som söker arbete utan att ha varit anställda på den svenska arbetsmarknaden. Den förstnämnda gruppen har sin status som migrerande arbetstagare i kraft av att de arbetat i landet som arbetstagare. De har på den grunden rätt till likabehandling med svenska medborgare ifråga om bl.a. arbetsmarknadspolitiska åtgärder och sociala förmåner. Den andra gruppen arbetssökande hade länge ingen självklar rätt till sociala förmåner m.m.

Genom EU-medborgarskapet, antagandet av frirörlighetsdirektivet 2004/38/EG och en aktiv EU-domstol, har emellertid arbetssökande EU-medborgare dels fått ökade möjligheter att söka arbete genom en förstärkt uppehållsrätt, dels fått en starkare ställning genom en ökad likabehandling och icke-diskriminering vad gäller tillgång till sociala förmåner.

5.2 Jobbgarantin för ungdomar och kvalificeringskravet

Jobbgarantin för ungdomar är en arbetsmarknadsåtgärd till vilken utvecklingsersättningen är knuten som ett ekonomiskt stöd. Frågan är då om den svenska regleringen då uppfyller EU-rättens krav på likabehandling och icke-diskriminering när särskilt unga arbetssökande EU-medborgare söker sig till Sverige som arbetssökande?

Undersökningen visar att regleringen av jobbgarantin för ungdomar med utvecklingsersättning saknar inslag av direkt diskriminering, t.ex. i form av krav på medborgarskap för att kunna beviljas tillträde till garantin. Det finns däremot inslag i reglerna om ungdomsgarantin där det kan diskuteras om det finns risk för indirekt diskriminering och krav som strider mot EU-rättens krav på likabehandling.

En arbetslös som registreras som arbetssökande vid Arbetsförmedlingen eller skrivs in i ett arbetsmarknadspolitiskt program som exempelvis jobbgarantin för ungdomar, förväntas agera på ett visst sätt och delta i olika aktiviteter. Man kan på goda grunder anta att en svensk medborgare boende i Sverige har lättare att uppfylla de krav som ställs på en aktiv arbetssökande jämfört med en arbetssökande EU-medborgare från ett annat land. I praktiken torde detta innebära ett krav på att den arbetssökande är bosatt i landet.

Det finns mot den bakgrunden en risk för att EU-domstolen utifrån sin tidigare praxis skulle kunna ifrågasätta kravet på att den arbetssökande ska ha varit anmäld hos Arbetsförmedlingen i 90 dagar för att få tillträde till jobbgarantin. Tid som arbetssökande i ett annat EU-land får nämligen enligt de svenska reglerna inte tillgodoräknas vid beräkningen av den tid som krävs

för att kunna bli inskriven i jobbgarantin.

Det finns dock skäl hämtade från EU-domstolens praxis, bl.a. målet *Collins* (se avsnitt 2.5.2), som talar emot ett underkännande av 90-dagarsregeln om den skulle bli föremål för prövning av domstolen. En medlemsstat får nämligen kräva ett visst samband i form av anknytning till landets arbetsmarknad, t.ex. genom att en arbetssökande under en viss tid verkligen varit arbetssökande i landet, för att beviljas sociala förmåner som syftar till att underlätta tillträdet till arbetsmarknaden.

5.3 Utvecklingsersättningen och sociala förmåner

När det gäller direkta ekonomiska stöd i form av utvecklingsersättning (eller för den delen även aktivitetsstöd) till enskilda i jobbgarantierna, visar vår analys att dessa stöd enligt ordalydelsen inte omfattas av de regler om rätt att exportera olika förmåner, inklusive rätten till sammanläggning av anställnings- och försäkringsperioder, som finns i förordning 883/2004. De svenska förmånerna regleras nämligen i förordningar som beslutas av regeringen och inte i lag, som är ett av förordningens kriterier för att en ersättning ska omfattas av förordningen.

Inte heller är utvecklingsersättningen eller aktivitetsersättningen kopplad till risken för arbetslöshet i syfte att kompensera för utebliven arbetsinkomst. Den är istället knuten till deltagande i arbetsmarknadspolitiska åtgärder i syfte att underlätta tillträde till den svenska arbetsmarknaden. Denna typ av ersättning utgör således inte en arbetslöshetsförmån i den mening som avses i förordning 882/2004.

Formfrågan om huruvida de aktuella förmånerna i svensk rätt regleras i lag eller förordning och i vilket syfte de utges saknar dock betydelse när möjligheten att få del av dem prövas mot den fria rörligheten och arbetssökandes rättigheter. Såväl utvecklingsersättning som aktivitetsstöd utgör sociala förmåner i den mening som avses i artikel 7.2. i förordning 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet.

Det innebär att EU-medborgare som tidigare har arbetat i Sverige har rätt att ta del av dem så länge de behåller sin status som migrerande arbetstagare. Arbetssökande EU-medborgare omfattas visserligen inte av denna förordning, men av EU-domstolens praxis framgår att det numera inte helt går att utesluta dessa personer från att ta del av sociala förmåner som kan antas öka deras möjligheter att få tillträde till arbetsmarknaden i det mottagande landet.

5.4 Slutord

Vår slutsats efter att ha analyserat EU-rätten, villkoren för deltagande i ungdomsgarantin och rätten till ersättning, är att svensk rätt på dessa punkter åtminstone inte på ett uppenbart sätt kan antas strida mot den fria rörligheten eller sådana krav på likabehandling och icke-diskriminering som inte är legitima utifrån EU-domstolens praxis.

Mycket talar för att förhållandet mellan EU-rätten och svensk arbetsmarknadspolitik för närvarande inte utgör något större problem. Till stor del torde detta vara ett resultat att svensk rätt redan har anpassats till EU-rätten och att svenska myndigheter har avstått från att utmana EU-rätten, exempelvis när det gäller arbetsökande EU-medborgare som inte haft status som migrerande arbetstagare.

Innebär då detta att det på nationell nivå för svensk del är fritt fram att utforma nya arbetsmarknadspolitiska åtgärder och att förändringar inte kommer att krävas framgent? Vårt svar på den frågan är nej och att en medlemsstat aldrig kan vara säker på att EU-rätten tillämpas korrekt i en enskild medlemsstat. Domstolen kan – och det har ofta visat sig svårt att förutse – i princip pröva alla regler mot den fria rörligheten och oavsett om EU har kompetens att lagstifta på området eller ej. EU:s strävan att fördjupa integrationen och den rättsutveckling som pågår genom EU-domstolens aktivitet talar närmast för att gränserna för det politiska utrymmet att utforma arbetsmarknadspolitiska åtgärder kommer att minska på nationell nivå.

Den som vill undvika den typen av överraskningar bör ha god kunskap om de EU-rättsliga mekanismer som kringgärdar det nationella handlingsutrymmet. Vår förhoppning är att denna uppsats ska kunna bidra till en sådan kunskap och belysa vilka frågor som bör ställas och vilka eventuella svar man kan förvänta sig.

RONNIE EKLUND

AT THE CROSSROADS OF LAW AND ECONOMICS –
A FEW LABOUR COURT CASES REVISITED

Ture Sventon would have said:
'All in all – an interesting case'
(Åke Holmberg)

We are on the track, but whereto?
The answer is – the legal order.

1 Preliminaries

First of all – how does one interpret contracts and is there a duty to clarify what applies? And why is there a duty to act in order to avoid liability? The answer is efficiency. Part of it is that in some cases risk allocation is at stake.

It is basic in the field of law and economics to attempt to use economic theory in order to understand legal systems, or – for lawyers – to make use of the toolbox routines developed by the economists. Schäfer and Ott set the framework:

A central problem of economics is the question of how a society can make use of its scarce resources in such a way so as to achieve the highest satisfaction of wants. If this is achieved, the economy is said to be efficient; if not, resources are being wasted. — The economic analysis of law is an application of this 'efficiency' perspective to legal rules. The underlying supposition is that jurisprudence ought to evaluate legal rules and norms according to a criterion that determines whether or not they heed or hinder the efficient use of resources.¹

¹ H-B. Schäfer and C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2004) 3.

In discussing the economic objectives of tort law, Harrison and Theeuwes submit the following remark: ‘In a world of scarce resources, the choices to be made are sometimes not for the squeamish. But they do occur.’² It means that one has to make a choice.

In my view the No 1 rule of law and economics is the following: ‘From the standpoint of economic efficiency, the court should assign the loss from non-delivery so as to make future contractual behavior more efficient. And a rule for doing this is *to assign the losses to the party who can bear the risk of such a loss at least cost*.’³ This person is also called the ‘cheapest cost avoider’, i.e. the party who can bear risk at the lowest cost.⁴

2 Analysis of the hard-core cases

My applications are basically based upon four major Labour Court judgments (AD 1934 no 179, 1981 no 131, 1984 no 79 and 2014 nr 13).⁵ The question is in what way an economist would analyze these cases. What do a mill worker, a bicyclist, a machinist and an ice-hockey player have in common? I intend to submit a few remarks upon these cases, using the toolbox of economics.

2.1 *Labour Court judgment 1934 No. 179*

This is a case concerning the question of whether a refusal to perform work is in violation of a collective agreement when there is a dispute about the scope of the duty to perform work and the dispute cannot be decided in court before

² J. L. Harrison and J. Theeuwes, *Law & Economics* (W. W. Norton & Company 2008) 258.

³ R. Cooter and T. Ulen, *Law and Economics* (Harper Collins Publishers 1988) 2–3. Italics in the original.

⁴ See Schäfer and Ott (n l) 179, 276. See also L. Werin, *Economic Behavior and Legal Institutions. An Introductory Survey* (World Scientific Publishing Co 2003) 306 (‘First, there is a strong argument in favor of placing the burden of a loss on the party, who is the ‘cheapest avoider’, that is, best able to foresee the risk of a loss, or counteract it, or to take out insurance. This is generally an efficiency-promoting solution, lowering the residual loss’). See also G. De Geest, J. Siegers and R. Van den Berg (eds), *Law and Economics and the Labour Market* (Edward Elgar Publishing Limited 1999) 35 (discussing information production at a pre-contractual stage which implies that: ‘The least-cost information gatherer should have a duty to produce information, as long as the information costs do not exceed its value, and a duty to reveal that information as long as the communication costs do not exceed its value’).

⁵ A fuller account of the first three cases is given in R. Eklund, T. Sigeman and L. Carlson, *Swedish Labour and Employment Law: Cases and materials* (Justus Förlag 2008) 156–183, 226–231, 255–259. The fourth case is reported in *International Labour Law Reports* Vol. 34 (Koninklijke Brill NV, Leiden 2015).

the work is performed. The employer *Stokkebyes* runs a mill outside Gothenburg. The employer announced that ‘The mill will be run in three shifts on Sunday 27 May 1934’ due to heavy workload. The employer requested overtime work according to the collective agreement. The workers refused to perform work on Sunday. Several issues were raised before the Labour Court.⁶ However, as regards the main issue the Court established the principle that an employer was entitled to interpret an agreement with respect to the duty to obey orders, alongside pertinent collective agreements. Only in exceptional cases would an employer’s standpoint be rejected.

The main issue in the *Stokkebyes* case related thus to the refusal to perform overtime work at the request of the employer. The Labour Court found it necessary to assess the case from a broader perspective and held accordingly:

With respect to the more general principle as to whether a refusal to work is an unlawful act, irrespective of the proper interpretation of the collective agreement as regards the scope of the duty to perform work, the union has argued that the workers were under no duty to perform work when the parties were in disagreement about it, since the employer could then make a *per se* impossible interpretation of the agreement in order to have work done unlawfully. However, it could be argued with equal force, that if a refusal to work was considered lawful in such a dispute, the workers would be able to prevent work being done with reference to another *per se* untenable interpretation of the agreement that the employer is entitled to request that work be carried out. *It should be noted in this context that it is generally more difficult to receive a post-factum compensation for damage arising from the fact that reasonably requested work has not been performed due to a refusal to perform it, as compared to damages that may arise due to the fact that workers have been forced to perform work which they had no duty to perform.* A refusal to perform work may also be frequently classified as industrial action taken in order to put pressure on the counter-party to resolve a dispute of interpretation. *In consideration of the employer’s right to direct and allocate work,*⁷ the Labour Court must assume that whenever a dispute related to the duty to perform work occurs and the dispute cannot be resolved in due time by the Labour Court prior to when the work is to be performed, the employer must be entitled, as

⁶ Only the main issue is dealt with here.

⁷ My italics.

a rule, to request that work be done while pending the resolution of the legal dispute. Exceptions to this rule can exist in several cases. For example, in AD 1931 No. 15 the Labour Court stated what was required from an employee had to be reasonable, and, likewise, that the main rule had to be relinquished in view of a conflict of interests of a higher order. In this context, it is also relevant when assessing issues related to a refusal to work to consider whether the employer in question has acted in good faith with respect to the dispute. If the employer's order to perform work is based on an employer's interpretation of an agreement which the employer ought to have understood was not tenable, the employer cannot blame the employee if the order is not obeyed. Concerning then the meaning of the collective agreement relating to Sunday work, Section 2 provides without restriction that work is to be performed in addition to regular working hours at the request of the employer. That workers are not exempted from overtime work on Sundays and public holidays follows from the fact that special compensation is provided for such work in the contract. — In want of clear provisions in the agreement, in cases of urgency the employer may order shift work on Sundays, including time-consuming repair work. Accordingly, the Labour Court has come to the conclusion that the refusal of the workers to perform the required overtime work on the Sunday of 27 May 1934 was not justified with respect to the meaning of the agreement.

Stokkebyes can be seen as an early example in Swedish labour law of the allocation of risk between contractual parties in an area of law in which conflicts at that time were frequent, departing from that which was applicable to disputes in private law in general.⁸ The employer's right of interpretation came to be a property right, among the bundle of rights that correspond to the employer's prerogative.⁹

In *Stokkebyes* the Labour Court determined that it was much easier for an employer to compensate an employee afterwards if the employer should be proven wrong in a given dispute, than to impose a potentially heavier financial burden on employees in the form of damages that would have to be paid if the employees' interpretation of the contract was held incorrect.¹⁰

⁸ See Harrison and Theeuwes (n 2) 164, 171: 'contracts are basically tools for allocating risks'.

⁹ See Werin (n 4) 14.

¹⁰ Cf. F. Schmidt, *Law and Industrial Relations in Sweden* (Almqvist & Wiksell 1977) 154, arguing that the outcome only reflects the old Swedish regulatory regime in which a servant was under complete control of his master. Cf. a learned treatise by M. Kumlien, *Continuity and Contract*.

This type of reasoning fits well within the modern school of legal theory in law and economics. It would seem that the Court adopted a ‘deep pocket approach.’ Schäfer and Ott submit: ‘The party with the deepest pocket – the so-called ‘deep pocket approach’ by Calabresi – should be held liable.’¹¹ The Court applied the efficiency argument, where, as stated above, Rule No. 1, stipulates that losses should be assigned to the party who can bear the risk of such losses at the lowest cost.¹²

A relevant interlude

Before proceeding to the next case the reader should note that the reasoning of the Labour Court in AD 1934 No. 179 predates the first-ever article on law and economics by R.H. Coase from 1937.¹³ He is the founding father of the concept of ‘transaction costs’. To achieve efficiency, one has to keep track of the transaction costs. This is the way Coase formulated it in his 1937 seminal article:

The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious

Historical Perspectives on the Employee’s Duty of Obedience in Swedish Labour Law (Institutet for rätthistorisk forskning 2004) arguing at 317 that the Labour Court elaborated ‘a teleological method based upon hidden terms and natural presuppositions’, and at 326 that ‘the worker’s duty of obedience marks a prerequisite and, at the same time, a consequence of the employment relationship’. Apart from the fact that the later statement smells of a circle argument, the first argument about a teleological method is not convincing. Chief Justice Arthur Lindhagen, who took up his office in 1929 in the Swedish Labour Court, lasting until 1946, when he was appointed President of the Svea Court of Appeal, developed modern industrial common law. I agree, however, with Kumlien 323 when he submits the view that Lindhagen was given ‘the predominant role in the making of the modern contract of employment’. Mr Lindhagen was an eminent lawyer and judge. He was also one of the main architects of the 1929 legislation, i.e. Act on Collective Agreements and Act on the Labour Court. The titillating question is what the Court departed from when it started its activities in 1929. In fact, there was nothing to depart from in terms of statutory frameworks, there were only collective agreements. Gaps were to be filled in. It must be recalled that between 1920 and 1928 Mr Lindhagen was also the chairman of the Central Arbitration Board (Official Gazette 1920:246), which was a voluntary institution geared toward solving disputes with respect to the content and application of collective agreements. It is plausible that Mr Lindhagen already during those years was confronted with many of the major issues that the Labour Court had to resolve later on, during the formative years of the Court. I know of no other source that highlights the actual case practice of the Central Arbitration Board.

¹¹ Schäfer and Ott (n 1) 291. See also Werin (n 4) 283–284, arguing that on a somewhat practical plane a guideline for the courts to protect the weaker party is that ‘[l]osses should burden those who have the “deepest pockets”’, although “several arguments speak against the guidelines”, says Werin.

¹² See J. Hellner, Skadeståndsrätt och rättsekonomi, *Tidskrift för Retsvetenskap* (1998) 374 (‘riskallokering’) and 384 what is called ‘the cheapest cost avoider’ in the Swedish Act on Torts, applying especially to Ch. 3 Sec. 1 and Ch. 4 Sec 1 of the Act with respect to liability for damage and that a choice has been made; the employer is the better ‘cost avoider’ than the employee.

¹³ R.H. Coase, The Nature of the Firm (ECONOMICA 1937) 386–405.

cost of 'organising' production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. — The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. — There are, however, other disadvantages – or costs – of using the price mechanism. It may be desired to make a long-term contract for the supply of some article or service. This may be due to the fact that if one contract is made for a longer period, instead of several shorter ones, then certain costs of making each contract will be avoided. — Now, owing to the difficulty of forecasting, the longer the period of the contract is for the supply of the commodity or service, the less possible, and indeed, the less desirable it is for the person purchasing to specify what the other contracting party is expected to do. — We may sum up — by saying that the operation of a market costs something and by forming an organisation and allowing some authority (an 'entrepreneur') to direct the resources, certain marketing costs are saved. The entrepreneur has to carry out his function at less cost, taking into account the fact that he may get factors of production at a lower price than the market transactions which he supersedes, because it is always possible to revert to the open market if he fails to do this. — The point has been made — that *a firm will tend to expand until the costs of organising an extra transaction within the firm become equal to the costs of carrying out the same transaction by means of an exchange on the open market or the costs of organising in another firm.*¹⁴

Coase repeated the same theme in 1972: 'The way in which industry is organised is thus dependent on the relation between the costs of carrying out transactions on the market and the costs of organising the same operations within the firm which can perform this task at the lowest cost.'¹⁵

Coase also addressed the issue of transaction costs in another seminal article published in 1960. He stated that it is of course, 'a very unrealistic assumption' to think that there are no costs involved in carrying out market transactions, and continued:

¹⁴ Coase (n 13) 390–392 and 395. My italics. Werin (n 4) 118 adds to it: 'The conclusions may seem eminently simple and almost self-evident, once we are confronted with them.'

¹⁵ R.H. Coase, *Industrial Organisation: A Proposal for Research*, reprinted in R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law* (The University of Chicago Press 1990) 63.

In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal with and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.¹⁶

Transaction costs are obviously an integral part of all market transactions, say Harrison and Theeuwes and state the following:

In order to get a contract, you first have to incur costs in order to find a partner with whom to make a contract (find somebody who is willing to sell, lend, or rent you something you want or find an employer who is willing to hire you). These search and information costs involve buying a newspaper and checking the advertisements, phoning around, travelling to the other party, checking the goods, and so on. Next, you have to bargain about the terms of the contract (date of delivery, payment, after-sale service). These are the costs of drawing up a contract. Finally, there are the costs of monitoring the execution of a contract (Does the other party deliver on time? Is the quality satisfactory? Does he pay on time?), and there are the costs of dealing with non-compliance and, if worse comes to worse, there are costs relating to breach of a contract.¹⁷

The next case is a good example of the way in which the parties could have avoided the court proceedings (transaction costs) if the information asymmetry had been disclosed at an earlier stage between the prospective employee and the employer.

2.2 Labour Court judgment 1981 No. 131

A professional bicyclist, Mats Ericsson, applied for a job and there were extensive preliminaries between the prospective employer and the employee. No employment law provisions exist with respect to the conclusion of employment contracts in Sweden. The courts consequently seek guidance in

¹⁶ R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, reprinted in R.H. Coase, *The Firm, the Market and the Law* (The University of Chicago Press 1990) 114. Werin (n 4) 82 is keen to stress that Coase was anxious to demonstrate 'the immense importance of nearly unavoidable transaction costs'.

¹⁷ Harrison and Theeuwes (n 2) 91.

the general law of contracts.¹⁸ The general principles of Swedish contract law not only entail that an explicit offer of employment is binding on the offeror, but also that the offeror's conduct and implied intent can be binding on the offeror. An employment contract may consequently arise if the employer acts in such a way that the job applicant has reason to believe that he or she has been employed.

The Labour Court held:

It is not necessary for the conclusion of a valid employment contract that the parties follow any specific standard. It is also quite common that employment relationships are established by means of oral agreements stipulating that an employee is to begin work at the company on a particular day. In exceptional cases, such agreements do not even have to be explicit, but may be inferred from the parties' conduct. — The question that arises is whether Ericsson may have had reason to believe that the company had employed him. The following circumstances are of importance in this connection. The company took the initiative in contacting Ericsson by placing an advertisement for a salesperson at the end of November 1979. This advertisement led to a meeting between Ericsson and the company's representative, Mr Ekberg, on 3 December. At the meeting, Ericsson gave an oral presentation of his qualifications. Ekberg on his side informed Ericsson about the advertised position. He also asked Ericsson whether his girlfriend would have anything against the fact that the work was demanding and required a lot of travelling. Ekberg considered it important that the families of the employees had nothing against the demanding character of the work. The next meeting, which took place on 11 December, came about due to the fact that Ericsson approached Ekberg, and asked him how things were going. At that point in time, Ericsson was the only applicant for the vacancy. Ekberg questioned Ericsson on that occasion about his girlfriend's attitude, upon which Ericsson replied that she had nothing against the work in question. Thereafter, a long discussion took place regarding the work and what it involved, as well as the salary and other compensation that could be relevant. Regarding this point, Ekberg's son, Kenneth Ekberg, employed as a salesman and having held the position that had become vacant, also

¹⁸ For an account of the case law on this issue, see R. Eklund, *Att ingå avtal om anställning – ett blad ur arbetsdomstolens praxis*, in *Festskrift till Jan Ramberg* (Juristförlaget 1990) 119–140.

provided further information. Finally, there was a question of whether Ericsson would have a company car, which the company's representative answered in the affirmative, and said that Ericsson could, as did the company's other salespeople, have a leased car with free petrol of up to 30 000 km/year. He could also use his own car for work, receiving compensation equivalent to the company's net costs for leasing a car. At one of these two meetings, Ekberg asked Ericsson when he could start work at the company. Ericsson informed Ekberg as to this by telephone on 21 December, and said that he could start on 1 February 1980. From the information submitted by Ekberg to the Labour Court, it appears that at the end of December he was still uncertain whether he would employ Ericsson, who had never worked as a salesperson, and whether he really was the right person for the post. He was also doubtful whether Ericsson would be able to do his job well, as he was in training as a racing cyclist, aiming for the Olympics in Moscow.

It is important to consider, however, how the situation appeared to Ericsson at that point in time. From his point of view, all the essential questions concerning his employment had been cleared up. Ericsson's future work tasks, his salary, the possibility of using a company car, as well as the question so important to the company concerning Ericsson's family, or, more specifically, his girlfriend, and her acceptance of the demands of the job, had all been examined. Finally, Ericsson had also informed the company that he could start in the near future, namely on 1 February 1980. Ericsson told the Labour Court that already at the meeting on 11 December he had a definite impression that the company had employed him. The Labour Court finds this information reliable. As shown above, Ericsson had reason to believe at least by the end of December that this was the case. This impression must be seen as having been further confirmed by the contacts between Ericsson and the representatives of the company on 4 and 8 January. On both of these occasions, further discussions were held concerning Ericsson's employment, without any of the company's representatives implying that Ericsson had not yet actually been employed. Finally, it must be mentioned that Kenneth Ekberg phoned Ericsson on 11 January, asking him how he spelled his name. In accordance with the statement submitted by Kenneth Ekberg to the Labour Court, the objective of the telephone call was to obtain that information, as the company was planning on having new business cards printed for all the staff.

The Labour Court has come to the conclusion that by the beginning of January, the many discussions between the parties upon different occasions concerning Ericsson's employment had gone so far that the company's representatives must be considered to have had a duty to make their position clear, and explain that a contract of employment had not yet been concluded. The company's representatives, however, did not do this. On the contrary, on several occasions and in the manner described above, they took various measures that strengthened Ericsson's belief that he had been given the advertised position. Due to the aforesaid, the Labour Court is of the opinion that an employment relationship was established between Ericsson and the company. —¹⁹

It is obvious that after a tedious and protracted scrutiny the Labour Court found that the parties had entered into a contract of employment, inasmuch as the discussions concerning Ericsson's employment had gone so far that the representatives of the employer had a duty to make their position clear and explain that no contract of employment had been concluded.²⁰

How would an economist argue? Who is the cheapest cost-avoider? It is no doubt that this is the prospective employer. Werin argues when referring to this case, that the outcome is 'efficiency-promoting, as it signals to employers not to be unclear in their contacts with potential employees, who might be led to make wrong decisions.'²¹ It is a recurrent theme in the law and economics literature that recruitment relates to information asymmetries. Milgrom and Roberts say:

With employment being a complex, long-term, multifaceted relationship rather than a simple market transaction, both sides will be particularly careful to avoid entering the relationship with an inappropriate partner, and, once it is entered, both will be concerned with maintaining and building the value of the relationship. — These information asymmetries are especially a problem in recruiting where each side has information about itself that the other does not have but that is important for judging the quality of the potential match.²²

Mundlak makes the following statement with respect to one-sided information

¹⁹ The issue of damages according to the Employment Protection Act related to wrongful dismissal in not dealt with here.

²⁰ A similar approach is also adopted in another Labour Court judgment, AD 1988 No. 169.

²¹ Werin (n 4) 294.

²² P. Milgrom and J. Roberts, *Economics, Organization and Management* (Prentice Hall International, Inc. 1992) 338–339.

asymmetry, relating to Israeli labour relations: 'There are several causes for concern about information asymmetry at the stage when the employment contract is bargained. For most employees, the search for employment is a process in which the employee gives all requested information, while the employer can easily withhold or obscure information.'²³ This may lead to opportunistic behaviour when one party does not pass information to the other party, because withholding it brings an advantage to that party.²⁴

It is obvious that the lawyer and the economist are using different toolboxes. Hellner once acknowledged that economists and lawyers approach the problems in different ways.²⁵ But the outcome and conclusion of a lawyer and an economist in a specific case can be the same as in AD 1981 No. 131 case.

Schäfer and Ott argue that they intend to 'go further to postulate that wealth maximization is an implicit ethic of civil law and that the courts use this principle in the weighing of individual interests,' and they add: 'That we can frequently find a correspondence between legal principles and judge-made law and efficiency should not really come as a surprise.'²⁶ I will come back to this aspect at the end of this contribution. My thesis is that skilled judges have a built-in compass to find an efficient solution to a dispute they have to resolve.

2.3 *Labour Court judgment 1984 No. 79*

The legal framework relating to the normative effect of a collective agreement is explicitly stated in Section 26 of the Joint Regulation Act. The collective agreement is binding upon members of the contracting parties, but the statute is silent regarding the applicability of the agreement to non-union or rival union employees. However, Swedish employers have a long-standing practice of applying these agreements also to non-union members of the contracting trade union.²⁷ Accordingly, the terms and conditions of a collective agreement will *fill in* the gap of the contract of employment if the employer and the

²³ See G. Mundlak, in G. De Geest, J. Siegers and R. Van den Bergh (n 4) 67.

²⁴ Schäfer and Ott (n 1) 94, see also 369 where a distinction is made between *ex ante* and *ex post* opportunism. *Ex ante* opportunism means: that 'one of the contracting parties possesses or has easy access to information that the other does not and which is to the disadvantage of the other party.'

²⁵ Hellner (n 12) 358.

²⁶ Schäfer and Ott (n 1) 47. A similar remark is found in D.D. Friedman, *Law's Order. What Economics Has to Do with Law and Why it Matters* (Princeton University Press 2000) 22: 'As we develop the economic analysis of law we will observe a surprising correspondence between justice and efficiency. In many cases principles we think of as just correspond fairly closely to rules that we discover are efficient. Examples range from "thou shall not steal" to "the punishment should fit the crime" to the requirement that criminal penalties be imposed only after proof beyond a reasonable doubt'.

²⁷ See AD 1977 No. 49.

individual employee have not agreed otherwise. In this case, Odenlid was employed as a machinist by Nynäshamn municipality. He received wages that were lower than those of the other machinists employed by the municipality, although the machinists all performed the same kind of work. One difference between Odenlid and the other machinists was that Odenlid was not a member of the Swedish Municipal Workers' Union, i.e. the contracting trade union with the municipality. Odenlid argued that the so-called normative effect of the collective agreement in force entitled him to wages equal to those of the other machinists.²⁸ The employer argued that Odenlid received wages within the range provided by the national collective agreement and that Odenlid was not entitled to higher wages.

The Labour Court found that Odenlid had no legal basis for claiming equal wages, based on the so-called *normative effect* of the collective agreement. The Labour Court held:

With respect to the parties' arguments, the Labour Court will first of all address the notion that a non-union employee's contract of employment is a reflection of the collective agreement at the work place.

Problems seldom arise concerning this issue. This is particularly true when the agreement is quite clear in that it may be applied to the employment relationship between the employer and non-union employees without any difficulty (see, for example, NJA 1948 p. 1, NJA 1967 p. 513 and NJA 1973 p. 423). In the opinion of Professor of Labour Law Folke Schmidt in such cases the practice at the work place creates a legal norm, provided that the parties have not expressly opted for a different solution (Löntagarrätt p. 40).

This principle is more difficult to apply, however, if the agreement does not offer a general, uniformly applicable solution, as well as in those cases where local and central collective agreements have been combined. How is such a principle to be applied to cases when the collective agreement offers some basic norms with regard to wages, but at the same time, leaves room for various kinds of individually regulated wages and when the local trade union is involved to a greater or lesser extent? What wage level applies in such a case with regard to a non-union employee under the individual contract of employment?

When answering such questions, one must bear in mind that freedom

²⁸ Odenlid also alleged two other grounds to uphold his claim, but these grounds are not dealt with here.

of contract is the paramount principle with respect to wages, which means that the employer and the non-union employee may agree upon any wage whatsoever. However, in the absence of such an agreement, there is a need for a default rule – call it a presumption – in order to be able to determine what wage the employer is legally obliged to pay. It goes without saying that it is natural to assume in such cases that the parties are in agreement that the employee will be paid with respect to the work in question according to the collective agreement in force at that work place. Such a presumption about the will of the parties is legitimate if the norm of the collective agreement is clear and generally applicable. If not, a good deal of the underlying basis for such a presumption will not apply. If the collective agreement provides that wages are to be set on an individual basis, there is no longer a clear comparison for such a presumption. In such a case, it may only be assumed that the employer and the non-union employee have agreed that the minimum wages set out in the collective agreement will apply.

That this should be so follows also from the fact that it would not be reasonable to have a presumption that would give the unorganised employee a more advantageous position than an organised employee. If the employer has decided to pay – or has the right to pay – one or more of its employees a wage that corresponds to the minimum wage level, while other organised employees receive a higher wage, the unorganised employee cannot claim a wage higher than the minimum wage. Accordingly, with reference to the contract of employment, he cannot make a claim to receive wages equal to those received by one or several of his fellow workers who have been given a higher wage, while other employees in the same group have not been treated in the same way. It follows from this that at work places where wage setting is done on an individual basis, the collective agreement will be of lesser importance to the unorganised employee. The same applies to latitudinal wages in which the unorganised employee cannot lay a claim to more than the minimum wage by reference to the contract of employment.²⁹ On the other hand, if the employer applies a strict tariff wage system that prescribes the same wage for a certain category of workers, the unorganised employee belonging to a given category will

²⁹ The term ‘latitudinal wages’ was previously used in the municipal sector where there was both a wage floor and a wage ceiling in the wage-system, and where wages could vary within the limits thus set.

receive the same wages as those received by his fellow-workers in accordance with the main rule of the normative effect of the collective agreement.

In summary, the normative effect of a collective agreement is consequently limited to the norms of the agreement applicable to the entire group of workers of which the non-union employee is a part. Thus, the way in which the non-union employee's wage level is protected depends on the structure of the collective agreement. There is no general rule in Swedish law granting employees equal pay for equal work. In fact, the legal order allows employers to pay non-union employees lower wages, unless otherwise provided for in the contract of employment. Since the right not to belong to a trade union, denominated as the negative right of association, is not legally protected in Swedish law,³⁰ the aforementioned is an inevitable consequence of the freedom of contract principle when it comes to the setting of wages.

—

In the foregoing, the Labour Court has limited itself to the matter concerning the normative effect of the collective agreement as applied to non-union employees with respect to the rules concerning the setting of wages. However, one must also raise a question as to whether the unorganised employee may refer to *the manner in which the employer has in fact acted*³¹ or, in other words, whether the actual wages of the fellow-workers constitute such a tradition at the work place as to force the employer to apply the same wages in relation to the non-union employee.

According to the Labour Court there is no scope for such a consideration at work places where the wages are set collectively. It is very common at those work places that the wages are decided by means of collective agreements and that additional wage supplements are set individually. As a consequence of this practice, the surplus wages are related to single individuals — The same is true when the surplus individual wages are set by agreement with the local trade union.

In general, it is therefore fair to conclude that the non-union employee may claim wages in accordance with the minimum *collective*

³⁰ This law has changed to a certain extent since the incorporation of The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in 1995. It is probably no infringement of the negative right of association to deny rival union employees a wage increase, refer to Labour Court judgment 1982 No. 69.

³¹ My italics.

level set forth in the collective agreement governing the work place, but that such an individual cannot claim wages based on the individual wage setting applying to other employees at the work place.³² — The non-union employee is therefore left to his own devices when negotiations with the employer concerning any surplus wage exceeding the collectively regulated wage level. This is due to the fact that he has chosen to remain outside the trade union, and has thereby abstained from seeking help in negotiations that a trade union can offer to its members. —

The Court in *Odenlid* clearly states that a non-union employee may not claim equal pay for equal work by referring to the so-called normative effect of the collective agreement. However, the Court saw no problem in applying such a principle to *fixed* terms and conditions in the collective agreement, such as sick pay, usually set to a certain amount, with references to several Supreme Court cases on the same issue, wherein the Supreme Court declared once and for all that in cases where the employer and employee had reached no agreement with reference to a specific term or condition of work, the applicable collective agreement would apply. In such cases, the branch agreement most often has an effect on the content of the non-union employee's contract of employment. It is the same as *filling the gap* of the contract of employment. This can be seen as an efficient solution where the two parties have neglected to state exactly what is to apply. It is a clear example of judge-made law. However, wages that are set individually cannot be extended to include non-union workers in the same simple manner. This is why the Court concluded that a non-union employee *may claim only the minimum wage level*. One must observe here that the Labour Court very strongly referred to the parties' freedom of contract in order to avoid being implicated in local wage disputes. It is also a well-established view in Swedish labour law that there is no principle of equal wage for equal work with respect to union membership or a lack thereof. This was stated for the first time already in AD 1942 No. 72, and the principle was also applied later on by the Supreme Court in NJA 1973 p. 423.

What the Court did in this case was to apply a *default rule*, which has been very effective. To my knowledge, no other similar case has been adjudicated before the Labour Court.³³ The basic idea here is the following. A fully

³² Italics in original.

³³ Another default rule was implemented in the so-called 'sauna bath case', Labour Court judgment 1978 No 89, to limit an employer's right to transfer an employee to other working tasks at the workplace. It was like opening Pandora's box. Many cases of a similar kind followed.

specified contract is but a thought experiment. High transaction costs mean that such contracts are unlikely to come into being. To reconstruct the fully specified contract is to use default rules. 'These are those terms that fill the gaps in a contract and would have been those that the parties would have negotiated themselves but failed to do.'³⁴ These are also called *gap fillers*. Gap-fillers are default contract rules that become part of the contract when the parties either choose not to or forget to include a specific term.³⁵

It makes sense for a collective agreement to fill the gap in case the contracting parties have not opted for a specific solution themselves if the Court's advice is to apply a clear and unequivocal rule. No doubt, simple rules are the best rules.

The last case is of recent date.

2.4 Labour Court judgment 2014 No. 13

An ice hockey player (Marcus Nilsson) entered into a contract of employment with a premier league hockey club (Djurgården Hockey AB) for four seasons. The issue that emerged was whether the contract ceased to have effect when the club was demoted to a league below the premier league (Swedish Hockey League). The Labour Court found that the hockey player's contract of employment did not cease to have effect when the club was demoted. He was awarded economic damages corresponding to the difference in pay between what the hockey player would have earned if he had stayed in the club, and what he actually earned after his transfer to another ice hockey club in the Premier League (altogether 470 019 SEK); in addition, exemplary damages in the amount of 75 000 SEK were awarded to him.

The Labour Court held, in the pertinent parts which are of interest here, first of all that the employer (the club) had not proved that the contract of employment contained a provision implying that the contract should cease to have effect if the club should lose its position in the Premier League, and secondly, that the action of the employer amounted to summary dismissal of the hockey player. The Court proceeded subsequently to analyse the claim for damages, and, in particular, whether the claim for damages should be modified. The Court held:

The next issue to consider was whether Marcus Nilsson's wages should be modified, owing to the fact that the club would be playing in a league below the Premier League. Both the club and Marcus Nilsson assumed

³⁴ Schäfer and Ott (n 1) 299.

³⁵ Harrison and Theeuwes (n 8) 168.

that during the contractual period the club would be playing in the Premier League. *It was no doubt in the best interests of the club to stipulate contract provisions that should apply if the club lost its position in the Premier League.*³⁶ Marcus Nilsson was not in any better position to foresee that the club would lose its status in the Premier League, or to counteract such an event. — In the light of the foregoing there exists no reason for any modification of the original amount of wages, when we take into consideration both what took place at the time of the conclusion of the contract and what transpired afterwards. —

First of all, it may sound strange that team sports are regulated by collective agreements, but this is actually the case in soccer/football and ice hockey in Sweden. This means that the semi-mandatory provisions of the Employment Protection Act concerning fixed-term contracts may be derogated from if there is an exemption from the statutory provisions in the collective agreement. This is why the contract of employment for four years, such as in this case, is legal. This kind of a fixed-term contract may not be concluded under the provisions of the Employment Protection Act, unless derogation from its provisions has been made by means of a collective agreement.

Secondly, however, the case did not affect the derogation provisions of the pertinent collective agreement at all. The case concerned only the question as to whether the employer/club was entitled to decide that the contract of employment with the ice hockey player had ceased to have effect due to the fact that the club had lost its position in the Premier League. The Court held that this was not the case.

With respect to the claim for economic damages the Court held: ‘It was no doubt in the best interests of the club to stipulate contract provisions that should apply if the club lost its position in the Premier League. Marcus Nilsson was not in any better position to foresee that the club would lose its status in the Premier League, or to counteract such an event.’

What the Court has done here is to apply what I call Rule No. 1 of law and economics (refer above to Cooter and Ulen): ‘From the standpoint of economic efficiency, the court should assign the loss from non-delivery so as to make future contractual behavior more efficient. And the rule for doing this is *to assign the losses to the party who can bear the risk of such a loss at the lowest cost.*’ Harrison and Theeuwes add the following:

³⁶ My italics.

The issue of excusing performance is ultimately one of risk allocation in a context in which the parties did not actually consciously allocate the risk at all. — The best outcome from an economic standpoint is to find that the party did assume the risk if he or she was in a better position to anticipate the event, assess the consequences, and insure against it. That party was most likely in a position to avoid the losses of the unexpected event at a lower cost than the other party. — When the party is not excused, the plaintiff is entitled to damages.³⁷

What the Labour Court is saying here is that the hockey club (employer) could have discussed the issue of alternative contractual terms regarding the salary with the ice hockey player in case the club was to be demoted to the league below the Premier League already at the time when the contract of employment was entered into, since it was definitely in its best interests to do so. It means that law and economics are on a par with legal reasoning.

The issue under discussion has to do, of course, with the problem of incomplete contracts.³⁸ It is hard to foresee all modalities. ‘Bounded rationality’ is the catchword, launched by the Nobel Laureate, Herbert Simon.³⁹ ‘Relational contracting’ is another catchword developed by Oliver Williamson, another Nobel Laureate. Examples include major commercial contracts and labour and family relationships, where there is always a need to iron out solutions which you could not foresee at the very start of the relationship.⁴⁰

³⁷ Harrison and Theeuwes (n 2) 244.

³⁸ See C. Estlund, in C. Estlund and M. Wachter (eds), *Research Handbook of the Economics of Labor and Employment Law* (Edward Elgar Publishing Limited 2012) 474: ‘The employment contract is highly incomplete. Most of its terms are relegated to employer’s discretion, informal norms, and reputational sanctions, and are not legally enforceable.. — Their raison d’être is the avoidance of explicit contracting costs, and their terms are largely open-ended, leaving much to employer’s direction and informal interaction.’ The ‘incompleteness’ of the contract of employment is also highlighted by S. Deakin and F. Wilkinson, in G. De Geest, J. Siegers and R. Van den Berg (n 4) 11,14: ‘The “incompleteness” of the contract of employment is widely recognized to be the consequence of its long-term orientation and the extreme degree of uncertainty over future performance. — In the case of most contracts of employment, it is unclear when the employment relationship is to end; the precise content of the employee’s obligation to work is rarely specified; and the intensity of work effort is also left unstated.’

³⁹ H. Simon, *Rational Decision Making in Business Organizations* (69 *Amer. Econ. Rev.* 1979) 493–513. This article is the lecture Herbert Simon delivered in Stockholm, December 8, 1978, when he received the Nobel Prize in Economic Science. At 502–503 Simon says: ‘[B]ounded rationality is largely characterized as a residual category – rationality is bounded when it falls short of omniscience. And the failures of omniscience are largely failures of knowing all the alternatives, uncertainty about relevant exogenous events, and inability to calculate consequences. — Two concepts are central to the characterization: *search* and *satisficing*. — [T]he important thing about

3 To conclude

Werin argues that '[j]udges are intuitively reasoning economically in the basic sense of balancing costs and benefits. — This may sound somewhat disrespectful to courts, but it is not. The theory is based on a belief that courts are imbued by a tradition always to see to what is best in the longer run for all of us, and that they have acquired an intuitive feeling for what this implies for the framing of law. If anything, this gives reason to respect courts, not the opposite. — It is another matter how the courts choose to *formulate* their arguments. They do not even evoke "efficiency" or "promotion of wealth" explicitly in their statements. It is rather natural for courts to be reluctant to reveal the basic motives for their decisions.'⁴¹ Schäfer and Ott submits a similar view: 'Civil codes often contain a multitude of imprecise rules. — The question is whether or not the courts are able to transform the rules into practical behavioural instructions for example by concretizing the meaning of "due care". The point is that this decentralized process of interpretation and adaptation is often much more effective at reaching precision than by legislative enactment because the courts are much closer to the sources of the

the search and satisficing theory it that it showed how choice could actually be made with reasonable amounts of calculation, and using very incomplete information, without the need of performing the impossible —' Milgrom and Roberts (n 22) 354 state: 'Herbert Simon introduced the idea of employment as a relationship into economics and explained the crucial features of the employment relation as responses to the necessary limitations on contracting that follow from bounded rationality', see also 329–330: 'The employment contract is typically quite imprecise. — The incompleteness, the implicit nature, and the shape of the employment contract are all responses to the impossibility of complete contracting. — The usual employment contract instead is much more a relational contract. It frames the relationship, specifying broad terms and objectives and putting in place some mechanisms for decision making when unforeseen events occur.' Werin (n 4) 292 also states: 'But there is a serious complication in that virtually all contracts are incomplete, if not otherwise because transaction costs usually prevent a perfect specification.'

⁴⁰ O. Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations* (22 *The Journal of Law and Economics* 1979) 233–261. In conclusion he says, 261: 'Transaction-cost economics is an interdisciplinary undertaking that joins economics with aspects of organization theory and overlaps extensively with contract law.'

⁴¹ Werin (n 4) 286–28, italics in original. A similar theme is developed by Schäfer, see H-B. Schäfer, in T. Riis and R. Nielsen (eds), *Law and Economics. Methodology and Application* (DJÖF Publishing Copenhagen 1998) 95–112 (stating at 110: 'Economic efficiency is a concept that can be legitimately used in the political dialogue. The dialogue in the courtroom is not in principle different from the general political dialogue. Consequently, the efficiency concept can be used as an argument by parties in the courtroom.') A good example of what is said is the Labour Court judgment 1992 No. 27. The dispute was whether the employer's unilateral change with respect to subsidized lunches was a change in the terms of the contracts of employment of the employees. The Labour Court dismissed the claim, basically on technical grounds that it would amount to be a cumbersome and legally complicated procedure to dismiss all employees, in order to achieve a change of the subsidy, in particular as – the Court reminded – a better means of regulating the same

(continued)

problems and the necessary information that is required. In other words, judge-made law often produces more precise instructions at less cost than centralized debate at the highest legislative level.⁴² Friedman adds to it: 'Efficiency is a widely held value, and judges, even without the apparatus of economic theory, can figure out more or less what rules are efficient.'⁴³

A tentative conclusion is therefore that skilled judges have a built-in compass to find a solution that is efficient.

(continued)

issue was by collective agreement. Transaction costs would have been high if the Court had approved the claim – an aspect which is not mentioned at all in the judgment (see analysis in R. Eklund, T. Sigeman and L. Carlson (n 5) 264–265). The case is another example of the way in which a court makes use of 'open' arguments instead of 'binding' arguments, based upon the statute, legislative history and earlier case law. See F. Schmidt, *Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen*, in *Festskrift till Per-Olof Ekelöf* (PA Norstedt & Söner Förlag 1972) 569–585.

⁴² Schäfer and Ott (n 1) 102.

⁴³ Friedman (n 26) 298.

SAMUEL ENGBLOM

ATYPICAL WORK IN THE DIGITAL AGE – OUTLINE OF A TRADE UNION STRATEGY FOR THE GIG ECONOMY

1 Introduction

The regulation of fixed-term work was the subject of Ann Numhauser-Henning's 1984 PhD thesis *Tidsbegränsad anställning – en studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*.¹ Throughout her career, she has returned to the topic of atypical and flexible work, showing an interest not just in the regulation as such but also in its function and effects on the labour market. Already in her dissertation she pointed at an apparent contradiction in the practical effects of 'regulations governing categories of employment' that she argued 'impede as well as promote employment in insecure employment categories.'²

In the third of a century which has passed since those lines were written, many additional categories of atypical work have been regulated, de-regulated or re-regulated in one form or another – fixed-term work, part-time work, temporary agency work, telework –often with the stated aim if not to 'impede and promote' then at least to protect (employees) and promote (atypical forms of work). This is for example clearly visible in the EU framework directives on fixed-term work and part-time work, as well as in the directive on temporary agency work.

The fact that regulation of new forms of work can be as much a part of their promotion as their reining in has important practical implications for policy makers, not least on the trade union side where the author of this contribution has been active for more than a decade. Faced with new ways of organising work, trade unions must make strategic decisions regarding both the public policy regulation it should promote and their own role. Today, these issues are raised in relation to atypical forms of work that are a result of digitalization.

Technological development has been and will continue to be one of the most

¹ Ann Henning (1984) *Tidsbegränsad anställning – en studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*.

² *Ibid* p. 554.

important drivers of change in the labour market. Technological development contributes to the rise and decline of individual companies and entire industries. New technology also allows for new ways to organize work. Staffing practices have been greatly affected by companies' improved abilities to analyse such things as fluctuations in demand and the flow of customers, as well as by tools that facilitate managing large pools of potential workers who can be called in, or who can voluntarily sign up, on short notice. The result is many short hirings, zero-hour contracts etc. In recent years, web-based platforms such as Uber, Task Rabbit and Amazon's Mechanical Turk – designed to facilitate matching and contracting of consumers or companies with people willing to perform work – have received a lot of attention, not least due to the many legal issues that they raise. Other companies are offering persons who have found a client but who do not have their own company to function as their employer-on-paper, sending invoices to customers but otherwise exercising few of the functions expected from a real employer. Further, modern technology facilitates the coordination of tasks performed by several people, also persons outside of the firm's physical or legal boundaries. Thus the traditional firm, important both for the regulation of work and the activities of trade unions, is disintegrating.

In this contribution, all these developments will be assembled under the popular but rather vague term 'gig economy', referring roughly to a way of organising work where people have short temporary jobs, often but not always for different employers, clients or customers. Another important characteristic of the gig economy is the prevalence of intermediators between the person performing the work and the final customer or client. These intermediators come in many forms, from large temporary work agencies to platforms to Facebook groups where a user can pay a neighbour to take garden waste to a recycling station.

The gig economy is not without advantages, also to people who perform work. Labour markets are complicated matching markets where many times it is not all that easy for supply and demand to meet. Platforms facilitate the clearing of these markets and improve availability of certain services that could release a latent demand. In theory this could in turn mean more job opportunities.

Making it easier to find customers could also allow individuals selling their labour to spend more time doing paid work and less time looking for jobs or marketing their skills. For self-employed workers, gig economy intermediaries can also help them with some of the administration, e.g. taxes and book-

keeping, thus further increasing the number of billable hours they work. For some employees, the gig economy could increase their bargaining power vis-à-vis their employer if the appearance of a platform can make their threat of quitting to start their own business more credible.

When trade unionists and labour law scholars discuss the gig economy, the focus tends to be on the risks and disadvantages. In this system, very short-term contracts proliferate, with little or no job security and unstable incomes. Many platforms and other gig economy schemes are characterized by legal ambiguities or outright circumvention of labour law, collective bargaining and taxes. Another effect is that more people might come to combine part-time work as an employee with part-time work as self-employed, depending on how their customers or intermediaries prefer to contract out work. As will be developed below, these ‘combiners’ are sometimes difficult to fit into current social safety nets.

The gig economy is often described as a way to facilitate the entry into the labour market of otherwise marginalized groups. It could have that effect, but at the same time it can work to the disadvantage of less skilled workers, as it paves the way for e.g. university students to work a few hours per week doing tasks for which they are over-qualified and thus crowds out less-skilled workers in greater need of these jobs.

The aim of this contribution is to outline a three-pillar trade union strategy for dealing with atypical work in the digital age. How can the pitfalls of the gig economy be avoided, the negative consequences be mitigated and the advantages captured by trade unions and their members? What must trade unions do to remain relevant?

2 First pillar: apply existing concepts to prevent abuse circumvention

The corporations behind the gig economy platforms and their large circle of supporters (not least among politicians), but also many of the more tempered observers of these developments tend to emphasize the novelty of gig economy arrangements and how they defy and disrupt existing legal categories. While not being dismissive about the innovative quality of some of the gig economy intermediaries, trade unions must not uncritically accept these claims, lest they open new avenues for the abuse of atypical forms of work and the circumvention of mandatory regulation.

It is correct that the concept of employee – the legal notion widely used to define the personal scope of labour law – is a product of the late nineteenth

and early twentieth century, modelled on the industrial worker of the time. But throughout the past century, the concept has proven its ability time and again to adapt to changes in the organization of work and to a workforce with higher levels of skills and autonomy. Today, few would argue that teachers, consultants or middle managers cannot be employees. This was not done through grand reforms but through the open-minded application of existing concepts to new situations.

From this, an important conclusion with implications for trade union strategy can be drawn. The risk is not that technology or new ways of organising work develop too quickly, but that the concept of employee or other legal concepts that define the personal scope of labour law and other social legislation do not develop organically along with them.

In this context, trade unions must therefore focus not on what makes the gig economy novel and special, but on the traits that the work arrangements have in common with more traditional forms of employment. Attempts to grant exemptions or *sui generis* status must be rejected.

How the legal arguments need to be constructed will differ between jurisdictions. Even if the multi-factor tests used by courts in many countries to decide who is or is not an employee tend to include more or less the same criteria, they are construed differently and the weight given to different criteria varies. Considering the temporary nature of the contractual relationships that make up the gig economy, however, it will be important to make courts accept that the short duration of a gig should not in itself disqualify its performer from being considered an employee.

The triangular nature of many gig economy intermediaries should induce close study of the regulation of temporary work agencies. *Directive 2008/104/EC on temporary agency work* defines 'temporary-work agency' as any natural or legal person who 'concludes contracts of employment or employment relationships with temporary agency workers in order to assign them to user undertakings to work there temporarily under their supervision and direction'. Concluding contracts with workers in order to assign them to user undertakings is a good description of what many gig economy intermediaries do.

In occupational safety and health, the scope of the regulation commonly extends beyond the employees of the employer, making user companies responsible for the safety of e.g. independent contractors, temporary agency workers and others who share their premises or work alongside their employees. Anti-discrimination law also comes with a wider scope and the possibility to hold others than direct employers responsible. Trade unions

should closely analyse how these broader scopes can influence the gig economy.

To conclude the first pillar: The primary regulatory strategy of trade unions should not be to have gig economy arrangements outlawed or to subject them to specific regulation. Instead the first choice should be to try and apply existing legal concepts, disentangling the web of relationships to find, where possible, an employer or someone who is responsible under occupational safety and health rules or anti-discrimination law. This is not to say that new regulations are not needed, but at least for the time being, trade unions should focus on the possibilities, not the deficiencies, of existing regulation in relation to the gig economy.

3 Second pillar: adapt social security, active labour market policies, and education systems

For the individual, the practical consequences of a working life made up of many short-term contracts go beyond the lack of job security. For someone who tries to make ends meet in the gig economy, access to social security such as unemployment insurance in between gigs and sickness benefits if he or she falls ill can make a big difference. Just like labour law, these systems were constructed with full-time, indefinite-term contract employees in mind.

Gig economy workers can encounter problems when it comes to qualifying for work-related benefits, e.g. because the number of days or hours worked do not meet qualification thresholds. Eligibility can also be problematic, as it is far from easy to define when a gig economy worker should be considered as unemployed. In systems where benefits are calculated in relation to previous or predicted income, workers with incomes that vary greatly from week to week and month to month have always required special rules. In all these areas, combiners – people who in the same day, week or month work both as an employee and as self-employed – pose a particular challenge.

As a starting point, trade unions should work for the improved inclusion of gig economy workers in social security systems. Apart from the economy safety it grants the workers themselves, this can also be a way to maintain reservation wage levels and prevent a race to the bottom among gig economy workers. There is, nonetheless, a potential dilemma that must be taken into account. Improving access to e.g. unemployment benefits for workers registered with gig economy intermediaries can have the side-effect that it allows these companies to maintain an on-demand workforce while off-loading the economic risk to the individual and the state.

The gig economy should also prompt trade unions to call for reforms of active labour market policies and education systems. One of the things on which there is a relative consensus concerning the future of work is the need for skills. The ongoing polarization of the labour market in industrialized countries – with jobs requiring moderate levels of skills decreasing in relation to jobs requiring few skills and jobs requiring greater skill levels – accentuates this. For gig economy workers in less skilled jobs, improving skills will be necessary to be able to move up the ladder to more skilled jobs in the future, but also to be able to compete for jobs with medium-skilled workers who move down to less-skilled jobs. For more highly skilled gig economy workers, maintaining and developing skills will be necessary to stay attractive in the labour market.

It is unlikely, however, that the employers and intermediaries of the gig economy will want to make any more substantial investments in developing the skills of their temporary employees or the persons who use their services to find work. Traditional active labour market policies, which focus on people who are full-time unemployed for a sustained period, will not do the trick either.

What is required is very flexible training systems where gig economy workers can participate in for example short, part-time, online courses that are possible to combine with active participation in the gig economy. In addition, significant numbers of the workforce, including some gig economy workers, are university educated. This means that institutions of higher education will have to get involved as well, increasing the number and flexibility of courses that allow graduates to update their skills or change occupation later in life.

4 Third pillar: organize and empower individuals

The past 30 years have seen a decline in trade union membership across western countries. The OECD average trade union density declined from over 30 per cent in 1984 to less than 20 per cent today.³ Much has been written about the causes of this decline, but as trade unionists – before we point our fingers elsewhere – we must acknowledge that our own response to changes in the labour market and in society has been insufficient. Nevertheless, the very fact that our response has been insufficient also means that it lies within

³ OECD Employment and Labour Market Statistics Database, available at http://www.oecd-ilibrary.org/employment/data/oecd-employment-and-labour-market-statistics_ifs-data-en.

our powers to reverse the trend. Increasing unionization among part-time workers, fixed-term workers, temporary agency workers, the self-employed and combiners is therefore crucial to reviving the trade union movement. The gig economy is the new frontier in this effort.

It is easy to find reasons for gig economy workers not to join a trade union. Their work may be of a very casual nature, never intended to be the beginning of a career, or done on the side of another main activity, for example studies. Combined with doubts over what a trade union could actually do for them, it is not strange that many do not find joining worth the fee. Trade union organizational models are often workplace- or occupation-based, arguably ill-suited for the gig economy reality where one's workplace, employer, or occupation and even whether the worker is an employee or self-employed may change several times a week, or even in the course of a day. The structure of the gig economy can also make it difficult to get a trade union recognized by the employer, engage in collective bargaining, or exercise information and consultation rights. As regards self-employed workers, in many jurisdictions there are legal obstacles to their organization in trade unions.

What trade unions must adopt is a combined strategy of organising and empowering gig economy workers. The basics of organising are rather straightforward: a union must ask people whether they want to join and this union must make sure that it has an offer attractive enough for them to say yes. In relation to the gig economy, where workers seldom meet in larger numbers in a specific location, trade unions must develop new tools to reach potential members, and many are already doing so. Trade unions must be where members and potential members are. The online communities – such as groups on Facebook or WhatsApp – that often surround the gig economy intermediaries should be a natural hunting ground. This requires, however, tuning the message to fit both the forum and the audience. Lambasting the oppressive nature of the gig economy and proclaiming intentions to shut down the company or intermediary that provides people with their livelihood or an extra income is probably not a very clever strategy. The current rhetoric of too many trade unions runs the risk of alienating the very people that should be organized.

Instead, trade unions must show that membership provides tangible benefits, also to workers who do not foresee problems arising with their employer or gig economy intermediary, or who know that making claims will be difficult. This brings us to the second part: empowerment.

Empowerment of gig economy workers can be both collective and individual.

Already the online communities mentioned above can strengthen gig economy workers vis-à-vis their employer or intermediary by increasing access to information. Trade unions could add to this, for example through developing tools that improve gig economy workers' possibilities to compare different intermediaries with each other. The question should even be asked whether trade unions should cooperate with and maybe even certify gig economy intermediaries. Further, there is a need for actions which, short of collective bargaining, allow workers to coordinate their demand for remuneration and avoid setting too-low prices on work. As an example, the Swedish Union of Journalists provides an online tool that allows self-employed members to calculate what they should charge in order to be remunerated at the level of the relevant collective agreement and to afford the necessary insurances and supplementary pension payments.

Individual empowerment can be accomplished through providing gig economy members with advice on how to navigate the gig landscape in the best way and, if desired, point out the most promising routes to more stable employment. Providing tangibles such as insurances for those not covered by policies taken out by an employer is another way to strengthen gig economy members. Considering the need mentioned above to maintain and upgrade skills, trade unions could play an important role through procuring courses from suppliers and providing these to their members at lower cost.

In all these areas, trade unions for journalists, actors and musicians – to whom the gig economy is no novelty – can provide valuable insights and inspiration.

5 Conclusions

The digital economy is too important to be left to either the tech geeks or the doomsday prophets who proclaim the end of work or at least the end of stable employment relationships. Trade unions must bury any Luddite instincts and instead engage with the gig economy and the workers who are active there. Being against new technology is rarely successful.

That does require actions, however, that are well thought through and whose consequences, which may be both to 'impede and promote', have been analysed beforehand. In this respect, busy trade union policy makers ought to seek advice more often of legal scholars working in the same spirit as Ann Numhauser-Henning has done throughout her long career.

SUSANNE FRANSSON

SKYDD FÖR DEN SOM SLÅR LARM – NYA NORMATIVA MÖNSTER I ARBETSRÄTTEN

1 Inledning

Den 1 januari 2017 träder en ny arbetsrättslig lag i kraft – lag om ett särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.¹ Sannolikt kommer lagen att kallas för visselblåsarlagen. Att slå larm om missförhållanden i arbetslivet är nära knutet till anställdas yttrandefrihet och kritikrätt, såväl internt som externt. Åsiktsfriheten och rätten att meddela sig med andra, t.ex. media och myndigheter, omfattas även. Från arbetsgivarens perspektiv handlar det om att skydda verksamheten och sina prerogativ. Området omfattar således ett brett spektrum av regler, ett normativt fält, som rättsligt kan delas in i civilrätt, offentlig rätt och internationell rätt (folkrätt).

Att använda teorin om rätten som normativa kraftfält där normativa mönster skapas, förändras och rör sig mellan olika poler finner jag särskilt lämpligt för ämnet. De tre normativa grundmönstren: etablerad position, rättvis fördelning och det marknadsfunktionella mönstret kan alla användas för att skapa ordning i denna mängd av regler samt beskriva den utveckling som skett.² Etablerad position beskrivs som ett konservativt mönster medan det marknadsfunktionella mönstret klassificeras som, i första hand, dynamiskt. Det marknadsfunktionella mönstret är sammansatt av: äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten.³ Typiskt är att förändringar i positionerna på arbetsmarknaden ger upphov till intresseavvägningar och kommer till uttryck i form av markörer i lagstiftning och förarbeten. Mönstret etablerad position innehåller såväl skyddet för anställningen som skyddet för arbetsgivarens position, rättsenligt uppnådda.⁴

¹ Beslut fattades om 2015/16:AU11 i riksdagen den 8 juni 2016 med stor majoritet. Ledamöter från SD röstade nej, ledamöter från V avstod att rösta. SD citerade prof. Claes Sandgrens kritik av lagförslaget. I utredningen, SOU 2014:31, var ordvalet Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

² A Christensen, "Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster" (1996) 4 *Tidskrift för rettsvetenskap* 519–574.

³ Christensen, "Skydd för etablerad position" 529.

⁴ Christensen, "Skydd för etablerad position" 528.

Det har uttryckts att mönstret rättvis fördelning inte är så framstående på det arbetsrättsliga fältet.⁵ Därtill anses det i första hand var ett ”offentligrättsligt grundmönster”.⁶ I frågan om skydd för den som slår larm är det ett mycket avgörande mönster för rörelsen mellan skyddet för anställningen och skyddet för arbetsgivarens prerogativ. I mönstret rättvis fördelning lägger jag in allmänintresset, det demokratiska samhället och arbetslivet samt de konstitutionella mänskliga rättigheterna i form av yttrandefrihet och åsiktsfrihet. Ur ett individuellt perspektiv handlar det om en rättighetsdiskurs som nu också omfattar anställda.⁷ Ett mycket färgrikt mönster således.

De frågor som jag ställer är: Vilka normativa grundmönster finns i skyddet för arbetstagare som slår larm och hur balanseras de? Hur har rätten rört sig mellan olika normativa poler på det normativa fältet? Det material som ligger till grund för undersökningen är dels Arbetsdomstolens domar⁸, dels förarbeten till lagstiftning om skydd för den som slår larm och lämnat ut uppgifter för offentliggörande. Särskild vikt läggs vid den nya lagen om skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm och vad som finns bakom bestämmelserna.⁹

2 Lojalitet i anställningsrelationen

Det grundläggande mönstret för anställningsförhållandet som en kontraktuell relation är kravet på lojalitet och att överenskomna förpliktelser ska uppfyllas. Att parterna samverkar är en förutsättning för att syftet med avtalet ska kunna uppnås.¹⁰ Samtidigt så är relationen asymmetrisk, vilket gett upphov till skyddsreglering. Den etablerade position som anställningen innebär har också en ”markerad pliktsida”.¹¹ Någon arbetsavtalslag finns inte och principen om lojalitet och lojalitetsplikten fyller ut denna normbrist.¹² Arbetsdomstolen har

⁵ A Numhauser-Henning, ”Understanding Law as Normative Patterns in a Normative Field” i A Numhauser-Henning och M Rönnmar (red), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Hart Publishing, 2013) 37.

⁶ A Christensen, *Normativa grundmönster i privat och offentlig rätt* (stencil).

⁷ Jfr E Sjödin och N Selberg, ”Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning” (2013) 4 *Juridisk Tidskrift 2012–2013*, 846–877.

⁸ Europadomstolens domar lämnas utanför framställningen pga. utrymmesskäl.

⁹ Numhauser-Henning, ”Understanding Law” 30.

¹⁰ A Numhauser-Henning och M Rönnmar (red), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Hart Publishing, 2013) 16.

¹¹ Christensen, ”Skydd för etablerad position” 547.

¹² Se Ds 2002:56 s. 293 f. och SOU 2013:79 s. 75–79.

dels tolkat in lojalitetsplikten i anställningsavtalen, dels använt principen vid tolkning av olika regler.¹³ Utvecklingen av principer kring lojalitet är dynamisk och har skett utan lagstiftarens medverkan.¹⁴

Lojalitetsplikten kan delas upp i krav på aktiv och passiv lojalitet. Frågan om att slå larm i arbetslivet innehåller både och, dels en skyldighet att slå larm, dels en skyldighet att iakttä tystnad. Lagen om företagshemligheter, FHL, bygger på den tystnadsplikt som följer av det privaträttsliga anställningsavtalet. FHL handlar dock om att skydda arbetsgivare mot att näringshemligheter avslöjas och inte om begränsningar av yttrandefrihet och kritikrätt. Skyddet för arbetstagare som slår larm tangerar FHL:s tillämpningsområde, vilket också uppmärksammas i betänkandet SOU 2013:79.¹⁵

Någon arbetsrättslig lagstiftning, med undantag för arbetsmiljölagens bestämmelser, om gränserna för anställdas yttrandefrihet och kritikrätt har inte funnits.¹⁶ Var gränserna går, framförallt för privatanställdas skydd och skyldigheter, har således utvecklats genom Arbetsdomstolens praxis. Målen har prövats utifrån lagen om anställningsskydd och god sed på arbetsmarknaden, dvs. arbetsgivaren har vidtagit ingripande åtgärder som uppsägning, avskedande eller särskilt ingripande omplacering. Offentliganställda befinner sig i en annan position och förenklat uttryckt kan sägas att yttrandefriheten och rätten att slå larm är överordnad den kontraktuella lojaliteten.¹⁷

3 Utvecklingen av skyddet för anställdas yttrandefrihet och kritikrätt

Eftersom normerna utvecklats i praxis kommer jag att beskriva utveckling och förändringar genom en redogörelse för ett urval av Arbetsdomstolens domar.¹⁸ Framställningen är kronologisk och i första hand behandlas rättsfall som rör privaträttsliga förhållanden.

¹³ Se t.ex. AD 1982 nr 110, AD 2003 nr 21, AD 2003 nr 84 och AD 2010 nr 50.

¹⁴ Se Sjödin och Selberg, ”Anställningsavtal, lojalitetsplikt” 854. I artikeln analyseras den dynamiska utvecklingen av lojalitetsdiskursen och diskuteras utifrån ett ”kronologiskt mönster” 861.

¹⁵ Se R Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter* (Norstedts Juridik, 2013).

¹⁶ S Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing. Om gränserna för anställdas kritikrätt* (Premiss förlag, 2013) 28.

¹⁷ Se Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing*.

¹⁸ För en mer fullständig redogörelse se P Larsson, *Skyddet för visselblåsare i arbetslivet – en konstitutionell och arbetsrättslig studie* (Jure förlag, 2015).

3.1 Skyddet för privatanställda

Det första fallet, AD 1937 nr 80, skulle kunna utgöra manus för en film. Någon anställningskyddslag fanns inte vid denna tid och talet om mänskliga rättigheter i arbetslivet var långt borta. God sed på arbetsmarknaden var det redskap som stod till hands inom ramen för skyddet för arbetsgivarens prerogativ och den fria uppsägningsrätten.¹⁹

Skådeplatsen var ett bageri i Filipstad och aktörer vara bagaren Celander och hans arbetsgivare Jansson, tidigare kakelugnsmakare. Celander var fackligt aktiv i en tid när fascistiska krafter var på frammarsch i Europa. Rekvisitan var jästen, tysk örnjäst. Celander menade dels att det var bättre att ”handla svenskt”, dels att den tyska jästens kvalité var undermålig. Efter diverse kontroverser slog Celander larm genom att skicka in ett prov på jästen till stadsläkaren i Filipstad som fann att jästen var rutten och otjänlig som människoföda.

Jansson avskedade bagaren som därefter väckte talan i Arbetsdomstolen. Celander argumenterade för att det funnits allmänna intressen för anmälan och att det stred mot god sed att avskeda honom. Jansson hade inte lyssnat och inget annat återstod att göra än att slå larm till stadsläkaren. Vilka normativa mönster ser vi då i Arbetsdomstolens argumentation? Vad var god sed? Utifrån det goda syftet bagaren hade haft och det starka allmänintresset ansåg AD att avskedandet stred mot god sed. Samtidigt hade Celander ifrågasatt Janssons rätt att leda arbetet och samarbetsproblem hade uppstått. Jansson hade således utifrån positionen som arbetsgivare haft rätt att avskeda Celander för att få arbetsro i bageriet. Avvägningen gjordes mellan allmänintresset och Janssons etablerade position som ägare till bageriet och hans rätt att avsluta kontraktet.

Vi gör nu ett tidsmässigt och normativt språng till 1980-talets arbetsrättsliga relationer och Arbetsdomstolens praxis. Skyddet för anställdas position prövas nu mot kravet på saklig grund i LAS och med medbestämmandelagens syften, det demokratiska arbetslivet, som normativ fond. Lagstiftningen begränsar jämfört med tidigare arbetsgivarens fria uppsägningsrätt. Samtidigt har lojalitetsplikten uttryckligen stadfäst av AD, oavsett om den är avtalad, vilket får betydelse för argumentationen. Nästa nedslag är följaktligen målet AD 1982 nr 110 där Arbetsdomstolen gjorde grundläggande uttalanden om privatanställdas lojalitetsplikt, yttrandefrihet och kritikrätt. Målet i sig handlade om kritik som riktades internt mot företagsledningen varvid samarbetsproblem uppstod. AD ansåg att saklig grund för uppsägning förelåg.

¹⁹ Se även AD 1967 nr 26.

Av intresse är de uttalanden som domstolen gör i målet om privatanställdas yttrandefrihet och kritikrätt och grunderna för detta. Dessa uttalanden har därefter haft stor betydelse för bedömningar i senare mål. Lojalitetskravet inryms i arbetstagarens anställningsavtal. Den som har en position nära arbetsgivaren med förtroendeställning avkrävs ett högre mått av lojalitet. Privatanställda har dock ett skydd för sin kritikrätt i den ”medborgerliga yttrandefriheten” gentemot arbetsgivaren, i annat fall vore arbetslivet odemokratiskt. I detta läggs också ett nyttoperspektiv, kritik är bra för verksamheten. Arbetstagare har således en vidsträckt rätt att uttrycka kritik på arbetsplatsen. Detta är också av avgörande betydelse för den fackliga verksamheten på arbetsplatsen, enligt AD.

I de båda målen, AD 1986 nr 95 och AD 1988 nr 67, kom Arbetsdomstolen fram till att uppsägningarna var sakligt grundade när syftet varit att skada arbetsgivaren. I det ena fallet hade två hotellreceptionister anmält bolagets ägare till Länsstyrelsen och påstått att det förekom prostitution på hotellet. I det andra fallet hade en hovmästare anmält arbetsgivaren för olaglig alkoholförsäljning. AD gjorde bedömningen att det rörde sig om osanna beskyllningar. Arbetsgivarens position och marknadsställning skyddades och något allmänintresse av obefogade externa larm till myndigheter fanns inte.

Målen AD 1994 nr 79 och 1997 nr 57 har likheter i det att de anställda först riktat kritik internt mot arbetsgivaren för brister och missförhållanden. När inga åtgärder vidtogs slog de larm externt till myndigheter och media, därefter blev de uppsagda. I båda målen resonerade domstolen utifrån normativa ställningstaganden, uttalade i AD 1982 nr 110, dels om lojalitet, dels om det demokratiska arbetslivet och kritikrätten. Därtill lades allmänintresset, den tredje parten, in som ett normativt mönster. Avvägningar gjordes mellan skyddet för anställningen och arbetsgivarens rätt att skydda sin verksamhet, där allmänintresset kom in som något som låg utanför avtalsrelationen.

I det andra målet, ambulansförarna vid Samariten AB, tillkom de anställdas ansvar för patientsäkerheten, vilket direkt förstärkte skyddet för deras etablerade position. AD uttryckte att det är av stor betydelse för allmänheten att ambulansverksamhet bedrivs på ett säkert sätt. Privata arbetsgivare som bedriver verksamhet med offentliga medel får därmed ett svagare skydd för sin marknadsposition.²⁰

I det första målet, processoperatören vid Väröbruk, finns ytterligare en komponent (dock ej synlig i domen).²¹ Väröbruk AB avsåg att med stöd av 39 §

²⁰ AD 1997 nr 57.

²¹ AD 1994 nr 79.

LAS köpa ut processoperatören om AD skulle ogiltigförklara uppsägningen. Så skedde dock inte. En strejkaktion i en annan del av koncernen tvingade arbetsgivaren att låta anställningsavtalet med processoperatören bestå. Det kollektiva agerandet förstärkte därmed den etablerade positionen för individen.

3.2 Skyddet för offentliganställda

Offentliganställda har ett grundlagsreglerat skydd för sin yttrandefrihet, åsiktsfrihet och meddelarfrihet. Det är yttrandefriheten, reglerad i regeringsformen, som utgör grunden för en vidsträckt kritikrätt, internt och externt, medan meddelarfriheten handlar om rätten att lämna ut uppgifter och slå larm via media. Syftet är här att upprätthålla principen om offentlighet i ett demokratiskt samhälle (allmänintresset). Skyddet mot arbetsrättsliga åtgärder från arbetsgivarens sida är dock inte absolut. 39 § i LAS ger också offentliga arbetsgivare rätt att som en yttersta åtgärd betala ett normerat skadestånd och avsluta kontraktet.

Två mål är av intresse för framställningen: AD 2003 nr 51 och AD 2011 nr 15. Det första fallet handlade om en hälsovårdsinspektör som anmält och lämnat ut uppgifter om oegentligheter (sjuka hus fallet) till två myndigheter. Meddelarfriheten ger inget skydd i detta fall. När AD (majoriteten) ogiltigförklarade avskedandet gjordes det utifrån att yttrandefriheten i regeringsformen skyddade mot arbetsgivarens repressalier. Arbetsgivaren har begränsade möjligheter att ingripa mot anställda som utnyttjar grundlagsfästa mänskliga rättigheter, vilket gäller även om förtroendet för myndigheten skadats.²²

Det andra fallet rörde en undersköterska vid Södertälje sjukhus som, i ett debattprogram i TV, gjort uttalanden om en främlingsfientlig kultur på arbetsplatsen. Han omplacerades, mot sin vilja, till en annan avdelning på sjukhuset. Frågan var om den stadigvarande omplaceringen stred mot kollektivavtalet? Arbetsgivarens argument var att de samarbetsvårigheter som uppstått utgjorde ett hot mot patientsäkerheten. Allmänintresset utgjorde här stöd för utövandet av arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Arbetsdomstolen ansåg att detta var legitima skäl för omplaceringen. Det finns således en gräns för hur långt offentliganställdas skydd sträcker sig.²³ Det kan noteras att AD

²² AD 2003 nr 51.

²³ AD 2011 nr 15. En jämförelse kan göras med AD 2011 nr 74 (Farbror Blå) där avskedandet ogiltigförklarades. Några samarbetsvårigheter som grund för arbetsrättsliga åtgärder fanns inte. Se för en analys av detta mål Sjödin och Selberg, "Anställningsavtal, Lojalitetsplikt".

överhuvudtaget inte tog upp skyddet mot repressalier som finns i meddelarfriheten för offentliganställda.²⁴

3.3 Skydd för åsiktsfriheten

Målet AD 2012 nr 25 (rektorn) är ovanligt i det att det handlar om gränserna för åsiktsfriheten för privatanställda.²⁵ Rektorn på en privat driven gymnasieskola var på sin fritid aktiv på Facebook där han på olika sätt gav uttryck för sådant som kan anses ha en "sexuell anknytning". Arbetsgivaren sade upp honom. Rektorn hade en förtroendeställning och AD uttalade att detta i princip innebär att lägre krav ställs avseende prövningen av om saklig grund föreligger. Den som har en förtroendeställning har således en svagare etablerad position och en rörelse sker mot den normativa polen som ger ett skydd för arbetsgivarens position inom ramen för det marknadsfunktionella mönstret. När yttrandefriheten och åsiktsfriheten, människorättsdiskursen, lades in i spänningsfältet stärktes dock skyddet för rektorns anställning. Europadomstolens mål Sanchez m fl nämns som grund för det normativa mönster som innebär att det finns ett "kärnområde för vad varje människa – anställd eller inte – öppet bör kunna få ge uttryck för inför andra människor".²⁶ Mänskliga rättigheter blir tolkningsdata vid prövningen av skyddet för anställningen och intresseavvägningen ledde till bedömningen att saklig grund inte förelåg.²⁷

3.4 Skydd för fackliga företrädares yttrandefrihet²⁸

Skyddet för anställda som slår larm måste också sättas i relation till andra rättsregler på fältet som t.ex. skyddet för den fackliga föreningsrätten i medbestämmandelagen, MBL, och förtroendemannalagen, FML.²⁹ I AD 2015 nr 29 aktualiserades frågan om arbetsgivarens försök att begränsa en facklig förtroendemans yttrandefrihet kunde ses som en åtgärd i MBL:s mening och om handlandet utgjorde hinder för det fackliga arbetet i FML:s mening. Liksom i tidigare domar, t.ex. AD 1987 nr 65, uttalade AD att

²⁴ Vilket JK gjorde i beslut 2009-11-11 nr 1672-09-30.

²⁵ I AD 1994 nr 79 och AD 1997 nr 57 uttrycktes även åsikter. Det är i dessa båda fall svårt att hålla isär åsikt från kritik. De åsikter som uttrycks är direkt kopplade till arbetsgivarens verksamhet.

²⁶ AD 2012 nr 25.

²⁷ Sjödin och Selberg, "Anställningsavtal, lojalitetsplikt" 851 och 867 menar att prövningen av om saklig grund föreligger "är avhängig utfallet av en situationsunik intresseavvägning".

²⁸ Se S Fransson och E Stüber, "Freedom of Expression from a Trade Union Perspective" i J Fejő, U Neergaard, C Tvarnø och G Skovgaard Ölykke (red), *Festskrift till Ruth Nielsen* (Jurist och Ökonombundets förlag, 2013).

²⁹ Jfr Christensen, "Skydd för etablerad position" 531 som skriver att "andra normativa mönster som påverkar samma rättsliga reglering" måste beaktas.

parterna har en vidsträckt ömsesidig yttrandefrihet. Försiktighet ska dessutom iakttas när arbetsrättslig lagstiftning tolkas i frågor som är reglerade i grundlag och i Europakonventionen. Med hänvisning till målet Matúz mot Ungern påpekade AD att svenska domstolar har skyldighet att se till att yttrandefriheten respekteras också i relationen mellan enskilda på arbetsmarknaden.³⁰ Då arbetsgivarens uttalanden ansågs allmänt hållna var de inte att se som en åtgärd i MBL:s och FML:s mening och arbetstagarparten förlorade målet.

3.5 Sammanfattning och reflektioner

Frågan om skyddet för arbetstagarare som slår larm har prövats i Arbetsdomstolen utifrån god sed på arbetsmarknaden och saklig grund bedömning enligt LAS. Arbetsgivares rätt att omplacera, säga upp och avskeda arbetstagarare har ställts mot skyddet för anställningen. I dessa mål har normativa mönster utvecklats som tar sin utgångspunkt i att lojalitetsplikten tolkats in i anställningsavtalet. Därtill kommer krav på att arbetsgivaren ska hantera situationen genom andra val än att avsluta kontraktet.³¹ När det gäller offentliganställda innebär grundlagsskyddet att lojalitetsplikten i stort sett saknar betydelse. Istället är det andra delar i de normativa mönstren som påverkar utrymmet för arbetsgivarens arbetsrättsliga åtgärder. Ordet samarbetsproblem återkommer i målen som rör skyddet för den som slår larm och uttrycker kritik. En rörelse sker i Arbetsdomstolen mot skyddet för "effektivt företagande".³² Detta tema känner vi igen och frågan kan ställas: Har det skett någon utveckling av rätten, det normativa fältet, sedan bagaren Celander anmälde sin arbetsgivare på trettio-talet? En nyansering kan vi möjligtvis se i AD 1997 nr 57, där ambulansföraren och arbetsgivaren ansågs gemensamt ansvariga för de samarbetsproblem som uppstod.

Mönstret rättvis fördelning, som jag tolkat det, kommer in som något utanför den kontraktuella relationen och förstärker den etablerade positionen, såväl arbetsgivarens, AD 2011 nr 15, som arbetstagararnas. I AD 2012 nr 29 blir rättighetsdiskursen direkta tolkningsdata till skydd för anställningen och kravet på lojalitet för den som har en förtroendeställning sätts åt sidan.

³⁰ Mål nr 73571/10, dom 2014-10-21.

³¹ K Källström och J Malmberg, *Anställningsförhållanden: Inledning till den individuella arbetsrätten* (IUSTUS förlag, 2013) 138 f.

³² Sjödin och Selberg, "Anställningsavtal, lojalitetsplikt" 871.

4 Ny lagstiftning till skydd för den som slår larm

Avsikten med detta avsnitt är att beskriva de förslag till lagstiftning som avser att reglera frågan om skyddet för anställda som slår larm. Det jag är intresserad av är i första hand de normativa avvägningar som görs mellan skyddet för etablerad position och det marknadsfunktionella mönstret. Därtill kommer frågan om hur allmänintresset, mönstret rättvis fördelning, påverkar rörelsen mellan dessa poler.

4.1 Förslag – lag om rätt att meddela uppgifter för verksamma inom vissa enskilt bedriva verksamheter

Betänkandet SOU 2013:79, *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, är den tredje utredningen i rad som behandlar denna fråga. Tidigare förslag fick omfattande kritik av remissinstanserna och genomfördes inte. Kritiken handlade dels om att skyddet blev för svagt och att meddelarfriheten i praktiken inte utvidgades, dels att det skulle skada företagen. Den grundläggande rättsprincipen i det privaträttsliga anställningsavtalet om lojalitet och tystnadsplikt skulle urholkas.³³ Samma kritik framfördes i remissvaren till SOU 2013:79 och det är uppenbart att kritiken är mycket polariserad.

Lagförslaget är av straffrättslig karaktär och syftet är att uppnå ett skydd för meddelarfriheten, för vissa grupper av privatanställda, i paritet med offentliganställdas grundlagsskydd. Därtill föreslås ändringar i lagen om företags-hemligheter, FHL.³⁴ Ett förbud mot efterforskning och repressalier ingår i förslaget, med bestämmelserna i yttrandefrihetsgrundlagen och tryckfrihetsförordningen som förebild.³⁵ Syftet är dock inte att utvidga offentlighetsprincipen, utan att förbättra insynen i privata företags användande av skattemedel, dvs. en rättvis fördelning av allmänna tillgångar. Några överväganden relaterat till folkrättsliga åtaganden, som exempelvis Europakonventionen, bygger förslaget inte på. Istället uttrycks i utredningen att ”den svenska rättsordningen även utan ett förstärkt meddelarskydd uppfyller konventionens krav för yttrandefrihet”.³⁶

Vilka normativa avvägningar görs då i lagförslaget? För det första gäller förslaget om rätt att meddela uppgifter enbart områdena vård, skola och

³³ SOU 1990:12 och Ds 2001:9 därtill har frågan berörts i ett antal andra utredningar, se SOU 2013:79 s. 31–39.

³⁴ SOU 2013:79 s. 139.

³⁵ SOU 2013:79 s. 145.

³⁶ SOU 2013:79 s. 70.

omsorg. Övervägandena är relaterade till behovsbedömningar.³⁷ Rätten att lämna ut uppgifter ska gälla i vilket ämne som helst för offentliggörande i grundlagsskyddad media. Utlämnande av handlingar omfattas inte.³⁸ De lagreglade tystnadsplikterna, inom vård, skola och omsorg, inskränker rätten att lämna ut uppgifter.³⁹ Personkretsen, de som skyddas, är vidsträckt, men undantag görs för personer i företagsledande ställning.⁴⁰

För det andra konstateras att meddelarfrihet i privat näringsverksamhet ”innebär ett intrång i avtalsfriheten och försvagar lojalitetsplikten. Alla privatanställda har dock rätt att anmäla vissa allvarliga missförhållanden till behörig myndighet, varför man kan säga att det redan föreligger vissa inskränkningar i avtalsfriheten och lojalitetsplikten”.⁴¹ Detta leder till att avvägningar måste göras: ”Det är därför nödvändigt att göra en intresseavvägning mellan skälen för att stärka det privatanställdas yttrandefrihet och intresset av att skydda företagen.”⁴² Lagen om skydd för företagshemligheter, FHL, är i princip oförenlig med ett skydd för privatanställdas meddelarfrihet, konstateras i utredningen. Då lagförslaget omfattar områden som vård, skola och omsorg anses detta dock vara ett mindre problem.

Det är arbetsgivarens brott mot lagen som kan prövas, utifrån om efterforskning eller repressalier utövats i strid med lagen. Påföljd kan dömas ut och straffskalan sträcker sig från böter till ett års fängelse. Det straffbara området är mindre än vad området är för förbudet, i likhet med vad som gäller för offentliganställda.⁴³ Någon tillsynsmyndighet som kan väcka talan finns inte, utan allmänt åtal ska kunna väckas. Skyddet för den anställda mot arbetsgivarens åtgärder samt ersättning för kränkningen blir en arbetsrättslig fråga, i första hand utifrån LAS bestämmelser.

Det skydd som offentliganställda har för sin meddelarfrihet är starkare än det föreslagna skyddet för vissa privatanställda och regeringsformen täcker för övrigt upp där meddelarfriheten har sina begränsningar.⁴⁴

³⁷ SOU 2013:79 s. 115 f.

³⁸ SOU 2013:79 s. 107 och s. 146.

³⁹ SOU 2013:79 s. 49 och s. 64.

⁴⁰ SOU 2013:79 s. 134 och s. 137.

⁴¹ SOU 2013:79 s. 14.

⁴² SOU 2013:79 s. 15.

⁴³ SOU 2013:79 s. 149.

⁴⁴ Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing* 65.

4.2 Förslag – stärkt skydd för den som slår larm

Ett halvår senare kom betänkandet: SOU 2014:31 *Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden*, med förslag till en ny arbetsrättslig lag samt ändringar i arbetsmiljölagen. Förslaget bestod av tre delar: Ett skydd mot repressalier, skyldigheter för arbetsgivare att upprätta interna larmkanaler och ett identitetsskydd för den som slagit larm. Den första delen av lagförslaget ledde till att riksdagen i juni 2016 antog en ny lag (SFS 2016:749). De andra två delarna fanns inte med i regeringens proposition. Jag vill se detta utredningsförslag som en helhet och diskutera vilka normativa mönster som här kommer till uttryck. För det första förhåller utredningen sig till de normativa mönster som redan finns på fältet och menar att lagförslaget innebär ett ”stärkt” skydd, dvs. något utöver föreställningen om den rätt som gäller.⁴⁵ Syftet är dessutom att åstadkomma denna förstärkning genom ”tydliga och lättillämpade regler”.⁴⁶

Samtidigt utgör de normativa mönster som utvecklats i AD kring skyddet för den som slår larm, utgångspunkten för lagförslaget. I ett fall går förslaget längre och det gäller frågan om skyddet mot repressalier, som också omfattar mindre ingripande åtgärder som t.ex. utfrysning och trakasserier. Med stöd av LAS regler har skydd kunnat ges för anställningen och repressalier i form av uppsägning, avskedande och särskilt ingripande omplaceringar (bastubadarprincipen), men inte för trakasserier.

För det andra så utgår förslaget om interna larmkanaler från normativa mönster om hur anställda ska slå larm inom ramen för anställningsavtalets förpliktelser, omfattande såväl krav på aktiv som passiv lojalitet. Någon förändring i positionerna uppkommer inte jämfört med den utveckling som skett av normerna i Arbetsdomstolen. Förslaget om skydd för identiteten för den som slår larm om allvarliga missförhållanden inom ramen för det system som arbetsgivaren skapat, ingriper i arbetsgivarens möjlighet att efterforska källan och att vidta åtgärder. Denna del av förslaget utgör således en begränsning i arbetsgivarens prerogativ. När det gäller förslaget om upprättande av larmsystem görs i utredningen avvägningar mellan de normativa polerna etablerad position och marknadsfunktionellt mönster genom markörer som allvarligt, skäligt och ”om verksamheten kräver det”.⁴⁷

⁴⁵ SOU 2014:31 s. 23.

⁴⁶ SOU 2014:31 s. 22.

⁴⁷ SOU 2014:31 s. 317 f.

4.3 Ny lag – ett särskilt⁴⁸ skydd för den som slår larm

Betänkandet SOU 2014:31 ledde som nämnts till att ett förslag till en ny arbetsrättslig lades fram och antogs av riksdagen. Lagen innehåller elva paragrafer (SFS 2016:749). Vad innebär då denna lag, som träder i kraft den 1 januari 2017, och vilka normativa ställningstaganden och överväganden görs i regeringens proposition 2015/16:128?⁴⁹ Jag börjar med det bakomliggande syftet och gör därefter en problematisering av rekvisit och förutsättningar för skyddet för den som slår larm. Urvalet för djupare analys har sin grund i att jag vill undersöka bestämmelserna utifrån normativa grundmönster. Förståelsen är Arbetsdomstolens praxis och närliggande lagstiftning som dels ger skydd, dels innehåller krav på aktiv lojalitet som t.ex. bestämmelserna om rapporteringsskyldighet i socialtjänstlagen.

I propositionen uttalas att arbetstagare som slår larm om missförhållanden är skyddsvärda då de har en viktig funktion i samhället (allmänintresset). Mottagare av larmet kan vara såväl myndigheter som media. Skyddet är dock inte tillräckligt, enligt den praxis som gäller, särskilt när det handlar om mindre ingripande åtgärder. Privatanställda arbetstagare och tidsbegränsat anställda är de kategorier som har sämst skydd. Därtill kommer internationella åtaganden där Sverige ”endast håller liten marginal till åtagandena”.⁵⁰ Genom Europadomstolens avgöranden under senare år har denna ”marginal” minskat. Syftet är också att öka förutsebarheten jämfört med de bedömningar som gjorts i domstol av överskridande av kritikrätten och i saklig grundbedömningen.⁵¹

De normativa övervägandena är tydliga, dels handlar det om ett skydd för den som slår larm under rätt omständigheter, dels handlar det om arbetsgivarens arbetsledningsrätt och kravet på kontraktuell lojalitet.⁵² Denna balansakt uttrycks i följande mening: ”En sådan reglering förutsätter att kraven läggs på en sådan nivå att såväl arbetstagarens som arbetsgivarens intressen beaktas på ett rimligt sätt.”⁵³ Den nivå det handlar om är de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att det särskilda skyddet ska uppnås. Rekvisitet allvarliga missförhållanden är den mest centrala nivåplaceringen (1 §). Den andra förutsättningen för att skyddet ska uppkomma är att larm slagits internt (5 §)

⁴⁸ En ändring har således gjorts i ordvalet från stärkt till särskilt efter kritik från remissinstanserna.

⁴⁹ Med titeln: Ett särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

⁵⁰ Prop. 2015/16:128 s. 14.

⁵¹ Prop. 2015/16:128 s. 17.

⁵² Prop. 2015/16:128 s. 15.

⁵³ Prop. 2015/16:128 s. 18.

eller till arbetstagarorganisation (6 §). Om det handlar om ett externt larm (7 §) gäller att larm först slagits internt och att arbetsgivaren ej vidtagit skäligen åtgärder. Alternativt att det av något annat skäl funnits befogad anledning att slå larm externt. Dessutom ska arbetstagaren haft fog för påståendet om allvarliga missförhållanden.⁵⁴

I förhållande till annan lagstiftning som ger skydd för den som har en etablerad position ska den nya lagen gälla ”parallellt”, utan att tillämpningen av annan lagstiftning påverkas. Särskilt gäller detta offentliganställdas grundlags-skyddade rätt till yttrandefrihet och meddelarfrihet.⁵⁵

Balanseringen mellan olika intressen kommer också till uttryck i att den nya lagen omfattar arbetstagare i företagsledande ställning. I detta fall görs en annan bedömning än i meddelarskyddsutredning, SOU 2013:79, där personkretsen är snävare. Även personer i företagsledande ställning anses ”skyddsvärda” och: ”Arbetsgivarens starka intresse av lojalitet bör således få ge vika för dessa motstående intressen.”⁵⁶ Inhyrda och tidsbegränsat anställda ges också ett skydd mot repressalier, således en mycket vid personkrets.

4.3.1 Allvarliga missförhållanden

Skyddet mot repressalier från arbetsgivarens sida gäller under förutsättning att larm slagits om *allvarliga missförhållanden*. Kravet gäller även för att skydd ska uppnås vid interna larm i arbetsgivarens verksamhet och när larm slås till arbetstagarorganisation. Skälet för denna utformning av bestämmelserna är att enkelhet och enhetlighet ska uppnås.⁵⁷ Kärnan i allvarlighetsrekvisitetet är att det ska handla om brott där fängelse finns i straffskalan, ett exempel som anges är förskingring av bolagets medel.⁵⁸

Rekvisitetet innefattar också vad som kan anses vara ”andra jämförliga förhållanden” utifrån ett allmänintresse. Det ska handla om ”så kvalificerade överträdelse av gällande normer eller föreskrifter eller så stora brister i övrigt att missförhållandet objektivt kan betraktas som allvarligt”.⁵⁹ Exempel som därefter anges är kränkningar av grundläggande fri- och rättigheter, underlåtenhet att följa föreskrifter, korruption, risker för liv, säkerhet och hälsa m.m. Vilket kan omfatta allvarliga samarbetsproblem som kan innebära risk för att allvarliga missförhållanden uppstår.⁶⁰

⁵⁴ Prop. 2015/16:128 s. 53–66.

⁵⁵ Prop. 2015/16:128 s. 19.

⁵⁶ Prop. 2015/16:128 s. 29.

⁵⁷ Prop. 2015/16:128 s. 42.

⁵⁸ Prop. 2015/16:128 s. 39.

⁵⁹ Prop. 2015/16:128 s. 40.

⁶⁰ Jfr AD 2011 nr 15.

Det finns två poler som utövar dragningskraft på rekvisitet allvarliga missförhållanden, det ena är allmänintresset och det andra är arbetsgivarens arbetslednings- och verksamhetsledningsrätt. Den höga nivån på detta rekvisit utgör en garanti för att arbetsgivarens prerogativ inte urholkas. Risken för skadeverkningar måste förhindras och arbetsgivare och utpekade personers "intressen bör värnas".⁶¹

Vilka krav ställs då för att skyddet ska inträda? Den som slår larm ska kunna visa på att det funnits "konkreta misstankar" om missförhållanden på denna nivå, alltså där fängelse finns i straffskalan. Bedömningen av om det rör sig om allvarliga missförhållanden ska utgå från "arbetstagarens påståenden".⁶² Vaga påståenden faller utanför definitionen, vilket innebär att något skydd mot repressalier inte uppkommer. De allvarliga missförhållandena behöver inte ha inträffat, i annat fall skulle larm inte kunna slås för att förhindra exempelvis en allvarlig arbetsplatsolycka.

Rekvisitet allvarliga missförhållanden känns igen från lagstiftningen rörande anställdas rapporteringsskyldighet, t.ex. lex Sarah och lex Maria. År 2011 ändrades bestämmelserna och ordet allvarligt togs bort då det visats att anställda inte anmälde pga. av svårigheten att bedöma om det var allvarligt eller inte.⁶³

4.3.2 Fog för påståendet om allvarliga missförhållanden

För att arbetstagaren ska ha ett skydd mot repressalier vid *externa* larm krävs att det funnits fog för påståendet. I bakgrunden ligger kravet på lojalitet i den kontraktuella relationen och Arbetsdomstolens bedömningar i de ovan beskrivna målen, t.ex. AD 1986 nr 95 och AD 1997 nr 57.⁶⁴ Ett annat skäl som anges är att om höga krav ställs för att skydd ska uppnås kan andra moment lämnas utanför prövningen. Prövningen om fog funnits ska göras "utifrån en objektiv måttstock med utgångspunkt i det underlag som arbetstagaren hade vid tidpunkten för larmet".⁶⁵ Kraven är således något lägre än vad som gäller i motsvarande situation enligt FHL.⁶⁶

⁶¹ Prop. 2015/16:128 s. 35 och s. 41.

⁶² Prop. 2015/16:128 s. 39.

⁶³ Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing* 117.

⁶⁴ Prop. 2015/16:128 s. 65.

⁶⁵ Prop. 2015/16:128 s. 66.

⁶⁶ Se Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*.

4.3.3 *Repressalie*

Balanseringen mellan olika intressen sker också i bedömningen av begreppet repressalie. En vidsträckt tolkning förespråkas med konstaterande av att detta innebär ett ingrepp i arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Repressaliebegreppet ska tolkas med anknytning till begreppets innebörd i diskrimineringslagens 2 kap. 18 §, vilket innebär det ska handla om någon form av bestraffning eller hämndaktion från arbetsgivarens sida.⁶⁷ Det ska finnas ett starkt samband mellan arbetsgivarens åtgärd och att arbetstagaren slagit larm i annat fall inskränks "arbetsgivarens handlingsutrymme allt för mycket enligt regeringens mening".⁶⁸ Den som kan göras ansvarig för repressalier är arbetsgivaren och den som i arbetsgivarens ställe har rätt att fatta beslut rörande arbetstagaren.

4.3.4 *En bevislättnad för arbetstagare*

Den nya lagen innehåller flera rekvisit och ett antal förutsättningar som ska vara uppfyllda för att skadeståndskrav ska kunna utkrävas. I en domstolsprocess kommer effektiviteten av repressalieskyddet att vara helt beroende av var bevisbördan placeras och vilka krav som ställs för att full bevisning ska anses vara uppnådd. I propositionen stannar man vid att använda den "modell" som gäller för bevisningen i diskrimineringsstvister.⁶⁹ Arbetstagaren har således att visa omständigheter som ger anledning att anta att repressalier i strid med lagen förekommit. En presumtion inträder därmed och bevisbördan går över till arbetsgivaren som har att visa att sådana repressalier inte vidtagits och att något samband inte funnits mellan åtgärderna och att arbetstagaren hade slagit larm. Denna bevislättnad för arbetstagaren uppvägs av kravet på att det ska röra sig om allvarliga missförhållanden, vilket innebär att balansen upprätthålls.⁷⁰

4.3.5 *Skadeståndsfrågan*

Skadeståndsfrågan är i den nya lagen reglerad så att arbetsgivare som bryter mot repressalieförbudet kan dömas att utge skadestånd för förlust och för kränkningen. Oavsett vem som har utfört handlingen är det arbetsgivaren som har skadeståndsansvaret. En begränsningsregel finns kopplad till 39 § LAS och skadeståndet kan jämkas eller sättas ner helt. Skadeståndet ska ha en reparativ,

⁶⁷ Prop. 2015/16:128. Se S Fransson och E Stüber, *Diskrimineringslagen en kommentar* (Norstedts Juridik, 2015) 378 f.

⁶⁸ Prop. 2015/16:128 s. 45.

⁶⁹ Prop. 2015/16:128 s. 77. Trots att den är ifrågasatt, se dir. 2014:10, och är under utredning.

⁷⁰ Prop. 2015/16:128 s. 35.

men också en preventiv funktion. Några hänvisningar till NJA 2014 s. 499 I görs inte i förarbetena och till resonemanget om preventionspåslagets storlek i diskrimineringsmål. I det fall att ett mål inledningsvis prövas i allmän domstol är det sannolikt att ledning hämtas från detta avgörande.⁷¹ I övrigt anges att AD:s tillämpning av bestämmelserna i 38 § LAS ska vara vägledande. Ersättning för ekonomisk förlust kan, till skillnad från diskrimineringslagen, utgå vid utebliven befordran. Detta är, enligt remissvar från Uppsala universitet, ”ett ovanligt uttryckligt ingrepp i arbetsledningsrätten”.⁷² Då lagen inte inskränker rätten till skydd och ersättning med stöd av andra lagar, t.ex. LAS och diskrimineringslagen, kan en arbetstagare komma att stämma in arbetsgivare för brott mot flera lagar.⁷³

Till denna fråga kommer att arbetstagaren också kan bli skadeståndsskyldig gentemot arbetsgivaren. För det första så upphävs skyddet om arbetstagaren begår ett brott genom larmet. För det andra kan den situationen uppstå att skydd finns, men att arbetstagaren brutit mot bestämmelser om tystnadsplikt, eller bestämmelser i FHL, och därmed kan göras skadeståndsansvarig gentemot arbetsgivaren.⁷⁴

4.4 Sammanfattning och reflektioner

I de förarbeten som jag redogjort för är utgångspunkten det normativa mönster gällande skyddet för anställda som slår larm som utvecklats i Arbetsdomstolen.⁷⁵ Någon avsikt att förändra detta mönster finns egentligen inte och det kan uttryckas som att ”new legal solutions may also profit from the legitimacy of older normative conceptions”.⁷⁶

I propositionen, 2015/16:128, visas tydligt dragkampen mellan olika poler i det marknadsfunktionella mönstret och skyddet för etablerad position. Genom att lägga in olika rekvisit som allvarliga missförhållanden tas hänsyn till arbetsgivarens prerogativ. Detta hänsynstagande leder till en lag som blir komplicerad, svårtolkad och därmed rättsosäker, vilket inte gynnar skyddet

⁷¹ Se S Fransson, *Preventionspåslag och upprätthållningsersättning – nya konstruktioner av ersättning i diskrimineringsmål* (i: Sui generis. Festskrift till Stein Evju, (red.) B J Mulder m.fl. (Universitetsforlaget, 2016) 224–234.

⁷² Prop. 2015/16:128 s. 69.

⁷³ Prop. 2015/16:128 s. 20.

⁷⁴ Prop. 2015/16:128 s. 70.

⁷⁵ Därtill kommer självklart praxis från Europadomstolen se Fransson, ”Yttrandefrihet och whistleblowing”.

⁷⁶ Numhauser-Henning, ”Understanding Law” 31.

för den som slår larm. Osökt kommer jag att tänka på Lon L Fullers allegoriska beskrivning av "eight routes to disaster to make law".⁷⁷

I betänkandet SOU 2013:79 om meddelarfrihet för vissa privatanställda inom offentligt finansierad verksamhet, finns inget krav på att de uppgifter som lämnas ut ska ha någon särskild karaktär. Den avvägning som där görs relateras till lagstadgad tystnadsplikt. Jämfört med skyddet mot repressalier för den som slår larm innebär detta en rörelse mot skyddet för etablerad position. En utvidgad meddelarfrihet stärker anställningsskyddet och försvagar lojalitetsplikten. För arbetsgivaren innebär det ett sämre skydd för företagsintern information.⁷⁸

5 Avslutande diskussion – nya normativa mönster i arbetsrätten?

De normativa grundmönster som jag funnit vid min undersökning av Arbetsdomstolens domar och förarbeten till lagstiftning omfattar etablerad position, rättvis fördelning och det marknadsfunktionella mönstret. I frågan om skyddet för anställda som slår larm artikuleras konflikten mellan arbete och kapital, men också behovet av ömsesidig lojalitet. Genom att Arbetsdomstolen tolkat in lojalitetsplikten i den assymetriska kontraktuella relationen uppstår en ensidig markering av denna plikt för privatanställda. Arbetsdomstolen använder ordet intresseavvägning när balanseringen av skyddet för den anställdas position ställs mot arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Polerna etablerad position och marknadsfunktionellt mönster utövar dragningskraft inom detta rättsliga fält.

Det finns ett genomgående tema i Arbetsdomstolens avvägningar mellan arbetstagarens respektive arbetsgivarens skyddsbehov och det är samarbetsproblem. Påverkar arbetstagarens yttrande, kritik eller åsikt relationerna på arbetsplatsen och huvudprestationen, utförandet av arbetet, framträder det marknadsfunktionella mönstret med alla sin lyskraft.

Det andra begreppet som återkommer är allmänintresset: dels kan det handla om brödkonsumenternas, dels om patienternas och dels om alla och envar (medborgare) som i det demokratiska samhället har rätt till insyn och kontroll. Allmänintresset, i form av offentlighetsprincipen, är grunden för offentliganställdas grundlagsskyddade rättigheter. Det fackliga intresset, det demokratiska arbetslivet ryms också i detta allmänintresse. För mig är detta

⁷⁷ L L Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969). Frågan om rättssäkerhet nämns i prop. 2015/16:128 s. 41.

⁷⁸ Se konsekvensanalysen i SOU 2013:79 s. 156.

en del i det normativa grundmönstret rättvis fördelning och av avgörande betydelse för anställningsskyddet för den som slår larm.

Jag vill också placera rättighetsdiskursen i mönstret rättvis fördelning. Individens mänskliga rättigheter, att som anställd ha åsikter, kritisera och yttra sig på arbetsplatsen, har ett syfte och det finns något som ligger bakom diskursen. Det är med hänvisning till det demokratiska samhället som åsiktsfriheten legitimeras och rättigheten görs till tolkningsdata vid saklig grund prövningen i Arbetsdomstolen (och Europadomstolen).

Avslutningsvis vill jag kommentera den nya lagen om skydd för den som slår larm som träder i kraft år 2017. Finns här några nya normativa mönster jämfört med den praxis som Arbetsdomstolen utvecklat? Svaret är: inte direkt, men den nya lagen kan indirekt komma att påverka saklig grund bedömningen enligt LAS regler. Skadeståndsskyldigheten för arbetsgivare som utövar repressalier mot anställda som slår larm om allvarliga missförhållanden, är en markering, som kan ge ett ökat skydd för anställdas etablerade position. Detta gäller särskilt tidsbegränsat anställda och anställda i företagsledande ställning där det klart uttrycks att arbetsgivarens starka intresse av lojalitet får vika.⁷⁹ Bakom, som normativ fond, ligger allmänintresset, det demokratiska samhället och det demokratiska arbetslivet – ett starkt mönster.

⁷⁹ Prop. 2015/16:128 s. 29.

JUDY FUDGE

ELUSIVE EQUALITY FOR WOMEN

1 Introduction

In 2016, the European Commission noted that ‘promoting gender equality is a core activity for the EU: equality between women and men is a fundamental EU value, an EU objective and a driver for economic growth’.¹ However, it also noted that ‘in terms of access to financial resources over a lifetime, gender equality remains elusive.’² Indeed, austerity, the rise of fundamentalism and the continuing gendered division of labour, especially when it comes to socially necessary but unremunerated care work, have contributed to the increase in gendered inequalities in many areas of social life and most regions of the world.³ There is a plenitude of international, transnational and national equality instruments at the same time as gendered inequality is increasing both within and between nations. Equality instruments and strategies have also had an uneven impact: some women benefit more than others. Migrant women and women who head single-parent houses experience particular disadvantage. Moreover, equality can be achieved as much through leveling down men’s employment opportunities as by elevating women’s life chances.

How can the right to equality be developed to respond to these complexities and paradoxes? In order to address the wicked question of how to achieve greater equality for women it is important to adopt an ‘institutional approach to gender relations’ and a normative commitment to an ‘emancipatory’ vision of equality for women. The benefit of an institutional approach to gender relations is that it avoids what Jill Rubery identifies as the ‘current dominant

¹ European Commission, *Strategic Engagement for Gender Equality 2016–2019* (Publications Office of the European Union, 2016), 6 (footnotes omitted) at http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/documents/strategy_equality_women_men_en.pdf (Date accessed: 29 August 2016).

² *Ibid.*, 8.

³ United Nations, *The Millennium Development Goals Report*, [http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20\(July%2015\).pdf](http://www.un.org/millenniumgoals/2015_MDG_Report/pdf/MDG%202015%20rev%20(July%2015).pdf) (Date accessed: 28 August 2016).

but opposing frameworks within mainstream economics and policy analysis.⁴ Rubery explains that

these alternate between a perspective that treats women universally as essentially carers first and thereby permanently in a state of contingent and temporary participation in labour market work and the more optimistic scenario which regards discrimination as only a residual legacy linked to a past where institutional arrangements did indeed dominate, as opposed to the present where the market ensures the triumph of meritocracy and the even treatment of individuals, whatever their gender.⁵

By contrast, an institutional approach links the social construction of gender relations within a specific institutional and political context to longer-term changes in national employment and social models.⁶ While this approach has typically been used to analyze the situation of women in advanced capitalist countries, such as those in Europe, Canada, the United States, and Australia, it is also helpful for understanding the position of women in developing countries. Gender relations are shaped by institutional arrangements of the labour market and different forms of family and social systems.⁷ In developing countries, in which informal employment predominates, family forms and kinship norms shape women's incorporation into the labour market in ways that eschew formal equality. In the developing world, informal employment is a larger source of employment for women than for men, and women tend to be in the most precarious forms of informal employment.⁸

2 A Multidimensional Approach to Equality

Equality is a contentious concept both philosophically and legally. It is critical to distinguish between the formal and substantive dimensions of equality both as a concept and as a right in order to elucidate the relationship between

⁴ J. Rubery, 'From "Women and Recession" to "Women and Austerity": A Framework for Analysis,' in M. Karamessini and J. Rubery (eds), *Women and Austerity: The Economic Crisis and the Future for Gender Equality* (Routledge, 2014) 17.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ The term 'gender regime' is used to refer to these different institutional gender arrangements. Ibid. 22.

⁸ International Labour Organization, *The Informal Economy and Decent Work: A Policy Resource Guide supporting transitions to formality* (Employment Policy Department, 2013) 4 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_emp/—emp_policy/documents/publication/wcms_212689.pdf (Date accessed: 29 August 2016).

equality and socio-economic rights.⁹ This distinction between the conception of equality, on the one hand, and the legal form it takes, on the other, is helpful in illuminating why equality for women is so elusive. A formal conception of equality, such as equal pay, even if embedded in a substantive right, such as affirmative action policies, does not address the underlying wage hierarchy that gives rise to inequalities in the first place. It is impossible to appreciate how inequality in employment persists without considering the broader social context and other factors. In her discussion of EU equality law in the post-Amsterdam context, Ann Numhauser-Henning observed:

The issue of political representation has not yet been addressed, nor has the monumental issue of domestic violence. To further such developments the Aristotelian concept of equality is dearly not enough but must be complemented by a plurality of different equality concepts and positive measures in the broadest definition.¹⁰

Thus, what is needed is a multi-dimensional conception of substantive equality. Sandra Fredman has developed such an approach to equality, one which embodies four aims:

First, it aims to break the cycle of disadvantage associated with status or out-groups. This reflects the redistributive dimension of equality. Secondly, it aims to promote respect for dignity and worth, thereby redressing stigma, stereotyping, humiliation, and violence because of membership in an identity group. This is the recognition dimension. Thirdly, it should not exact conformity as a price for equality. Instead, it should accommodate difference and aim to achieve structural change. This captures the transformative dimension. Finally, substantive equality should facilitate full participation in society, both socially and politically. This is the participative dimension.¹¹

This multi-dimensional approach goes beyond formal and substantive equality in order to address the variety of harms that flow from women's unequal status.

⁹ K. Strauss, 'Accessing Pension Resources: The Right to Equality Inside and Out of the Labour Market', *International Journal of Law in Context* Vol. 10, No. 4, 2014, 522.

¹⁰ A. Numhauser-Henning, 'EU sex equality post Amsterdam' in H. Meenan (ed), *Equality law in an enlarged European Union understanding the Article 13 directives*. (Cambridge University Press, 2007) 145, 176.

¹¹ S. Fredman, 'The Potential and Limits to an Equal Rights Paradigm in Addressing Poverty', *Stellenbosch Law Review* Vol. 3, 2011, 566, 577. This work draws on Nancy Fraser's multidimensional notion of justice, most recently articulated by her in *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World* (Columbia University Press, 2009).

3 Polarization, Levelling Down and Flexibility

But while it is possible to conceptualise a multidimensional approach that can address the various harms rolled up in sex-discriminatory social relations, it is difficult to translate these concepts into legal norms that can easily be applied by courts.¹² Moreover, while equality in the EU and international law can be conceived as an expanding and deepening legal strategy,¹³ with the legal norms for women's employment shifting in advanced industrialized countries first from protection and exclusion in the 1950s to anti-discrimination and formal equality in the late-1960s and 1970s and then to substantive and transformative equality in the 1980s and 1990s, the path of women's position in the labour market has not been teleological, from worse to better treatment, but, rather, contradictory.¹⁴ This non-linear pattern is not surprising if we consider that not all women are similarly situated in the labour market. Social relations operating at different scales and along different axes create hierarchies among groups of women differentiated in terms of race, migrant status, and ability. Women's claims to equality in employment have become more nuanced and complex as gender relations have been redrawn to reflect the growing diversity between women and a deterioration in what has been the normative or standard employment relationship for men.

As more sophisticated legal approaches to equality of women in employment have developed, employment relations in Europe have polarised. Numhauser-Henning described how within the European Union, demands for 'flexibility and market adjustment' have entailed:

an increase in part-time work, fixed-term work and temporary agency work and other unstable employment relationships—and a decrease in the group of workers offered permanent, relatively secure, traditional employment. These developments impose strains on labour law, in that they engender demands for the deregulation of traditional employment

¹² J. Fudge, 'Substantive Equality, the Supreme Court of Canada, and the Limits to Redistribution', *South African Journal on Human Rights* Vol. 23 No. 2, 2007, 235.

¹³ M. Bell, 'The principle of equal treatment: widening and deepening' in P. Craig and G. de Búrca (eds), *The evolution of EU law* (Oxford University Press 2011) 611; C. Sheppard, 'Mapping Anti-Discrimination Law onto Inequality at Work: Expanding the Meaning of Equality in International Labour Law', *International Labour Law* Vol. 151, No. 1, 2012, 1.

¹⁴ J. Fudge, 'From Women and Labour Law to Putting Gender and Law to Work' in M. Davies and V. Munro (eds), *A Research Companion to Feminist Legal Theory* (Ashgate, 2013) 321.

protection, and for conditions conducive to more flexible modes of employment—more lately expressed in the EU flexicurity strategy.¹⁵

In this context, equality can function as a leveling down discourse in labour law and equality claims by women may have less political resonance in a climate in which employment conditions and prospects for men are deteriorating. Moreover, other policies, such as austerity policies that cut back the size of the public service or that whittle away at social services, may undermine equality for women.

Another problem with mounting a challenge to policies that rollback equality laws is that claims for women's equality have lost their emancipatory edge.¹⁶ Equality for women workers is compatible with the rampant commodification of care, increasing polarization amongst women, and increasing inequality for men. Thus, it is crucial to revitalise feminism by emphasizing solidarity and transformation as well as equality. Equality is not solely about protection from the market but emancipation from it.¹⁷

4 Contesting Equality

There is, moreover, a complex relationship between equality and human rights law and the gender order. Legal rights, like other norms, emerge out of the struggles over meaning, representation, power and legitimacy by social actors. Although these struggles over meaning are dynamic, they can nonetheless take on stabilized forms at specific moments and can be reproduced over time.¹⁸ Stabilization can be achieved as a result of compromises reached by social actors. If they become widely shared among social actors, these compromises can congeal as 'societal paradigms', which are hegemonic sets of interconnected premises or meaning systems, and they include gender discourses. However, opportunities for temporarily subordinated identities to extend their representational reach and strength surface during periods of 'crisis',

¹⁵ A. Numhauser-Henning, 'Introduction', in A. Numhauser-Henning and M. Rönmar (eds), *Fifteen Years with the Norma Research Programme* (Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2010) 16.

¹⁶ A. Stewart, 'Gender, Justice and Law in a Global Market' in M. Davies and V. Munro (eds), *A Research Companion to Feminist Legal Theory* (Ashgate Publishing, 2013) 341.

¹⁷ N. Fraser, 'Marketization, Social Protection, Emancipation: Toward a Neo-Polanyian Conception of Capitalist Crisis' in C. Calhoun and G. Derluigan (eds), *Business as Usual: The Roots of the Global Financial Meltdown* (New York University Press, 2011) 137.

¹⁸ J. Jenson, 'Paradigms and Political Discourse: Protective Legislation in France and the United States Before 1914', *Canadian Journal of Political Science* Vol. 22, 1989, 225.

which occur when the dominant paradigm's ability to absorb its internal contradictions becomes compromised. Moments of crisis, such as the austerity, are the 'moments of efflorescence', which can lead to a shift in gender relations.¹⁹

There is no pre-ordained directionality to this shift; it can be progressive or regressive. As Numhauser-Henning reports about Sweden, one of the most gender equal countries in the European Union,

reconciliation of family and professional life is now at the centre of the government's attention, focussing reforms to promote a more equal division of parental leave and strengthening public elder-care and child-care provisions.²⁰

In Sweden, there is a generous social security parental leave scheme in place linked to the corresponding rights to parental leave in relation to the employer. Flexible gender-neutral parental benefits are provided for a significant period of time until the child is 12 years of age. However, in practice, 'the use of the parental benefits scheme is far from gender neutral – women take out about 75% of the leave/benefits'.²¹ In part, the disproportionate take up of parental leave by women is a result of the highly gender-segregated nature of the Swedish labour market where women work to a great degree (approximately 85%) in the public sector, whereas men dominate in the private sector (approximately 85%).²² Collective bargaining also supplements parental benefits, but these provisions tend to be better in sectors dominated by women. Moreover, only 60 days of the 480 days of parental leave for each child were reserved for fathers, although in an attempt to total promote greater gender equality the government has increased the amount of non-transferable days from 60 to 90.²³

5 Bringing Men into the Frame

One of the key challenges in order to obtain equality for women in employment is to figure out how to bring men as fathers back into the frame by valuing their

¹⁹ Ibid, 239.

²⁰ A. Numhauser-Henning, 'The Policy of Gender Equality in Sweden' Study for the FEMM Committee, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Citizens' Rights and Constitutional Affairs (2015) 6. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510011/IPOL_STU\(2015\)510011_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510011/IPOL_STU(2015)510011_EN.pdf) (Date accessed: 29 August 2016).

²¹ Ibid, 21.

²² Ibid.

²³ Ibid.

contribution to parenting. Sandra Fredman has explained how recent decisions of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights have developed a legal approach to equality values fathers' contribution to parenting. Yet, as she is careful to acknowledge, 'nevertheless, equality on its own is insufficient to achieve change'.²⁴ Given the complex relationship between legal and social norms, specific policies designed to encourage men to take on a more participative role in parenting are needed.²⁵

In order to promote gender equality proponents of family-friendly policies need to consider the politics of choice. Women's responsibility for childcare is typically seen as an individual choice and women are responsible for its costs. However, policies that enhance individual choice need to attend to the broader structures of employment, as well as the provision of care and the sexual division of labour within the home. Policy discourse is only just beginning to register ideas about men's greater involvement in domestic life. The problem is that so long as men can choose not to care women will have no choice but to do so. The choices of individual women are shaped by the opportunities open to them and the cultural norms that prevail. Thus, it is important to increase the incentives for men to take on a greater share of unpaid labour and to challenge cultural norms that associate women with certain kinds of domestic labour if women are to be given a real choice about how they spend their time.²⁶ What we need are forms of affirmative action policies when it comes to men and domestic work. The benefit of widening the numbers of people who contribute time to caring is that it would not only reduce the individual costs of those who care, extending the experience of caring throughout the members of a society might also nurture a society that is more willing to contribute institutionally and financially to the costs of care.²⁷

²⁴ S. Fredman, 'Reversing Roles: Bringing Men into the Frame', *International Journal of Law in Context* Vol. 10, No. 4, 2014, 442. See also the CJEU's decision in C-222/14 *Konstantinos Maistrellis v Ypourgos Dikaioynsis*, [2015] IRLR 944.

²⁵ B. Brandth and E. Kvande, 'Fathers and flexible parental leave', *Work, employment and society* Vol. 30, No. 2, 2016, 275.

²⁶ J. Fudge, 'The New Dual-Earner Gender Contract: Work-Life Balance or Working-Time Flexibility?' in J. Conaghan and K. Rittich (eds), *Labour Law, Work and Family: Critical and Comparative Perspectives* (Oxford University Press, 2005) 261; J. Fudge, 'Working-Time Regimes, Flexibility, and Work-Life Balance: Gender Equality and Families' in C. Krull and J. Sempruch (eds), *Demystifying the Family/Work Conflict: Challenges and Possibilities* (University of British Columbia Press, 2011) 170 –93.

²⁷ S. Himmelweit, 'Economic Theory, Norms and the Care Gap, or Why Do Economists Become Parents?' in A. Carling, S. Duncan and R. Edwards (eds), *Analysing Families: Morality and Rationality in Policy and Practice* (Routledge, 2002) 231, 247.

6 Challenging Austerity

In addition to attending to social norms about appropriate gender roles, in order to end sex discrimination and to achieve equality for women at work we must also be concerned about economic ideas and economic conditions. The invisible hand of the market does not simply dole out winners and losers; instead, as Janine Brodie argues, actors and institutions consciously shape markets in ways that have profound distributive consequences.²⁸ Moreover, there are feedback loops between labour and financial markets. Although the crisis was caused by deregulation and lax supervision in financial markets, household indebtedness compensated for increased wage inequality and the resulting asset price inflation contributed to the fragility of the financial system. The current European austerity policies shift macro level risks and costs from financial markets to labour markets through policies of ‘internal devaluation’ which entail cuts to social benefits and services as well as reductions to minimum wages, extension to working time, increased fragmentation in collective bargaining, and changes to employment protection in order to encourage atypical work arrangements.²⁹ Thus, it is important to develop and implement gender budgets that are attentive to the impact of legislation and government policies on gender equality and that are incorporated into the decision-making process.³⁰

7 Broadening Work Beyond Employment

It is also critical to broaden the conception of work beyond employment if there is to be any hope of achieving substantive equality for women.³¹ Equality policy must be sensitive to the different forms of work that women perform, ranging from productive paid formal work, which typically falls within the narrow legal category of employment, to unpaid domestic work that is socially necessary but outside of most formal mechanisms of value. Beth Goldblatt

²⁸ J. Brodie, ‘Elusive equalities and the Great Recession: restoration, retrenchment and redistribution’, *International Journal of Law in Context* Vol. 10, No. 4, 2014, 427.

²⁹ S. Deakin and A. Koukiadaki, ‘The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe,’ in N. Countouris and M. Freedland (eds), *Resocialising Europe: In a Time of Crisis* (Cambridge University Press, 2014) 165, 175.

³⁰ Numhauser-Henning, *supra* note 20, 12.

³¹ J. Fudge, ‘Feminist Reflections on the Scope of Labour Law: Domestic Work, Social Reproduction, and Jurisdiction’, *Feminist Legal Studies* Vol. 22, No. 1, 2014, 1; J. Fudge and S. Fredman ‘The Contract of Employment and Gendered Work’ in M. Freedland, et al (eds), *The Contract of Employment at Work* (Oxford University, 2016) chapter 11.

insists upon the need to look ‘at the social security right through the lens of women’s work in all its multiple forms’.³² This attention to the different forms of women’s work, in turn, draws into focus both ‘women’s different circumstances and needs across race, class, ethnicity, caste, sexual orientation, disability and so on’.³³ It is also critical to adopt an expansive conception of socially valuable work if women are to achieve equitable pensions. Kendra Strauss highlights the ‘dynamic relationship between individual and collective approaches to risk in capitalist welfare states’, which provide ‘a lens onto processes and institutions that concomitantly reflect, and shape, equality goals in developed and developing states’.³⁴ She shows how pension rights reinforce existing gendered inequalities that are deeply rooted in the gendered division of labour and women’s disproportionate responsibility for unpaid care work.³⁵

8 Conclusion

Equality for women will be elusive so long as we do not cultivate both ‘new modes of life beyond male and female roles’,³⁶ foster ‘more diverse employment and working-time patterns without any loss of rights or marginalization’ and cultivate greater equality in the labour market.³⁷ Equality policies must encourage solidarity not just amongst women, but also between men and women. Jill Rubery has forcefully argued that solidarity is critical in times of austerity; ‘the importance of establishing common ground across the sexes is raised by the danger that the current crisis is changing the role of the state from an agent that in principle promotes gender equality to one that may reverse equality gains made over recent decades’.³⁸ Men as well as women need to be

³² B. Goldblatt, ‘Gender, Poverty and the Development of the Right to Social Security’ *International Journal of Law in Context* Vol. 10, No. 4, 2014, 460.

³³ *Ibid.*

³⁴ Strauss, *supra* note 9.

³⁵ In the Swedish context, Numhauser-Henning (*supra* note 20, 6, 20) notes the gender pay gap ‘has a negative impact on pensions. As a consequence of demographical developments and of the ageing of the population, Sweden reformed the statutory pension scheme in the late 1990s, based on the lifetime earnings principle. The estimated negative gender impact has been dealt with in the rules on socially earned pension rights within the new scheme, such as the generous pensionable amounts accredited for child-rearing years. Nevertheless, women can be expected to make up the majority of poor pensioners for many years to come’.

³⁶ L. Gonas, ‘Balancing Family and Work: To Create a New Social Order’, *Economic and Industrial Democracy* Vol. 23, 2002, 59, 64 quoting U. Beck, *The Risk Society: Towards a New Modernity* (Sage, 1992).

³⁷ J. Rubery, M. Smith, and C. Fagan, ‘National Working-Time Regimes and Equal Opportunities’, *Feminist Economics* Vol. 1998, 4, 71, 99.

³⁸ Rubery, *supra* note 2, 32.

liberated from a rapacious economic system that degrades the environment and does not value the work that goes into maintaining social life.

SERGIO GAMONAL C.

RULES OR PRINCIPLES IN LABOUR LAW?*

1 Introduction

During the past 45 years, we've witnessed an unprecedented evolution in human history. Information society, advancement of science-based knowledge, large-scale migrations and globalization have brought significant changes to lifestyles, ways of production and methodologies of work.

Next to that, the neo-liberal hegemony and the decline of the leftist ideologies, as much as the recent 'robot revolution', pose new challenges in the world of work and in human organizations on global, national and local scales.¹

Labour law was consolidated during the 20th century in developed capitalist countries. This law branch, compiled within the Universal Declaration of Human Rights, numerous international human rights treaties, and various constitutional texts, seemed a logical corollary to the capitalist advance, which was product of the second Industrial Revolution in late 19th century (characterized by advances as piston engines, synthetic chemistry and electric lighting).

If compared to the productive system, this type of regulation was also, in some way, standardized (Taylorism/Fordism). The workers in developed countries were getting some benefits from this continuously consolidating

* The draft of this contribution was revised by professors Verónica Undurraga, Pablo Arellano, Gonzalo Durán, Esteban Pereira, Alberto Pino, Matías Rodríguez and César Rosado Marzán. I would like to express my gratitude to them. Any mistake is exclusively the author's responsibility. The translation to English is by Daniela Rossi B. student of Faculty of Law, Universidad Adolfo Ibáñez.

¹ The effects of globalization, inequality and the present world financial economy are topics of current and deep discussion. We can mention as an example some of the most known works. About inequality: A Deaton, *El Gran Escape. Salud, riqueza y los orígenes de la desigualdad* (Santiago, Fondo de Cultura Económica 2015); Z Bauman, *¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?* (Buenos Aires, Paidós 2014); T Piketty, *El capital en el siglo XXI* (México D.F., Fondo de Cultura Económica 2014); JE Stiglitz *El Precio de la Desigualdad* (México D.F., Taurus 2012) and Z Bauman, *Daños Colaterales, Desigualdades sociales en la era global* (México D.F., Fondo de Cultura Económica 2011). About financial economy problems: MJ Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar* (Barcelona, Debate 2013); D Cohen, *Homo Economicus, El Profeta (Extraviado) de los Nuevos Tiempos* (Barcelona, Ariel 2013); HJ Chang, *23 Cosas que no te cuentan sobre el Capitalismo* (Barcelona, Debate 2012); P Krugman, *Acabemos ya con la Crisis* (Barcelona, Crítica 2012); T Judt, *Algo va Mal* (Caracas, Taurus 2011) and D Rodrik, 'Gobernar la economía global: ¿un único estilo arquitectónico adecuado para todos?' (2000) 40 (157) *Desarrollo Económico* 3.

capitalist system thanks to collective bargaining and protective laws with minimum rights.

On the other hand, some developing countries tried to proceed the same way, but based on mono-productive and less prosperous economies, granting their workers nonetheless some levels of protection, as in South America and, in some exceptional cases as in Argentina and Uruguay, recognizing the key role of labour unions.

However, this tendency starts mutating in the late 1970s. The changes in society have a bearing on labour law. Rich-country firms relocate to the third world, unemployment starts being an issue in developed countries, free trade reigns without counterbalancing weights, and the neo-liberal ideology permeates it all, even to the European countries developers of the welfare state. Moreover, the United States cultivates and exports its economic analysis of law (L&E), where values as justice are subordinated by economic efficiency and where worker protection is conditioned by growth, employment and labour flexibility. On the other hand, in developed countries the trade union movement loses power and members.²

Many problems of developing countries have begun to hit rich countries: unemployment, unequal income distribution and relative increases in poverty.

Other countries such as those in Southeast Asia and China made economic progress thanks to their low-cost labour. But the cost of economic progress often involves the expansion of child labour and significant instability. From this perspective, the advance of poor countries is characterized by an unequal distribution of wealth and by huge profits of European and US transnational companies.

² The amount of literature on the decline of unionism and its effect on inequality is substantial. Our quotations will be limited to some of the many works intended to explain this phenomenon: C Schenk, *Unions and Democracy* (Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives 2014); A Stern, 'Unions & Civic Engagement: How the Assault on Labor Endangers Civil Society' (2013) Spring *Daedalus Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, 119; B Western and J Rosenfeld, 'Workers of the World Divide. The Decline of Labor and the Future of the Middle Class' (2012) 91 *Foreign Affairs* 3, 88; W E Forbath, 'Worker's Rights and the Distributive Constitution' (2012) *Dissent, a quarterly of politics and culture*, Spring 58; A Baylos, *¿Para qué sirve un sindicato?* (Madrid, Catarata 2012); J S Hacker and P Pierson, *Winner-Take-All Politics* (New York, Simon & Schuster Paperbacks 2011); Y Algan and P Cahuc, *La Société de Défiance. Comment le modèle social français s'autodétruit* (Paris, Éditions Rue D'Ulm, 2007); W Brown and S Oxenbridge, 'Trade Unions and Collective Bargaining: Law and the Future of Collectivism' in C Bernard, S Deakin and GS Morris (eds), *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Sir Bob Hepple* (Portland, Hart 2004) 63; F Raday, 'The Decline of Union Power-Structural Inevitability or Policy Choice?' in J Conaghan, RM Fischl and K Klare (eds), *Labour Law in an Era of Globalization* (New York, Oxford University Press 2004) 353; N Lichtenstein, *State of the Union. A Century of American Labor* (Princeton, Princeton University Press 2002) and J Atleson, 'Reflections on Labor, Power, and Society' (1985) 44 *Maryland Law Review* 841.

It is true that during the 20th century cheap and child work did exist, but there was one big difference: this reality used to shock us. Today, this reality has been normalized. Almost 100% of our clothes are made under infamous labour conditions and very few are willing to do anything about it.

Within this context, labour law is very contested and we will attempt in this contribution to lay out how this reality affects the forms of regulation of labour law. For this objective, we will rely on the classic distinction of Robert Alexy between rules and principles and we will ask ourselves which is best to achieve worker's protection. We will seek out tendencies and propose from our perspective what is more convenient to protect the weak contracting parties: rules or principles?

In addition, it is important to note that we support a traditional idea of labour law, as a normative system that aims to protect the weak contracting parties: the worker.³ Even though this idea may seem naïve⁴

³ We can notice various ideologies and a rich discussion regarding the purposes of labour law. There are altruistic views of social justice, and others of economical perspective based on efficiency, those emphasizing the political role of labour law and unionism (industrial democracy inside the company and facilitating the workers' involvement in the political system), etc. For example: Schenk, *Unions and Democracy* 5; Baylos, *¿Para qué sirve?* 22; Stern, 'Unions & Civic Engagement' 120 and Western and Rosenfeld, 'Workers of the World' 96; G Davidov, 'The Goals of Regulating Work: Between Universalism and Selectivity' (2014) 1 *University of Toronto Law Journal*, 1; Y Mizumachi, 'Métamorphose du Droit du Travail, Le Fondement Théorique et le cas Japonais' (2012) 1 *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale* COMPTRASEC 25; M Rigaux, *Droit du Travail ou Droit de la Concurrence Sociale?* (Bruxelles, Bruylant 2009); E Tucker, 'Renorming Labour Law: Can We Escape Labour Law's Recurring Regulatory Dilemmas?' (2010) 39 N° 2, *Industrial Law Journal* 99; A.C.L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, 2nd edn (Cambridge, Cambridge University Press 2009); SF Befort and J W Budd, *Invisible Hands, Invisible Objectives* (Stanford, Stanford University Press 2009); B Kauffman, 'What do Unions Do: Insights from Economic Theory' in *What Do Unions Do? A Twenty-Year Perspective*, (New Brunswick, Transaction Publishers 2008) 12; G Davidov, 'The (changing?) idea of labour law' (2007) 146/3-4 *International Labour Review* 311; H Spector, 'Philosophical Foundations of Labor Law' (2006) 33 *Florida State University Law Review* 1119; S Deakin and F Wilkinson, 'Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards' (1994) 23 (4) *Industrial Law Journal* 289 and H Collins, 'Labour Law is a Vocation' (1989) 105 *Law Quarterly Review* 468.

⁴ Scholars' discussion at a global level about labour law's purposes and future has been long and fruitful. We can quote the essays in the following books as examples: KVV Stone and H Arthurs (eds), *Rethinking Workplace Regulation* (New York, Russell Sage Foundation 2013); G Davidov and B Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (New York, Oxford University Press 2011); JDR Craig and SM Lynk (eds), *Globalization and the Future of Labour Law*, (New York, Cambridge University Press 2006); G Davidov and B Langille (eds), *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Portland, Hart Publishing 2006); Conaghan, Fischl and Klare, *Labour Law in an Era* (2004); Bernard, Deakin and Morris, *The Future* (2004); and A Supiot (eds), *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa* (Valencia, Tirant Lo blanch 1999). – Furthermore, other papers and major works are: P Lokiec, *Il Faut Sauver le Droit du Travail* (Paris, Odile Jacob 2015); R Badinter and A Lyon-Caen, *Le Travail et la Loi* (Clamecy, Fayard 2015); J Barthélémy and G Certe, *Réformer le droit du travail* (Paris, Odile Jacob 2015); R Dukes, *The Labour Constitution, The Enduring Idea of Labour Law* (New York, Oxford 2014); U Romagnoli, (continued)

or outdated⁵, we believe that the aims of labour law developed until the 1960s in the richest countries of our planet constitute a civilizing ideal as important as the idea of democracy. Beyond the patterns of the world or periods of barbarity, we have no doubt about the worth of defending the idea of protecting the weak.⁶

(continued)

'Elogio de Sísifo' (2014) II (3) *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Thomson Reuters Chile 11; A Numhauser-Henning, 'Understanding Law as Normative Patterns in a Normative Field' in A Numhauser-Henning and M Rönningmar (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Oxford, Hart 2013) 27; N Bruun, 'Protection of Established Position, Normative Incoherence and the Changing Normative Field of Labour Law', *Normative Patterns* (2013) 79; S Deakin, 'Concepts of the Market in Labour Law', *Normative Patterns* (2013) 141; W Sanguinetti, 'La "deconstrucción" del Derecho del Trabajo de base nacional en la era de la globalización: ¿un devenir inevitable?', in *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas* (Lima, Grijley 2013) 399; T Treu, 'Le Istituzioni del Lavoro Nell'Europa della Crisi' (2013) 140 *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 597; MW Finkin, 'The Death and Transfiguration of Labor Law' (2011) 33 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 171; A Perulli, 'Globalizzazione e dumping sociale: quali remedi?' (2011) XXV (1) *Lavoro e Diritto* 13; A Ojeda Avilés, *La Deconstrucción del Derecho del Trabajo* (Madrid, La Ley 2010); S Deakin, 'Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market' in S Deakin and A Supiot (eds), *Capacitas, contract law and the institutional preconditions of a market economy* (Portland, Hart Publishing 2009) 1; A Jeammaud, 'Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement' (2005) 41 *Working Paper CSDLE 'Massimo D'Antona'*; L Wedderburn, 'Common Law, Labour Law, Global Law' (2002) 93 *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 1; G Ghezzi, 'Dove va il diritto del lavoro? Aferrare Proteo' (2002) 3 *Lavoro e Diritto* 333; MC Palomeque López, 'La Función y la Refundación del Derecho del Trabajo' (2000) 2 *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* 157; M D'Antona, 'Diritto del Lavoro di Fine Secolo: Una Crisi di identità?' (1998) I *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* 311; S Simitis, 'Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?' (1997) 76 *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali* 609; JL Monereo Pérez, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo* (Madrid, Editorial Civitas 1996); M Rodríguez-Piñero Royo, 'La huida del Derecho del Trabajo' (1992) 1 *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* 85 and A Baylos, *Derecho del Trabajo: modelo para armar* (Madrid, Trotta 1991).

⁵ In the United States, the discussion about the purposes of labour law move ahead (since the 1970s), especially because of the lack of a federal dismissal system on just cause: K Klare, 'Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937–1941' (1977–1978) 62 *Minnesota Law Review* 265; K Klare, 'Labor Law as Ideology: Towards a New Historiography of Collective Bargaining Law' (1980–1981) 4 *Industrial Relations Law Journal* 450; D Kennedy, 'Critical Labor Theory: A Comment' (1980–1981) 4 *Industrial Relations Law Journal* 503; C Summers, 'Labor Law as the Century Turns: A Changing of the Guard' (1988) 67 *Nebraska Law Review* 7; J Atleson, 'Confronting Judicial Values: Rewriting the Law of Work in a Common Law System' (1997) 45 *Buffalo Law Review* 435; C Estlund, 'The Ossification of American Labor Law' (2002) 102 *Columbia Law Review* 1527; E Dannin, *Taking Back the Workers' Law* (Ithaca, Cornell University Press 2007); MJ. Zimmer, 'The Restatement of Employment Law is the Wrong Project' (2009) 13 *Employment Rights and Employment Policy Journal* 205; L Compa, 'Not Dead Yet: Preserving Labor Law Strengths While Exploring New Labor Law Strategies' (2014) 4 *UC Irvine Law Review* 609, and S Gamonal C. and C Rosado Marzán, 'Protecting Workers as a Matter Principle: A Latin American View of U.S. Work Law' (2014) 13 *Washington University Global Studies Law Review* 605.

⁶ In Latin America, the future of labour law has also been discussed: O Ermida Uriarte, 'Caracteres, Tendencias y Perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa' (2013) I (1) (continued)

In the next section we will discuss the distinction between rules and principles; then we will refer to how the rules and principles are linked to the pillars of labour law, employment law and collective bargaining, to finish with some tentative conclusions, doing so because the preference for rules or principles depend on different factors and contexts.

2 Rules and principles: an operative distinction

For Alexy, norms can be rules or principles.⁷ Rules are norms that can be respected or not (for example, the respect of a driver for a stop sign), in contrast to principles, which are optimization mandates, characterized by the fact that they can be fulfilled in different degrees, to the highest possible extent (like the principle of non-discrimination).⁸

(continued)

Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social Thomson Reuters Chile 35; C Rosado Marzán, 'No More Solitude? Workers' Conditions and Rights in Latin American During the Great Recession' (2013) 17 *Employment Rights & Employment Policy Journal* 291; S Gamonal C., 'Las dos almas del Derecho del Trabajo' (2013) I (1) *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* Thomson Reuters Chile 13; A Bronstein, *Derecho Internacional y Comparado del Trabajo* (Madrid, Plaza y Valdés Editores 2010); HH Barbagelata, 'Os Princípios de Direito do Trabalho de Segunda Generacao' (2008) 7 *Cadernos de AMATRA IV* 18; A Ciudad Reynaud, 'Evolución y Tendencias Recientes del Derecho y las Relaciones de Trabajo en América Latina' in E Morgado (ed.), *Dimensiones Sociales de la Globalización* 48–70 (Santiago, Quinto Congreso Regional Americano de Relaciones del Trabajo 2005) 48; MD Godinho, 'Globalizacao e hegemonia: Cenários para a desconstrucao do primado do trabalho e do imprego no capitalismo contemporáneo' in C Paixao, DA Rodrigues and RF Calda (eds), *Os Novos Horizontes do Direito do Trabalho* (Sao Paulo, LTr 2005) 282; L Cook, 'International Labor Standards and National Labor Reform Unions and Workers' Rights in Latin America', in E Morgado (ed), *Dimensiones Sociales de la Globalización* (Santiago, Quinto Congreso Regional Americano de Relaciones del Trabajo 2005) 80; JL Ugarte, *El Nuevo Derecho del Trabajo* (Santiago, Editorial Universitaria 2004); D López, *Derechos, Trabajo y Empleo* (Santiago, LOM Ediciones, 2004); T Genro, *Crisis de la Democracia* (Barcelona, Ediciones del Serbal 2003) 93; A Goldin, *Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot 2003); S Gamonal C., '¿Es necesaria la flexibilidad laboral en Chile?' (1997) 2–3 *Revista Laboral Chilena* 81 and ME Ackerman, 'Un futuro para el Derecho del Trabajo' in *Ensayos sobre el futuro del derecho del trabajo*, (Buenos Aires, Zavala 1997) 13.

⁷ Dworkin also distinguishes between principles and rules. Principles are standards that must be observed by an exigency of justice or some other dimension of morality (this author, apart from principles and rules, talks about guidelines or political guidelines that constitute a standard that proposes an objective that must be reached, as an improvement for the community in some economic, political or social aspect). Rules are applicable in a disjunctive manner. If the facts stipulated by a norm are present, then either the norm is valid, in which case the answer must be accepted, or it isn't, and it doesn't contribute anything in the decision. See R Dworkin, *Los Derechos en Serio* (Barcelona, Ariel 1999) 72.

⁸ R Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2001) 82. A great difference between rules and principles can be seen when a collision occurs between them. The collision of rules, understood as two overlapping or contradictory

(continued)

Principles have been characterized as contributive reasons, and not decisive because they have a dimension of weight and the principles-based reasons must be compared with conflicting principles.⁹

It should be noted that this distinction between principles and rules is not absolute and it has also been criticized. It has been stated that rules can be very inaccurate because of their wording or the surprising and unpredictable in the situations where they apply. Meanwhile, the application of a principle can be quite conclusive, especially in limit cases.¹⁰ In contract law, the most important rules can be understood, if one stops to investigate, as options for a regulatory principle.¹¹ Likewise, in the Postscript HLA Hart relativizes Dworkin's distinction between rules and principles, stating that it is only a matter of degree: 'principles are, comparatively to rules, broad, general, or unspecific, in the sense that often what would be regarded as a number of distinct rules can be exhibited as the exemplification or instantiations of a single principle'.¹²

Genaro Carrió indicated that rules are not always applicable in a manner of 'all or nothing', and that conflicts between them are not always fixed by denying the validity of one in respect of the other, because very often the decision is founded on the relative weight of one or another pattern according to the context.¹³ More recently, it has been highlighted that one of the characteristics of norms (all kinds of norms, be it rules or principles) is their defeasibility, understood as meaning that the requirement that they should be fulfilled in the majority of cases, although they can be defeated in others; that is, there can be cases covered by the meaning of the rules, to which they cannot be applied.¹⁴ It is not about the rule having an exception, in which case there would be no

(continued)

rules that regulate the same factual problem, can be settled by introducing an 'exception clause' in one rule. If it's not possible to operate in this way, the collision or antinomy of rules implies a validity problem that can be solved by using criterion of hierarchy (superior law prevails over the inferior), temporality (posterior abrogates previous law) or specialty (special law prevails over general law). On the contrary, the collision of principles, unlike the case of the rules, demands the weighting or balance of both in the specific case to determine which of the principles must yield before the other. Ibid at 89.

⁹ A Peczenik, 'Una Teoría acerca de la Doctrina Jurídica' (2000) 45 *Sobre el Razonamiento Jurídico, Revista de Ciencias Sociales EDEVAL* 297 note 31.

¹⁰ E Barros Bourie, 'Reglas y Principios en el Derecho' (1984) 2 *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social EDEVAL 270.

¹¹ Ibid at 276.

¹² HLA Hart, *The Concept of Law* 3rd edn (Oxford, Oxford 2012) 260.

¹³ Carrió talks extensively of the topic, quoting Hart and his book *The Concept of Law*, which Carrió translated into Spanish. See GR Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje* 4th edn (Buenos Aires, Abeledo-Perrot 1994) 226.

¹⁴ F Atria, 'Las Circunstancias de la Derrotabilidad' (2000) 45 *Sobre el Razonamiento Jurídico, Revista de Ciencias Sociales EDEVAL* 438.

problem, but that the exception is created in the adjudication phase by the judge. This is a question of adapting general terms to the particular case. That rule cannot be properly applied, and therefore, it should be defeated.

It is logical, moreover, that no legal system can be built solely on principles or solely on rules. A system of principles would be extremely flexible, while one of rules would be too rigid. The first would lack clear conduct guidelines, which would cause problems with coordination, knowledge, costs and power control. A system of only rules would be too rigid because of the lack of valves for the harmonization of the solutions to concrete cases.¹⁵

This relativity to distinguish between principles and rules can be obscure within labour law, because parts of its 'rules' are behavioural standards. In other words, proper rules are often found in labour law regarding minimum wages, working days, or paid leave, that are applicable in an 'all or nothing' manner in the words of Alexy, along with open rules that grant powers to the employer¹⁶, for example to discipline the worker, or to organize tasks or dictate internal regulations (rules of procedure).

Although the law protects the worker, an important hierarchy remains within the workplace, where the employer holds a power of command and discipline in respect of the worker. In fact, an intense relation of unequal power operates between them in favour of the employer, and with the law, this power is limited and regulated but not extinguished. It is for this reason that these rules establish standards.

The powers of the employer in respect to direct and coordinated work, recognized by all labour systems, have fuzzy boundaries because they are formed as standards or notions of variable and undetermined content.¹⁷ Those open standards demonstrate the internal tension of labour law between the free initiative of the employer and the necessary balance that prevents the exploitation of workers.¹⁸

¹⁵ H Ávila, *Teoría de los Principios* (Madrid, Marcial Pons 2011) 107.

¹⁶ Powers in the sense of Hohfeld, that is, the power of one person to make a change in the legal relationship of another; See WN Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales* (México, Fontarama 2001) 67.

¹⁷ A Lyon-Caen, 'Politique(s) Jurisprudentielle(s) et Droit du Travail: quelques Réflexions a partir de l' Experience Française', in P Auvergnon (ed), *Les Juges et le Droit Social* (COMPTRASEC, Université Montesquieu-Bordeaux IV 2002) 23.

¹⁸ D Cabrelli, 'The Hierarchy of Differing Behavioural Standards of Review in Labour Law' (2011) 40 (2) *Industrial Law Journal* 146, 147.

Another important area of private law with open standards is family law. As stated by Glendon, in the law in general, the regulation must find an optimal balance between fixed rules and discretion regarding each context, without losing its consistency and predictability; that is, with adequate degrees of certainty but without losing flexibility. See MA Glendon, 'Fixed Rules and Discretion in Contemporary Family Law and Succession Law' (1986) 60 *Tulane Law Review* 1165, 1166.

David Cabrelli has stated that labour standards may be of conduct or/and of control.¹⁹ Those standards can be described as general legal orders for the employer regarding the type of acceptable management behaviour expected by the law.²⁰

Standards of conduct are directed to the employer and determine the nature of the conduct that the law has anticipated in its respect, constituting an internal test for the same employer to assess the legality of their decisions. Standards of control represent an external scrutiny of business activity destined to be performed by the judicial authority or law enforcement.²¹ These standards are directed towards the judge. Examples of standardized language of labour laws are the voices: reasonable, proportional, rational, with due care, equitable, adequate, appropriate, etc.²²

For the purpose of the thesis we will sustain in this work, we will consider the standards of conduct and control as 'special rules', typically found in the power relationship that underlines the contract of employment.

In consequence, for us 'rules' include the proper standards of the employer's power of command and discipline, and those standards are not the same as the principles, that is, they are not maximums of optimizations in Alexy's words.

From another perspective and going back to the idea of 'principles', it is obvious that, as seen repeatedly between jurists, language can have different meanings. That is how it is often spoken of in principles, not only in the meaning given by Alexy, but also in many others in the one given by Riccardo Guastini²³:

I. Fundamental and general principles of the legal system, that means, ethical political values that inform the system and grant the basis or justification, for example, the principle of popular sovereignty and equality.

II. General principles of a sector of a legal discipline, understood as ethical-juridical values that inform only one sector of a legal discipline, for example, the principle of private autonomy of private law, due process in administrative law, 'in dubio pro operario' in labour law or 'favor rei' in criminal law.

¹⁹ D Cabrelli, 'Rules and Standards in the workplace: a perspective from the field of labour law' (2011) 31 (1) *Legal Studies* 21, 21 et seq.

²⁰ Ibid 22.

²¹ Ibid 22.

²² Ibid 23. It is often not entirely simple to determine the differences between both types of standards. Standards of conducts are also standards of control. Both can be determined by the legislator or by the judges themselves. Although the standards of control per se – that is, those not derived of one of conduct – are usually created by the courts. On the other hand, a standard of conduct can be smoothed or strengthened in the control stage. Ibid. 24 and 28 et seq.

²³ R Guastini, *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Barcelona, Gedisa 1999) 152–153.

III. Fundamental principles of a particular legal matter, the scope of which is specifically delimited to that subject, such as urban planning, river navigation and tourism.

IV. Principles (with no last name) denominating the *ratio*, the *raison d'être*, the underlying objective of a rule or normative provision. This definition implies that any normative provision has an immanent purpose susceptible to be known through interpretation and this ratio is the principle that justifies it. To recapitulate, in labour law we will distinguish between rules and principles. The rules, in the meaning of Alexy, give rights to the workers that must be granted without any weighing, as it happens – for example, with the minimum wage or paid leave. We will also include the standards of conduct characteristic of labour law as special rules related to the employer's power of command and discipline.

On the other hand, principles in labour law refer to norms that act as mandates of optimization that must be met as far as possible, in the terminology of Alexy. So it is with principles, such as non-discrimination (its application will depend on whether the distinction is arbitrary or not, whether the person is a national, an immigrant or undocumented, etc.), or the protection of the employee (which will depend on the context, economic level of the country and the economic viability of the company whether its big or small).

In addition, scholars tend to synthesize certain main ideas or guidelines from the study of positive law, as stated by Guastini, regarding values that inform a legal discipline. Examples include the freedom of contract in private law, the best interest of the child in family law, or the protection of the weak contracting party regarding the rights of the consumer or due process, etc.

In labour law, we also find those guiding values, as seen in the idea of the protection of the employee: the weak contracting party before the employer. In this point, Alexy's and Guastini's definition tend to coincide; that is, many principles understood as 'values that inform positive law' can be seen as Alexy's principles understood as 'mandates of optimization'.

Therefore, we return to our initial question: What is more convenient to protect the weak contracting party: rules or principles?

3 Two souls of labour law

Two of the most famous former labour lawyers are relevant when explaining the pillars of labour law. On one hand, Hugo Sinzheimer explained that the law serves human freedom, because it opens the path to self-determination that, in the early twentieth century, the individual had only formally.²⁴

Years later, his disciple Otto Kahn-Freund, based in Oxford, told us that the law is a limited technique of social power regulation. The laws can, on occasion, support, restrict and even create this regulation, but the laws are not the principle source of power in society.²⁵

These two ideas frame what we might call the *two souls of pillars of labour law*: employment law with its epicentre in the law and collective bargaining with its epicentre in the union.

Employment law elaborates laws with indispensable minimum rights that seek to protect the employee, who is the weaker party in the employment contract. In the last three decades, these minimums have been adjusted in certain cases through collective or individual agreements.²⁶

Collective bargaining constitutes the sophistication of labour law. In more democratic and more economically developed societies, the limits of the law (necessarily general) are complemented by collective norms, at the branch and enterprise level, and raising the legal standards (minimum).

In addition, workers grouped on a national and sectorial level have much more power to balance the working relationship and negotiate on an equal footing with their employers. Collective development also occurs in developing countries, for example in Latin America but with much less coverage. For several decades, we have witnessed the loss of union power on a global level. Nonetheless, worker protection still is important to the law and the world.

That being said, we can observe some tendencies in the development of labour law. In countries with advanced economic development, until the 1970s and in some cases to the present day, the defence of the worker has been achieved mainly through collective bargaining. This is the case of Great Britain and United States (both until the 1980s), other Anglo-Saxon countries, Germany, Italy, France, and northern Europe. It is an instrumental tutelage,

²⁴ H Sinzheimer, *Crisis Económica y Derecho del Trabajo* (Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social 1984) 63.

²⁵ O Kahn-Freund, *Trabajo y Derecho* (Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social 1987) 48.

²⁶ M D'Antona, 'L'Autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro' (1991) 51 *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* 455.

given that there are no minimum rights established by law (or if they exist they tend to be irrelevant), but rather a set of tools that allow workers to negotiate with equal power with their employers: in essence, the union and the right to strike.

However, the recent decades have been difficult for unions. Offshoring and the power that transnational corporations have accumulated have seriously affected union power and the possibility for workers to present their points of view.²⁷

On the other hand, the individual pillar or soul has developed more in the systems primarily based on the protection of the worker in the labour contract. This is the protection granted through public order legislation, with indispensable minimums for workers. Countries with low unionization have chosen this route: individual labour law – for example, Latin America and, most recently, countries in Africa and Asia.

Until the 1980s, there was some convergence between the evolution of Latin-American countries and developed countries. The first comprised individual protection but aspired to the collective protection of the latter. We could say that this was an upward convergence: to raise the worker's rights.

Since the late 1980s, flexibilities have spread throughout the whole world, collective protection has begun to decline and even individual protection has decreased in countries with high economic development, and also in poor countries.²⁸ This can be characterized as a downward convergence.

Of the souls of labour law, the collective is the most disputed. The individual one has been attacked but nothing seems to eradicate it, and even more, many developing countries have been strengthening this individual pillar. However, and despite the questionings, the collective pillar has remained in effect for the OECD countries.²⁹

In Latin America, labour law has improved and it has favoured the worker since the 1990s, especially through the application of numerous international and regional human rights instruments.³⁰ In Asia, emerging countries such as China have enacted new legislation on employment contracts, mediation and

²⁷ Atleson, 'Reflections on Labor' 842 et seq.

²⁸ See D'Antona, 'L'Autonomia individuale e' and S Gamonal C., *Trabajo y Derecho* (Santiago, AbeledoPerrot 2010) 3–13.

²⁹ The average of the collective bargaining coverage in the Western Europe countries is around 70% (<https://izajolp.springeropen.com/articles/10.1186/s40173-016-0061-1>). In 28 EU states plus Norway this average is around 62% (<http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Collective-Bargaining2>).

³⁰ H Barbagelata, *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria 2009) 219.

arbitration, hygiene and security and minimum income.³¹ The same path has been followed by Taiwan and South Korea, which have begun to adopt and promote protective labour standards.³² In Africa, since the 1990s, South Africa and other countries from southern Africa such as Namibia, the United Republic of Tanzania, Swaziland and Lesotho have adopted norms regarding protection and contract termination.³³

Countries of Eastern Europe such as Bulgaria, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Poland, Romania, Slovakia, and Slovenia, have adopted a labour law based on the European model.³⁴

Finally, in both New Zealand in 1991 as well as Australia during 2006, legislation deregulating labour law was approved, and later the two countries re-established labour protection partly reverting neoliberal reforms.³⁵

From the regulatory perspective, labour law tends to be governed by laws that contemplate rules in the broad sense used in this contribution. And from those rules tends to emerge principles as values that inform and that, in the words of Américo Plá, help the judge interpret the regulations and loopholes.³⁶ These principles are often optimization mandates, as stated by Alexy. For example, laws in Latin America frequently recognize a catalogue of principles such as protection, and not waiver or the primacy of reality.³⁷ Those principles have allowed interpreting labour laws in favour of the worker, even when they have been inherited from a neoliberal dictatorship, as seen in the case of Chile.³⁸

Collective bargaining generates regulations – the collective agreement – with rules that are later administrated by the employer together with the union. This is why this system is the best for the workers. The power of the employer is contrasted with the united power of the workers, represented by the union. If unions are powerful, the question of rules or principles tends to be irrelevant, since workers have real bargaining power. Therefore, when unionism is strong and powerful, we cannot but agree in principle with Kahn-Freund, in the sense

³¹ R C. Brown, *East Asian Labor and Employment Law, International and Comparative Context* (New York, Cambridge University Press 2012) 410.

³² *Ibid* at 494 et seq for the case of Taiwan and 368 et seq for South Korea.

³³ Bronstein, *Derecho Internacional y* 286 et seq.

³⁴ *Ibid* at 224 et seq.

³⁵ G Anderson, P Gahan, R Mitchell and A Stewart, The Evolution of Labor Law in New Zealand: A Comparative Study of New Zealand, Australia, and Five Other Countries (2011) 33 (1) *Comparative Labor Law & Policy Journal* 137–170, 137 et seq.

³⁶ A Plá Rodríguez, *Los Principios del Derecho del Trabajo* 3rd edn (Buenos Aires, Depalma 1998) 22.

³⁷ *Ibid.* at 61 et seq and S Gamonal C, *Introducción al Derecho del Trabajo* (Santiago, ConoSur 1998) 127–178.

³⁸ Gamonal and Rosado, 'Protecting Workers as a Matter Principle' 622–625.

that it is best for the legislator not to intervene: inevitably and invariably labour laws result in an increase of the political power of the courts³⁹, because the power to interpret is the power to destroy⁴⁰ and reconfigure the norm to the content of the ideology of the judge.⁴¹ But the context that allows taking distance from state law is the one from Britain with great union power, before the Thatcher era.

On the contrary, in the majority of the labour systems and modern-day Great Britain, the 'law' plays a major role in the protection of the worker and even regarding the unions.⁴²

Therefore, we estimate that it is within labour law that it is more relevant to ask the regulatory question: Rules or principles?

Rules can be very important, as long as they favour the workers. Principles, on the other hand, can play an interpretative role of importance for workers if rules are pro-employers.⁴³

Both rules and principles can play in favour of or against the protection of workers.

Neoliberal rules that make the system more flexible can gravely affect the protection of the worker.⁴⁴ In this case, the principles can be values or guidelines that allow interpretation of these rules with the least harm to the worker, but this will depend on the courts. In Latin America, the interpretation has been in favour of the worker, based on principles such as protection, not

³⁹ O Kahn-Freund, 'The Impact of Constitutions on Labour Law' (1976) 35 *Cambridge Law Journal* 240, 242.

⁴⁰ *Ibid* at 244, quoting Marshall C.J.

⁴¹ Kahn-Freund speaks of the catalogues of fundamental rights being blank checks to the courts, given that the meanings the judge attributes to those rights invade, in practice, the political effects of those declarations. *Ibid* at 262 and 269.

Kahn-Freund was always a believer in unrestricted civil society, and his analysis was based on sociological findings, since the British law of his time was a product of social actors and not the legislator. It is therefore not surprising that, for example, this author emphasized that the enforceability of contracts (*Pacta Sunt Servanda*) would be inversely proportional to the expectations of social and moral sanctions for breach of the given words. That is, the law arises when society and social morality fail. See O Kahn-Freund, '*Pacta Sunt Servanda* – A Principle and its Limits: Some Thoughts Prompted by Comparative Labour Law' (1974) 48 *Tulane Law Review* 894.

⁴² As stated by Collins: 'The lesson one draws from this history must be that collective labour law can only survive with strong laws that create a secure exception to the economic constitution that protects a market economy.' See H Collins, 'Theories of Rights as Justifications for Labour Law' in Davidov and Langille *The Idea of* 139.

⁴³ See n 38.

⁴⁴ As is the case of Chile under Pinochet and other 1980s Latin-American dictatorships. See S Gamonal C., 'La Flexibilidad Laboral' (1996) 5 *Cuadernos Jurídicos Universidad Adolfo Ibáñez* 1, 21 et seq.

waiver or primacy of reality, derived from constitutional and legal texts.⁴⁵ On the contrary, in Great Britain judges have been conservative and pro-employer in their interpretation of labour legislation.⁴⁶

In the case of the ILO, principles play an inverse role. The ILO, after the post-war consensus of 1919, managed to issue a series of international agreements with rules regarding child and nocturnal labour, working time, security measures, etc. After the second post-war period, the ILO increased its power. Then, from the 1990s and the prevailing neoliberal hegemony and the end of the Cold War, we see the ILO weakened and its answer to globalization is a declaration of principles in 1998, which for some critics are clearly insufficient and minimal.⁴⁷ Here we would prefer clear rules regarding minimum income, Sunday rest, annual leave, security, etc., and not an ambiguous concept like decent work.

The same can be said about the proposal of flexible principles of Robert Badinter and Antoine Lyon-Caen⁴⁸ for French law. Simplifying the French legislation with pro-business principles can destroy labour law.

In consequence, regulating employment law or the individual soul or pillar, will depend on the context with regard to whether a rule or a principle is better.

On the other hand, a principle such as the 'protection of the worker', commonly used in Latin America⁴⁹, derives not only from constitutional or legal texts, but also from international texts about human rights. For instance, The Universal Declaration of Human Rights of 1948 states:

'Article 4

No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms.'

'Article 23

1. Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

2. Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.

⁴⁵ Gamonal and Rosado, 'Protecting Workers as a Matter Principle' 616–632.

⁴⁶ See S Anderman, 'The Interpretation of Protective Employment Statutes and Contracts of Employment' (2000) 29 *Industrial Law Journal*, 223, 224 et seq. and A.C.L. Davies, 'Judicial Self-Restraint in Labour Law' (2009) 38 *Industrial Law Journal* 278, 290 et seq.

⁴⁷ P Alston, 'Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime' (2004) 15 N° 3 *European Journal of International Law* 457, 476 et seq.

⁴⁸ See Badinter and Lyon-Caen, *Le Travail*.

⁴⁹ See Gamonal and Rosado, 'Protecting Workers as a Matter Principle' 616–632.

3. Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection.

4. Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.'

'Article 24

Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay.'

'Article 25

1. Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.

2. Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection.'

There are numerous international human rights treaties that envisage labour rights both at a UN or regional level, in addition to the ILO conventions, such as the International Covenant on Civil and Political Rights; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; American Convention On Human Rights 'Pact of San Jose, Costa Rica' and the European Convention on Human Rights.

From their provisions it is easy to deduce principles such as the protection of the worker: slavery and servitude are prohibited, the right to work and equitable labour conditions are enshrined, and it also enacts non-wage discrimination, the right to fair remuneration, freedom of association, rest and paid annual leave and the protection of motherhood.

Almost every country is party to these declarations and treaties, and in the comparative analysis it is possible to conclude that, beyond national differences, it is recognized that workers have certain basic human rights derived from international treaties.⁵⁰

⁵⁰ C Fenwick and T Novitz, 'Conclusion: Regulating to Protect Worker's Human Rights' in C Fenwick and T Novitz (eds), *Human Rights at Work. Perspectives on Law and Regulation* (Oxford, Hart 2010) 586–589.

It is true that not all of these instruments enshrine these rights in the same way⁵¹; that there are relevant institutional and traditional differences⁵²; that in cases such as South Africa where compartmentalization has emerged between the Constitutional Court and local labour tribunals, and the former are more respectful of labour human rights than the latter⁵³; that it is possible to discuss the status of labour rights, that is, whether they are civil and political rights, or rather socio-economical or cultural⁵⁴; whether the State has a positive obligation before the workers⁵⁵; or whether Hayek's ideas constitute consistent criticism of labour rights.⁵⁶

⁵¹ Ibid. at 596.

⁵² Ibid. at 597.

⁵³ Ibid. at 598 and S Van Eck, 'Constitutionalisation of South Africa Labour Law: An experiment in the Making' in Fenwick and Novitz, *Human Rights at Work* 290–291.

⁵⁴ C Fenwick and T Novitz, 'The Application of Human Rights Discourse to Labour Relations: Translation of Theory into Practice' in Fenwick and Novitz, *Human Rights at Work* 11–19.

Hugh Collins precisely explains the contrast between universal human rights (applicable to all humans), and some of the labour rights enshrined in the Universal Declaration of Human rights, such as the right to holidays, or just remuneration, applicable only to subordinate workers, based on more particular interests and not universal ones such as the right to dignity and freedom, limited to each society's (economic) capacities and possibilities, and founded on the production system linked to work and not to timeless basic needs. See Collins, 'Theories of Rights' 142. Collins try to give a historical explanation stating that these rights come from the Treaty of Versailles in which the ILO was created (ibid 143). Then it analyses and tries to justify labour rights in the light of John Rawls's theory of justice and the ideas of Jeremy Waldron (ibid 144 et seq.). He concludes that employment law is more fit than collective bargaining such as the right to strike, in a liberal theory of justice (Ibid. 150, 154–155).

In this era of neoliberal hegemony, Collins' efforts to justify human rights form a liberal perspective are challenging.

From a more pragmatic perspective and considering that in today's world the only right that is being used is free trade, although it is not found in any universal declaration (see infra n 65), the defence of labour rights must be more robust and less centered on its basis but rather on the precise political fact that these rights are positively covered by the Universal Declaration of Human Rights and in several human rights treaties. Their inclusion in these texts is not only because of the legacy of the Treaty of Versailles, but also from the Second Declaration of Rights of Franklin D. Roosevelt. In fact, Roosevelt advocated four freedoms: freedom of speech, freedom of religion, free from want and freedom from fear. Those four freedoms directly affect the Universal Declaration of Human Rights, adopted in 1948, three years after his death (thanks to the work of among many others his widow Eleanor Roosevelt). See MA Glendon, *Un mundo nuevo, Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos* (México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2011) 29, 36 and 46.

The second Declaration of Rights contemplated several labour and social rights, for instance: the right to useful and remunerative jobs in the industries or shops or farms or mines of the nation; the right to earn enough to provide adequate food and clothing and recreation; the right of every family to a decent home; the right to adequate protection from the economic consequences of ageing, sickness, accidents, and unemployment; and the right to a good education. See CR. Sunstein, *The Second Bill of Rights* (New York, Basic Books 2004).

On the other hand, what do we understand as universal? That it is applicable for everyone with no exception? Such a thesis would mean that the rights of children, migrants or pregnant women are not human rights, as stated in Art. 25.2. The Universal Declaration of Human Rights:

(continued)

But beyond these questions, these rights are applicable in several systems and in international human rights law there are maxims of interpretation that suggest an extensive interpretation in favour of people: *in dubio pro libertate*.⁵⁷ That is, the interpreter must choose the most favourable interpretation of the

(continued)

'Motherhood and childhood are entitled to special care and assistance. All children, whether born in or out of wedlock, shall enjoy the same social protection.' We believe that universality has another meaning. Every working person should be attributed some rights, independently of whether they are rich or poor, man or woman, or employer (the employer of a domestic worker can be a worker at the same time), etc.

Moreover, the collective rights, including the right to strike, derive from the freedom of association, and several international and constitutional courts have held that they are human rights – including the right to strike. In the case of the European Convention on Human Rights see Filip Dorsemont, 'The Right to Take Collective Action under Article 11 ECHR' in *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation* 333–365 (Filip Dorsemont, Klaus Lörcher and Isabell Schömann (eds), Etui, Hart 2013). The right to strike clearly is a civil and political right. To conclude this point, it is interesting to remember the thirteenth amendment of the North American Constitution of 1865, to forbid slavery and involuntary servitude, because the approach of anti-slavers was that the right of workers to strike (former slaves) constituted a key component to prevent involuntary servitude. See R E Zietlow, 'The Ideological Origins of the Thirteenth Amendment' (2012) 49 *Houston Law Review* 393, 452. Other interesting approaches on whether labour rights are human rights can be found in V Mantouvalou, 'Are Labour Rights Human Rights?' (2012) 3 *European Labour Law Journal* 151, 163–172.

⁵⁵ C Fenwick and T Novitz, 'The Application of' 11–19.

From the classic work of Holmes and Sunstein it is clear that civil and political rights demand both negative and positive actions from the State. See S Holmes and C R Sunstein, *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires, Siglo XXI Editores 2011).

⁵⁶ Ibid 18–19. Hayek's ideas against the trade unions are well known. See Friedrich A. Hayek, *Sindicatos, ¿Para Qué?* (Madrid, Unión Editorial 2009).

However, many of Hayek's omens, for example that any kind of planning would end with the extinction of freedoms and democracy, have not been fulfilled. See B Caldwell, 'Hayek and Socialism' (1997) XXXV *Journal of Economic Literature* 1856.

If Hayek were right, countries like Germany, Norway, Denmark, Finland or Switzerland would be in the middle of a dictatorship or absolute economic bankruptcy because of the power of their unions. In short, either the laws of economics are not applicable in these countries, or Hayek was mistaken. One of the first commentators on Hayek, Professor Durbin from the London School of Economics, criticized the horrific predictions of Hayek's *The Road To Serfdom*. The book focused on the impossibility of planning, which would result in discrediting the democracy and therefore the rise of tyranny. Hayek also predicted that the planning effort would end with the right to property and that the discrediting of the democracy would make the worst people take the power, establishing concentration camps and torture as instruments of the government. Given these apocalyptic predictions, Durbin shows the amplitude and lack of clarity with which Hayek talks about 'planning'. He adds that while the freedom of business must be defended in a context of perfect competition, in the case of monopolies, the social good is affected. Finally, he criticizes Hayek's idea that political freedom arises in the history of mankind only when economic freedom is established. Durbin concludes by recalling the last decades of English history between the wars, in which they had successfully combined a greater development of democracy with greater state action. E.F.M. Durbin, 'Professor Hayek on Economic Planning and Political Liberty' (1945) 55 (220) *The Economic Journal* 357.

See another criticism of Hayek in Deakin, 'Concepts of the' 148–159.

⁵⁷ AE Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de derecho y Constitución* (Madrid, Tecnos, 1995) 315 and GJ. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos* (Buenos Aires, Astrea 1991) 398.

analysed human right. A similar rule has been developed in labour law in Latin America (although it comes from the European law of contracts: *favor debilis*⁵⁸), known as *in dubio pro operario*, or rather: when faced with several interpretations of labour rights, the most favourable interpretations for the employee must be preferred. It is possible to appreciate the application of this rule even by the Supreme Court of the United States.⁵⁹

In this context, we estimate that before neo-liberal rules and the flexibility of the courts it is possible to elaborate a pro-worker interpretation based on those international human rights instruments. The weakness of this approach is that it depends on the judges and its interpretation does not always benefit the worker. On the other hand, in the current state of the world, there is little we can expect from legislators, if we agree with Keith Ewing about the political process being captured by economic power.⁶⁰

Inequity and democracy are closely linked issues. As emphasized by Jacob Hacker and Paul Pierson, the idea of democracy and market are in constant tension, given that democracy is based on the ideal of politics and the market; on the other hand, it is based on money and demand. In other words, rich and poor people are equal before the State but not within the market.⁶¹

Given the market's failures, politicians have adopted several steps to correct them, but market participants have strong incentives to resist these corrections or regulations by a democratic government. Without strong protections for interim political equality, or firewalls between the market and the democracy, those most powerful within the market usually have stronger power over politics, undermining the foundations and ideals of the political democracy.⁶² As stated by Otfried Höffe, the free market should always deal with the 'law

⁵⁸ Under common law, in constitutional matters, rules in favour of the weaker contracting party are not unheard of, as seen in the *contra proferentem* and *contra stipulatorem* interpretation, in the sense that the interpretation should not benefit the person who wrote the obscure clauses (in the first case) or when that interpretation is in favour of the debtor (in the second). The *contra proferentem* interpretation is used primarily for standard contracting, although that it has been questioned and it is not always followed by the courts. See D Horton, 'Flipping the script: *contra proferentem* and standard form contracts' (2009) 80 *University of Colorado Law Review* 431, who defines the application of this rule in contracts of adhesion, and D LLuelles, 'Les règles de lecture forcee <<*contra proferentem*>> et <<*contra stipulatorem*>>: du reve á la réalité' (2003) 37 (2) *Revue Juridique Themis* 235, who presents the application difficulties of *contra proferentem* and *contra stipulatorem* rules in Québécois law.

⁵⁹ See Gamonal and Rosado, 'Protecting Workers as a Matter Principle' 638 et seq.

⁶⁰ It is increasingly more common that rules issued by the legislature, instead of representing the interests of the voters, represent the interests of those financing politics. See K D Ewing, 'Foreword' in Fenwick and Novitz, *Human Rights at Work*.

⁶¹ Hacker and Pierson, *Winner-Take-All* 74.

⁶² Hacker and Pierson, *Winner-Take-All* 74–75.

of rational distortion of competition'; namely, that for the *Homo Oeconomicus* it is rational to distort the competition in favour of his own interest.⁶³

This political process that operates globally must be fought on several fronts, among others in the application of protective principles and an interpretation in favour of labour human rights.

4 Conclusions: labour law in an ideal world and in the real world

In an ideal world, unions would be strong and organized, accomplishing a balance between corporate power and workers' defence. In this world, rules and principles matter very little, considering that the protection of the weak would depend basically on power and union calls for action. In any case, it would be vital that consideration be given to unions at least in respect of the right to strike.⁶⁴

But as we know, utopias don't exist.

Nowadays, large multinational corporations have control, and on a global scale the World Bank, the IMF and the WTO have as much if not more influence as any international court.⁶⁵ The need to constitutionalize multinational corporations has been highlighted, as it was for the state 200 years ago.⁶⁶ All political efforts are in the service of free trade and the persecution of those who infringe intellectual property rights and trademarks. But if a company engages third-world employers who abuse their employees, it is almost impossible to follow the trail to the main beneficiary.⁶⁷

In this context, an ideal regulation would be one with rules favouring the weak contracting party: the worker. Additionally, there is no problem with having principles that would fortify these rules when it becomes necessary to interpret them or in case of regulatory gaps. That is to say, even if the rules

⁶³ O Höffe, *Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo* (Buenos Aires, Katz, 2007) 260.

⁶⁴ See Collins, 'Theories of Rights as'.

⁶⁵ E Tucker, 'Labor's Many Constitutions (And Capital's Too)' (2012) 33 *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 355. Tucker speaks of the 'Neoliberal Constitution' globally, where the great economic power fostered by the IMF, WB and WTO affect world order far more than any international treaty on human rights, international law or rule of court.

⁶⁶ O Favereau, *Entreprises: La Grande Déformation* (Paris, Parole et Silence 2014) 104 et seq. For this author, the state must currently compete with transnational companies, for which a constitutional process for this new private power is essential – similar to the process of the state in past centuries, where the individual was protected from state power and natural persons were granted protections by public powers. Now, it is not about the state but rather about private power and that of stock corporations. Ibid 90 y ss.

⁶⁷ A Supiot, *El Espíritu de Filadelfia* (Barcelona, Ediciones Península 2011) 154.

favour the worker, the same nature of the law carries interpretive doubts and gaps and, in these cases, the principles orientate judges in their decisions.

But the same political environment prevents the former, and the rules dictated by governments of both right and left tend to be neoliberal and be more flexible with each revision. This is why it is useful to resort to principles, as has been done in Latin-American law, even more so when these principles can be sustained for international human rights. Still, our politicians do not dare to derogate such instruments. There is no doubt that if it was 1948 today, there would be no agreement to adopt the Universal Declaration of Human Rights.

The protection through principles has limits and the most important one is that it depends on the judges, and as we have shown before, there are opposing experiences regarding this issue.

There can also be neoliberal principles or more flexibility that come into play, or that represent a setback for the protective rules, as occurred with the ILO and its 1998 Declaration or with recent proposals for French law.

Let's retake our initial question. What is more convenient for protecting the weak contracting party: rules or principles?

It depends. Structurally, we cannot assure that principles or rules would be more protective 'by themselves'. The preference for one or another will depend on different factors and contexts. In an ideal world, unions are strong and counterbalance the power of the employer. But in the real world, principles or rules work based on the context.

In Latin America, principles have been useful in hands of judges with sensitivity towards the tragedy experienced by workers, to temper neoliberal rules laid down under dictatorship and democracy. The latter has been captured many times by economic power, which means that even progressive forces that win elections with social democratic speeches think exclusively of the wellbeing of business when they legislate (business, after all, finances their campaigns and appoints retired politicians as managers of their corporations).

On the other hand, in Great Britain, with the judge's self-restraint with the employer⁶⁸, clear and precise rules in favour of the worker are preferred. Therefore, in the British context, the Human Rights Act 1998 had important impact in favour of workers, not only by the principles that the discourse of

⁶⁸ See n 46.

human rights carries but also by its rules.⁶⁹ A similar case would be that of Canada and its Charter of Rights⁷⁰, and in the province of Ontario.⁷¹

In consequence, in the real world, factors such as legislator's and judge's ideologies will be essential before choosing between rules or principles.

There is no doubt that the 'subversive idea' of labour law – protection of the weak – has not been outmoded and should be defended by our political representatives. For the moment, we should wait for a new balance and maybe an 'epic moment' like the one in 1948 to rebalance and democratize work relations. This new balance should be composed of rules aiming to protect the worker, given that the principles are already present in human rights declarations and treaties as already mentioned. As for now, and as long as the political panorama does not change and the democracy frees itself from economic power, the judges will have the last word based on current principles on a national and international level.

⁶⁹ See D Hoffman (ed), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law* (New York, Cambridge University Press 2011); D Oliver and J Fedtke (eds), *Human Rights and the Private Sphere, a comparative study* (New York, Routledge-Cavendish 2007); H Collins, 'Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization' (2007) 30 *Dalhousie Law Journal* 1; I Leigh, 'Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?' (1999) 48 *International and Comparative Law Quarterly* 57 and I Leigh and L Lustgarten, 'Making Rights Real: The Courts, Remedies, and The Human Right Act' (1999) 58 (3) *Cambridge Law Journal* 509.

⁷⁰ G England, 'The Impact of the Charter on Individual Employment Law in Canada: Rewriting and Old Story' (2006–2007) 13 *Canadian Labour & Employment Law Journal* 1; D Lluellas and P Trudel, 'L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé' (1984) 18 *Revue Juridique Themis* 219 and P Alon-Shenker and G Davidov, 'Applying the Principle of Proportionality in Employment and Labour Law Contexts' (2013) 59 (2) *McGill Law Journal* 375.

⁷¹ DA Wright, 'Implementing the New Ontario Human Rights Code: A Tribunal Perspective' (2014) 18 *Canadian Labour & Employment Law Journal* 101.

XAVIER GROUSSOT
AND
IVA SVOBODOVÁ

SOCIAL CLAUSES AFTER *REGIOPOST* – A CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

1 Introduction

Does EU law permit social clauses to be included in a public tender? The answer may appear to be evident if one looks at the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU) or at the wording of Article 26 of Directive 2004/18, which allows contracting authorities to lay down special conditions such as social and environmental considerations for governing the performance of a public contract.¹ However, social clauses may be viewed as hindrance to the full application of free movement law and as vectors of national protectionism, particularly when they aim at imposing minimum wages to tenderers in cross-border situations. Therefore, contracting authorities and national legislation must respect the deriving principles of EU free movement law such as non-discrimination, transparency and proportionality.² These principles put limits on the discretion of national authorities in incorporating social clauses in public procurements and are also present when interpreting EU secondary legislation.³ In that respect, *RegioPost v Stadt*

¹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (OJ 2004 L 134, p. 114, and corrigendum OJ 2004 L 351, p. 44), as amended by Commission Regulation (EU) No 1251/2011 of 30 November 2011 (OJ 2011 L 319, p. 43). See also Article 70 of Directive 2014/24.

² See Recital 2 of the Directive 2004/18/EC.

³ S de Mars, 'The Limits of General Principles: A Procurement Case Study' (2013) 28 ELRev. 316–334. The main argument in this article is that the EU has attempted to remove barriers to trade in public procurement through successively more detailed secondary legislation. According to the author, 'the ECJ's use of the general principles has eradicated this barrier to over-interference on the part of the EU; its case law is based on an assumption that any contract is potentially of cross-border interest and thus has to be procured in line with processes that ensure transparency and equal treatment. Additionally, the ECJ's use of the general principles has removed the certainty inherent to having explicit rules in the procurement directives, by reading further (unwritten) obligations into those directives'.

*Landau in der Pfalz*⁴ (*RegioPost*) is a significant case in understanding the relationship between primary law (Article 56 TFEU) and secondary law, i.e. Directive 2004/18 and Directive 96/71 (the so-called Posted Worker Directive (PWD)).⁵ In particular, the application of the PWD raises many complex constitutional issues, notably concerning the reconciliation of economic and social interests as it stems from the well-known *Laval*⁶ and *Rüffert*⁷ cases.

The stakes are also highly political and it is important to keep in mind that the PWD is still currently under revision – even after many national chambers from 11 Member States have issued the so-called ‘yellow cards’, i.e. they triggered the subsidiarity control mechanism.⁸ This revision may pave the way to the reinforcement of the social objectives of the PWD founded for instance on the wording of Article 3(3) TEU. But before its reform, it appears clear that the aim of the PWD is still very much ‘economically centred’ and Article 3 of the PWD constitutes its core provision.⁹ The political context of *RegioPost* should not be forgotten when analysing the constitutional aspects of this case. This analysis of *RegioPost* will first look at the main facts of the case and the solution of law offered by the CJEU. Secondly, this contribution puts the judgement within its jurisprudential framework by assessing the development

⁴ C-115/14 *RegioPost GmbH & Co. KG v Stadt Landau in der Pfalz*, EU:C:2015:760.

⁵ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (OJ 1997 L 18, p. 1). See C. McCrudden, ‘The Rüffert Case and Public Procurement’ in M. Cremona, *Market Integration and Public Services in the European Union*, (OUP, 2011), p. 135. It seems that the Court views both the PWD and Directive 2004/18 as specific measures which ‘effectively set the parameters of what the Treaty permits’ by stipulating how the balance between economic and social interests should be resolved in the peculiar context of posted workers and public procurement respectively.

⁶ C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, EU:C:2007:809.

⁷ C-346/06 *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, EU:C:2008:189.

⁸ See COM(2016) 128 final. On 8 March 2016, the Commission presented a proposal of revision of the PWD. The Commission would like to establish ‘rules that are clear, fair for everybody and enforced on the ground’. The aim of the revision appears to be the reduction of the potential ‘social dumping’ through the use of the PWD. Fourteen chambers of national Parliaments from 11 Member States (with many States from Eastern Europe) sent reasoned opinions to claim a breach of the principle of subsidiarity. The Commission, on the 20 July 2016, issued a communication, where it stated that they will maintain the revision. See Communication from the Commission to the EP, the Council and the national parliaments on the proposal for a Directive amending the Posting of Workers Directive, with regard to the principle of subsidiarity, in accordance with Protocol No 2.

⁹ According to Article 3 of the PWD, Member States may fix the terms and conditions of employment in three different ways: 1) by law, regulation or administrative provision (Article 3(1), first indent) 2) by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable (Article 3(1), second indent) 3) ‘collective agreements or arbitration awards which are generally applicable to all similar undertakings in the geographical area and in the profession or industry concerned; or ‘collective agreements which have been concluded by the most representative employers’ and labour organizations at national level and which are applied throughout national territory’ (Article 3(8)).

of social clauses within the context of public procurement. Finally, it focuses on commenting the main constitutional aspects of the case. Two main aspects are considered: on the one hand, the relationship between secondary law (Directive 2004/18 and Directive 96/71) and primary law (Article 56 TFEU). On the other hand, the (non)application of the principle of proportionality. As we shall see, these constitutional issues are in fact intimately connected.

2 *RegioPost* in a nutshell

The judgment in *RegioPost* which came out on 17 November 2015 is an important decision in order to clarify the case law of the Court of Justice of the EU on minimum-wage requirements for workers in the transnational provision of services. At least that is how the CJEU framed the analysis of the case, making specific references to its judgments in *Rüffert*¹⁰ and *Bundesdruckerei*.¹¹ This contribution offers a constitutional analysis of the CJEU's judgment, asking, *inter alia*, how the reasoning behind the decision fits in with the previous judgments and what role the public procurement context of the case played in the Court's assessment.

The dispute in *RegioPost* arose from the following circumstances. The city of Landau in der Pfalz issued an EU-wide call for tender for the performance of postal services in the municipality, where one of the conditions of the tender was that the successful tenderer had to comply with provisions of the Law of the Land of Rhineland-Palatinate on guaranteeing compliance with collective agreements and minimum wages in public contracts ('LLTG'),¹² particularly with para 3(1) stipulating that public contracts may be awarded only to undertakings which, at the time of submitting their tender, undertake in writing to pay their staff, for performing the service, wages of at least EUR 8.50 gross per hour (minimum wage).

RegioPost complained that the requirement was contrary to public procurement law and for that reason it did not enclose the declaration relating to the minimum wage in its tender. The municipality of Stadt Landau provided *RegioPost* with additional period of 14 days to submit the said declaration, stating that if *RegioPost* did not comply with the request, the contractor would be excluded from the tender. Since *RegioPost* merely repeated its complaints

¹⁰ See above n 7.

¹¹ C-549/13 *Bundesdruckerei GmbH v Stadt Dortmund*, EU:C:2014:2235.

¹² *RegioPost*, see above n 4 paras 10, 11 and 21.

and did not bring forward the declaration, the municipality informed RegioPost that its tender could not be assessed and that the contract was awarded to PostCon Deutschland GmbH and Deutsche Post. RegioPost subsequently sought a review before the Public Procurement Board of Rhineland-Palatinate. The application was dismissed, however, on the grounds that the tender was rightly excluded when RegioPost did not comply with the requirement. In other words, the Board concluded that Stadt Landau acted in accordance with the law. RegioPost lodged an appeal with Oberlandesgericht Koblenz; upon concluding that the outcome of the case is dependent on whether para 3(1) of the LTTG is compatible with EU law, Oberlandesgericht Koblenz seized the CJEU with a reference for preliminary ruling.¹³ The Court held that Article 26 of Directive 2004/18 must be interpreted as not precluding legislation such as that at issue, which requires undertakings to enclose declarations in their tenders by which they commit to pay the staff performing services covered by the public contract at question a minimum wage laid down in the legislation.¹⁴

By finding the legislation to be in line with EU law, the judgement thus differs from the conclusions in *Rüffert* and *Bundesdruckerei*. However, the analysis of both the CJEU and the AG is still framed as in *Rüffert* and *Bundesdruckerei*, within the concept of treating the imposition of minimum wages requirements in public contracts as restrictions on free movement but with the possibility to invoke justification on social grounds – particularly within the procurement context.¹⁵ Before looking more precisely to the jurisprudential context of *RegioPost*, it is worth noting that the references by the CJEU to case law on public procurement are scarce; this is quite surprising given the procurement context of the case.¹⁶

¹³ *ibid* paras 19–29.

¹⁴ *ibid* para 77.

¹⁵ See A Semple, ‘Living Wages in Public Contracts: A Chance to Reconsider Rüffert’, 15 October 2015, <http://www.procurementanalysis.eu/>.

¹⁶ *ibid*. For similar criticism in regard to *Rüffert*, see McCrudden *supra* n p 134. See also AG Mengozzi in *RegioPost*, *supra* n 5, para 86, making reference to C-513/99 *Concordia Bus Finland* (EU:C:2002:495, paras 83–86). Similar to the analysis by the CJEU, the analysis conducted by the AG does not take into account much of the case law on public procurement. The AG merely recalled the CJEU’s judgment in *Concordia Bus Finland*, where the Court accepted as legitimate the differentiation in treatment between public and private contracts in relation to environmental considerations, a reference to which the AG used as a support for his conclusion that such differentiation should be allowed in the present context as well.

3 *RegioPost* and the public procurement case law

Over the last 20 years, there has been an intense debate as to what extent EU law prevents Member States from taking social considerations into account in public procurement. The first case where the CJEU had an opportunity to deal with this issue was in *Beentjes*.¹⁷ In this case the Court ruled that social policy considerations and in particular measures aimed at combating long-term unemployment could be part of the award criteria for public contracts, especially in cases where the most economically advantageous offer is selected. The Court accepted that the latter award criterion contains features that are not exhaustively defined in the Directives; therefore, discretion is conferred on contracting authorities to specify what would be the most economically advantageous offer to them.

The Court held that a condition of performance relating to the employment of long-term unemployed persons is compatible with the public procurement directives, if it has no direct or indirect discriminatory effect on tenders from other Member States. Furthermore, such a condition must be mentioned in the tender notice. Rejection of a contract on the grounds of a contractor's inability to employ long-term unemployed people has no relation to evaluation of contractors' suitability on the basis of their economic and financial standing and their technical knowledge and ability. The Court maintained that measures relating to employment could be utilized as a feature of the award criteria only and on condition that these measures do not run contrary to the fundamental principles of the Treaty: that is, they must comply with all the relevant provisions of Union law, in particular the right of establishment and the freedom to provide services.¹⁸

In *Nord-Pas-de-Calais*¹⁹, the Court also considered whether a condition linked to a local project to combat unemployment could be considered as an award criterion for the relevant contract. The Commission alleged that the French Republic had infringed Directive 93/37 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts by referring to a campaign against unemployment as an award criterion in some of the disputed contract notices. Under Article 30 (1) of the Directive, the criterion on which contracting authorities could base the award of contracts is the lowest price only or, when the award is made, to the most economically advantageous

¹⁷ C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands*, EU:C:1988:422.

¹⁸ *ibid* para 29.

¹⁹ C-225/98 *Commission v French Republic*, EU:C:2000:494.

tender based on considerations such as price, period for completion, running costs, profitability and technical merit. The Court held, as in *Beentjes*, that the most economically advantageous offer does not preclude all possibility for the contracting authorities to use a criterion linked to the campaign against unemployment, provided that the condition is consistent with fundamental principles of EU law, in particular the principle of non-discrimination deriving from the provisions on the right of establishment and the freedom to provide services.

Moreover, when social considerations are the subject of harmonization, Union legislation must be respected in public procurement proceedings. In *Rüffert*²⁰, for instance, the Court made clear that the Posted Workers Directive and the freedom to provide services preclude requirements in public contracts that go beyond those compatible with their provisions.²¹ The fact that the contracting authorities, where relevant, must respect all the relevant provisions of Union law, as was confirmed in *Beentjes*, has further been clarified in *Bundesdruckerei*.²² This recent case concerned an EU-wide tender in the Federal German State of North Rhine-Westphalia regarding a public contract to digitize documents and convert data for the City of Dortmund's urban planning service. Bundesdruckerei challenged the city's requirement that bidders for the EUR 300,000 contract also should force the subcontractors to comply with the minimum hourly wage of EUR 8.62, as provided for under the federal law – even to subcontractors established in another Member State where the work was planned to be exclusively performed.

The CJEU stated that Article 56 TFEU precludes the legislation of the Member State, to which the contracting authority belongs, that also requires the subcontractor to pay their workers a minimum wage as stated by the German legislation. The Court declared first of all that such legislation is capable of constituting a restriction of the freedom to provide services. This

²⁰ C-346/06 *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, EU:C:2008:189. This case concerned the right of public authorities in the building sector to request that tendering companies commit themselves to pay minimum wages that are in line with rates already agreed through collective bargaining in the place where the work is realized, or whether this could be considered to be an illegitimate restriction on the freedom to provide services under Article 56 TFEU. AG Bot (see in particular paras 133–135) considered that since the contract performance condition relating to the minimum remuneration of workers laid down in the disputed provisions complies with the principle of non-discrimination based on nationality, and since it complies with the principle of transparency, it must be considered to be consistent with Community law.

²¹ See S Arrowsmith and P Kunzlik, 'Editors' Note – the decision in *Rüffert v. Land Niedersachsen*' in Arrowsmith/Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* (CUP 2009) p. 1 et seq.

²² *Bundesdruckerei* supra n 11.

because the imposition of a minimum wage on a subcontractor established in another Member State, in which minimum rates of pay are lower, constitutes an additional economic burden that may prohibit, impede or render less attractive the provision of services in that other Member State. According to the CJEU, such a national measure may in principle be justified by the objective of protecting workers under the German law, to ensure the workers are paid a reasonable wage in order to avoid both social dumping and the competitive advantage in the procedure that lower labour costs in certain Member States would use to offer a better bid. However, in so far as it applies solely to public contracts, the Court found the national law not to be appropriate for achieving that objective as long as there is no information that the workers in private sector are in need of the same wage protection. Following from this, the Court concluded:

By imposing, in such a situation, a fixed minimum wage corresponding to that required in order to ensure reasonable remuneration for employees in the Member State of the contracting authority in the light of the cost of living in that Member State, but which bears no relation to the cost of living in the Member State in which the services relating to the public contract at issue are performed and for that reason prevents subcontractors established in that Member State from deriving a competitive advantage from the differences between the respective rates of pay, that national legislation goes beyond what is necessary to ensure that the objective of employee protection is attained.

The Court, following *Rüffert* (which confirms *Laval*), considered that the regulation at issue is capable of restricting the effect of Article 56 TFEU. This restriction may be justified in the name of the social protection of employees. However, the Court ruled that it was not justified since the national regulation applies solely to public contracts and there is no information to suggest that employees working in the private sector are not in need of the same wage protection.²³ In a nutshell, the level of protection established by the national regulation was not consistent enough and, therefore, was considered to be disproportionate. The logic of mutual recognition could apply.

In *RegioPost*, delivered later in a similar context, the Court came to a different conclusion by considering the public interest justification to be

²³ *RegioPost* supra n 4 para 32.

proportionate. In this case, the CJEU, just as in *Bundesdruckerei*, found that a national regulation imposing a minimum wage on tenderers and their subcontractors fell within the scope of Article 56 TFEU. However, in contrast to the previous case, it held the restriction to be justified. For the CJEU, the minimum rate of pay imposed by the national regulation is laid down in a legislative provision which, as a mandatory rule for minimum protection, in principle applies generally to the award of any public contract in the region irrespective of the sector concerned.²⁴ The level of protection established by the host State was consistent enough and, by consequence, the logic of mutual recognition could not apply. It is worth noting the Opinion of AG Mengozzi, who linked the public interest justification to the national identity clause under Article 4(2) TEU. The CJEU did not mention Article 4(2) TEU but came to a similar conclusion.²⁵

4 A constitutional analysis of *RegioPost*

As a preliminary point, it is worth underlining that the response given to the referring court by the CJEU after reformulation relates to the interpretation of Article 26 of Directive 2004/18, concerning the imposition of special conditions for performance of public contracts – despite the first question posed as to the legitimacy of the requirement under EU law, asking specifically whether it is precluded by Article 56 TFEU read in conjunction with Article 3(1) of PWD. Since Article 26 of Directive 2004/18 stipulates that the contract performance conditions are permissible only as long as they comply with EU law, the CJEU managed to invoke assessment of the case under the provisions indicated in the order for reference. An interesting point to be noted is that the CJEU began its analysis under Article 26 of Directive 2004/18 by recalling that the special conditions set out in the contract notice as to the requirements of transparency and non-discrimination are satisfied.²⁶ In interpreting Article 26, the Court held that since Directive 2004/18 does not constitute a means of exhaustive harmonization, the legislation of Rhineland-Palatinate ‘may be assessed in the light of the primary law of the EU.’²⁷

In contrast to the *Bundesdruckerei* case, the Court did not solely proceed to an analysis in the light of primary law (Article 56 TFEU) but also first and

²⁴ *ibid* para 75.

²⁵ *ibid* paras 82–84.

²⁶ *RegioPost*, *supra* n 4 paras 55–56.

²⁷ *ibid* para 59. Please contrast the wording with para 57 (‘must’).

foremost in the light of secondary law (Article 3 of the PWD). According to the Court, it is necessary to determine whether, in cross-border situations in which workers from one Member State provide services in another Member State for the purpose of performing a public contract, the minimum conditions laid down in Directive 96/71 are observed in the host Member State in respect of posted workers.²⁸ This reasoning is founded on recital 34 to Directive 2004/18, which establishes a clear link between Directive 2004/18 and the PWD. This line of reasoning can be criticized as being confusing. Indeed, considering the hierarchical relationship between secondary and primary law, it can be viewed as rather problematic that the Court assessed compliance with the PWD Directive – which correspondingly constitutes a measure of non-exhaustive secondary legislation.²⁹ The application of EU secondary law seems to prescribe the application of EU primary law.

In this contribution, we argue that even though this type of reasoning can lead to a certain level of confusion, it is perfectly legitimate. The Court looks first at the specific rules enshrined in EU secondary legislation and reads them in conjunction with Directive 2004/18. Then the Court verifies that the same logic applies with EU primary law and Article 56 TFEU. This type of reasoning constitutes an illustration of *a fortiori* argumentation in a field that has not been fully harmonized.³⁰ The crucial difference with *Bundesdruckerei* is that the PWD applies in *RegioPost*. In *Bundesdruckerei*, it appears from the facts that there is no posting of workers and, therefore, the situation can be assessed solely in the light of EU primary law with no reliance on secondary legislation other than Directive 2004/18.

The framework used in *RegioPost* is similar to the one used in *Rüffert* (and can even be traced back to the *Laval* judgment). Indeed, the CJEU in *Rüffert* relied first on the PWD and second on Article 56 TFEU to confirm the

²⁸ *ibid* para 60.

²⁹ See P Syrpis, 'The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU' (2015) 52 CMLRev 461, 478. The author considers the relationship between secondary law and primary to be intriguing. The Court stated that 'interpretation of Directive 96/71 is confirmed by reading it in the light of Art. 56 TFEU, since that Directive seeks in particular to bring about the freedom to provide services, which is one of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty'.

³⁰ *RegioPost*, *supra* n 4 para 57. The settled case law of the Court on the application of secondary law in fully harmonized areas does not impede the application of secondary law in non-fully harmonized areas. According to paragraph 57, '...in accordance with the settled case-law of the Court, where a national measure falls within a field that has been exhaustively harmonised at EU level, that measure must be assessed in the light of the provisions of that harmonising measure and not in the light of the primary law of the European Union (see, to that effect, *inter alia*, judgments in *DaimlerChrysler*, C 324/99, EU:C:2001:682, paragraph 32; *Brzeziński*, C 313/05, EU:C:2007:33, paragraph 44; and *Commission v Hungary*, C 115/13, EU:C:2014:253, paragraph 38)'

reasoning of the first interpretation in light of EU primary law. According to the Court, Article 3 of the PWD was inapplicable to the circumstances of the case, and found that the legislation was disproportionate. In doing so and as it resorts to para 29 (for secondary law) and para 39 (for primary law), the Court applies exactly the same logic in relation to both secondary law and primary law.³¹ The Court considered that the restriction on the free movement of services could not be justified since the regional legislation setting the minimum wage (rate of pay) only applies to a part of the construction sector. Indeed, the legislation at issue applies only to public contracts and not to private contracts and the collective agreement has not been declared universally applicable. This logic is identical to the logic used to make conclusions about the non-applicability of Article 3 of the PWD. The logic used in relation to EU secondary law seems to influence the application of EU primary law and the assessment of proportionality.

But does this mean that non-application of the PWD automatically leads to the incompatibility with EU primary law and the free movement of services? This may be the case, particularly given the reasoning of the CJEU in *RegioPost*.³² Using the *Rüffert* framework, the CJEU came to the conclusion that Article 3 of the PWD was applicable under the first intent of the first subparagraph of Article 3(1) and that the regional legislation was justified and proportionate under primary law. The CJEU ruled that the conditions of Article 3(1) of PWD are satisfied in the present case because it is the specific provision of the LTTG itself that lays down the minimum rate of pay. The fact that the provision of the national law applies merely to public contracts and not to private contracts does not play a role, since the requirement of universality as contained in Article 3(8) is only relevant, as the CJEU clarified, under the second intent of the first subparagraph of Article 3(1) of PWD.³³ The CJEU noted moreover that the applicability of the measure to public contracts 'is [only] a simple consequence of the fact that there are rules of EU law specific to that field, in this case, those laid down in Directive 2004/18'.³⁴

As put by Syrpis, in a comment on the *Rüffert* case, 'the Court's interpretation of secondary law is capable of having a decisive impact on the extent to

³¹ *Rüffert* supra n 7 paras 29 and 39.

³² Please compare the reasoning in *RegioPost* supra n 4 with AG Mengozzi (paras 49–60). The AG found the measure to be proportionate even though he rejected the applicability of the PWD and engaged merely with the assessment under Article 56 TFEU.

³³ *ibid* paras 62–63.

³⁴ *ibid* para 65.

which there is freedom to act under the Treaties'.³⁵ This decisive impact of secondary law on the interpretation of EU primary law can also be seen in the famous *Laval* case.³⁶ Similarly to *RegioPost*, the *Laval* case is known for concerning the interpretation of Article 3 of the PWD (but outside the context of public procurement) and its scope as to the establishment of a nucleus of mandatory rules in relation to minimum wages. In order to understand the importance of the PWD, we think it is also important to understand one of its main rationales, i.e. to ensure the transparency of the legislation of the host Member State. In that sense, 'because the [PWD] Directive requires above all transparency in the system, these minimum wages should be laid down by law, regulation or administrative provision, and/or by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable'.³⁷ It follows from settled case law and secondary legislation that the respect of the principle of transparency is an essential corollary for ensuring the respect of the economic freedoms, such as the free movement of services under Article 56 TFEU.³⁸

In our view, Article 3 of the PWD should be viewed as a transparency clause. It requires the host Member States where the worker is posted to enact transparent legislation related to minimum wages in order to ensure the respect of the free-movement law. By defining the conditions under which a host Member State can set binding employment conditions for workers posted on their territory, the PWD limits the margin of appreciation available to the contracting authorities. Viewed in this light, it is perhaps not surprising that the PWD is indispensable for verifying the compatibility of national legislation fixing minimum wages with the economic freedoms in cross-border situations. A national legislation falling outside the scope of the PWD is arguably *prima facie* disproportionate and thus contrary to EU free-movement law.

³⁵ P Syrpis, 'The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU', supra n 29 p 479. The strong suggestion in *Rüffert* is that the limits of national autonomy are set by the Court's controversial interpretation of the PWD (read in the light of the Treaties) rather than by the Treaties themselves.

³⁶ L Azouli, 'The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation' (2008) 45 CMLRev 1353.

³⁷ *ibid.*

³⁸ See Recital 2 of Directive 2004/14. See also the *Gebhard* case (C-55/94, EU:C:1995:411) para 37. Accordingly, 'It follows, however, from the Court's case-law that national measures liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner; they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it (see Case C-19/92 *Kraus v Land Baden-Wuerttemberg* [1993] ECR I-1663, paragraph 32)'.
Downloaded from <https://juristforlaget.bokorder.se> for titti.mattsson@jur.lu.se

This reasoning may explain the alleged lack of application of the principle of proportionality in *RegioPost*. In other words, the application of the PWD subordinates the objective of protection of workers to the respect for the nucleus of mandatory rules for minimum protection.³⁹ An interesting parallel can be drawn here with the *Laval* case once again. According to Azoulai commenting on *Laval*, the Court ‘does not use the proportionality principle as developed in the context of the application of free movement provisions... it sticks to a strict interpretation of the Directive and brings the interpretation of Article 49 EC (new 56 TFEU) back to this interpretation of the Directive’.⁴⁰ In *RegioPost*, it can be argued by analogy that the application of Article 3 PWD steers the application of the principle of proportionality.

This point may appear valid considering the important fact that the legislation at issue in *RegioPost* is only applicable to the public sector.⁴¹ There is an inconsistency of the legislation since it does not apply to the private sector. Such a discrepancy is justified here by the application of specific rules under the public procurement directive (Directive 2004/18). If the secondary legislation was not applicable, it is doubtful that the free-movement case law of the CJEU would authorize such a discrepancy, since it holds that the constant case law on which the national interest relied to justify the restriction on free movement must be of a consistent and systematic nature.⁴² Therefore, it can be argued that the application of Article 3 of the PWD allows a derogation from the free-movement case law. Even if this argument is not accepted, it cannot be denied in light of *RegioPost* that the application of Article 3 of the PWD brings some of kind discretion to the host State in derogating from laws on the free movement of services.

This important issue of discretion was in fact more visible in the Opinion

³⁹ L Azoulai, ‘The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realisation’ supra n 36.

⁴⁰ *ibid* 1351.

⁴¹ See C Kaupa, ‘Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a More Balanced Socio-Economic Integration Process?’, *European Papers* 2016, Vol 1 No 1, www.europeanpapers.eu 127–138. According to Kaupa, ‘*RegioPost* clarifies and overturns *Rüffert* in one important aspect. It concerns what could be called the selective applicability of procurement law, i.e., the fact that procurement law, by its nature, does not apply to the general work force but only to employees working on public contracts’.

⁴² See e.g. C-169/07 *Hartlauer*, EU:C:2009:141 paras 55 and 63; C 171/07 and C 172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes*, EU:C:2009:316 para 42 and C-42/07 *Liga Portuguesa*, EU:C:2009:519 para 61. See also C-500/06 *Corporación Dermoeástica*, EU:C:2008:421 para 39. National legislation prohibiting advertisements for medical or surgical treatments of a cosmetic nature was considered to be inconsistent and thus inappropriate for the purpose of securing the attainment of the objective of public health.

of AG Mengozzi, where he touched upon the issue of national identity under Article 4(2) TEU by noting that the extension of the requirement of minimum rates of pay to workers performing private contracts would conflict with internal allocation of competences within Member States, since for instance in Germany, the *Länder* only have power to legislate on minimum rates of pay for public contracts. AG Mengozzi also noted in regard to rates of pay corresponding to local costs of living that it is doubtful whether, if minimum rates of pay were set out on a federal level, the *Länder* would be allowed to adopt higher minimum rates of pay since these would probably not qualify as 'minimum'.⁴³ The AG came to the conclusion that the legislation was not disproportionate, by relying on the wide discretion conferred by the application of the national identity clause under Article 4(2) TEU. The Court did come to same conclusion by using a very different reasoning, i.e. by relying on secondary law.

The last issue to consider in this contribution is whether, in *RegioPost*, we are truly facing a case where there is no proportionality assessment. It is correct to say that it is difficult to see that the CJEU applies the principle of proportionality, and in the doctrine many have pointed out the absence of such a test in relevant decisions. However, it is argued in this contribution that the Court applies proportionality in a covert manner by checking – as we have seen – before examining the transparency and then ultimately the suitability of the German legislation. In that respect, it is important to highlight that in *RegioPost* the CJEU notes that the regional legislation imposing the minimum rate of pay applies generally to the award of any public contract in the *Land* of Rhineland-Palatinate, irrespective of the sector concerned and confers a minimum level social protection.⁴⁴ By assessing the generality and primary aim of the legislation before coming to a conclusion on compatibility, it is asserted that the Court assesses the suitability of the national measure in light of EU law.⁴⁵ This test of suitability constitutes an integral part of the principle of proportionality. The Court concludes that the regional legislation at issue that imposes social conditions is not precluded by EU law, in particular Article 26 of Directive 2004/18.

This provision allows Member States to include social clauses in public procurement laws, provided they are sufficiently transparent, non-dis-

⁴³ AG Mengozzi in *RegioPost* supra n 4 paras 74–81.

⁴⁴ *RegioPost* supra n 4 paras 75–76.

⁴⁵ As put by the Court, this regional legislation was aimed to confer, for the first time, a minimum level of social protection and can therefore be deemed to be necessary in that respect.

criminary and proportionate. It demonstrates that public procurement law can be used an instrument of social policy. As lucidly put by Kaupa,

All in all the decision *RegioPost* shows that public procurement can be employed as an instrument of social policy and in that sense has become a factor that is relevant for the process of European integration. In particular, the legality of establishing wage floors for public procurement aimed at neutralizing the downward pressure on wages that public authorities that public authorities exert through their procurement activity has been confirmed. By clarifying and partly overturning the controversial judgment *Rüffert*, *RegioPost* may contribute to an integration process that is more balanced in socio-economic terms.⁴⁶

5 Conclusion

RegioPost is a remarkable case when we look at its constitutional features. A noteworthy aspect in the ruling is the use by the CJEU of secondary legislation to steer the application of the principle of proportionality. This of course is not the first time that the Court has relied on such a technique, but it obviously stimulates many questions as to the relationship between primary and secondary law. The net result of this technique in *RegioPost* leads to a lame or covert application of the principle of proportionality; nevertheless, elements of the test of proportionality can be detected in the case. The PWD appears to be an essential piece of secondary legislation to check the transparency of national legislation in the context of public procurements. This judgment, in contrast to *Rüffert*, is also the first case that justified a restriction on the free movement of services in the context of public procurements and the PWD on the basis of the protection of workers – a clear social objective. Therefore, it may spearhead an integration process that is more balanced in socioeconomic terms following the model of social market economy as prescribed by Article 3(3) TEU. In that sense, it should not be forgotten that the next battle in terms of reconciliation between social and economic objectives will be held on the political terrain. As mentioned before, the PWD is under revision: many Member States have invoked ‘yellow cards’ but it should also be noted that national parliaments from five Member States (France, Italy, Portugal, Spain and the United Kingdom) delivered opinions stating that the Commission’s proposal was in fact in harmony with the principle of subsidiarity.

⁴⁶ C Kaupa, ‘Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a More Balanced Socio-Economic Integration Process?’ *supra* n 41 138.

ANTOINETTE HETZLER

RIGHTS AT SCHOOL – REGULATION IN A CHANGING NORMATIVE FIELD

1 Introduction

Bureaucrats are known to sabotage public policy and laws are occasionally described as ‘paper tigers.’ Both public policy and law as instruments of social control and social change have been argued, discussed and researched yet new public policy programs are introduced to replace old ones and legislators continue to pass new laws.¹

Sweden as many other countries has looked to law, policy and regulation to make schools safe from abusive behavior. This contribution analyzes why law and regulation fail in this endeavor. Reactions to processes of globalization by deregulation, increased privatization of the public sector as well as decentralization of responsibility to local levels of government together with changes in legislation from detailed rules to goal steering, makes the legal regulation of the social dimension in everyday life at school an interesting area for analysis of the theory of law as normative patterns in a normative field.²

The theory of law as normative patterns in a normative field, proposed by Anna Christensen, is a functionalist theory. The main assumption of the theory, as interpreted by Ann Numhauser-Henning is that normative fields reflect and codify basic normative conceptions and practices in society. Thus when Christensen attempts to analyze law within a framework of the social

¹ A Etzioni, ‘The political economy of imperfect competition’ (1985) *Journal of Public Policy* Vol 5 Issue 2, 169–186; R Baldwin, *Rules and Government* (Oxford, Clarendon Press 1995); I Ayres and J Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate* (Oxford: Oxford University Press 1992), N Gunningham and P Grabosky, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* (New York: Oxford University Press 1998), R Baldwin and J Black ‘Really Responsive Regulation’ (2008) *Modern Law Review* Vol 71 Issue 1, 59–94; J LeGrand, *Motivation, Agency, and Public Policy: of Knights and Knaves, Pawns and Queens* (Oxford: Oxford University Press 2003).

² A Christensen, *Hemrätt i byreshuset* (Stockholm: Juristförlaget 1994), A Christensen, ‘Normative Patterns and the Normative Field: a post-liberal View on Law’ in T Wilhelmsson and S Hurri (eds), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law* (Aldershot: Ashgate 1999); A Numhauser-Henning and M Rönmar (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Oxford: Hart Publishing 2013)

dimension, she strives to reveal the very cultural values essential for the existence of society. Christensen's theory of law sees normative fields in various areas of law as structured by competing basic normative patterns within the field. Christensen identifies three competing normative patterns: 1) protection of the establish position; 2) the market-functional pattern; and 3) the just distribution pattern.³

When law is treated as an empirical fact and not an absolute norm, the significance of regulation becomes questionable. Then again, according to Christensen's theory of law, competitive normative patterns hold a normative field in a state of flux because of their built-in tension. Between themselves the normative patterns become a force propelling change. What might look like a legal or regulation led process of social change might well be a result of an upheaval of basic normative patterns within the normative field.

According to Oliver James, regulation inside government (RIG) looks at regulators that set standards for public sector organizations, monitors them and seeks to bring about compliance with those standards.⁴ Regulation in schools is intended to curtail the leeway allowed school administrators for discretionary behavior.⁵ Christensen's theory of law suggests that the very idea of RIG, if not aligned with dominant normative patterns in the normative field is bound to fail.

Special characteristics of Sweden make it an internationally interesting case for analysis of abusive behavior at school. While many other countries share

³ A more detailed explanation of the theory of law of normative patterns in a normative field can be found in the Introduction to Numhauser-Henning and Rönmmar (2013).

⁴ O James 'Regulation inside government: Public interest justifications and regulatory failures' (2000) *Public Administration* Vol 78 No 2, 327–343; C Hood and C Scott, 'Regulation Inside British Government: The Inner Face of the Regulatory State?' (1996) *Bureaucratic Gamekeeping Discussion Paper No. 1*; C Hood, C Scott, O James, G W Jones and A Travers, *Regulation inside government* (Oxford: Oxford University 1999); C Hood, O James, G W Jones, C Scott and A Travers, 'Regulation inside government: where new public management meets the audit explosion' (1998) *Public Money and Management* Vol 18 No 2, 61–68; C Hood, O James and C Scott, 'Regulation in government: has it increased, is it increasing, should it be diminished?' (2000) *Public Administration* Vol 78 No 2, 283–304; M Lodge and C Hood, *The Politics of Public Service Bargains: Reward, Competency, Loyalty – and Blame* (Oxford: Oxford University 2006); M Lodge and C Hood 2010, 'Regulation inside government: retro-theory vindicated or outdated?' in R Baldwin, M Cave and M Lodge (eds), *The Oxford Handbook of Regulation* (Oxford: Oxford University Press 2010) 590–611.

⁵ In 2007 Sweden was the subject of an OECD Review of Regulatory Reform. The review looked specifically at the area of regulatory reform and the environment or where market failure or other public policy objectives such as health and social concerns call for attention by public authorities. Thus although the review was more interested in regulatory of RABC (Regulation applied to businesses and citizens) than RIG, there are policy interventions with respect to the environment that are shared with other public policies that are not market-driven, such as social and equity issues. (OECD 2007:9)

some of characteristics of Sweden that make it special, it is the combination of each of the following that contributes to an empirical contextual backdrop for analysis of why law fails: 1) Decentralization of power and responsibilities to the local level; 2) Delegated responsibility to agencies for implementation; 3) Increasing role of courts; 4) Co-operative (rather than adversarial) relationship between regulator and regulatee; 5) Importance of consultation and stakeholder participation; 6) Introduction of independent schools provided by private actors and financed by tax revenue.

A brief look at the background for recent change 2010 of Sweden's Education Act shows that the justification for change of the Education Act was defended by the national Swedish government on pragmatic grounds and situated contextually in several of the characteristics mentioned above. The Swedish government pointed out that a) the prior Education Act of 1985 was out of date and did not reflect actual conditions in the school sector, above all as regards the position of independent schools; b) the new Act was better adapted to a management by objectives approach in the school system; and c) the new Act was better adapted to the current division of responsibilities between central and local government. Moreover, the new Education Act d) had a clear and simple structure with rules that as far as possible are common to all types of schools and the legal bodies responsible for schools. These justifications for changing the Education Act, twenty years after transferring responsibility for education to the municipalities refer to a period where policy, goals and regulation were not sufficient to bring about equal education in a safe environment at all schools in Sweden.

I argue that the latest changes in the Education Act bring the effect of law back to the same situation that existed 50 years ago. Schools answer as to why they cannot curtail bullying and abusive behavior by blaming the student or the family.

My analysis starts with examining the concept of policy and social regulation within the RIG literature. I look at the arguments for developing government policy within school environments. Even if arguments can be found situated in utility goals of health and safety, they also appeal to social justice, democratically shared values and human rights. Part two of the contribution deals with the central governments legitimacy in establishing national goals for schools.

The third and fourth part of the contribution looks at the development of school policy, legislation and regulation. The expansion of the field of responsibility at the local level is examined as well as government tools used

to regulate schools. The number of formal complaints sent for resolution to the School inspectorate (SI) and a brief overview of increasing number of complaints is presented. The complaints about abusive behavior at school as well as the responses by school administrators from 350 cases are presented for the patterns shown in framing and processing of complaints. The patterns can be seen as empirical indicators of competing normative patterns within a changing normative field.

The concluding section of the contribution discusses the expanding role of the intervention of the nation state in the social dimension of everyday life and the limitations of law and regulation. The central argument of the contribution is framed within the hypothesis of the decrease in power of the nation state. It is argued that extending the power of regulative agencies renews the question of the role of state governance. Absorbing conflict by increase use of regulative agencies diffuses difficulties of regulating abusive behavior. However, the consequences are that the increased protection of the legitimacy of the state is obtained at the expense of unintended consequences being negotiated within the shadow of the law. The unintended consequences reflect changes in the relationships of competing normative patterns present within the social dimensions of regulating schools. Using Christensen's theory of law allows us to take a focus off a discussion of the power of the state or the reformulation of the structure of regulation and return to social processes of upheaval between the competitive normative patterns present in the everyday life of schools. In order to accomplish this, I see a necessity to take a step beyond Christensen's theory of law and normative functionalism to discover why values assumed in law are not realized.

2 Public policy and social regulation

The elusive nature of public policy as a concept results in a wide variety of definitions. Peters definition of public policy includes even the effects of policy in the definition, 'the sum of government activities, whether acting directly or through agents, as it has an influence on the life of the citizen.'⁶

Despite the elusiveness of public policy, both public policy and regulation are governmental interventions and must be justified. Current literature shows a tendency in social science arguments to use Jürgen Habermas elaboration between three types of argumentation for using or not using policy that are

⁶ B G Peters, *American Public Policy: Promise and Performance* (Chappaqua NY: Chatham House 1999).

based on different rationality principles of justification. Justifications for policy can be based on the logic of an action, that is on its utility and is typically used in explaining regulations applied to businesses and citizens (RABC). Ethical and moral arguments are based on normative appropriateness of an action and therefore are depicted as related to rationality based on the logic of appropriateness.⁷

Justification of public policy is crucial for the legitimacy of government action. Ethical and moral or normative arguments are looked at as pertaining to the ‘input’ of governance while utility or pragmatics arguments relate to the ‘output.’ We use the term ‘governance’ to mean ‘new theories and practices of governing and the dilemmas to which they give rise’.⁸ Much of the literature concerning justification of government intervention or development of policy and regulation is focused on the changing nature of state-society interactions and the legitimacy of supranational organs such as the European Union Commission and the European Court of Justice.⁹ The current interest in practices of governing points out that there is a shift from input-oriented focus to an output oriented focus.¹⁰

The legislative goal of providing an education for students in a safe environment is a normative goal and based on what are assumed principles valued in society. According to Christensen’s theory of Law, intervention of the law is following normative patterns that exist within the normative field. As such, we would expect compliance with the law and with the actions of regulative agency.

Two laws, the Swedish Education Act (skollag 2010:800) and the Swedish Discrimination Act (diskrimineringslag 2008:567), are the legal instruments

⁷ J Habermas, ‘On the Pragmatic, the Ethical, and the Moral Employments of Practical Reason’ in J Habermas, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics* (translated by C Cronin) (Cambridge: MA:MIT Press 2013); J Flynn, ‘Communicative Power in Habermas’s Theory of Democracy’ (2001) *European Journal of Political Theory* 3 (4), 433–454.

⁸ M Bevir, ‘Public Administration as storytelling’ (2011) *Public Administration* Vol 89 Issue 1, 183–195.

⁹ F W Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic* (Oxford: Oxford University Press 1999); A Moravcsik and A Sangiovanni, *On Democracy and the “Public Interest”: in the European Union* (2003) CES Working Paper, No 93 (working paper).

¹⁰ R Lafores and S Phillips, ‘Input and output Legitimacy in Governance Regimes’ (Work-in-Process), paper pre-sented at the Canadian Political Science Association Conference, Victoria, Canada, June 2013; M Crozier *The Bureaucratic Phenomenon*, 2nd edn (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers 2010); F W Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic* (Oxford: Oxford University Press 1999); B G Peters, *Politics of Bureaucracy. An Introduction to Comparative Public Administration*, 6th edn (London: Routledge 2009); B Rothstein, ‘Creating Political Legitimacy: Electoral Democracy Versus Quality of Government’ (2009) *American Behavioral Scientist* 53 (3): 311–330.

designed to protect children and students from discrimination and degrading treatment. In essence, the responsible school legal authorities are charged with seeing that prohibitions against discrimination and degrading behavior are observed.

3 Changes in policy and school legislation in Sweden

Sweden is known as one of the Social Democratic models of the Welfare State.¹¹ Basic social securities are available to all residents of Sweden. Compared to other countries social rights are well developed in Sweden. A model of ideal-typical education systems, developed by Hudson and Lidström (H/L), termed policy paradigm¹² and used by Lundahl et al sketches out a cultural framework governing educational policy process and regulation.¹³ The Hudson/Lidström model of educational systems is based on dimensions of 'value' and 'instrumentality'. This can be compared to the justifications of state policy intervention as either normative appropriate or utility directed discussed above. The poles in the H/L model construction are based on a pole that runs from Comprehensive versus market values and the other dimension from social/cultural versus economic functions. Lundahl et al mean that the four ideal education systems constructed by the H/L model yield two ideal types of educational types, – the broad strategy education (BSE) and an the economic élite education (EES) – which correspond to what can be seen as social democratic and neo-liberal education policy paradigms.

Lundahl et al argue that as a heuristic device, Sweden fits well within the 'broad strategy education' policy paradigm. They point out that Sweden's social democratic policy focuses on equality, fairness and public service, and providing equal educational opportunities to promote social justice. There is little individualization, streaming and tracking in Sweden's comprehensive education but instead an emphasis on social cohesion.

Christensen's theory of Law and competing normative patterns fit very well in both ideal types recognized in the H/L model of the cultural framework identifying policy paradigms. It also functions well with Lundahl et al argument that Sweden and educational policy of tradition belong to the BSE system

¹¹ G Esping-Andersen, *Welfare States in Transition – National Adaptations in Global Economies* (London: Sage Publications Ltd 1996).

¹² C Hudson and A Lidström (eds), *Local education politics. Comparing Sweden and Britain* (Basingstoke, England: Palgrave 2002).

¹³ L Lundahl, I Arreman, A-S Holm and U Lundström, 'Educational Marketization the Swedish Way' (2013) *Educational Inquiry* Vol 4, No 3, 497–517.

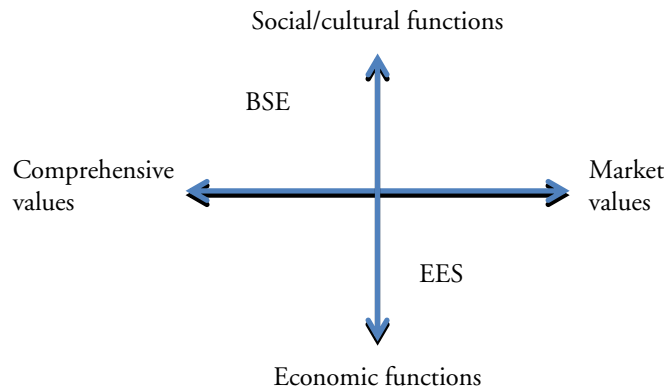


Diagram 1:
Ideal Education System (based on Hudson and Lidström)¹⁴

according to principles of a Social Democratic welfare regime but are being strongly influenced by what they term internal and external marketization more likely to be found in liberal welfare states EES system.

Christensen's theory of law contributes to an understanding of the process of change within the normative fields. Applying Christensen's theory of law would say that tension between normative patterns of market-function compete with patterns of just distribution. Lundahl et al concludes that Sweden has traveled far in both external and internal marketization but that the old social democratic comprehensive paradigm is still visible. We can trace some of the changes in Swedish education policy below. By framing the changes in relationship to legislating and regulating against abusive behavior, we can clearly see where the tug between competing normative patterns are not only pushing Sweden into another policy paradigm but also are creating difficulty for old standards and established authorities to maintain their position within schools.

¹⁴ C Hudson and A Lidström (eds), *Local education politics. Comparing Sweden and Britain* (Basingstoke, England: Palgrave 2002). The Broad Strategy Educational model can be seen as focusing on leveling out differences, school for all, social equality and inputs while the Education Élite Strategy focuses on social advancement, individualization, choice and outputs. See C Hudson, 'Governing the Governance of Education: The State Strikes Back?' (2007) *European Educational Research Journal*, Vol 6 No 3, 269.

3.1 Basic legal structure of Swedish schools

Schools in Sweden are governed by the Education Act (2010:800). The Education Act is formed as a frame law specifying the national goals of education. The Education Act (passed by Parliament) is not the only regulating instrument in Sweden. There are also ordinances. An ordinance contains regulations and is decided on by the government.¹⁵ The National Curriculum is an ordinance. The curriculum gives the fundamental goals and guidelines for the school. Among other things, the curriculum includes norms and values, knowledge goals and pupils' responsibility and influence. The curriculum includes syllabuses that set up the goals for teaching in each specific subject. These two bits of legislation, the Education Act and the National Curriculum, are surrounded by a variety of rules, regulations and guidelines issued by the Swedish National Agency for Education (SNAE). In addition the SNAE is also charged with producing the Code of Statutes regulating daily procedures within the school. Every municipality is required to have a school plan that shows how municipal schools are to be organized and developed. The municipal school plans should state what the municipality is thinking of doing to ensure that schools achieve the national goal.

Sweden introduced obligatory national elementary school in 1842 and in 1861 commissioned an elementary school inspector and later an Elementary National School Board for supervising the schools. In 1958, the Elementary National School Board set up a County School Commission for a better supervision of schools. In 1991, Sweden municipalized its compulsory school system and abolished both the County School Commission and the Elementary National School Board replacing it with the Swedish National Agency for Education.

3.2 Municipalisation

Regulation of the Swedish schools changed with municipalisation in 1991. The Swedish state's ambition was to de-centralize and to de-regulate the schools. The argument by the Swedish government was that it was not possible to detail regulate schools at a national level. The Swedish state should not govern schools through the use of centrally instituted laws but instead by the use of goals that should be reached by each school. By the middle of the 1990s a new curriculum for the compulsory school system was introduced. The new curriculum did not

¹⁵ There are a number of ordinances for the compulsory school including an ordinance on the child's and pupil's participation in the work of establishing a plan for equal treatment.

have any directives about what teaching should contain or how teaching should be organized. Instead the 1994 National Curriculum described the goals and the results that should be reached by the schools. The National Curriculum allowed for substantial leeway on the part of the local municipalities. Fulfilling the national goals in each local municipality would be nationally controlled and evaluated.

This rather radical change in the organization of Swedish schools was accompanied by a parallel development to increase rights of participation and choice for the users of schools (parents and students). The Independent School reform of 1992 resulted in a dramatic increase in the number of independent schools. The Independent School reform also introduced the use of a voucher system. A student that chooses an independent-school would take with him the amount of money his education cost the taxpayer from the municipal budget. This was thought to promote the free choice of the citizen but from another perspective was seen as opening the gates for a new way of resolving conflict at school. If a student was having problems at school, it could be solved easily by changing schools.

3.3 Regulation

De-centralisation of the responsibility for the Swedish school system from a national to a local level also brought about a de-facto de-regulation of schools. It was originally thought that the Swedish state could control schools through setting national goals for schools and regulating the achievement of the goals through follow-ups, evaluation and supervision. It soon became apparent that in reality there was very little national supervision and what supervision was carried out was usually a reaction to something drastic that had occurred. Both the Swedish parliament and the government wanted a better supervision of the schools and eventually the SNEA expanded what was a minimal supervision.

A step-by-step minor increase in national control was not acceptable by the new Swedish government that came into power 2006. School results for Swedish pupils in international comparisons had begun to slide; there were worries that schools varied in quality and national results both within and between the different municipalities were difficult to explain. The government decided that it was necessary to create an independent agency charged with School inspections. SNEA who had responsibility for producing universal norms for all schools both municipal and independent and also had the responsibility for the national school development was deprived of the responsibility of supervising the schools. The new national agency, The

Swedish Schools Inspectorate, (SSI) since 2008 is the agency charged with ensuring that the municipalities and the independent schools comply with school legislation.

4 Policy, law, bullying and abusive behavior

It was over 50 years ago, in 1958, that all forms of corporal punishment were abolished in Swedish school and 40 years ago Sweden started its fight against bullying in Swedish schools.

Views on bullying, its causes and how it can be tackled in schools can be found as early as 1969 in the National Curriculum.¹⁶ The problem identified at that time was not defined as bullying but that certain students were isolated from others. The solution was thought of as being best handled by the school's health personal and the student.

The concept of bullying showed up first in the rules governing the National Curriculum in 1980. The National Curriculum legislated that schools create a school environment free from *violence and harassment*. Specifically, bullying among students was made visible. The remedy was to change the classroom through collective work forms, increased student democracy and teacher training. But even if anti-bully practices should be seen as a concern emanating from classroom behavior, curative work was still thought of as within the province of the school's student health personal or by a special group formed together with student health personal to deal with individual cases of bullying. Such groups were termed the school anti-bullying team.

The Education Act from 1985 had been amended several times in the direction of increased clarity concerning the school and employees of the school in their work with anti-bullying and abusive behavior. In 1993 the law was amended and the concept of 'abusive behavior' was formally introduced. The law stated that: *Specially, those employed within the school shall endeavor to obstruct every attempt from students to expose another for abusive behavior*. A new National Curriculum in 1994 stated that the schools' responsibility was to work actively in the prevention of bullying, harassment and discrimination. Teachers should be attentive and in consultation with other school personal take the necessary measures to prevent and obstruct all types of abusive behavior. At this time bullying had become a part of a bigger area of problematic behavior at school. Abusive behavior was used as a more

¹⁶ Lgr 69, Läroplan för grundskolan 1969. Skolöverstyrelsen, Stockholm.

encompassing concept outlawing all behavior that could be thought of as degrading, and in some way affecting the dignity of the student.

In 1999 the 1985 Education Act was amended once again by adding that school employees should actively obstruct all types of abusive behavior such as bullying and racist behavior. By introducing the concept of abusive behavior into the Education Act in 1993 and by clarifying the responsibility of employees of schools in creating an environment without abusive behavior (1999), control of abusive behavior was no longer an intern matter for the school but had become a legal concern.

In 2006 Sweden went one step further and introduced a new law, Children and Student Protection Law (2006:67) prohibiting discrimination and other abusive treatment of children and students. This law increased and clarified the responsibility by law of the local authority for schools in relationship to children and students. For the public school this increased the focus on the local municipality and for independent schools the responsibility of the school owner and the school's board of directors.

If the responsible authorities did not take active measure against discrimination and other abusive behavior they were libel to be sued for damages. Most schools only had an action plan at their schools against bullying. The 2006 law demanded that the every school in Sweden also had an Equal Treatment Plan where the school was obligated to state a plan for their systematic work against discrimination, harassment and other abusive behavior.¹⁷

The current legal steps against abusive behavior are present in Education Act from 2010 (2010:800) effective in July 2011 and the Curriculum 2011.^{18 19} The Education Act specifies that if a teacher or other employee receives informa-

¹⁷ An ombudsman position was also created at this time, the Office of the Children and Student Ombudsman (BEO). The ombudsman was formally the person that could file a case with the court on behalf of a student to sue responsible authorities for failure to take active measures to stop or prevent abusive behavior. BEO became a part of the Swedish School Inspectorate in 2008.

¹⁸ Lgr 11, Läroplan för grundskolan, förskoleklassen och fritidshemmet. 2011. Skolverket, Stockholm.

¹⁹ As of January 1, 2009 the Child and Student Protection law was replaced by the Discrimination Law (2008:567). The Discrimination Law combined and replaced seven different laws against discrimination (gender, gender identities, ethnic belonging, religion, disability, sexual preferences and age). The sections of the Child and Student Protection law that referred to grounds of discrimination were transferred to the Discrimination Law and those that governed other abusive behavior were written into a new section of the Education Act. In this way the law separates bullying and abusive behavior by reason of discrimination and by reason of other abusive behavior. Abusive behavior in general includes the concept of bullying but is a wider concept than bullying. Abusive behavior does not have as a condition that it has happened more than once. One occasion is enough for an individual to experience that his dignity has been abused.

tion that a student believes him/herself to be a victim of harassment or other abusive behavior the school employee is obliged to report this to the principal. The principal in his/her turn is obliged to send the information to the municipality or school owner. These laws were in the earlier legislation but are more clearly stated. The aim is to put even stronger responsibility on the schools' employees to increase their preventive work against bullying and abusive behavior in schools.

The Curriculum 2011 strengthens student's rights against abusive behavior even further. The Curriculum defines the goal of the school as responsible to see to it that every student and employee repudiates the behavior of any individual that is repressive and/or abusive. The curriculum also states that all employees in a school are to actively work against discrimination and abusive behavior of an individual or of a group. A teacher together with other employees is now obliged to take necessary measures to prevent and obstruct all types of discrimination and abusive behavior.

As one idea is discarded in favor of the next in Sweden, it is possible for us to see that inability to cope with bullying and abusive behavior does not lie within the individual or even within the classroom and the individual teacher. The pattern used by Sweden during their 50-year fight against bullying and abusive behavior at school was to focus first on the characteristics of a student subjected to bullying. When it became obvious that abusive behavior did not depend on certain characteristics of the student bullied, focus changed to the classroom and the organization of teaching and lack of classroom democracy. Abusive behavior continued even with increased student democracy and changed work forms. The next step was to blame the entire school. Increased need for more school democracy, students and parents voices in how the school is operated, was drawn forward as well as school accountability as measures to insure the end of abusive behavior at school. But legal ambitions translated into a formal type of New Public Management behavior with endless documentation and reporting and a continuing of abusive behavior.

Schools produce bullying and abusive behavior but it is impossible for any national state to abolish schools. School administrators countered accusations of failure to control abusive behavior by complaining that they could not stop abusive behavior because they lacked economic resources. Thus it was the fault of the municipality because they did not allot the school sufficient resources.

The shifting of responsibility to the local municipalities allows the school to wash their hands of failure to stop bullying and abusive behavior. However, the

‘pass the buck’ to the administration of the municipalities does not solve the problem. A municipality found liable for failure to correct a damaging situation in time, weighs light against a task of insuring that no abusive behavior occurs at any time and at any place within a school.

As municipalities adapted to paying damages for not being able to stop individual cases of abusive behavior, complaints of abusive behavior at school continued to increase. The last step in Sweden’s fight against abusive behavior is to turn to market functional measures. In 2011, SSI economic coercive power was increased against schools found in noncompliance with the Education Act. Although the SSI could use a court injunction with an attached heavy fine against a school, they were restrictive in using this possibility. In 2015 the law was changed to make it mandatory for the SSI to impose an injunction in every case where it was discovered that one or more shortcomings were found during a school inspection that could have repercussions on students learning. The number of injunctions filed with the court increased 400 per cent from 2014 to 2015.

4.1 Complaints

Both the legislative and regulative changes had an effect on an increase in the number of complaints filed against schools and the number of criticisms meted out to schools. There was a direct increase in the number of criticisms meted out to schools as soon as the SSI was established in late 2008. The increase in filed decisions between 2003 through 2007 was only 16 per cent. Once under the total jurisdiction of the SSI in 2009, the number of complaints against schools started a rapid increase that is still continuing 2015.²⁰ 38% of complaints registered with SSI 2015 were complaints by a student against abusive behavior. This was an increase of 17 percent compared with 2014. The SSI and the BOE levied criticism against the schools in 60 percent of the cases involving abusive behavior.²¹

More complaints are being filed and more criticism is meted out to schools for not reaching the goals of the law in preventing abusive behavior. However,

²⁰ In 2009 there were 1542 complaints filed and in 2015 the number had increased to 4035.

²¹ If a school is found as failing to falling the law, the SSI/BOE can issue a criticism if the shortcoming was not found as serious. The school would be admonish to correct the shortcoming pointed out in the criticism/or in an audit. The next step for the SII is an injunction with threat of a fine that is issued when serious faults are discovered in an audit. If a situation at an independent school is found unacceptable the school can lose its permit as an independent school and must be closed. In cases of wrong-doing by a municipal school, the SII is not able to close the school even if the school has serious faults. Instead, ISS can go in and take the steps necessary to remedy the situation and the municipality is forced to pay the costs.

regulating abusive behavior involves a law that can be seen as controversial and ambiguous. In order for law and regulation to be totally responsive to the patterns of abusive behavior in schools through case processing of complaints, they have to be attuned to the cognitive cultural and normative elements surrounding schools and their local environments instead of relying on coercive methods of criticism and fines to induce new solutions.

4.2 *Cognitive concepts and complaints*

In a detailed analysis of 350 randomly selected complaints registered with SSI between 2010 – 2015, I found three recurring patterns in the written accounts submitted by parents on behalf of students when filing a complaint of abusive behavior at school.²² A brief look at the patterns I found apparent in the cases can present a glimpse of how complaints are used in everyday life at schools. They give an example of how students, parents and school officials act and are seen by each other when working in the shadow of the law.

One pattern I found showed why the SSI closed a case investigation or a case was withdrawn. Another pattern showed how the behavior became more acute simply because nothing was being done to solve the situation at an earlier time. A third pattern revealed a stereotype casting of the situation not shared by the complaining party. I named these three patterns as the ‘*disappearing case*’, ‘*the accelerating case*’ and the ‘*trouble-maker case*’.

The ‘disappearing case’ is opened and closed. Some of the cases had already started an investigation when they were closed. At times, the person who had filed the case would give an explanation to the inspectorate. Usually, the explanation was that the school had taken measures to alleviate the wrongdoing. In these cases it looks as if there is an exchange. The school offers the parent something if the parent withdraws the case. As one mother put it, ‘I want to “freeze” our request, the school has put more guards out during recess and it feels more secure for us, but I want to be able to reactivate the case if the school backs-down in the future.’ In another case the school threatened to file a report to social authorities if the parent did not retract the complaint.

The situation at school had been *normalized* until it was reported. By reporting an incident, parents felt that schools would take the case more seriously. Thus the legal system was being used as a bargaining point between parents and schools to strengthen one or the others position in a controversy. The

²² See A Hetzler, ‘From Anti-Bullying Legislation and Policy to Everyday School Reality – Why Law Fails’, Gothenburg – Workshop in Social Policy, November 2012 and A Hetzler 2014, ‘Trouble in School’ (2014) *Resultat Dialog*, Vetenskapsrådet, Stockholm.

case is withdrawn when the controversy is resolved.

The ‘accelerating’ case usually shows that something that has been reported to school authorities is *minimalized* and continues until there is no choice for a parent but to file a complaint. In one such case a principal replied to a parent, ‘If you are so upset with the schools way of handling conflict, why don’t you take your daughter out of this school’. In another case the school authorities answered, ‘It is just conflicts and disagreement between the girls and they were sometimes friends, sometimes not friends.’ Minimization of the situation by the local school authorities of a situation that is reported continues and in many cases becomes more serious and eventually results in filing a complaint with the SSI.

The third pattern I observed in filed complaints are cases where the school *pathologizes* a student. One principal in answering a complaint stated, ‘M is too sensitive and she overreacts and exaggerates. She makes herself an outsider.’ A principal reacted to a complaint from a girl of abusive behavior by saying, ‘She has not been subjected to abusive behavior. Instead she has involved others in troublesome psychological situations such as threatening to commit suicide... she threatens them, if someone falls, she laughs, she makes comments everyday.’ A teacher, in one case, told the principal, ‘Either that kid goes, or I go.’

Thus in the social domain of abusive behavior at school it is possible to see patterns of normalizing behavior, minimalizing behavior and pathologizing a student or a parent.

5 Discussion and conclusion

Sweden has made it very clear that school should be a safe and equal environment for all students yet for over a half century has been unsuccessful in stopping bullying and abusive behavior at schools.

School is one of society’s most closed institutions. When the school bell rings, the doors are closed. Parents, friends and relatives are left with stories of what happened at school either by the youth or by a teacher, principal or friend that sends a message.

If we return to the competing normative patterns developed by Anna Christensen in a theory of law, we can see that the normative patterns of protection of established position can be seen to defend the view of the educator, the professional, as knowing not only most but also of knowing ‘best’. A teacher can argue that children never are abusive to each other in the

classroom but instead in the schoolyard or perhaps in the school corridors or in locker rooms or in social media. Teachers can also react by blaming students or their parents.

The tension of expanding school administrations areas of responsibility threatens the position of the educator and spills over into competition with another normative pattern. This is the pattern of market-functionalism. Schools are a core area of the public sector. Educators can complain that they are not allotted needed funding to accept additional responsibility. Municipal administrators or even law-makers can argue that they are not getting enough education or correct societal socialization of youth for the money paid to schools. Or parents and students can take the position of a consumer and threaten to take their 'business' to another school.

In fact, it is easy to see that the creation of independent schools in Sweden 1992, one year after de-centralizing control of schools to the municipalities, was a decided move to make schools competitive by backing a normative market-functional model for improving schools. By giving students and their parents the possibility of choosing a school and taking their 'school-money' with them, bad schools would simply cease to exist since students would want to be in a good school. The normative market-functional pattern becomes strengthen and at the same time the right to choose schools as opposed to be assigned a municipal school in the municipality can be seen as normative fairness.

Yet when we look at the day-to-day life at schools as revealed in the complaints found and the defenses invoked by school authorities we see a different picture. We see that complaints are increasing every year. Students and parents do not think that schools are abiding by the laws and guaranteeing safety at school to all students. Given the number of complaints investigated that yield a criticism against schools, it is obvious that regulation authority, the SSI share this opinion. Parents, to raise power or to strengthen their bargaining position, against teachers also use complaints. Teachers and school administrators, on the other hand, argue that the fault of continuing abusive behavior is not their fault but something is wrong with the student and/or the parent. They argue that the law is hiding the 'real' fault of continuing abusive behavior.

Thus what we are witnessing is a very messy law-in-action with very real unintended consequences of hard regulation of the student's right to a safe school environment void of abusive behavior.

What we needed is a supplement to Anna Christensen's theory of law and

the normative fields with competing normative patterns. We need, in the words of Lon Fuller, to turn to an analysis of the social processes that constitute the reality of law.²³ It is common in legal scholarship to ask if law reflects some goal that the society values. And as long as we limit ourselves to a normative analysis we do not need an empirical approach. However, we need to ask ourselves if law and regulation, once established is something apart from processes in the normative field. How is the purpose of law thwarted or changed? We have to examine what is the constant tension between the competing patterns. Is it in fact, the difference between power and reason or tradition and progress? Anna Christensen, Ann Numhauser-Henning and all the scholars working in the Norma project have shown clearly that the nature of law is context-dependent. The next step is to move beyond functionalism to an examination of the functions or ends and discover why values assumed in law are not realized.

²³ L I Fuller, *The Morality of Law* 62 (rev ed 1969) 242 as cited in S Macaulay, 'A New Legal Realism: Elegant Models and the Messy Law in Action' in E Mertz, S Macaulay and T W. Mitchell (eds), *The New Legal Realism: Volume 1: Translating Law-and-Society for today's Legal Practice* (Cambridge: University Press 2016).

EMMA HOLM

EN TILLÄMPLIG LAGSTIFTNING – ELLER FLERA? SOCIALFÖRSÄKRINGSTILLHÖRIGHET I EU-RÄTTEN

1 Inledning

Tillgång till socialförsäkringsförmåner för EU-medborgare som utnyttjar den fria rörligheten är en högst aktuell fråga. Det handlar då oftast om diskussioner kring social turism och EU-ländernas tendens att vilja begränsa möjligheterna för främst icke-yrkesaktiva medborgare från andra medlemsländer att få tillgång till landets förmåner.¹ Faktum kvarstår dock att många människor bor och arbetar i olika medlemsländer, t.ex. i Öresundsregionen, eller flyttar mellan länder för att bo och arbeta. De har då rätt att åberopa de principer om koordinering – samordning – av socialförsäkringsförmåner som stadgas i EU-förordningen 883/2004.² Förordningen, som baseras på artikel 48 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), har till syfte att se till att migrerande personer omfattas av något lands lagstiftning vad gäller rätten till social trygghet. Den syftar också till att förhindra diskriminering och undvika de försäkringsavbrott som skulle kunna uppstå vid byte av socialförsäkringssystem. Om man som migrerande person hade hamnat mellan stolarna vad gäller rätten till socialförsäkring skulle det knappast uppmuntra den fria rörligheten. Förordningens principer kan därför leda till att nationella regler måste åsidosättas i olika situationer. Detta ger inte sällan upphov till tillämpningsproblem, vilket visas inte minst av EU-domstolens rikhaltiga praxis på området.

Ann har i sin roll som handledare under min doktorandtid fått ägna mycket tankemöda åt alla de svårigheter som är förenade med detta EU-rättsliga regelverk. Hon har, med sin utgångspunkt i arbetsrätten, ofta kommit med viktiga ifrågasättanden och frågor. Hon har också lotsat in mig i arbetet i EU-

¹ Se t.ex. C-333/13 *Dano*, EU:C:2014:2358. För en diskussion kring EU-domstolens praxis vad gäller unionsmedborgares tillgång till sociala förmåner, se N Nic Shuibhne, "Limits rising, duties ascending: The changing legal shape of Union citizenship" (2015) 4 *Common Market Law Review* 889–938.

² Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, EUT C 30.4.2004 s. 1–123.

kommissionens nätverk kring socialförsäkring och fri rörlighet, Fressco, där olika tillämpningsproblem uppmärksammas, diskuteras och analyseras.³

En fråga som på senare tid förefaller ha blivit allt mer svårgreppbar gäller en av förordningens kärnfrågor, nämligen vilket lands lag som ska vara den tillämpliga lagstiftningen – s.k. behörig stat. Denna artikel syftar till att belysa hur den tidigare så självklara principen om *ett* lands lag såsom tillämplig lagstiftning nu har börjat naggas i kanten. Detta kan i sin tur ställa till problem för såväl den enskilde migrerande personen som för de stater som är inblandade i att utge förmåner till personen ifråga.

2 Arbete eller bosättning som grund för tillhörighet

2.1 Olika typer av socialförsäkringssystem

Rätten att omfattas av ett lands socialförsäkringssystem är kopplad till en territorialitetsprincip, dvs. att man exempelvis måste arbeta eller vara bosatt i landet ifråga.⁴ Traditionellt delas de europeiska systemen in i system enligt antingen Bismarckmodellen, där de yrkesaktiva omfattas och förmåner är knutna till arbete, eller Beveridgemodellen/Nordiska modellen, där bosättning utgör grunden för anknytning.⁵ Detta är naturligtvis en grov förenkling, då många system innehåller delar av båda. Detta gäller inte minst det svenska socialförsäkringssystemet, som trots att det brukar kallas universellt, är indelat i en arbetsbaserad och en bosättningsbaserad del. Den arbetsbaserade delen omfattar förmåner såsom sjukpenning, inkomstpension och arbetsskadeersättning medan den bosättningsbaserade delen omfattar förmåner som barnbidrag, garantipension och bostadsbidrag.⁶ Förmånerna kan sägas byggas på olika normativ grund – de förra baseras på en koppling till arbete och inbetalda avgifter och de senare är av redistributiv karaktär och baserade på solidaritet.⁷

³ ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=sv&catId=1098.

⁴ R Cornelissen, "50 years of European Social Security Coordination" (2009) 1–2 *European Journal of Social Security* 14–15.

⁵ Se V Paskalia, *Free movement of persons and social security – Gender implications of EC Regulation 1408/71* (Stockholm, Stockholms universitet, 2004) 59ff.

⁶ 6 kap. 6 § och 5 kap. 9 § socialförsäkringsbalken (2010:110), SFB.

⁷ A Christensen och M Malmstedt, "Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii – an Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law" (2000) 2 *European Journal of Social Security* 70.

2.2 Behörig stat enligt förordning 883/2004

Lagvalsreglerna i förordning 883/2004 ska se till att undvika konflikter då en persons berörs av flera medlemsstaters socialförsäkringssystem, t.ex. bor i ett EU-land och arbetar i ett annat. För att göra samordningen av de olika socialförsäkringssystemen så enkel som möjligt är förordningens huvudregel att det land som genom en lagvalsregel pekats ut som behörig stat är *ensamt* ansvarigt för att utge förmåner till en migrerande person. Denna princip kallas *single state rule*.⁸ Ett exempel är att en person som bor i Sverige och arbetar i Danmark tillhör enbart det danska socialförsäkringssystemet. Det kan ur den enskildes perspektiv te sig överraskande att man i en sådan situation inte har rätt heller till förmåner från Sverige som grundas på enbart bosättning.

Principen om just arbetslandet, *lex loci laboris*, som behörig stat har varit huvudregel i koordineringsförordningen sedan den första förordningen antogs på detta område år 1958. Detta har bl.a. sin förklaring i att de medlemsländer som då var med i EG hade nationella socialförsäkringssystem enligt Bismarck-modellen.⁹ *Lex loci laboris* är inte endast en teknisk bestämmelse, utan en grundläggande princip som visar att arbete och inbetalda avgifter utgör den moraliska och finansiella grunden för socialförsäkringsförmåner.¹⁰

Efterhand har dock tillkommit andra typer av system, såsom de nordiska, där bosättning utgör en viktig grund för tillhörighet till trygghetssystemen. Vidare har även Bismarck-systemen numera inslag av bosättningsbaserade förmåner.¹¹ Regleringens ursprungliga fokus på endast arbetstagare har också med tiden reviderats och förordning 883/2004 omfattar nu alla unionsmedborgare. Detta har utmanat förordningens lagvalsregler. Detta visas främst av att principen om bosättningslandets lag som tillämplig lagstiftning, *lex loci domicilii*, har blivit en annan central lagvalsregel, främst för de icke yrkesverksamma.¹² Vidare finns det andra situationer när *lex loci laboris* inte ger något klart svar på vilket lands lag som ska tillämpas, t.ex. när det finns flera arbetsländer.¹³

Lagvalsreglernas exklusivitet upprätthölls tidigare strikt av EU-domstolen.

⁸ Artikel 11.1 i förordningen.

⁹ R Cornelissen, "25 years of Regulation (EEC) No. 1408/71 Its achievements and its Limits" i *25 years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers – a conference report* 35.

¹⁰ Christensen och Malmstedt "Lex loci laboris versus Lex Loci Domicilii" 76.

¹¹ P Shoukens and D Pieters, "The rules within Regulation 883/2004 for determining the applicable legislation" (2009) 1–2 *European Journal of Social Security* 104.

¹² Artikel 11.3 e).

¹³ Artikel 13.

Detta innebar att det land som inte pekades ut enligt förordningen som skyldigt att utge förmåner var förhindrat att utge sådana.¹⁴ Lagvalsreglernas exklusivitet garanterade dock inte att man blev berättigad till förmåner från det land man tillhörde. Nationella, icke-diskriminerande krav måste uppfyllas även av en migrerande arbetstagare. Om en person således inte uppfyllde krav på t.ex. ålder eller inkomstnivå i arbetslandet kunde alltså personen uteslutas från försäkring. Att personen i sitt bosättningsland hade haft rätt till förmåner hjälpte inte, då detta land var förhindrat att utge förmåner enligt single state rule-principen.¹⁵

På senare tid har dock – såsom kommer att diskuteras nedan – EU-domstolen öppnat upp för en möjlighet, och eventuellt också en skyldighet, för den icke-behöriga staten att bevilja förmåner. En mer splittrad tillämpning har således börjat växa fram.

2.3 Bosättningsbaserade solidaritetsförmåner och lagval

En ytterligare komplikation i lagvalsfrågan är att vissa förmåner redan från början har haft specialregler kring tillämplig lagstiftning.¹⁶ Detta gäller framför allt de s.k. familjeförmånerna, som är nationella förmåner som syftar till att täcka familjens utgifter.¹⁷ Familjeförmåner är således en typ av ersättningar som utges till en grupp snarare än till en individ. Föräldrarna kan därför ha rätt till förmåner från varsitt land för samma ”grupp” (familj). Förmånerna är också i regel bosättningsbaserade. En typisk familjeförmån är det svenska barnbidraget. Familjeförmånerna kan sägas bygga på en solidaritetstanke snarare än den traditionella försäkringsidén. Övriga socialförsäkringsförmåner, såsom pension, sjukpenning eller arbetslöshetsersättning, är mer knutna till den enskilde individen och oftast arbetsbaserade. Därmed uppstår inte samma problematik rörande lagval som vad gäller familjeförmånerna.

Ett vanligt exempel är att familjen bor i ett land, där förälder X arbetar samtidigt som förälder Y arbetar i ett annat land. Familjen kan då ha rätt till barnbidrag dels på grund av att de är försäkrade i bosättningslandet, dels på grund av förälderns arbete i det andra landet. Enligt artikel 67 i förordning 883/2004 är nämligen familjeförmåner möjliga att få utbetalda från arbetslandet till familjens bosättningsland. I artikel 68 i förordning 883/2004 finns särskilda prioritetsregler som innebär att i det nämnda exemplet har bosättningslandet

¹⁴ C-32/84 *Ten Holder*, EU:C:1986:242.

¹⁵ Cornelissen, ”25 years of Regulation (EEC) No 1408/71” 36, N Rennuy, ”The emergence of a parallel system of social security coordination” (2013) 50 *Common Market Law Review* 1231.

¹⁶ Christensen and Malmstedt, ”Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii” 76.

¹⁷ Artikel 1 z) i förordning 883/2004.

det primära ansvaret och det andra landet det sekundära ansvaret, dvs. måste endast utge ett tilläggsbelopp om deras familjeförmåner skulle vara högre. Prioritetsreglerna ser alltså till att familjen inte får dubbla förmåner. Däremot innebär reglerna att familjen likabehandlas med såväl familjer i arbetslandet som med familjer i bosättningslandet. Lösningen innebär att man för familjeförmånerna inte tillämpar principen om ett lands lag, *single state rule*.

Vilket land som har det primära ansvaret för utbetalning av förmåner beror på familjens situation, närmare bestämt vilken typ av anknytning föräldern har till landet. Föreligger i det ovan nämnda exemplet en rätt till förmåner från bosättningslandet endast på grund av familjens bosättning där (förälder X arbetar inte) är det från landet där förälder Y arbetar som förmåner primärt ska utges.¹⁸

Denna rättsliga lösning är naturligtvis inte utan komplikationer. Det utbetalande landet måste nämligen veta hur familjesituationen i det andra landet ser ut (t.ex. om en av föräldrarna arbetar där) och ha kontroll på vilka familjeförmåner som utges. Ytterligare ett problem är att familjeförmåner kan innefatta så vitt skilda typer av ersättningar som barnbidrag och föräldrapening.¹⁹ Detta bidrar till svårigheter då förmåner ska jämföras och tilläggsbelopp betalas ut. Att frånga *single state rule*-principen har således sina nackdelar.

3 En möjlighet för den icke-behöriga staten att utge förmåner

Trots de problem som kan uppstå när flera länders lagstiftningar ska vara inblandade när förmåner utges, har EU-domstolen under senare år kommit att luckra upp *single state rule*-principen. Det är inte särskilt förvånande att frågan har dykt upp i mål som gäller just familjeförmåner. Det är ju just en sådan typ av solidaritetsförmån som man kan ha rätt till från sitt bosättningsland utan att man arbetar där, samtidigt som man kanske är försäkrad i ett annat land pga. arbete där.

I *Bosmann*-fallet²⁰ var det fråga om en kvinna som var bosatt i Tyskland med sina barn. När hon började arbeta i Holland drogs hennes tyska barnbidrag in, eftersom Holland då blev behörig stat enligt lagvalsreglerna i förordningen. I Holland kunde hon dock inte beviljas barnbidrag, då hennes barn var för

¹⁸ Se E Holm, Fri rörlighet för familjer – en normativ analys av föräldrapeningen och EU-rätten (Lund, Juristförlaget, 2010) 196 f.

¹⁹ Se p. 34 av ingressen till förordning 883/2004 och däri angivna rättsfall. Se även C-257/10 *Bergström*, EU:C:2011:839.

²⁰ C-352/06 *Bosmann*, EU:C:2008:290.

gamla för att få bidrag enligt holländsk lagstiftning. Sådana icke-diskriminerande, objektiva villkor är ju tillåtna att uppställa gentemot en migrerande arbetstagare. Frågan i målet var om Tyskland kunde bevilja henne (bosättningsbaserade) förmåner trots att Holland egentligen var den behöriga lagstiftningen. Det kan noteras att de ovan i avsnitt 2.3 beskrivna prioritetsreglerna kring familjeförmåner inte var tillämpliga eftersom någon rätt till förmåner inte förelåg från Holland.

Enligt domstolens äldre praxis, där lagvalsreglernas exklusivitet upprätthölls, skulle alltså Tyskland ha varit förhindrat att utge förmåner till kvinnan eftersom man inte var den behöriga staten enligt förordning 883/2004. I *Bosmann*-målet konstaterade EU-domstolen att det visserligen inte fanns någon skyldighet för Tyskland att utge förmåner, då *Bosmann* enligt förordningen inte omfattades av dess lag. Domstolen uttalade dock vidare:

Möjligheten att bevilja sådana förmåner kan emellertid inte heller uteslutas, i synnerhet inte med tanke på att, såsom framgår av de handlingar som getts in till domstolen, Brigitte Bosmann enligt tysk lagstiftning kan uppbära familjebidrag redan med anledning av att hon är bosatt i Tyskland, vilket ankommer på den nationella domstolen att kontrollera. I detta sammanhang ska det erinras om att bestämmelserna i förordning nr 1408/71 ska tolkas i ljuset av artikel 42 EG, vilken är avsedd att underlätta den fria rörligheten för arbetstagare och bland annat innebär att migrerande arbetstagare varken ska förlora rätten till sociala trygghetsförmåner eller drabbas av en minskning av förmånernas belopp till följd av att de har utnyttjat rätten till fri rörlighet enligt fördraget. ... Likaledes anges följande i första skälet i förordning nr 1408/71: Bestämmelserna i denna förordning om samordning av nationell lagstiftning om social trygghet ingår i den fria rörligheten för personer och bör bidra till förbättring av deras levnadsstandard och anställningsförhållanden. Mot bakgrund av detta konstaterar domstolen att bosättningsstaten, under de aktuella omständigheterna, inte kan fräntas rätten att bevilja personer som är bosatta på dess territorium familjebidrag.²¹

Domen innebar alltså en helomvändning. Domstolens resonemang kan sägas ge upphov till parallella system vad gäller samordning av socialförsäkringar. Det traditionella systemet innebär att endast ett lands lag – det som stadgas i förordning 883/2004 – är tillämplig. Det andra systemet, *Bosmann*-doktri-

²¹ P. 28–31 i domen.

nen, berör alla medlemsländer under vars lagstiftning en rätt till socialförsäkringsförmåner kan föreligga.²² Detta öppnar naturligtvis upp för tolknings- och tillämpningssvårigheter.

4 En skyldighet för den icke-behöriga staten att utge förmåner?

Att ett land har *möjlighet* att bevilja förmåner trots att lagvalsreglerna i förordningen pekar ut ett annat land verkar måhända inte så kontroversiellt – det kan ju endast leda till ett förbättrat skydd för migrerande arbetstagare som, såsom exempelvis Bosmann, hade hamnat i en sämre situation genom att röra sig över gränserna. De senare *Hudzinski/Wawrzyniak*-fallen²³ visar dock att att EU-rätten kan påverka den icke-behöriga statens *skyldigheter* att utge förmåner. Vidare är det inte ett krav att personen, såsom Bosmann, faktiskt förlorat rätten till förmåner i det andra landet.

Hudzinski/Wawrzyniak-fallen gällde personer som omfattades av polsk socialförsäkringslagstiftning enligt lagvalsreglerna i förordning 883/2004 men som vistades i Tyskland som säsongsarbetare/utsänd arbetstagare. De erhöll barnbidrag från Polen för sina familjer bosatta där. De var dock obegränsat skattskyldiga i Tyskland, vilket enligt tysk nationell rätt kunde berättiga dem till barnbidrag. Frågan uppkom om rätt till barnbidrag förelåg även från Tyskland. Den hänskjutande domstolen betonade att det till skillnad från Bosmann-fallet inte uppkom någon rättsförlust för den enskilde, då personerna i dessa fall inte vid något tillfälle hade varit berättigade till tyska familjeförmåner. Vidare var en skillnad från Bosmann-fallet att barnen inte var bosatta i Tyskland samt att de faktiskt fick barnbidrag i Polen.

EU-domstolen ansåg dock att det även i en situation som den aktuella inte fanns något hinder för Tyskland att utge förmåner, då man därigenom gav ett mer omfattande socialt skydd till migrerande arbetstagare än vad som följde av förordningen. I detta fall fanns en anknytning till Tyskland, förvisso inte genom familjens bosättning, men genom obegränsad skattskyldighet. Sist, och kanske viktigast, ansåg EU-domstolen att Tyskland var förhindrade att tillämpa en nationell regel genom vilken förmåner enligt deras egen lag bortföll helt när någon fick förmåner från ett annat EU-land. Enligt EU-domstolen skulle istället förmånen avräknas (dvs. eventuellt överskjutande belopp utbetalas från den icke-behöriga staten).

Konsekvensen av domarna blev att Tyskland fick utge ett tillägg till

²² Rennuy, "The emergence of a parallel system" 1234.

²³ C-611 och C-612/10 *Hudzinski och Wawrzyniak*, EU:C:2012:339.

personerna ifråga motsvarande mellanskillnaden mellan polskt och tyskt barnbidrag. Då ersättningsnivåerna kan skilja sig markant mellan medlemsländerna,²⁴ kan ett sådant tillägg vara av stor betydelse för den enskilde. Domen väckte frågan vilka nationella bestämmelser som faktiskt är tillåtna att upprätthålla från den icke-behöriga statens sida för att begränsa tillgången till socialförsäkringsförmåner. EU-domstolens dom i *Hudzinski/Wawrzyniak* kan sägas visa att en proportionalitetsprövning ska göras. Det faktum att personerna var obegränsat skattskyldiga i Tyskland gjorde att personerna i just dessa fall ansågs ha en sådan koppling till landet att det vore oproportionerligt att helt utestänga dem från rätt till förmåner. Proportionalitetsprincipen har använts flitigt av EU-domstolen för att ge kompletterande skydd till migrerande personer – utöver det som stadgas i sekundärrätten.²⁵ Det är dock inte alltid så lätt att läsa ut vilka faktorer som ska vara avgörande vid denna proportionalitetsbedömning.

5 Ett svenskt exempel

EU-domstolens tvetydiga uttalanden gällande lagvalsreglerna och single state rule-principen kan orsaka problem för den nationella rättstillämparen. När har man som icke-behörig stat en möjlighet eller rent av en skyldighet att utge förmåner? Frågan aktualiserades i Högsta förvaltningsdomstolen, HFD, i ett rättsfall som gällde tillämpningen av 4 kap. 5 § socialförsäkringsbalken, SFB.²⁶ Enligt denna bestämmelse är en person som enligt förordning 883/2004 är försäkrad i ett annat EU-land inte försäkrad för förmåner enligt balken som motsvarar förmåner som omfattas av förordningen. Bestämmelsen är alltså i princip ett förtydligande av vad single state rule-principen innebär: Sverige kan fransäga sig ansvar för bosättningsbaserade förmåner gentemot de personer som bor i Sverige, och som enligt rent nationella bestämmelser hade haft rätt till förmåner, men omfattas av ett annat lands lag enligt förordningen.

Målet gällde en kvinna som hade arbetat i Lettland och sedan fått föräldrapenning därifrån. Hon och hennes son folkbokfördes i Sverige i juni 2010 och hon ansökte om kompletterande barnbidrag för sin son. Skillnaden mellan det lettiska barnbidraget och det svenska var nästan 950 kr. Enligt SFB är barnbidrag en bosättningsbaserad förmån. Såväl barnet som bidrags-

²⁴ I *Wawrzyniak*s fall utgick ca 12 euro per månad från Polen, medan den tyska förmånen fråga låg på 154 euro per månad, se Rennuy ”The emergence of a parallel system” 1252.

²⁵ Se t.ex. C-287/05 *Hendrix*, EU:C:2007:494 och C-228/07 *Petersen*, EU:C:2008:494.

²⁶ HFD 2014 ref. 64.

mottagaren ska vara bosatta i Sverige.²⁷ Barnbidrag omfattas av förordning 883/2004 som en familjeförmån.

Försäkringskassan avlog kvinnans ansökan med hänvisning till att hon var socialförsäkrad i Lettland, då föräldrapenning utbetalades därifrån med anledning av tidigare arbete.²⁸ Därmed ansåg kassan att 4 kap. 5§ SFB hindrade utbetalning av barnbidrag. För att barnbidrag ska utges krävs nämligen att bidragsmottagaren är försäkrad i Sverige.

HFD fann att kvinnan och hennes son genom sin bosättning i Sverige hade en starkare anknytning till den icke-behöriga medlemsstaten Sverige än vad som var fallet i *Hudzinski/Wawrzyniak*-målen (där personernas anknytning bestått i obegränsad skattskyldighet). Det ansågs inte förenligt med EU-rätten att sonens rätt till barnbidrag helt bortföll på den grunden att mamman omfattades av lagstiftningen i ett annat land. Barnbidrag skulle därför beviljas motsvarande skillnaden mellan det svenska och lettiska barnbidraget.

Det kan konstateras att en skillnad mot *Hudzinski/Wawrzyniak*-fallen är att den svenska bestämmelsen innebär att man *inte alls är försäkrad* enligt balken om man omfattas av ett annat lands lagstiftning. I fallen från EU-domstolen hade personerna i princip rätt till förmån genom att vara obegränsat skattskyldiga i Tyskland, men förmånen föll sedan bort på grund av en avräkningsbestämmelse. I praktiken blir dock resultatet detsamma – man förlorar en rätt till förmån som man enligt nationell lagstiftning skulle ha haft om man inte hade omfattats av lagstiftningen i/fått förmån från ett annat land. Det kan också noteras att hade pappan till barnet varit bosatt i Sverige, oavsett om han varit yrkesverksam eller inte, hade familjen fått rätt till mellanskillnaden mellan svenskt och lettiskt barnbidrag (enligt SFB och artikel 68 i förordning 883/2004, se ovan avsnitt 2.3).

Man skulle också kunna se det som att det är *barnet* som har en rätt till förmån och att det är rimligt att ett i Sverige bosatt barn får svenskt barnbidrag. Regleringen kring familjeförmåner är alltså speciell och det är oklart vilka konsekvenser HFD- domen har för tillämpningen av 4 kap. 5 § SFB i förhållande till övriga förmånstyper. Försäkringskassan förefaller tolka domen som att den innebär begränsningar i vissa situationer som gäller just EU-familjeförmåner.²⁹

²⁷ 15 kap. 2 § och 16 kap. 2 § SFB.

²⁸ Enligt förordning 883/2004 anses en person som anställd i ett land så länge en sådan arbetsbaserad kontantförmån utges, se artikel 11.2.

²⁹ Försäkringskassans vägledning 2004:8 *Familjeförmåner*, s. 13.

6 EU-domstolens senaste praxis

I målet C-382/13 *Franzen* m.fl.³⁰ fick EU-domstolen återigen ta ställning till frågan om lagvalsreglernas tillämpning och den icke-behöriga statens skyldigheter. Målet gällde flera personer, bl.a. en kvinna som var bosatt i Holland och som arbetade som hårfrisörska 20 timmar i veckan i Tyskland. Hon nekades barnbidrag från Holland, med hänvisning till att hon omfattades av tysk lag enligt förordningens lagvalsregler. Enligt holländsk lagstiftning utestängs personer som omfattas av lagstiftningen i en annan medlemsstat från tillämpningsområdet för lagstiftningen. Det kan konstateras att bestämmelsen påminner om den ovan beskrivna svenska regleringen i 4 kap. 5 SFB. Problemet var dock att Franzen arbetade så pass lite i Tyskland att hon endast var försäkrad för olycksfall i arbetet där. Någon rätt till barnbidrag fanns således inte där. Hon hade alltså verkligen hamnat i en ogynnsam situation genom att utnyttja den fria rörligheten: hon förlorade sitt försäkringsskydd i hemlandet utan att få motsvarande skydd i det nya arbetslandet.

Målen gällde också två personer bosatta i Holland och som utfört begränsat arbete i Tyskland. Deras pensionsbelopp sänktes då de stått utanför holländsk försäkring under tiden de arbetat i Tyskland. I likhet med Franzen var de dock endast försäkrade för olycksfall i arbetet i Tyskland.

Frågan var om Holland i ljuset av primärrätten kunde neka förmåner på den grunden att en annan stats lagstiftning var tillämplig.

Generaladvokaten ansåg i sitt förslag till avgörande att en nationell bestämmelse som utestänger personer som enligt unionsrätten omfattas av lagstiftningen i en annan medlemsstat i princip är förenlig med EU-domstolens praxis. Även om det inte rädde något tvivel om att tysk lagstiftning var tillämplig i fallet var dock den totala avsaknaden av socialt skydd för de berörda personerna enligt generaladvokaten i strid med artiklarna 45 och 48 i EUF-fördraget. Generaladvokaten föreslog därför att tillämpningen av arbetslandets lag tillfälligt borde skjutas upp och att bosättningslandets lag ska tillämpas så länge personerna endast har ett så pass begränsat försäkringsskydd i arbetslandet.³¹

EU-domstolen hänvisade istället till sina domar i *Bosmann*- och *Hudzinski/Wawrzyniak*-fallen och konstaterade att dessa domar hade utgjort undantag från principen om endast en tillämplig lagstiftning. I Franzens situation var rätten till förmåner i Holland, precis som i *Bosmann*-fallet, enbart grundad på

³⁰ C-382/13 *Franzen m.fl.*, EU:C:2014:2190.

³¹ Generaladvokat Szpunars förslag till avgörande av den 10 september 2014, EU:C:2014:2190.

bosättning. Vidare var det, liksom i *Bosmann*, omständigheter som gjorde att någon rätt till förmåner inte fanns i det land som förordningen pekade ut som behörigt. I *Bosmann*-fallet var det barnens ålder som hade hindrat utgivande av förmåner från arbetslandet, i Franzens fall var det att hon arbetade för lite. Domstolen konstaterade att det inte fanns något hinder för bosättningslandet att utge förmåner i en situation som den förevarande. Man besvarade dock inte uttryckligen den i målet ställda frågan, nämligen om EU-rätten utgjorde hinder mot en bestämmelse som den holländska, som uteslöt personer som omfattades av ett annat lands lagstiftning.

7 Avslutade reflektioner

Efter EU-domstolens senaste avgörande kvarstår alltså frågeställningen som uppstod efter *Hudzinski/Wawrzyniak*, nämligen om den icke-behöriga staten är skyldig att utge förmåner eller om en nationell bestämmelse som den holländska, eller för all del den svenska, kan upprätthållas. EU-domstolen förefaller i målen *Franzen m.fl.* vilja mildra betydelsen av *Hudzinski/Wawrzyniak* genom att sammanfatta dessa domar enligt följande: "EU-domstolen erkände däri att en medlemsstat, som inte var behörig enligt bestämmelserna i avdelning II i denna förordning men inom vars territorium en migrerande arbetstagare har utfört tillfälligt arbete och varit obegränsat skattskyldig till inkomstskatt, har *befogenhet (min kurs.)* att bevilja barnbidrag som kompletterar barnbidraget från bosättningsstaten."³²

Enligt min uppfattning får domarna dock anses innebära att i vart fall en proportionalitetsprövning krävs av villkor som exkluderar personer från rätten till förmåner i den icke-behöriga staten, om de egentligen uppfyller kraven som sådana (t.ex. bosättningsvillkor).³³ HFD prövade i det svenska fallet villkoret i 4 kap. 5 SFB utifrån detta och den holländska domstolen i *Franzen*-målet tvekade på samma sätt över en liknande holländsk bestämmelses förenlighet med EU-rätten.

Det är inte förvånande att problemen kring att fastställa behörig lagstiftning har uppkommit just i förhållande till familjeförmåner, som ju grundas på bosättning (solidaritet) snarare än intjänande. I såväl *Bosmann* som *Franzen*-målen kan det framstå som märkligt att personerna enbart på grund av förordningens lagvalsregler skulle fråntas förmåner som de faktiskt kunde få

³² P.61 i mål *Franzen m.fl.*, EU:C:2014:2190.

³³ Renny, "The emergence of a parallel system" 1221, Y Jorens och F Van Overmeiren, "General principles of coordination in Regulation 883/2004" (2009) 1–2 *European Journal of Social Security* 75.

tillgång till enligt bosättningslandets interna regler. Detta samtidigt som lagvalsregeln inte hjälpte dem att få några förmåner i arbetslandet, då nationell lagstiftning där innehöll villkor som hindrade utbetalning. Det kan dock konstateras att domstolen tidigare godtog ett sådant resultat. Frågan om tillämplig lagstiftning kommer att försätta vara problematisk så länge EU-domstolen inte förtydligar huruvida den icke-behöriga staten har en rättighet eller i vissa fall en skyldighet att bevilja förmåner.

Det har tidigare varit oklart om skyldigheten isåfall bara gäller i förhållande till familjeförmåner eller även i förhållande till andra eventuella förmåner som skulle kunna utges enligt den icke-behöriga statens interna lagstiftning.³⁴ I *Franzen*-målet tillämpade EU-domstolen ett motsvarande resonemang i förhållande till förmåner vid ålderdom. Ett sådant mer vidsträckt tillämpningsområde får stor inverkan på länder med universella socialförsäkringssystem.

I en artikel från år 2000 föreslår Christensen/Malmstedt en uppdelning vad gäller lagval mellan arbetsbaserade förmåner och solidaritetsförmåner. De senare, vari bland annat de flesta familjeförmåner ingår, borde enligt författarna utges från bosättningslandet snarare än arbetslandet.³⁵ Den rättspraxis som utvecklats i EU-domstolen vad gäller tillämplig lagstiftning under senare år visar att de var något på spåren.

³⁴ Jorens och Van Overmeiren, "General principles" 75f.

³⁵ Christensen och Malmstedt, "Lex loci laboris versus lex loci domicilii" 103ff. Se även Shoukens och Pieters "The rules within Regulation 883/2004" 104f, som också påpekar problematiken med att en och samma princip, lex loci laboris, tillämpas för alla typer av förmåner.

HÅKAN HYDÉN

FRÅN DEN NYA ARBETSRÄTTEN TILL DEN NYA ARBETSMARKNADEN

1 Vad kännetecknar arbetsrätten?

1.1 Vad handlar arbetsrätten om?

För 20 år sedan skrev jag en artikel ”Vad kommer efter lönearbetsrätten” där jag förutspådde att det arbetsrättsliga regelsystemet skulle komma att förändras och så småningom ersättas med nya normer för reglering av arbetet i takt med att den industriella modellens fabriksorganisation ersätts med andra former för produktion, distribution och konsumtion¹. Det finns inget som motsäger den hypotesen idag. Tvärtom har den förstärkts. Jag vill i detta bidrag återvända till denna problematik. Inledningsvis kommer jag att repetera en del av de utgångspunkter som gavs i den nämnda artikeln.

För att förstå arbetsrättens uppgift i ett framtida perspektiv måste man sätta in den i dess historiska och funktionella sammanhang. Den kommersiella revolutionen på 1100-talet bidrog till att särskilja konsumtion och produktion från varandra, vilket medförde upprättandet av yrkessammanslutningar mellan städernas hantverkare, dvs. skråväsendet. Vår moderna arbetsrätt härrör och har en nära koppling till ”den industriella revolutionens” fabriksorganisation och lönearbetet som modell för utförandet av arbete i samhället. Denna modell är en förlängning av 1100-talets kommersiella samhälle där domänen konsumtion reducerades till att enbart gälla lönedelen (köpkraft) och domänen produktion reducerades till att enbart gälla arbetsdelen (arbetskraft). Den industriella revolutionen och urbaniseringsprocessen under 1700-talet resulterade i nya boendeformer där arbetsplatsen inte längre utgjorde en integrerad del av bostaden. Genom industriella arbeten fokuserades den arbetsintensiva insatsen till fabriken tillsammans med övriga lönearbetare. Den nya arbetsformen skapade behovet (när antalet lönearbetare blivit tillräckligt många) av en viss organisering för lönearbetarna i syfte att kunna hävda sina rättigheter på arbetsplatsen.

¹ H. Hydén, ”Vad kommer efter lönearbetsrätten”, *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, 1996.

Detta organiseringsbehov medförde att fackliga sammanslutningar bildades som intresseorganisationer för de anställda lönearbetarna. I själva lönearbetet finns en inneboende strukturell motsättning. Människan betraktas i sin egenskap av arbetskraft som en produktionsfaktor som det följaktligen är legitimt att anlägga effektivitetskriterier på, dvs. sätta ett pris på, med utgångspunkt från det ekonomiska systemets logik. Innebörden av denna logik är att arbetsinsatsen skall kunna maximeras samtidigt som arbetskostnaden minimeras. Denna process bör även utföras på kortast möjliga tid och med minsta möjliga bortfall, där också produktens kvalitet är av högsta prioritet. Det ekonomiska systemets legitima krav på den s.k. produktions-effektiviseringen tenderar att komma i konflikt med det sociala systemets lika legitima krav på att arbetstagaren skall fungera socialt, vara frisk och ekonomiskt kunna försörja sig och familjen.²

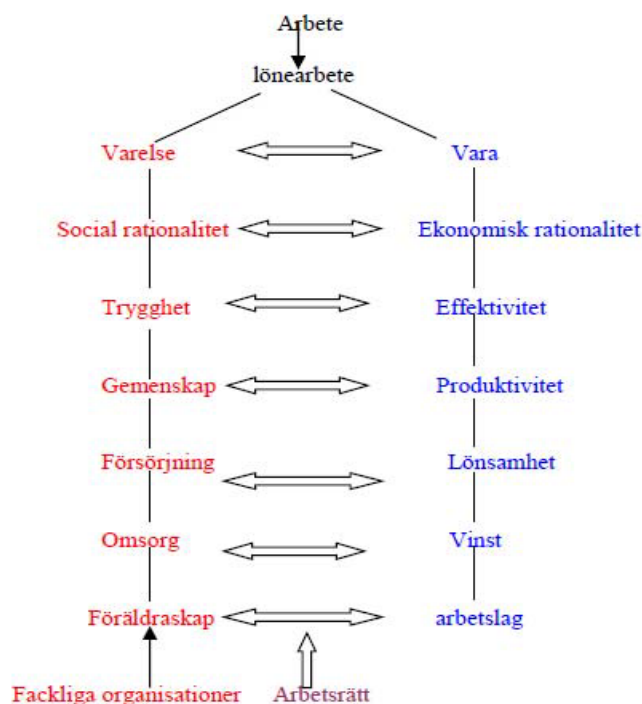
Det föreligger en strukturell motsättning mellan de krav som det ekonomiskt determinerade lönearbetet ställer och det sociala livets utformning. Denna motsättning har under hela industrialismens historia vållat politiska motsättningar. Rättssystemets utmaning är, i detta avseende, att genom intervenerande regler lösa denna konfliktfyllda situation. Arbetskraften kan beskrivas som, å ena sidan, en ekonomiskt determinerad vara³ och, å andra sidan, en social varelse med särskilda behov och förväntningar. Dessa två komponenter skapar en ofrånkomlig motsättning mellan den sociala och ekonomiska rationaliteten, vilken manifesterar sig i oförenliga krav på individerna som bärare av arbetskraften i konkreta situationer.⁴

Denna motsättning har efter hand medfört en rad rättsliga regleringar för att underlätta det ekonomiska systemets rationalitet, när denna hotats av obstruktioner från individer med utgångspunkt från det sociala livets rationella överväganden. Här ligger arbetsrättens främsta uppgift i att utgöra en balanserings- och kompromissökande mekanism i motsättningen mellan arbetskraften som vara respektive varelse. Arbetsrättens funktion, enligt modellen, blir att lindra motsättningens effekter genom att förstärka de sociala och humanitära aspekterna på arbetskraften och därmed utgöra en kontrast till det ekonomiska systemets rationalitet. Se figuren på nästa sida.

² H. Petersen, *Informell Ret på Kvindearbejdspladser*. (København, Akademisk forlag, 1991).

³ Nationalstatens socio-ekonomiskt betingade kostnader som läggs på lönen (arbetsgivaravgifter, skatter, etc) har gjort arbetskraften dyr som vara, dvs. sänkt efterfrågan, vilket i sin tur har fungerat som motor för den tekniskt betingade rationaliseringen av arbetet.

⁴ A. Christensen, "Lönearbetet som samhällsform och ideologi", i Lorentz Lyttkens, *Sociala värderingsförändringar*, (Stockholm, Sekretariatet för framtidsstudier, 1983).



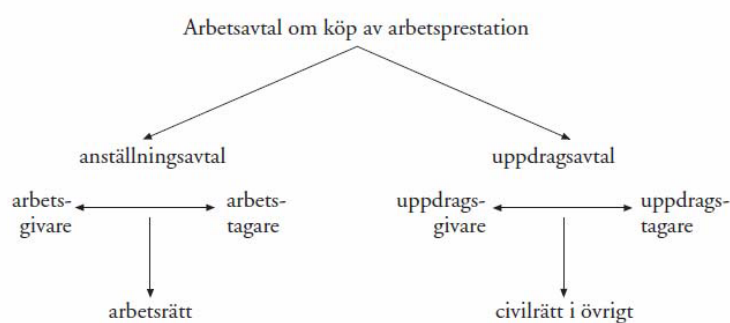
Utgångspunkten för de arbetsrättsliga reglerna i ett rättssystematiskt hänseende utgör själva arbetsavtalet, dvs. köpet av arbetsprestation. Arbetsrätten har ursprungligen varit en del av civilrätten. Precis som andra delområden av civilrätten har den vuxit fram kring ett särskilt avtalsförhållande, nämligen förhållandet mellan arbetsköpare och arbetssäljare. Avtalsförhållandet som syftat till att reglera köp och försäljning av arbetsprestation mellan arbetsgivare och arbetstagare har gett upphov till ett särskilt regelsystem på samma sätt som köp av lös egendom är föremål för särbehandling inom köprätten, försäkringsavtalen regleras inom försäkringsrätten.⁵

Anställningsavtalet är den avtalstyp som har den i särklass största rättsliga överbyggnaden. Dessa regler är dessutom till stor del tvingande, vilket skiljer dem från andra avtalsområden där reglerna är dispositiva och spelar rollen av kompletterande och rådgivande föreskrifter. Arbetsrätten har till skillnad från

⁵ H. Hydén, *Arbetslivets reglering*, (Lund, Studentlitteratur, 1985), s. 34.

regleringen av andra avtalsområden karaktären av att vara intervenerande och styrande och inte enbart att vara spelregler för samhandlande på en marknad.

Ett utmärkande kännetecken för den arbetsrättsliga lagstiftningen är den successiva tillväxten av regler, vilket hänger samman med det sätt på vilket köpet av arbetsprestation gestaltar sig och hur den politiska/fackliga konjunkturen sett ut. Avtal om köp av arbetsprestation kan ta sig två rättsliga uttryck i enlighet med följande figur



Enskilda arbetsavtal brukar ur ett juridiskt perspektiv delas in i två huvudkategorier, anställningsavtal och uppdragsavtal. Den främsta skillnaden mellan dessa avtal är att anställningsavtalet är mer ingående reglerat än uppdragsavtalet. Det finns helt enkelt fler regler som påverkar anställningsavtalet i jämförelse med uppdragsavtalet. Anställningsavtalet är ett ofullständigt arbetsavtal som inte reglerar mellanhavandet mellan arbetstagaren och arbetsgivaren fullt ut och därför måste kompletteras med regler utifrån. Lönearbetet regleras av anställningsavtalet och dess rättsliga påbyggnader.

Uppdragsavtalet däremot kännetecknas av att parterna genom avtalet tar ställning mer eller mindre beroende på avtalsområde till det totala mellanhavandet. I uppdragsavtalet regleras de frågor som hör till köp och försäljningen av arbetsprestationen, såsom vad som skall utföras, tidpunkten för arbetets utförande, vem eller vilka som skall utföra arbetet, på vilket sätt detta skall ske samt till vilket pris som skall utgå för arbetet. I den mån reglering saknas bestämmer uppdragstagaren i dessa fall. Det är uppdragstagaren som har den slutgiltiga bestämmanderätten och i flertalet fall låter man uppdrag-

stagaren ta beslut i det fortlöpande arbetet.⁶ I dessa fall förskjuts regleringen från arbetsrätt mot associations- och skatterätt.

Ett typexempel på ett uppdragsavtal med fullständig karaktär är t ex entreprenadavtal inom byggnadsbranschen. Dessa kännetecknas i allmänhet av en ingående reglering av de frågor som hör köpet och försäljningen till gällande arbetsprestation. Men uppdragsavtal kan också avse en speciell arbetsuppgift som pågår under lång tid. Detta är något som inträder i takt med att produktionen av varor mer och mer går över till att handla om köp av tjänster, något som är påtagligt inom den s.k. IT-branschen, dvs. köp av digitala system. Till och med i tillverkningen av industrisamhällets främsta symbol, bilen, förändras förädlingsvärdet successivt till att innehålla mer och mer av digitala tjänster på bekostnad av mekaniska. Detta gäller såväl den slutliga produkten som själva tillverkningsprocessen. Skillnaden mellan anställnings- och uppdragsavtalet består ursprungligen i att parterna i samband med uppdragsavtalet överblickar och reglerar den totala arbetsprestationen, medan parterna i anställningsavtalet i princip endast tar ställning till att arbete skall utföras av den ena parten mot ersättning.⁷ Vid försäljning av digitala tjänster får även uppdragsavtalet delvis samma karaktär i samband med köp av arbetsprestation. Det går inte att från början specificera arbetsprestationen, varför uppdragsavtal i dessa sammanhang ofta löper över lång tid.

De närmare villkoren i samband med anställningsavtal för såväl ersättningsstorlek som arbetets utförande lämnas oreglerade. Anställningsavtalet är i den meningen ett avtal som lämnar in blanco rätt för den ena parten, arbetsgivaren, att begära att arbete utförs för dennes räkning. Det är orsaken till själva behovet av särregler för anställningsavtalet. Det är också det som är grunden för synen på arbetstagaren som en svagare part och arbetsrätten som en skyddslagstiftning.⁸

Vi kan summera den arbetsrättsliga regleringens utveckling på följande sätt. Den är knuten till industrisamhällets framväxt. Arbetsrätten är en överbyggnad på en speciell typ av avtal, anställningsavtalet, som i grunden är ett civilrättsligt avtal. Den inleddes genom intervenerande regler i syfte att förebygga social oro, vilket hängde samman med den s.k. sociala frågan i slutet av 1800-talet. Arbetsrätten etablerades genom införande av kollektiva spelregler om förenings- och förhandlingsrätt, om kollektivavtal och om ett partssammansatt, konfliktlösande organ, Arbetsdomstolen. Den spädde på i slutet av 1970-

⁶ Ibid. s. 40 f.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid. s. 41.

talet med en mängd lagar, den nya arbetsrätten. Det är den som präglar den nuvarande arbetsrättsliga regleringen. Dessa lagar innehöll dels skyddsregler och dels inflytande- och medbestämmanderegler av olika slag. Det ledde till en omfattande rättslig överbyggnad på anställningsavtalet. Det gick så långt att krav restes på inrättande av en särskild arbetsbalk.⁹

Denna utveckling har lett till att arbetsmarknadens spelregler har blandats upp med sociala hänsynstaganden av olika slag, rätt till ledighet, till anställningsskydd, etc¹⁰. Vi kan således konstatera att ekonomi och sociala hänsyn skall beaktas på en och samma gång i arbetslivets beslutsprocesser. Genom lagen om facklig förtroendeman (SFS 1974:358) infördes dessutom skyldigheter för arbetsgivaren att vara med och bekosta den fackliga verksamheten på arbetsplatsen. Ett annat drag i arbetsrätten är att den innehåller politiska inslag i form av reglering av beslutsformerna. Ekonomi och politik flyter på detta sätt samman i den arbetsrättsliga regleringen.

2 Konkurrerande bilder av arbetslivet och samhällsutvecklingen

Den framlidne amerikanske filosofen Kenneth E. Boulding sade att ”one can identify at least four types of systems in which some statements of the future are possible. I am tempted to name these ... as planets, plants, plays, and plagues.”¹¹ *Plays* är människans värld, *plants* naturen, *planets* makrokosmos och *plagues* mikrokosmos och naturkatastrofer. Enligt Boulding uppvisar alla system en regelbunden ordning – och är därför förutsägbara – förutom rena katastrofer. Människans värld, och de sociala system människan skapar, utgör inget undantag. Svårigheten ligger i att finna mönster och rytm.

2.1 S-kurvan

Vår senaste civilisation i Europa, marknadssamhället, har utvecklats i S-formade *produktlivscykler* – vågor eller eror – vilka motsvarar de biologiska stegen födelse, uppväxt, mognad och nedgång för att till sist nå död och förruttelse¹². Modeller av detta slag beskriver naturligtvis inte verkligheten i

⁹ Bl.a. av professorn i arbetsrätt, f d chefsjuristen på LO, Sten Edlund.

¹⁰ A. Christensen, *Social rättvisa i en modern marknadsekonomi: en ny historisk kompromiss*, Brevskolan, Stockholm, 1992.

¹¹ E. Boulding & K.E Boulding, *The Future, Images and Processes*, (Thousand Oaks, California, Sage Publications, 1995), s. 40.

¹² Denna teori har utvecklats av Anders Ewerman och finns beskriven i A. Ewerman, *Marknaden 1000 år – Fem eror i Europa* (Falun, Scandbook, 1996). Se även A. Ewerman & H. Hydén, *IT & Social förändring*, (Byggeforskningsrådet, Stockholm, 1997). Den fortsatta framställningen av S-kurvorna bygger på Ewermans framställning.

detalj. Deras uppgift är att vara det rättesnöre mot vilka avvikelser kan uppfattas och analyseras.

Era	Start	Slut	Kärnteknologi
Köpmaneran	1010	1343	Vatten- & vindkraft
Handelshuseran	1286	1510	Klockan & finmek.
Maskineran	1447	1776	Tryckpress & grovmek.
Industrieran	1712	1991	Ångkraft & el
Informationseran	1948–		Digital teknik

Tabell 2.1 *Marknadssamhällets eror.*

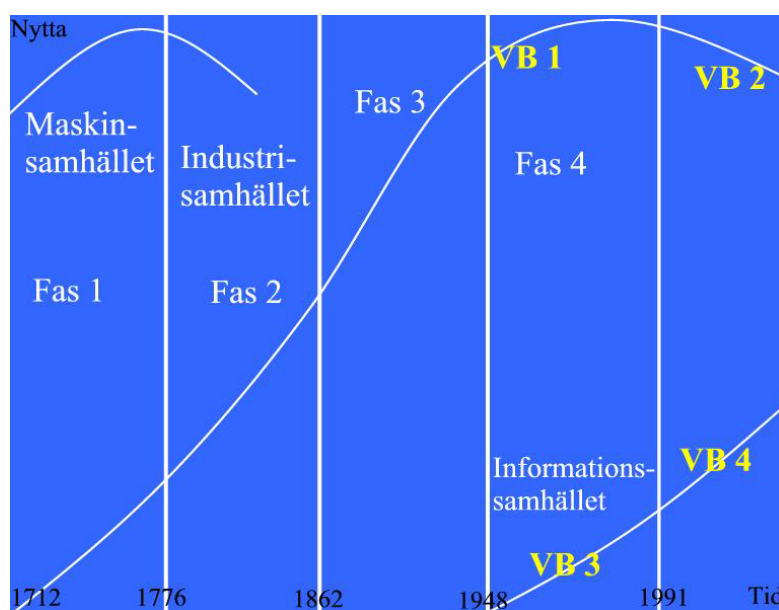
Även marknadssamhällets eror uppvisar samma biologiska utvecklingsmönster, som stegen inom erorna. Under köpmaneran utvecklades de tekniska förutsättningarna, under handelshuseran de sociala, under maskineran de ekonomiska och slutligen under industrieran de politiska. Om vi tänker oss att den på marknader baserade civilisationen var till ända 1991 och att en ny civilisations tekniska förutsättningar började utvecklas runt 1712, så utgör informationseran denna nya civilisations sociala utvecklingssteg. Marknadssamhället föregicks av Europas kristnande – den mentala homogenisering som senare utgjorde grunden för marknadssamhällets fysiska homogenisering. Civilisationsprocessen kan i analogi med detta idag förväntas styra mot en ny långsiktig mental utvecklingsperiod.

Ett S-kurvedigram kan på samhällsnivån anges axlarna *nytta* och *tid*. Initialt är den totala nyttan låg, men marginalnyttan är positiv och växande, den psykologiska drivkraften att förnya dominerar scenen. Successivt ökar den totala nyttan och marginalnyttan avtar, varvid intresset för ”helt nya tekniska lösningar” falnar. Förvaltning och förbättring av det som redan är – ”mer av samma” – sätts före utvecklingen av ”nya ting”. Avslutningsvis blir marginalnyttan negativ, vilket innebär att ”ju mer som görs, desto sämre blir det”, eller annorlunda uttryckt ”man får ut mindre än man stoppar in i processen”.

När en våg är på väg ned, är nästa på väg upp. En tudelning inträffar – de etablerade verksamheternas fall påskyndas när en ny vågs ordning används inom ramen för den gamla, något som inte minst gäller i den politiska världen – där den etablerade politiska ordningen inte förmår att formulera nya ”spännande” mål.¹³

¹³ Jfr J. Gimpel, *The Medieval Machine*, (London, Pimlico 1992), s. 243.

I marknadssammanhang behövs en ringa reklaminsats för varor och tjänster när marginalnyttan är växande och positiv. När marginalnyttan börjar avta behöver produktinformation göras på konkurrensutsatta marknader. Vid negativ marginalnytta behövs ”hur mycket reklam som helst” – och *upplevd* nytta sätts före *verklig* nytta. Se följande figur:



All utveckling i människans samhälle åstadkommes av människan själv. Vi människor är behovsmässigt lika samtidigt som vi är idémässigt olika, däri ligger fröet till all förnyelse. Olika ”typer” av människor är förebilder, eller ”idoler”, under olika skeden i utvecklingen – *uppfinnaren*, *entreprenören/innovatören*, *administratören* och *profitören*. Tongivande aktörer finns på alla samhällsliga spelfält, inte bara på det teknoekonomiska utan även på det sociala och politiska. Uppfinnaren är den initiativrike nyskaparen som är beredd att ta risker. Entreprenören ser till att uppfinningen blir marknadsmässig och innovatören att den blir produktionsmässig. Administratören har sin

glansperiod när den lokala marknaden är mättad och ”export och volym” behövs för en fortsatt expansion av ett företag. I slutskedet, när monopol föreligger, kliver affärsmannen in på arenan och kammar hem den slutliga vinsten.

Den ledande ”idolen” bestämmer sin tids ”historiesyn”. En uppfinnare ser på historien på sitt sätt och en affärsman på sitt. När en våg övergår i en annan rymmer samhället dessa två tongivande och konkurrerande ”idolgrupper” samtidigt. Det är något som kännetecknar vår tid. Avståndet mellan dem vad gäller *världsbild* är så maximal den kan bli. Affärsmännen, eller *de etablerade*, anser sin främsta uppgift vara att bevara *det gamla* så länge som möjligt och att förhålla uppkomsten av *det nya* så länge som möjligt. De ger uttryck åt sin rädsla för förnyelse genom sin ständiga strävan att ”återställa ordningen”.

3 Vad kännetecknar de olika mentala bilderna av samtiden?

3.1 *Världsbild 1 – Det hyperindustriella samhället*

Denna världsbild omfattar tidsperioden 1948–1991 – (a) ”de stora undrens tid” fram till 1968/73 och därefter (b) ”avtagande avkastning” med en vidhängande ekonomisk omstrukturering. Det är här som politiken går över från fördelningspolitik, etablerandet av välfärdsstaten till att mer och mer handla om krishantering. Den nya arbetsrätten som infördes under 1970-talet är ett uttryck för detta. Första rösten mot en överexploatering av miljön höjdes av Rachel Carson i *Silent Spring*, 1962 och mot en överproletarisering av människan av E.F. Schumacher i *Small is beautiful – a study of economics as if people mattered*, 1973. Den industriella kapaciteten växte genom automation, samtidigt som marknaderna började bli mättade. Utbudet översteg efterfrågan och situationen förvärrades av att fördelningsproblem uppstod, när de traditionella producent/konsument- och pris/lönekarusellerna hamnade i obalans. Bidrag kom att för många ersätta löner, upplåning ersatte skatteintäkter, etc.

3.2 *Världsbild 2 – Det postindustriella samhället*

Det postindustriella samhället inträdde efter 1991 och dess främsta kännetecken är ”förruttelse” i stor skala – dvs. den hyperindustriella optimismen förbyttes i en lika kraftfull pessimism. Destruktion är en stor fråga – miljödöd, växthuseffekt, farliga ämnen, farlig mat, kretslopp och återvinning. All planering går ut på ökad volym – att försöka sälja än mer av de system-

produkter som redan finns såsom nya telefoner, nya hushållsprodukter, nya bilar, etc. Tron på ett massöverflöd förbyts till tron på en massknapphet när det offentliga sociala skydds nätet urholkas allt mer. Massarbetslösheten breder ut sig och när skydds nätet behövs som bäst, finns det inte. Den gamla storskaliga massindustrin bäddar för sin egen undergång – för varje investerad krona i effektivare maskiner försvinner köpkraft för två. Arbetslösa konsumenter är inga bra konsumenter. Ju mer som görs, desto sämre blir det. Anna Christensen skrev redan 1983:

Konflikten mellan teknik och sysselsättning avslöjar den inbyggda motsättningen mellan lönearbetet som produktionsform och social ordning. Lönearbetets rationalitet som produktionsform består i att det minskar behovet av mänskligt arbete och därmed kommer lönearbetet förr eller senare att upphäva sig självt som social ordning.¹⁴

3.3 Världsbild 3 – Det preinformationella samhället

Det preinformationella samhället föddes symboliskt 1948, transistorns födelseår. Det uppträder således parallellt med världsbild 1 och det hyperindustriella samhället. Den transistoriserade datorn (elektroniska) blev några år senare en kommersiell produkt – IBM 709T. Hela datortekniken är en kärnteknologi – dvs det behövs datorer för att göra nya och bättre datorer. Runt Bell Laboratories på USAs västkust och runt IBM och Harvard på östkusten växte företag, som experimenterade och tillverkade elektronik, som svampar ur jorden.

De jobb som skapades inom det nya dator- och mediatekniska området saknade tidigare motsvarighet och bemannades därför av amatörer. År 1896 skapade upptäckten av en rik guldfyndighet vid Klondyke River i Kanada en guldrush som gått till historien. På samma sätt skapade den första i datorsammanhang användbara processorns tillkomst, Intel 8080, en ”guldrush” till Silicon Valley. Den uppfinnarboom som följde beskrevs som något magiskt och kultbetonat, som en religiös rörelse. De första persondatorbyggarna beskrevs som envisa, intelligenta enstöringar som utvidgade människans mentala gränser in i en hittills okänd värld och som stod i förbindelse med Gud var skapare, en bild som både lockade och förskräckte.

¹⁴ A. Christensen, ”Lönearbetet som samhällsform och ideologi”, s.14.

3.4 Världsbild 4 – Det informationella samhället (fas 2)

År 1991 flyttade persondatorn in i folkhemmet – ”datorålderns” genombrottsår. Nu hade den blivit så kraftfull att den kunde skötas av kreti och pleti utan några större förkunskaper, dvs den hade blivit ett arbetshjälpmedel – det mest effektiva i vår historia. Samtidigt blev inte bara de sista århundradenas industrisamhälles utan det sista årtusendets mekaniska tankevärld otillräcklig. Idag reorganiseras våra kardinalinstitutioner efter de nya ”elektroniska” principerna. Skiftet av värdebärare är fundamentalt. Elektroniksamhällets mjukvaror håller på att ersätta industrisamhällets hårdvaror och en ny tillväxt i ekonomin, baserad på dessa nya värdebärare, tar vid. Potentialen är enorm och i spåren följer en helt ny social ordning som vi ännu inte sett utvecklas, men som vi kan ana oss till. Denna kommer att i högsta grad inbegripa arbetslivets reglering. Industrisamhällets klassmodell ”fabriksägare & fabriksarbetare” byts mot ”informationsägare & informationsarbetare”.

Hela den hyperindustriella nomenklatur som styr vårt tänkande det sista halvsekle kommer att gå i graven, samtidigt som en ny nomenklatur växer fram. Dagens politiska partistruktur, toppen på det industriella isberget, smälter bort och sökandet efter nya politiska mål blir en kärnfråga framöver. I det informationella samhället återförenas arbete och fritid och personliga relationer blir åter betydelsefulla, varvid fördelningssamhället överges och försörjningssamhället kommer åter. Så ser en rimlig prognos ut beträffande samhällets och arbetslivets utveckling givet de mönster som samhällets utveckling uppvisar över tid enligt ovan förda resonemang.

4 Vad för de olika världsbilderna med sig i fråga om synen på arbetsrätten?

4.1 Världsbild 1

Världsbild 1 motsvarar i stort sett den arbetsrättsliga utveckling i det avsnitt som kortfattat beskrivits ovan. Det var under denna tid som sedermera ”den nya arbetsrätten” växte fram. Denna utveckling hade för övrigt sina motsvarigheter på andra håll i den industrialiserade världen fast med viss fasförskjutning beroende på hur långt den industriella utvecklingen hade nått. I de nordiska länderna är utvecklingen likartad. Reglerna införs i en tid då den ekonomiska nedgången börjat göra sig gällande, varvid det befintliga systemets legitimitet sviktar. I denna världsbild är det fackföreningarna och då i

synnerhet det centrala facket som skall vara bärare av rättigheter av olika slag. Detta gäller i första hand inflytandefrågorna men gör sig också gällande i fråga om skyddslagstiftningen.

Det finns nog inget annat lagstiftningsområde där överensstämmelsen mellan lagen på papperet och i verkligheten, dvs. tillämpningen, varit så hög som under världsbild 1 glansdagar. Varje facklig organisation med självaktning hade sina egna förbundsjurister som skickligt bevakade lag- och avtalsregleringen. Därtill kom att utbildningsnivån i dessa frågor var hög hos ombudsmannakåren inom de fackliga organisationerna. Rättsliga frågor drevs, även om man allt som oftast använde rätten för att köpslå sig till lösningar av olika slag.¹⁵

4.2 Världsbild 2

I världsbild 2 har uppbyggnaden av det gamla systemet i en ny mångfald börjat. Det visar sig i att man börjar tumma på de regler och principer som tidigare byggts upp. Visserligen återfinns här exempel på s.k. återställarpolitik, dvs. att de nedskärningar på arbetsrättens område som en borgerlig regering infört har en socialdemokratisk regering sedermera återfört, såsom t ex när det gäller turordningsreglerna i samband med uppsägning på grund av arbetsbrist, men det finns exempel på uppluckringar av arbetsrättsliga regler som varit bestående och vilka kan ses som uttryck för en förändrad världsbild. Här kan hänvisas till den förändrade synen på uthyrning av arbetskraft enligt lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och som också manifesterar sig i förändringen av 38 § medbestämmandelagen om fackligt veto. Andra exempel utgörs av förändringarna i bestämmelserna om visstids- och provanställning som med åren blivit mer liberala.

4.3 Världsbild 3

Vi har i detta stadium förskjutit fokus från industrisamhället till informations-samhällets gryende strukturer. Under den första fasen av teknisk utveckling är det denna i sig som tilldrar sig uppmärksamhet och påverkar den arbetsrättsliga regleringen. Genom IT möjliggörs t.ex. för allt fler att arbeta hemma. Vi får en ny företeelse i form av distansarbete och hemarbete, vilket innebär att arbetstagare utför hela eller en del av sina arbetsuppgifter i bostaden.

IT kommer i ett första skede till användning inom industriproduktionen,

¹⁵ H. Hydén, *Arbetslivets reglering*, (Lund, Studentlitteratur, 1985), kap.3.

där den ersätter manuella operationer med ökad grad av automation. På detta sätt kommer såväl själva produktionen som dess administration att påverkas. Industriprocesser kan styras och göras oberoende av mänsklig arbetskraft, fysiskt. Människans roll förskjuts från att ”göra” till att ”styra”. På samma sätt kan information lagras i stora system som rationaliserar bokföring, personaladministration i form av löneutbetalningar, etc. Allt detta leder till att antalet sysselsatta inom industrin successivt kommer att skalas ner på samma sätt som jordbrukets mekanisering lösgjorde arbetskraft från jordsbruksproduktionen som på så sätt kunde flytta in i städerna och stå till den framväxande industrins förfogande. Vad som är motsvarigheten idag är osäkert. Vissa tendenser kan dock urskiljas. Genom effektiviseringen av själva den mekaniska produktionen kan resurser frigöras för att förfinna produkterna i olika hänseenden. Bl.a. torde behovet av energi och förbrukningen av naturresurser i form av råvaror minska. En annan utvecklingstendens tycks vara att man förmår att i större utsträckning satsa på distribution och även låta konsumtionen vara bestämmande för vad som skall produceras. De plattformar som etablerat sig för försäljning av varor och tjänster representerar på sätt och vis en övergång från en producentstyrd till en konsumentstyrd ekonomi. Paradoxen är att det samtidigt är ett tecken på kapitalismens slutfas av ökad monopolisering representerad av den som så att säga sitter på plattformen, booking, rentalcars, Uber, Airbnb, och liknande inom ramen för den s.k. delningsekonomin. IT bidrar på detta sätt till en omstrukturering av det gamla samhällets sätt att fungera och påskyndar därmed övergången till det nya samhällets former.

4.4 *Världsbild 4*

Det gäller nu att se potentialen i den nya teknikens användningsområden. Detta för i sin tur med sig behovet av omorganisering och omstruktureringar av samhällets institutioner. Ekonomiskt kommer denna fas att innebära tillväxt även om detta inte är ledstjärnan för utvecklingen. Förnyelsen är istället driven av sociala krafter. Det är entreprenörer och innovatörer som för vidare det uppfinnarna lämnar efter sig. Det intressanta är att den nya tekniken har effekter inte bara på industriproduktionen utan också på jordbruksproduktionen. IT gör det möjligt att för första gången i människans historia på allvar ägna sig åt bioteknik. På så sätt förändras förutsättningarna för livsmedelsproduktionen radikalt. Vi tar här inte ställning till om det är önskvärt eller inte. Vad vi vet är att teknologiska utvecklingsprocesser kännetecknas av att vara irreversibla, dvs. när utvecklingen väl börjat är den i stort sett omöjlig att stoppa. Genom bioteknikens utveckling kommer de klimatologiska förutsätt-

ningarna att odla grödor att kunna utvecklas och tillväxten att snabbas upp avsevärt. Allt detta kommer att påverka arbetsorganisation och försäljning av varor och tjänster inom såväl jordbrukets som medicinens område i en riktning som kännetecknas av övergång från storskalig hantering efter fabriksmodell till mindre enheter som i större grad bygger på ökad kvalitet. Teknologikutvecklingen påverkar således framtidens arbetsliv vare sig vi vill eller inte. Det går inte att vrida klockan tillbaka även om det finns de som tyckte det var bättre förr.

I takt med att arbetslivet och arbetsmarknaden förändras kommer också krav på att arbetsrätten måste förändras. Vi är långt på väg mot en arbetsmarknad där uppdrag och kompetenser matchas mot behov i en allt snabbare takt.¹⁶ Den traditionella anställningsformen med fasta arbetsplatser och arbetstider håller på att upplösas inom flera sektorer. Distansarbete och rörliga arbetsplatser har redan under världsbild 3 blivit utmärkande för 1990- talets stora förändringar på arbetsmarknaden. Bemanningsbranschens expansion är ett ännu tydligare tecken på dessa förändringar. Arbetsmarknaden håller på att förändras i grunden. Allt fler blir frilansare och arbetar med tillfälliga "gig" istället för fasta anställningar. Och att ha flera parallella karriärer blir vardagsmat. Karaktären samt utformningen av dessa nya arbetstyper kommer framöver med stor sannolikhet bli normerande för den framtida arbetsrätten. I perspektivet av världsbild 4 visar det sig att det befintliga arbetsrättsliga regelsystemet lägger hinder i vägen för det nya sättet att producera varor och tjänster. Gapet mellan normer i arbetslivet och det arbetsrättsliga regelsystemet blir allt större. Den nuvarande anställningsskyddslagen som stiftades för över 40 år sedan tillmötesgår inte de nya kraven som uppkommer.

Fackföreningens och arbetsgivarföreningens roll vilar på den motsättning som lönearbetet ger upphov till. På en framtida arbetsmarknad kommer motsättningarna i arbetslivet inte gå mellan den som beställer och den som utför arbete utan mellan olika sektorer av arbetsmarknaden. Det kan tänkas leda till att karaktären på intresseorganisationerna skiftar till yrkes-sammanslutningar bestående av de nya "hantverkarna" som sluter sig samman i olika nätverk som fördelar uppdragen. De etik-kommittéer som växer upp inom olika branscher uppvisar drag av de gamla skråordningarna. Det tycks vara så att gamla rättsinstitut blir som nya i den cykliska utvecklingsprocess

¹⁶ Se Temarapporten, *Den nya arbetsmarknaden*.

¹⁷ D. Hoff, *Varför etiska kommittéer?* Diss. Lunds universitet, Lund, 2004.

som samhället uppvisar. Det sociala och ekonomiska innehållet kan då vara helt annorlunda.¹⁸

5 Vad kan vi förvänta oss av arbetslivets reglering i framtiden?

5.1 Arbetsrätt i en föränderlig värld

Storbolagen har blivit alltmer globala. Det är för dessa som arbetsrätten skapats. Dessa företag kommer att ha behov av en arbetsrätt även i framtiden, framförallt en internationell arbetsrätt. Sannolikt kommer denna att vara bolagsanknuten och knuten till det speciella storföretagets interna kultur. Bolagen tar på detta sätt över nationalstatens funktion som ram för normbildningen och regelverket. Storbolagen bygger på anonymitet, Max Webers rationella byråkratiska modell¹⁹, medan småbolagen förutsätter identitet, Tönnies begrepp ”Gemeinschaft”²⁰. Småbolagen rekryterar bara likasinnade och folk som de känner. Arbetsrätten blir i detta perspektiv mer ett hinder än en tillgång. Den spelar i vart fall ingen roll. För småbolagen är det istället bolagsrätten som är av avgörande betydelse. Här kan man tänka sig att EU och den harmonisering genom enhetlig reglering av de bolagsrättsliga villkoren som man eftersträvar i detta sammanhang kommer att vara av betydelse. För den självanställda blir arbetsrätten överflödigt samtidigt som den i sin existerande form många gånger utgör ett hinder eller hot. Även socialrätten lägger hinder i vägen. Självanställning kräver därför en egen rättslig form som gör det möjligt att avtala om att arbete utförs för annans räkning utan att det sker som anställning och utan att det förknippas med företag.

Denna rättsliga form ligger mitt emellan uppdragsavtal och associationsrätt. Det krävs med andra ord ett nytt rättsinstitut som gör det möjligt för den enskilde att uppträda som en autonom juridisk person, varvid de existerande formerna, enskild firma och enmansaktiebolag, kan tas bort. Då industrisamhällets storskalighet har slagit i taket behöver vi en företagarrätt istället för en företagsrätt. Vi är på väg mot småskalighet och individuell frihet, där rätten att sköta sig själv är förebild. Behovet av individuella grundrättigheter gör sig

¹⁸ Det är detta som den österrikiska statsmannen, tillika rättssociologen, Karl Renner, visat i det klassiska verk från början av 1900-talet: K. Renner, *Institutions of Private Law and Their Social Functions*, (London 1949).

¹⁹ M. Weber, *Ekonomi och samhälle: förståendesociologins grunder. 3, [Politisk sociologi]*, (Argos, Lund, 1987).

²⁰ F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft: Grundbegriffe der reinen Soziologie*, (1887,1979).

gällande och kommer rimligtvis att aktualiseras som grundskydd för den enskilde individen.

Dagens arbetsmarknad har redan nu lämnat den tid bakom sig då den normala anställningen är s.k. fast anställning som gäller tills vidare. Idag finns en mängd flexibla arbetsformer företrädda på arbetsmarknaden. Vi har fått en ny arbetsmarknad istället för en ny arbetsrätt. Idag talar man om att vi lever i en Gig-ekonomi, dvs. arbetstagarna tar tillfälliga jobb som de tjänar pengar på. Det är dock inte en tillbakagång till gamla tiders daglönare. Ordet "gig" som har lånats från musik industrin beskriver fulländat den nya "flexibla arbetsmarknaden". I USA har denna utveckling gått långt som en reaktion på den ekonomiska nedgången och robotiseringen av lönearbetet.

Om de värden som skall ge välbefinnande i framtiden genereras någonstans mellan "småbolag" och "självanställda", ger detta vid handen att arbetsrätten kommer att minimeras och att en optimal mix av bolagsrätt och skatterätt eftersträvas. För småbolag under 50 anställda och för självanställda skulle arbetsrätten kunna undantas. Detta kan således komma att gälla även för storbolag som väljer att splittra upp sig på mindre bolag under 50 anställda. Hur går det då med alla de värderingar som idag är knutna till respektive rättsdomän? Alla efterkrigstidens invanda kollektiva begrepp som rättvisa, lika löner, etc. måste ges ett nytt innehåll. Saltsjöbadsavtalet (och -andan) var en gång en lösning av problemen på arbetsmarknaden men är numer en del av problemet. Näringslivet, nationalstaten och arbetarna bör ges samma vikt i problembilden. Ensidighet i resonemanget från respektive part försvårar en "god lösning".

Det viktiga är att regler för samexistens och koordination inte blandas med sociala hänsynstaganden. De sistnämnda bör hållas utanför regleringen av arbete. Ju mer renodlade och enklare de olika systemen blir desto bättre. Samtidigt kan man säga att ju friare reglering av arbetet, desto större anledning att av legitimitetsskäl kompensera för social utslagning. Den radikala lösningen i detta perspektiv representeras av de två extremerna, en avreglerad arbetsrätt, där vi gått från anställningsavtal till uppdragsavtal, åtföljt av någon form av system som garanterar ekonomisk grundtrygghet för individen. Ett system som genererar minst störningar i form av externa effekter och administrativa kostnader. Tendensen under kapitalismens historiska utveckling att det döda kapitalet (maskiner, robotar, etc.) växer snabbare än det levande arbete som krävs för totalkapitalets expansion eller förenklat uttryckt: färre arbetare med relativt mer utrustning producerar ännu mycket mera kapital. Ett annat använt uttryck i sammanhanget som speglar samma fenomen är *jobless growth*. Frågan är vem eller vilka som ska betala för vår välfärd när

antalet arbetare sjunker och skatteintäkter uteblir. Låt mig avslutningsvis än en gång citera Anna Christensen när hon med en klarsynthet som endast hon var mäktig formulerar motsättningen mellan lönearbetet som produktionsform och som en social ordning:

Denna konflikt kan helt enkelt inte lösas inom ramen för lönearbetarsamhället. Om man accepterar teknikanvändningen försvinner lönearbetet. Om man inte accepterar teknikanvändningen förlorar lönearbetet den särskilda produktivitet som utgör grunden för dess existens. Lönearbetet kan i längden inte överleva som en social ordning utan sin produktivitet.²¹

²¹ A. Christensen, "Lönearbetet som samhällsform och ideologi", s. 17.

ANDREAS INGHAMMAR

”DEN SISTE SKOLA BLIVA DEN FÖRSTE” –
OM 23 § LAS OCH DET UTÖKADE
ANSTÄLLNINGSSKYDDET FÖR PERSONER MED NEDSATT
ARBETSFÖRMÅGA

1 Inledning

Arbetsmarknaden och arbetsrätten är ett fascinerande forskningsområde. Här ryms ekonomiska hänsyn som drivkraft till utveckling och välbefinnande såväl som sociala och fördelningspolitiska perspektiv. Arbetsmarknaden är i ständig rörelse, yttre och inre faktorer skapar ständiga variationer och öppnar – eller stänger – dörrar för företag, grupper och individer. Det är uppenbart för alla betraktare och tillämpare att arbetsrätten rymmer och reglerar väldigt tydliga motsättningar mellan olika partsintressen, intressen som är mer eller mindre cementerade genom uppdelningen mellan arbetsgivare och arbetstagare, mellan kapital och arbete. Arbetsledningsrätt och andra arbetsgivarprerogativ respektive arbetsskyldighet har under årtionden fungerat som begreppsram för dessa tydliga motsatsförhållanden – även om en fungerande och lönsam verksamhet genomgående varit ett gemensamt, överordnat intresse för såväl arbetsgivare som arbetstagare. I betydande, för att inte säga överskuggande utsträckning, har den arbetsrättsliga lagstiftningen och rättstillämpningen i det moderna samhällsbygget kommit att utvecklas till ett skydd för dem som har anställning – ett skydd för en etablerad position.¹ Detta skydd är inte ovillkorligt eller absolut, utan avsett att utgöra ett undantag eller en balansering av arbetsgivarprerogativet att bestämma omfattning, kompetensnivå och inriktning hos de anställda inom verksamheten.

Arbetskraftsdeltagandet i Sverige är komparativt sett högt – och arbetstagares skydd i relation till anställning, inkomstbortfall vid sjukdom och föräldraskap och motsvarande måste beskrivas som starkt i ett internationellt perspektiv. Det finns emellertid personkategorier som har betydande svårigheter att ta sig

¹ Diskussionen om arbetstagare (eller socialförsäkringstagares) ”etablerade position” har förts i delar av den juridiska litteraturen i dessa termer under snart 20 år, med utgångspunkt i Anna Christensens arbeten, se vidare A. Christensen ”Skydd för etablerad position. Ett normativt grundmönster” *Tidskrift för Retsvetenskap* 1996, 519–574 och senare efterföljare.

in i den värme som den ordinarie arbetsmarknaden erbjuder. Personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga är en sådan kategori, där utanförskap och bristande delaktighet är betydande.²

I samband med införandet av lagen om anställningsskydd, LAS, i början av 1970-talet diskuterades bland annat de negativa konsekvenser den nya lagstiftningen kunde få för personer i arbetsmarknadens periferi och lagstiftaren kom då fram till dels att lagen inte skulle omfatta personer som på grund av stödbehov sysselsattes i skyddad anställning, dels att ett särskilt anställningsskydd för personer med nedsatt arbetsförmåga skulle etableras i det som kom att bli 23 § LAS. Personer med sjukdom eller funktionsnedsättning som varken krävde skyddad anställning eller som i annat fall beretts särskild sysselsättning, skulle fullt ut omfattas av det ordinarie anställningsskyddet i 7 § LAS och den turordning som följer av 22 § i samma lag. Denna uppdelning av anställningsskyddsreglerna i tre steg, i huvudsak baserat på behovet av stödåtgärder för att få och upprätthålla en anställning, har under senare år även kompletterats med missgynnandeförbudet i diskrimineringslagen (2008:567) och inte minst den koppling som finns i den lagen till krav på tillgänglighet inom arbetsgivarens verksamhet.³ Sammantaget framträder en lite oklar rättslig bild där olika ”kulturlager” av rättslig reglering ligger på varandra. Avsikten är nedan att bringa viss ordning i dessa förhållanden, med särskilt avstamp i det särskilda utökade anställningsskyddet enligt 23 § LAS. Utformningen av regeln, så här 40 år efter dess tillkomst, väcker en hel del frågor samtidigt som regelns genomslag i rättsordningen varit ganska otydligt.⁴

Motivet bakom 23 § LAS är att bereda arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga ett särskilt utökad anställningsskydd vid uppsägningar på grund av

² Ann Numhauser-Henning har under stora delar av sin akademiska karriär uppehållit sig vid personkategorier i utkanten av den traditionella kärnarbetskraften. Redan avhandlingsarbetet i början av 1980-talet behandlade vad som senare kom att kallas atypiska anställningar och särskilt hennes bok *Arbetshandikapp med rätt till arbete?* från 1988 tar upp arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga, ett ämne hon återvänt till senare i mer kondenserad form och huvudsakligen i relation till diskrimineringslagstiftningen.

³ I såväl 1999 års lag och den ursprungliga utformningen av nuvarande diskrimineringslag fanns ett uttalat och skadeståndssanktioner krav på arbetsgivaren att vidta skäligen stöd- och anpassningsåtgärder, något som även föreligger i direktiv 2000/78/EG (art 5). Sedan en ändring i diskrimineringslagen år 2015 är emellertid bestämmelsen kring anpassningsåtgärder utformad som en tillgänglighetsregel, se exempelvis S. Fransson, E. Stüber, *Diskrimineringslagen. En kommentar*, 2 uppl (Stockholm, Norstedt Juridik, 2015) 138.

⁴ Det förekommer varianter på utökad anställningsskydd i andra länder. Av särskilt intresse är det tämligen omfattande skydd som den tyska lagstiftningen innefattar. För en genomgång av denna lagstiftning, se A. Inghammar, *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland* (Juristförlaget i Lund, 2007) 236–242.

arbetsbrist i form av möjligheten att stå utanför turordningen. Personer i den skyddade kretsen undantas härigenom från turordning vid övertalighet medan personer som inte på samma sätt beretts särskild sysselsättning kan bli föremål för ordinarie turordning och uppsägning. Här uppkommer, vilket också avspeglar sig i rättspraxis, åtminstone tre, sinsemellan oberoende, konflikt-tytor. För det första handlar det om den grundläggande arbetsrättsliga motsättningen mellan arbetstagarens (här med nedsatt arbetsförmåga) behov av förutsebarhet och skydd för en etablerad position på arbetsplatsen – och i förlängningen försörjning genom förvärvsinkomst – och arbetsgivarens intresse av att utifrån verksamhetens behov välja vilka personer som bäst motsvarar behoven i verksamheten. För det andra tenderar det särskilda anställningsskyddet att ställa individer mot varandra då övertalighet och urval för uppsägning skall hanteras. Av en rad rättsfall framgår hur arbetstagare utan nedsatt arbetsförmåga och fackliga organisationer ifrågasätter, även genom rättsliga åtgärder, att arbetsgivaren tillämpar 23 § LAS vid arbetsbrist. För den enskilda individen blir turordningen en fråga om att behålla eller förlora anställningen och om en kategori arbetstagare undantas från detta urval på grund av nedsatt arbetsförmåga (eller vilka andra skäl det vara månede), får det betydelse för den enskilda arbetstagaren som alltså kan förlora sin anställning, sin etablerade position. Till skillnad från den första situationen har vi här en motsättning mellan individer eller mellan individ och kollektiv i samband med fördelningen av en begränsad resurs (anställningar i verksamheten). För det tredje kan också identifieras, vilket lagstiftaren gjort genom förarbetena till 23 § LAS, det allmännas intresse av att inte investeringar i anpassningar av arbetsmiljön för enskilda individer skall gå förlorade genom turordning och uppsägning, samtidigt som såväl arbetsgivare som andra arbetstagare kan ha intresse av att just den arbetstagare vars arbetssituation är anpassad, kan sägas upp före andra arbetstagare.

Det är dessa tre motsatspar som ger energi åt 23 § LAS och det är framför allt de två första som också är föremål för diskussionen i föreliggande bidrag. De två grundläggande frågeställningar detta bidrag avser att behandla utifrån en genomgång av tillgängliga rättskällor är följande:

- Under vilka förutsättningar *är* arbetsgivaren *skyldig* att undanta arbetstagare enligt 23 § LAS?
- Under vilka förutsättningar *kan* arbetsgivare *välja* att undanta arbetstagare enligt 23 § LAS och hur förhåller sig dessa undantag till det anställningsskydd som tillkommer andra arbetstagare hos arbetsgivaren?

För att besvara frågorna ovan tar bidraget avstamp i lagregelns rekvisit och

undersöker dessa, var för sig, i ljuset av rättskällorna. Särskilt med avseende på den andra frågan diskuteras rättsläget som det kommit att utvecklas i ett antal rättsfall sedan lagens instiftande. Inledningsvis görs emellertid också en översiktlig genomgång över de rättsliga regleringar som på olika vis avser att reglera arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning.

1.1 Bakgrunden till 23 § LAS

Motiven till att införa en tvingande lagregel om undantag från turordning vid arbetsbrist för arbetstagare som på grund av nedsatt arbetsförmåga beretts särskild sysselsättning var att inte i samband med turordning slå undan benen på sådana arbetsmarknadspolitiska åtgärder som möjliggjort anställning av en person med nedsatt arbetsförmåga.⁵ I anslutning till lagstiftningsarbetet med LAS blev även den så kallade främjandelagen (lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder utrustad med bestämmelser som syftade till arbetsmarknadsintegration av personer med nedsatt arbetsförmåga.⁶ 1970-talets lagstiftare uppmärksammade genom dessa bestämmelser de risker för exkluderande effekter ett lagstadgat anställningsskydd kunde föra med sig.

Bestämmelsen om ett utökat anställningsskydd gäller uteslutande i samband med uppsägningar på grund av arbetsbrist och är till sin konstruktion en särskild turordningsregel.⁷ Regeln har inte någon funktion i samband med företrädesrätten vid återanställning enligt 25 § LAS eller vid upphörande av visstidsanställningar utan är en ren turordningsregel.⁸ Det har i rättspraxis lyfts fram att bestämmelsen inte utgör etablerandet av ett förstärkt anställningsskydd, bara ett undantag från ordinarie turordningsregler.⁹ Detta äger sin riktighet, men det kan samtidigt noteras att det svenska anställningsskyddet vid arbetsbrist i allt väsentligt utgörs av just dessa turordningsregler eller tillämpningen av kollektivavtalade villkor för urval vid övertalighet. Att undantas från den ordinarie hanteringen innebär sålunda i praktiken en utökning av ett ”skydd”. Den ordinarie turordningen skall inte omfatta dessa personer – annat än undantagsvis. Det utökade anställningsskyddet utgör emellertid inte på något vis ett skydd mot uppsägningar. Om förutsättningarna för att upprätthålla anställningen försvinner, på grund av förhållanden hos arbetstagaren eller i arbetsgivarens verksamhet, eller på grund av att exempelvis ett ekonomiskt stöd (som lönebidrag) bortfaller, kan anställningen komma

⁵ Jfr prop. 1973:129, s. 161 och prop. 1981/82:71, s. 136.

⁶ C. Calleman, *Turordning vid uppsägning* (Norstedts Juridik, 2000) 321 f, se även A. Numhauser-Henning, *Arbetshandikappad med rätt till arbete* (Norstedts, 1988), samt Inghammar 2007, 140–145.

att sägas upp med beaktande av uppsägningstid och förhandlingsskyldighet och motsvarande.

2 Arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga, anställningsskydd och angränsande regleringar

Det är värt att uppmärksamma relationen mellan 23 § LAS och den personkrets som uppmärksammas där och undantagskretsen i 1 § LAS, som bland annat utesluter anställda med *särskilt anställningsstöd*, som är i *skyddat arbete* eller i en *utvecklingsanställning* från anställningsskyddslagen.¹⁰ Arbetstagare som ingår i undantagskretsen utesluts från LAS i dess helhet och är alltså inte föremål för särskilt anställningsskydd enligt 23 § LAS, de är emellertid alltjämt arbetstagare hos arbetsgivaren och andra regler och principer blir tillämpliga också på dessa personer.¹¹ För personer anställda inom Samhall-företagen (alltså i skyddad anställning) gäller däremot ett kollektivavtal som medför ett visst anställningsskydd.¹² Arbetstagare kan alltså inte vara såväl undantagna från LAS som föremål för reglerna i 23 § samma lag. Skiljelinjen är emellertid inte alldeles enkel att dra och avstamp tas i formen av stöd för anställningen – vilket i sin tur är, eller skall vara, kopplat till personens funktionsnedsättning och svårigheter att få en anställning på den konkurrensutsatta arbetsmarknaden. Regleringarna härför återfinns i förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga.

Arbetsmarknadsåtgärderna för integration av personer vars funktionsnedsättning ger svårigheter att inträda eller kvarstå på den konkurrensutsatta arbetsmarknad beskrivas som en steg-för-steg prövning, i vilken mer ingripande (och vanligen mer kostsamma åtgärder) endast kan komma ifråga när förutsättningarna för mindre ingripande åtgärder har uttömts, eller bedömts vara otillräckliga. Det är detta förhållande som också avspeglar sig i relationen

⁷ Se exempelvis Calleman 2000, men också prop. 1973:129, s. 160 f.

⁸ Jfr exempelvis AD 1986 nr 55 samt L. Lunning, G. Toijer *Anställningsskydd. En lagkommentar*, 11 uppl. (Norstedts Juridik, 2016) 652 f.

⁹ Jfr AD 1983 nr 94.

¹⁰ Se vidare AD 1985 nr 80 och 2005 nr 43 som berör tillämpningen av reglerna om undantagskretsen rörande personer med nedsatt arbetsförmåga och skyddade anställningar, se även Lunning, Toijer 2010, 67 f.

¹¹ Exempelvis har arbetstagare som är undantagna från LAS rätt till – åtminstone – grundläggande avtalsrättsliga rättigheter gentemot arbetsgivaren, såsom skälig ersättning för utfört arbete och rätt till skälig uppsägningstid av tillsvidarekontrakt, se vidare Lunning, Toijer 2016, 67 f.

¹² Jfr dock AD 2005 nr 43 där frågan om möjligheterna att tillämpa LAS:s regler analogivis på skyddade anställningar besvarades nekande.

mellan 1 § och 23 § LAS och som också reflekteras i de arbetsmarknads-politiska stödåtgärder för personer med nedsatt arbetsförmåga som i övrigt finns på arbetsmarknaden. I en ”fallande skala” kan man aningen schematiskt notera att arbetslivet för personer med funktionsnedsättning är reglerad på följande vis, där såväl kategori 2 som 3 (nedan) kan ha betydelse för tillämpningen av 23 § LAS.

1. Anställning för personer med funktionsnedsättning som inte påverkar arbetsförmågan regleras framförallt i den ordinarie individuella arbetsrätten. Här återfinns diskrimineringslagens missgynnandeförbud och krav på tillgänglighet, men kanske ännu viktigare 7 § LAS och kravet på saklig grund för uppsägningar, samt i arbetsmiljörätten och de krav på anpassning efter individens behov som regleras där.

2. Funktionsnedsättning som medför nedsatt arbetsförmåga men där förutsättningarna för att utan större anpassningar få eller behålla ett arbete på den ordinarie arbetsmarknaden regleras i allt väsentligt på samma sätt, men bedömningar i det enskilda fallet kan bli annorlunda om arbetsförmåga för de specifika arbetsuppgifterna inte är tillräcklig (diskriminerings- och anställnings-skyddslagstiftning samt arbetsmiljörätten).

3. Funktionsnedsättning som medför nedsatt arbetsförmåga av sådan omfattning att individen har svårigheter att få eller behålla ett arbete regleras däremot genom åtgärdsstegen i förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga genom vilken arbetsgivaren kan erhålla olika former av ersättning eller stöd från arbetsmarknadsmyndigheterna, såsom lönebidrag eller skyddad anställning. Ju längre från en ordinarie konkurrensutsatt arbetsmarknad den enskilde funktionsnedsatte står, desto mer ingripande åtgärder. Skyddad anställning (inom Samhallföretagen eller i offentlig anställning) kan sägas vara den yttersta formen för dessa åtgärder och skyddad anställning, till skillnad från anställning med lönebidrag, är undantagen från anställningsskyddslagens bestämmelser, ehuru inte *per se* från diskrimineringslagens tillämpning eller arbetsmiljölagens.

2.1 Nedsatt arbetsförmåga

Det begrepp som används för att definiera personkategorin i 23 § LAS är relaterat till arbetsförmågan och har genom förarbeten och praxis kopplats till funktionsnedsättning, även om detta inte alldeles explicit följer av lagtexten.¹³

¹³ Jfr prop. 1973:129, s. 215. – Se även Inghammar 2007, 141.

I förarbetena uttrycks att det är avgörande att arbetstagaren på grund av sitt ”handikapp fått sin arbetsförmåga nedsatt” och att han eller hon har ”svårigheter att behålla eller erhålla anställning på grund av sin nedsatta arbetsförmåga”.¹⁴ Vilken omfattning själva nedsättningen har eller vilken orsaken till nedsättning är, huruvida den är medfödd eller förvärvad, en följd av arbetsskada eller motsvarande, saknar betydelse. Inklusionskriteriet är *nedsatt arbetsförmåga*. Förståelsen av begreppet är avhängigt dels det implicita (men i förarbetena explicita) begreppet funktionsnedsättning (vid lagstiftningstillfället benämnt *handikapp*) och dels kopplingen till arbetsförmågan. Värt att notera är att även nedsättningar vars orsak snarast är av social natur, såsom socialmedicinska diagnoser, varit avsedda att kunna inkluderas i begreppet nedsatt arbetsförmåga.¹⁵ Omkring 13 procent av befolkningen i arbetsför ålder (här 16–64 år) uppger sig ha någon form av funktionsnedsättning och av dessa anger 60 procent, vilket motsvarar omkring 8 procent av befolkningen, att funktionsnedsättningen medför nedsatt arbetsförmåga.¹⁶ För den sistnämnda gruppen, alltså personer med nedsatt arbetsförmåga, är deltagandet i arbetslivet avsevärt lägre än för personer utan nedsatt arbetsförmåga,¹⁷ och det är också här arbetsmarknadsåtgärder sedan en lång tid varit aktuella. Det är viktigt att uppmärksamma att arbetskraftsdeltagandet är ojämnt fördelat mellan grupper med olika former av funktionsnedsättning och att det genomsnittliga talet inte säger särskilt mycket om personer med en specifik nedsättning. Det är inte alldeles självklart att förståelsen av begreppet nedsatt arbetsförmåga, såsom det kommer till uttryck i exempelvis socialförsäkringsbalkens 23 och 24 kapitel, kan överföras direkt till tillämpningen av 23 § LAS. Här kan finnas en viss osäkerhet. I de rättsfall som behandlats i Arbetsdomstolen har frågan om huruvida den nedsatta arbetsförmågan är kopplad till en funktionsnedsättning emellertid inte förorsakat några större bekymmer.

Arbetsdomstolen har tillämpat definitionen brett och inkluderande i dessa delar och särskilt åberopat förarbetena och kopplingen till lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder (främjandelagen).¹⁸ I rättsfallet AD 1983 nr 94 hade arbetstagaren, en tidigare byggnadsarbetare, efter en ryggskada

¹⁴ Båda citaten är hämtade ur prop. 1973:129, s. 215.

¹⁵ Under 1970-talet och början av 1980-talet låg dessa begrepp förmodligen närmare den allmänna uppfattningen om nedsättning och arbetsförmåga än i dag. I AD 1977 nr 94 hade arbetstagaren en social problematik av missbruk och kriminalitet som bedömdes kvalificera för 23 § LAS.

¹⁶ SCB, Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2015, Rapport, 26.

¹⁷ SCB, Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2015, Rapport, 27, även tabell s. 112.

¹⁸ Jfr exv AD 1977 nr 94 och prop. 1973:129, s. 262.

anställts inom en verkstadsindustri med så kallat halvskyddad anställning och ursprungligen beviljats lönebidrag om 75 procent. Vid tiden för den rättsliga tvisten hade emellertid lönebidraget upphört, bland annat efter att den lokala fackliga företrädaren avstyrkt ett förnyat bidrag efter förfrågan från länsarbetsnämnden. Då frågan huruvida arbetstagaren omfattades av 23 § LAS inte var tvistig ställdes det i Arbetsdomstolen aldrig på sin spets om arbetstagaren uppfyllde rekvisiten för att omfattas av lagregeln.¹⁹ I AD 1977 nr 94 diskuterades däremot något mer ingående om arbetstagarens nedsättning var av en sådan art att anställningen skulle omfattas av 23 § LAS, bland annat mot bakgrund av den fackliga organisationen motsatte sig att arbetsgivaren gjorde undantag för den funktionsnedsatta arbetstagaren enligt 23 § LAS, i vart fall när det kom till en avvägning, ur den lokala fackliga utgångspunkten, mellan facklig förtroendeman och den som beretts särskild sysselsättning på grund av en social problematik med psykisk instabilitet och behov av ”den omvårdnad och det personliga stöd som han [fick] hos arbetsgivaren”. Arbetstagaren, som varit anställd under ett par års tid, hade en historik innan anställningen som mångårig amfetaminist och ”allvarligt kriminaliserad”. Bakgrunden var att den omtvistade personen vid anställningen beretts särskild sysselsättning, men sedermera, enligt grunderna för den fackliga inställningen i målet, i samband med uppsägning inte längre hade sådana särskilda förhållanden och därför skulle ingå i den ordinarie turordningen, något arbetsgivaren motsatte sig. Arbetsdomstolen fann i målet att även sådana nedsättningar av social karaktär (”sociala handikapp”) som det var fråga om i målet skulle omfattas av lagregeln och att arbetsgivare ”äkt åberopa 23 § anställningsskyddslagen” i samband med upprättandet av turordning.²⁰ Det är värt att notera att Arbetsdomstolen uttrycker sig i termer av ”äkt åberopa” avseende en tvingande lagregel, vilket i och för sig skall ses i ljuset av den fackliga motpartens inställning i frågan.

2.2 Beretts särskild sysselsättning (på grund därav)

Nästa avgörande rekvisit för lagregeln om utökat anställningsskydd enligt 23 § LAS är att den anställde skall ha beretts särskild sysselsättning med anledning av den nedsatta arbetsförmågan. Avgränsningen mot ordinarie arbetsanpassningar inom ramen för rehabiliteringsansvar och omplaceringskyldigheter är av betydelse och det är alltså endast ”särskild sysselsättning” som är kvalificerande enligt 23 § LAS. Traditionellt sett har anställning med

¹⁹ AD 1983 nr 94.

²⁰ Jfr även Calleman 2000, 325 f. och Lunning, Toijer 2016, 652, men också Numhauser-Henning 1988, 45 f.

lönebidrag eller anställningar som möjliggjorts efter betydande fysiska anpassningar av arbetsmiljön, finansierade av allmänna medel, ansetts utgöra sådan särskild sysselsättning som omfattas av lagregeln. Samtidigt är det tydligt, efter uttalanden i förarbetena, att sådana anpassningar som följer av det ordinarie rehabiliteringsansvaret *inte* i sig genererar ett utökat anställningsskydd.²¹ Den arbetsgivare som alltså vidtar de åtgärder som genom förarbeten och praxis kring anställningsskydd avseende personliga skäl kan inte också, i normalfallet, anses skyldig att undanta en arbetstagare enligt 23 § LAS vid turordning. Som berörts ovan kan emellertid inte slutsatsen dras att en arbetsgivare som *önskar* undanta en arbetstagare med åberopande av 23 § LAS inte kan göra det. Här kan finnas ett spelrum, något vi ser i rättspraxis, i vart fall i praktiken.

De fall där 23 § LAS uppenbarligen skall tillämpas är sådana då exempelvis arbetstagarens nedsatta rörelseförmåga medfört att arbetsmarknadsmyndigheterna (numera Arbetsförmedlingen) bidragit till att finansiera en fysisk anpassning av arbetsgivarens verksamhet. Det kan här röra sig om investeringar i lokaler, hissar eller specialutrustning som fordras för att arbetstagaren skall kunna utföra arbetsuppgifterna. Motivet är att anpassningar, särskilt om de finansierats med allmänna medel, är bortkastade om inte den funktionsnedsatta arbetstagaren kan kvarstå i anställningen.²² På liknande vis är det uppenbart där anställningen tillkommit genom direkt finansiering av arbetsmarknadsmyndigheterna, exempelvis genom lönebidrag.²³ Inte heller när beslut om lönebidrag faktiskt förelagat har emellertid frågan om undantag enligt 23 § LAS alltid varit oomtvistad.²⁴

Utänför denna krets av uppenbara situationer är det emellertid svårare att dra några tydliga gränser. Calleman konstaterar att kraven på vad som utgör särskild sysselsättning satts mycket lågt och att det vid sidan av finansieringsfrågan kan vara fråga om att arbetet ”utförs i en miljö som anses gynnsam ur rehabiliteringssynpunkt”.²⁵ I något fall, se ovan rörande AD 1983 nr 94, har lönebidrag förekommit i en tidigare period i samband med rekryteringen, men sedan inte längre utgått och bedömningen har ändå varit att arbetstagaren beretts särskild sysselsättning. Den rättspraxis som föreligger och som

²¹ Prop. 1973:129, s. 262, se även AD 2003 nr 83.

²² Jfr AD 2003 nr 83, samt prop. 1973:129, s. 262.

²³ Prop. 1973:129, s. 262, samt AD 1983 nr 94, AD 2011 nr 39, samt AD 2013 nr 81.

²⁴ Se framför allt AD 2011 nr 39, där den fackliga organisationen (GS Facket för skogs, trä- och grafisk bransch) ifrågasatte om två arbetstagare med lönebidrag beretts sådan särskild sysselsättning som kvalificerade dem för undantag enligt 23 § LAS från turordningen.

²⁵ Calleman 2000, 327, uttalandet av Calleman kan särskilt läsas i ljuset av AD 1977 nr 94 där en kriminellt belastad tidigare heroinmissbrukare genom ett starkt socialt sammanhang på arbetsplatsen bedömdes ha en gynnsam rehabiliteringssituation.

tillkommit sedan Callemans granskning ger alljämt bilden av att vad som utgör särskild sysselsättning bör tolkas extensivt. Det har inte ställts som krav varken att det skall ha utgått allmänna medel för fysisk anpassning eller att det förelegat lönebidrag. I rättspraxis har det räckt med endera av situationerna och i flera fall har förutsättningarna för tillämpning av 23 § LAS förelegat även om inga allmänna medel (längre) finansierar anpassningen av verksamheten. Det har inte heller uppställs något krav på att själva arbetsuppgifterna i sig varit särskilt anpassade.²⁶ Sammanfattningsvis kan konstateras att ”beretts särskild sysselsättning” alltså kan röra sig om helt ordinarie arbetsuppgifter, som utförs i en anställning som tidigare eller alljämt upprätthålls, till större eller mindre del, genom statlig finansiering såsom lönebidrag. Emellertid är det också möjligt att i begreppet innefatta sådana situationer då det inte föreligger lönebidrag-sanställning, men där arbetstagaren på något annat vis är föremål för särskilda förhållanden. Det kan då handla om allt från direkta fysiska anpassningar (med eller utan allmän finansiering) till särskilt anpassade situationer som den i vilken den tidigare kriminellt belastade heroinmissbrukaren fick möjlighet till ett stödande och rehabiliterande arbetsliv på arbetsplatsen.²⁷

2.2.1 Rehabiliteringsåtgärder enligt LAS och socialförsäkringsbalken

Det har tidigare konstaterats att sådana rehabiliteringsåtgärder som följer av anställningsskyddets uttolkning enligt 7 § LAS, arbetsmiljölagen och socialförsäkringsbalken i normalfallet inte skall generera ett utökat anställningsskydd enligt 23 § LAS vid arbetsbristsuppsägningar. Även om det inte är alldeles enkelt att dra en knivskarp gräns mellan dessa olika situationer är det sannolikt en klok avvägning. Det svenska skyddet för redan anställda är, vad gäller uppsägningar med anledning av nedsatt arbetsförmåga och sjukdom, komparativt sett mycket omfattande. Det finns skäl att begränsa de oförutsedda konsekvenserna det kunde få om de ”ordinarie” rehabiliterings- och anpassningsåtgärderna gav upphov till utökat anställningsskydd. Nuvarande ordning förefaller i detta avseende adekvat. En arbetsgivare som levde upp till de, komparativt sett, högt ställda kraven på anpassningar skulle annars kunna överraskas i ett senare skede när verksamheten var föremål för övertalighet och ett utökat och tvingande anställningsskydd enligt 23 § LAS plötsligen skulle tillämpas. Det finns anledning att anta att många arbetsgivare med en sådan ordning skulle dra sig för att vidta adekvata åtgärder eller kalkylera med

²⁶ Jfr AD 2011 nr 39, där det emellertid förelåg lönebidrag, men där den fackliga organisationen pekade på att själva arbetsuppgifterna inte skiljde sig från andra arbetstagares.

²⁷ Det sistnämnda exemplet återfinns i AD 1977 nr 94.

”risken” att inte göra det. Det bör tilläggas att ordinarie rehabiliteringsinsatser eller anpassningarna av verksamheter efter enskilda arbetstagares behov i praktiken inte är förenade med några sanktioner.²⁸

2.2.2 Krav på tillgänglighet enligt diskrimineringslagen

Även diskrimineringslagens krav på tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning kan ha en viss koppling till tillämpningen av 23 § LAS.²⁹ Enligt 4 § 3 p. diskrimineringslagen (2008:567) är arbetsgivaren skyldig att vidta åtgärder för att tillgodose tillgänglighet som kan sätta den funktionsnedsatta arbetssökanden eller arbetstagaren i en likartad situation som om funktionsnedsättningen inte förelåg, om det kan bedömas som skäligt att kräva att åtgärderna vidtas. Kravet på tillgänglighet har sin motsvarighet i FN:s konvention av den 13 december 2006 om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.³⁰ Omfattningen av bestämmelsen i den svenska diskrimineringslagen är som nämnts föremål för en skälighetsbedömning och lagstiftaren har i förarbetena uttryckt att regelns tillämpning *i arbetslivet* i princip skall återspegla den tidigare gällande skyldigheten att utjämna skillnader genom iakttagande av skäliga stöd- och anpassningsåtgärder.³¹ Skyldigheten att vidta anpassningsåtgärder, då ännu inte uttryckt genom termen ”bristande tillgänglighet” infördes, efter förlaga av federal amerikansk lagstiftning, *Americans with Disabilities Act (ADA)* 1990, redan 1999 och har sedan dess även befästs genom upptagande i EU-rätten, särskilt direktiv 2000/78/EG. Det är svårt att dra några slutsatser kring vad skyldigheten att vidta åtgärder omfattar, men ett par rättsfall, i Sverige och i EU-domstolen, har börjat bidra med viss klarhet.³² Omfattningen på arbetsgivarens verksamhet, den finansiella ställningen i verksamheten, besked om att få ersättning från den

²⁸ Ovanstående påstående om avsaknaden av sanktioner kan behöva justeras något. Arbetsmiljölagen innefattar framför allt genom systemet med förelägganden påtryckningsmöjligheter. Bland rapporterade ärenden framträder emellertid inte en särskilt övertygande bild av att detta är ett prioriterat område för Arbetsmiljöverket. Med avseende på 7 § LAS och uppsägningar på grund av personliga skäl, kan konstateras att det indirekt finns ett ”sanktionssystem” så till vida att en uppsägning kan ogiltigförklaras om arbetsgivaren inte kan visa att han eller hon fullgjort rehabiliteringsåtgärder och sin omplaceringsskyldighet.

²⁹ Frågan diskuteras i prop. 2005/06:207, s. 28, samt även hos Fransson, Stüber 2015, 115 f.

³⁰ Framför allt artikel 9 i Konventionen.

³¹ Prop. 2013/14:198, s. 61, även T. Eidsvaag, A. Inghammar, ”The Definition of ‘Disability’ under EU Law and its impact on the protection of persons with disabilities in Denmark, Norway and Sweden”, *European Journal of Social Law* No 4, 2014, 241 (published 2016).

³² Se framför allt AD 2010 nr 13 och AD 2011 nr 25, men också EU-domstolens avgöranden i *Ring* och *Skouboe-Werge*-fallen C-335/11 respektive C-337/11 samt särskilt generaladvokatens yttrande i *Z*-fallet C-363/12. Frågorna diskuteras ingående i Eidsvaag, Inghammar 2014.

allmänna för anpassningsåtgärder samt i vilken utsträckning åtgärderna även kan komma andra personer till nytta är faktorer som kan och bör spela in vid bedömningen och föredragande statsråd betonade i propositionen att en arbetsgivare som följer annan tillgänglighetslagstiftning (inom byggnation eller arbetsmiljö) bör kunna räkna med att ha fullgjort sina skyldigheter.³³ En fråga som uppkommer är om sådana åtgärder som vidtas enligt diskrimineringsrätten skall kunna medföra att en arbetstagare ”beretts särskild sysselsättning” i den mening som 23 § LAS avser. När det gäller arbetsgivarens skyldigheter att vidta rehabiliterings- och andra åtgärder enligt det ordinarie anställningsskyddet i LAS, respektive AML och socialförsäkringsbalken, kan konstateras att så, som huvudregel, inte är fallet.³⁴ Diskrimineringsrätten är som bekant av yngre datum än anställningsskydds-rätten och är därtill en lagstiftning av mer generell karaktär, därtill EU-rätt, än LAS. Det kan därför vara vanskligt att analogivis tillämpa principer härstammande ur förarbetena till LAS, indirekt, på förhållanden som är kopplade till diskrimineringsrätten. Det finns emellertid övervägande skäl som talar för att ordinarie tillgänglighetskravet enligt DL inte i normalfallet skall etablera en sådan ”särskild sysselsättning” som avses i 23 § LAS. För det första skulle det, på samma sätt som anförs avseende åtgärder enligt LAS, AML och socialförsäkringsbalken, kunna medföra att arbetsgivare underlät att vidta tillgängliggörande åtgärder om deras handlingsfrihet härigenom beskars i relation till turordningen, vilket i sin tur skulle motverka reglernas syften. För det andra, vilket kanske är en än mer adekvat invändning, är själva fundamentet i diskrimineringsrätten *lika behandling* och de anpassningsåtgärder som vidtas härvid kopplade till just att åstadkomma en sådan likabehandling, att inom skäliga gränser, överbrygga sådana hinder som hindrar enskilda personer med funktionsnedsättning att etablera en likartad situation som personer utan (denna) funktionsnedsättning. Bestämmelsen i 23 § LAS har en helt annan utgångspunkt, nämligen att med särskilt beaktande av de svårigheter arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga har att få eller upprätthålla anställning undanta dessa om deras anställning varit avhängig särskild anpassning, om de alltså *beretts särskild sysselsättning*. Det ena är en likabehandlingsregel medan den andra är en särbehandlingsregel. Båda har förvisso ett integrerande syfte, men funktionen hos dem är ändå helt olika.

³³ Jfr prop. 2013/14:198, s. 64.

³⁴ Se ovan, även prop. 1973:129, s. 262 samt AD 2003 nr 83.

2.3 Allvarliga olägenheter för arbetsgivaren

En förutsättning för att bestämmelsen om det utökade anställningsskyddet skall kunna tillämpas gentemot arbetsgivaren är att fortsatt anställning av arbetstagaren som beretts särskild sysselsättning kan ske utan allvarliga olägenheter för arbetsgivaren. Rekvisitet i lagregeln och den precision det givits i förarbetena utgör en intresseavvägningsregel där arbetstagarens intresse av att kvarstå i anställning vägs mot arbetsgivarens förutsättningar att upprätthålla anställningen. Det är inte någon avvägning mellan olika arbetstagares intressen och arbetstagare utan nedsatt arbetsförmåga kan inte åberopa detta led i regleringen för att exempelvis kvarstå i anställning på grund av bättre ordinarie turordning. Lagstiftaren överlät vid införandet av bestämmelsen åt domstolarna att fastställa den exakta tolkningen av rekvisitet. Arbetsdomstolen har vid två tillfällen explicit behandlat frågan. I AD 1993 nr 139 diskuterades frågan efter att dåvarande Televerket vid en omorganisation sagt upp omkring 2600 personer, av vilka 227 var verksamma inom den region vid vilken kändan i målet var anställd. De fackliga organisationerna hade under förhandlingarna rest frågan om arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga och hade också, enligt 23 § LAS, yrkat på ett flertal undantag från ordinarie turordning. Den i fallet uppsagde arbetstagaren led av sömnrubbingar vilka otvistigt medförde nedsatt arbetsförmåga och tvisten avsåg både huruvida en fortsatt anställning skulle medföra allvarliga olägenheter för arbetsgivare och om arbetstagaren över huvud beretts särskild sysselsättning i lagens mening. Enligt kändansida fanns det möjligheter för arbetsgivaren att omorganisera det framtida arbetet på så vis att den sömnrubbede arbetstagaren kunde utföra arbetsuppgifterna vid udda tider på dygnet så att de bättre stämde med hans fysiska förutsättningar. Arbetsdomstolen fann emellertid, i linje med arbetsgivarens grunder, att en fortsatt anställning skulle medföra att Televerket tvingades hålla även andra anställda tillgängliga för avhjälpande av fel och att dessa organisationsförändringar utgjorde sådana allvarliga olägenheter att företräde enligt 23 § LAS inte kunde avkrävas arbetsgivaren.³⁵

Arbetsdomstolen har sedan i ett fall, AD 2013 nr 81, haft anledning att återvända till frågan om denna intresseavvägning och eventuella allvarliga olägenheter. I målet hade en psykiskt funktionsnedsatt man, anställd som biträde redan 1976, som sagts upp och sedan återanställd 2010, ånyo sagts upp från en trygghetsanställning för vilken det utgick lönebidrag och anordnar-

³⁵ Med denna utgång i målets första fråga fann Arbetsdomstolen inte anledning att fastställa huruvida arbetstagaren beretts särskild sysselsättning enligt 23 § LAS.

bidrag enligt förordning 2000:630 om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga, något som enligt Arbetsdomstolens mening utgjorde en särskild sysselsättning enligt 23 § LAS. Uppsägningen skedde i enlighet med en avtalsturlista upprättad efter ordinarie fackliga förhandlingar. Domstolen gick emellertid vidare och konstaterar att arbetstagaren inte hade förutsättningar att fullgöra en ordinarie anställning hos arbetsgivaren. För att arbetstagaren skulle kunna vara kvar i verksamheten skulle arbetsgivaren tvingas ha kvar delar av den internservice man beslutat att avveckla och därvid upprätthålla en funktion man inte ansett sig behöva (längre). Under dessa omständigheter fann Arbetsdomstolen att det hade medfört en allvarlig olägenhet för arbetsgivaren och att skyldigheten att undanta arbetstagaren från turordningen enligt 23 § LAS därför inte förelåg.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det, även om omfattningen av rättspraxis är begränsad, inte föreligger en skyldighet för arbetsgivare att tillämpa 23 § LAS och undanta arbetstagare som beretts särskild sysselsättning, vid uppsägningar eller omorganisationer som medför att dessa arbetstagares befattningar försvinner eller där de endast kan upprätthållas genom att arbetsgivaren anställer en eller flera andra arbetstagare. I dessa fall föreligger alltså "allvarliga olägenheter" för arbetsgivaren. En arbetsgivare skall alltså inte vara skyldig att anställa en ytterligare person eller att låta den funktionsnedsatta kvarstå i anställningen om arbetsuppgifterna inte längre behövs i verksamheten.³⁶

2.4 Företräde till fortsatt anställning

Om rekvisitet för 23 § LAS är uppfyllda och det inte föreligger allvarliga olägenheter för arbetsgivaren blir följden att arbetstagaren skall ges företräde till fortsatt anställning. Det är just detta som utgör det utökade anställningsskyddet, varken mer eller mindre. Med företräde till fortsatt anställning förstås en övertalighetssituation i vilken vissa arbetsuppgifter eller anställningar försvinner och de kvarvarande uppgifterna fördelas mellan en mindre grupp arbetstagare.³⁷ Om det exempelvis rör sig om en anställning med lönebidrag, där lönebidraget utgör själva anpassningen av tjänsten, och detta lönebidrag dras in eller upphör, bortfaller i många fall förutsättningarna för arbetsgivaren att ha kvar arbetstagaren i verksamheten. I det här fallet blir det då inte möjligt

³⁶ Som vi skall återkomma till nedan är detta en avvägning som fått viss förnyad aktualitet genom diskrimineringsförbudet och kravet på tillgänglighet enligt diskrimineringslagen.

³⁷ Som Calleman påpekar framgår det implicit av lagregeln att det rör sig om sådana konkurrenssituationer.

att kräva av arbetsgivaren att denne, jämte 23 § LAS, låter arbetstagaren få företräde till någon annan anställning utan lönebidrag. Det rör sig här, i formell mening, om en arbetsbristsuppsägning. Arbetstagare med den aktuella nedsatta arbetsförmågan är övertaliga om grunderna för anställningen, lönebidraget, bortfaller och de arbetsuppgifter arbetstagaren utfört försvinner eller genomförs av andra inom organisationen.³⁸ En liknande situation behandlades i AD 1983 nr 94 (se också ovan) där Arbetsdomstolen uttalar att ”arbetstagare som på grund av ett handikapp eller liknande har fått en särskild placering genom arbetsmarknadspolitiska insatser inte skall behöva mista denna (min kursivering) vid uppsägning på grund av arbetsbrist som följd av att andra anställda har bättre ställning i turordningen”.³⁹

Den särskilda företrädesrätten omfattar inte allt arbete i arbetsgivarens verksamhet eller ens inom turordningskrets och kollektivavtalsområde. Skyddet som genom 23 § LAS tillkommer arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga begränsas till just den anställning och de arbetsuppgifter arbetstagaren redan har.⁴⁰ Bortfaller de arbetsuppgifter som särskilt ”beretts” för den funktionsnedsatta arbetstagaren föreligger typiskt sett arbetsbrist och uppsägningar, även av den som beretts särskild sysselsättning kan vidtas. De situationer då 23 § LAS istället bör leda till att funktionsnedsatta arbetstagare får företräde till fortsatt anställning är i stället sådana där övertaligheten är mer generell och där de anpassade arbetsuppgifterna i en eller annat form skall vara kvar – och där arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för att utföra dessa arbetsuppgifter.⁴¹ Vad som i praktiken är det ena eller det andra fallet blir, som vanligt, en bevisfråga i vilken merparten av bevisning och beslutsunderlagen återfinns hos arbetsgivaren.

Det är värt att åter betona att det utökade anställningsskyddet endast är en turordningsregel och alltså inte medför att en annan materiell prövning skall göras av den enskildas förutsättningar. Det är inte heller, i någon egentlig mening, ett ifrågasättande av de grundläggande arbetsgivarprerogativen. Tvärtom kvarstår arbetsgivarens rätt att ensidigt (med respekterande av

³⁸ Frågan diskuteras lite kortfattat i Calleman 2000, 324.

³⁹ AD 1983 nr 94.

⁴⁰ Jfr även Callemans resonemang (Calleman 2000, 324) angående den orefererade domen AD 1996 nr 5 där de anpassade arbetsuppgifterna likaledes försvann och domstolen fann att 23 § LAS inte heller skulle tillämpas.

⁴¹ Prövningen av ”tillräckliga kvalifikationer” är i linje med den ordinarie prövningen enligt LAS, se K. Källström, J. Malmberg *Anställningsförhållandet*, 4:e uppl. (Uppsala, Iustus förlag, 2016) 154 ff, men i praxis förefaller arbetsgivarna många gånger ha sträckt sig utöver vad man annars kunde krävt.

förhandlingskyldigheten enligt MBL) bestämma över verksamhetens inriktning, omfattning och utformning.

3 Avslutande diskussion

Likabehandling och arbetsmarknadsintegration för personer med funktionsnedsättning och särskilt för gruppen nedsatt arbetsförmåga står i viss motsättning till andra principer på arbetsmarknaden. Inte minst tydligt blir detta i mindre verksamheter där omorganisationer och förändringar i personalstyrkan kan bli väldigt "personlig". Av den rättspraxis som föreligger avseende tillämpningen av 23 § LAS framgår denna motsättning inte minst i det faktum att det vid flera tillfällen är andra arbetstagare och deras fackliga organisationer som drivit ärendet till rättslig prövning – mot arbetsgivare som i enlighet med 23 § LAS undantagit personer med nedsatt arbetsförmåga från turordning vid arbetsbrist. Spänningsfältet mellan arbetsgivare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga, som initialt uppfattas som det primära, verkar parallellt med ett annat spänningsfält, mellan "kärnarbetskraften" och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga. Av de invändningar som rests av de fackliga organisationerna i de mål där dessa ifrågasatt arbetsgivarens applicering av 23 § LAS framskyntar att en kritik av att arbetsgivaren förefaller kunna välja att tillämpa 23 § LAS, till nackdel för enskilda andra arbetstagare med starkare placering i turordning enligt lag eller avtalsturlista. Även om bestämmelsen är tvingande kan man *i praktiken* tänka sig att det finns ett sådant utrymme och att de fåtal rättsfall som skymtar fram inte ger en rimlig bild av den verkliga tillämpningen. Att den förhandling som föregriper en arbetsbristsuppsägning även bör beakta 23 § LAS framstår som självklart och det kan då tänkas att arbetsgivare som inte når en samförståndslösning i dessa förhandlingar sedermera kan möta kritik för tillämpningen. Det är, enligt min uppfattning, ändå besvärande att de fackliga organisationerna ifrågasatt tillämpningen av tvingade, integrerande, arbetsmarknadslagstiftning, även om det fåtal fall som avhandlats i Arbetsdomstolen mycket väl kan vara undantagen som bekräftar regeln.

Man kan fråga sig om det i ett framtida arbetsliv, vilket sannolikt rymmer lägre fokus på kollektiva strukturer och större betoning på individuell prestation och anpassningsförmåga finns utrymme för sådan tvingande lagstiftning som 23 § LAS, men också vilket genomslag sådan lagstiftning kan få. Även om det finns en allmän uppfattning om att "alla" bör komma i arbete och såväl förverkliga ett arbetsliv som bidra till samhället genom sina prestationer tenderar vissa grupper att ha särskilda svårigheter att uppnå dessa

mål. Personer med nedsatt arbetsförmåga är uppenbarligen en sådan grupp, vilket ställer frågor om lagstiftning och åtgärder mer i fokus. I Sverige har skyddade eller subventionerade anställningar länge utgjort de huvudsakliga lösningar, medan 23 § LAS alltjämt är, bortsett från de i de närmaste obsoleta momenten i främjandelagen,⁴² den enda centrala arbetsrättsliga regleringen med ett tydligt integrerande fokus för arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga. Den ordinarie tyska anställningsskyddsrätten talar om turordning efter ”social styrka” eller ett ”socialt urval”,⁴³ 23 § LAS är det närmaste ett sådant resonemang den svenska arbetsrätten kommer.

Det är min slutsats att tillgängliggörandet av arbetsmarknaden och arbetsplatser är en process, ett kontinuum, som kräver olika åtgärder, åtgärder som kan tillåtas variera mellan individer och sammanhang men med det gemensamt att de skapar förutsättningar för ökad förståelse och uppmärksamhet för dessa frågor hos såväl arbetsgivare som hos andra arbetstagare.

⁴² Bristande tillämpning av främjandelagen påtalades redan i Numhauser-Henning 1988, 54–67.

⁴³ Se vidare hänvisningar i Inghammar 2007, 230–233.

Sammanställning över Arbetsdomstolens domar rörande 23 § LAS.

Målnr AD	Nedsatt arbetsförmåga?	Särskild sysselsättning?	Allvarliga olägenheter	Särskilda förhållanden	Utgång i målet
1977 nr 94	Ja, nedsättning var av social natur.	Placering i en skyddad miljö för rehabilitering. Narkomani och kriminalitet. Arbetsuppgifterna i sig var inte särskilt utvalda eller anpassade.	Prövades ej.	AT-org hävdade att 23 § ej skulle tillämpas utan att företräde skulle ges till annan (8 § FML).	AG ägde rätt att tillämpa 23 § LAS.
1983 nr 94	Ja, ryggskada.	Tidigare s k halvskyddad anställning som ursprungligen omfattat 75 procent lönebidrag.	Prövades ej.	Lönebidraget hade dragits in, bl.a. efter avstyrkande från lokala fackliga företrädare.	23 § LAS tillämpades inte då det inte förelåg en urvalsituation utan arbetstagarens arbetsuppgifter försvann i en omorganisation.
1993 nr 139	Ja, sömnstörningar.	Prövades ej.	Ja, AG skulle ha behövt en ytterligare person tillgänglig, vilket bedömdes vara en allvarlig olägenhet.	Domstolen accepterade utan vidare utredning arbetsgivarens utredning av olägenheterna.	Arbetsgivaren var inte skyldig att bereda arbetstagaren fortsatt anställning enligt 23 § LAS.
2003 nr 83	Ja, ostridigt. Arbetskada hade resulterat i brännskada och konstant smärta i ena handen, 50 procent förtidspension.	Andra arbetsuppgifter (assistent) efter skadan, arbete deltid och delvis förtidspension. AD finner att AT omplacerats ordinarie.	Prövades ej.	Det förekom ett par tidigare omorganisationer vid vilka AT inte sagts upp, men där 23 § LAS inte åberopats direkt.	23 § LAS var inte tillämpbar då särskild sysselsättning inte beretts arbetstagaren.
2011 nr 39	Ja, psykisk funktionsnedsättning, det rörde sig om två arbetstagare som undantagits enligt 23 § LAS.	Lönebidragsanställning. Lönebidragen var en förutsättning för att anställning kunde beredas.	Påstods inte i fallet.	Käranden var en förbigången annan arbetstagare. Förbundet hävdade att 23 § inte skulle tillämpas.	Arbetsgivaren hade tillämpat 23 § LAS korrekt och turordningsbrott ogillades.
2013 nr 81	Ja, psykisk funktionsnedsättning.	Trygghetsanställning med lönebidrag.	Arbetsgivaren hade annars tvingats ha kvar en funktion man beslutat att avveckla.	Arbetstagaren kunde i princip endast utföra vissa moment och dessa försvann i omorganisation.	Arbetsgivaren var inte skyldig att undanta AT enligt 23 § LAS.

ANDERS KJELLBERG

SELF-REGULATION VERSUS STATE REGULATION IN SWEDISH INDUSTRIAL RELATIONS

1 Introduction

During the formative years of Swedish industrial relations, trade unions and employers were left to themselves to regulate the relations between them. Several circumstances promoted such *self-regulation*, among them the non-repressive character of the Swedish state and the fact that the Liberals – until universal suffrage was introduced – blocked conservative legislation initiatives.¹ In addition, protests from the trade union movement helped stop for example a 1901 committee proposal on a law on employment contracts aimed to curb strikes.² Due to the relative absence of legislation the labour market parties had to rely to their own strength during strikes and lockouts; these actions sometimes escalated into huge conflicts, and in 1905 and – in 1906 after threat of a big lockout – resulted in principally important compromises. Still, in the 1930s Sweden had a high rate of conflicts from an international perspective, but this time a basic agreement – the 1938 Saltsjöbaden Agreement – came about after *peaceful* negotiations between the blue-collar confederation LO and the employer confederation SAF. Under the threat of *state regulation*, the labour market parties found they had a common interest in self-regulation.

In this contribution I highlight self-regulation and state regulation in the development of Swedish industrial relations, with views towards some other countries. The first time I used the concept of self-regulation was in a conference paper (1990), where I discussed state regulation versus self-regulation and the combination of centralization and decentralization in the Swedish model of industrial relations.³ These two dimensions can in turn be combined into a four-field table (Table 1 below).

¹ S Nycander, *Makten över arbetsmarknaden* (Stockholm, SNS 2008) 28–31.

² A Henning, *Tidsbegränsad anställning* (Lund, Juridiska Föreningen i Lund 1984) 44–48.

³ A Kjellberg, *The Swedish Trade Union System: Centralization and Decentralization*. Presented at XIIth World Congress of Sociology in Madrid 9–13 July 1990. On self-regulation versus state regulation, see also A Kjellberg, 'Sweden: Can the Model Survive?' in A Ferner and R Hyman (eds),
(continued)

At the end of the contribution I discuss advantages and disadvantages of self-regulation on the basis of an article by Ann Numhauser-Henning.⁴

First I discuss unilateral self-regulation on the part of employers and trade unions, and then move on to bipartite self-regulation and combinations of state regulation and self-regulation.

2 Unilateral self-regulation on the part of employers

One variant of self-regulation refers to unilateral regulation by employers, who through their very ownership of the means of production hold the decisive power. Historically, employer claims on unilateral control have included all employment and working conditions, among them wages and working hours. In Sweden around the turn of the twentieth century, not only paternalistic employers in rural industrial communities (such as iron works and sawmills) but also modern engineering companies like Separator (now Alfa Laval) were keen to protect the employers' unilateral control. In 1903 the managing director of Separator and president of the Engineering Employers' Association (not affiliated to SAF until 1917), John Bernström, declared the 'master's right' (*husbonderätten*) to be applied within Swedish industry, i.e. the powers given in the Servants Charter.⁵ Due to the conflicting interests of employers and employees, the exercise of such an *all-encompassing* control has never remained unchallenged, at least not in the long term and, as we will see, not even in a company like Separator with its tough-minded management. At the end of the nineteenth century in particular big Swedish enterprises introduced working regulations (*arbetsreglementen*) to codify the working conditions.⁶ In addition to spontaneous resistance and organized efforts to advance the workers' positions, collective agreements and labour legislation have encroached upon

(continued)

Industrial Relations in the New Europe (Oxford, Blackwell 1992), A Kjellberg, 'Sweden: Restoring the Model?' in A Ferner and R Hyman (eds), *Changing Industrial Relations in Europe* (Oxford, Blackwell 1998), A Kjellberg, 'The Multitude of Challenges Facing Swedish Trade Unions' in J Waddington and R Hoffmann (eds), *Trade Unions in Europe: Facing Challenges and Searching For Solutions* (Brussels, European Trade Union Institute, 2000a), and A Kjellberg 'Arbetsgivarstrategier i Sverige under 100 år' in C Ströby Jensen (ed) *Arbejdsgivere i Norden. En sociologisk analyse af arbejdsgiverorganisering i Norge, Sverige, Finland og Danmark* (Copenhagen: Nordisk Ministerråd, 2001).

⁴ Professor of Private Law at the Faculty of Law, Lund University.

⁵ J Berg, *På spaning efter en svensk modell. Idéer och vägval i arbetsgivarpolitiken 1897–1909* (Enebyberg, Berg Bild Rum & Färg Förlag 2011) 114–115.

⁶ A Adlercreutz, *Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria* (Lund, CWK Gleerup 1954) 268–275.

the powers of employers. Therefore, the scope and degree of unilateral self-regulation vary by time and with respect to workplace, industry and country.

In Sweden the employers' wage-setting authority was restricted by the 1905 Engineering Agreement. Besides admitting the right to join trade unions, employers now accepted fixed minimum wages. On the other hand, the unions had to recognize '*the freedom of work*', i.e. the freedom of enterprises to employ whomever they wanted. From now on, the secret employment bureau *Heros* was assigned the task of recruiting non-socialist workers to the companies. However, this double employer strategy of recognizing union rights and preventing union members from getting jobs failed completely. In the years 1905–1907 it became increasingly apparent that the most attractive workers were members of socialist unions.⁷

With the Engineering Agreement *unilateral* self-regulation was replaced by centralized *bipartite* self-regulation regarding major issues associated with the employer prerogative. At workplace level, the unilateral employer regulation of wages and employment conditions had already been broken in some places by collective agreements, such as the agreement concluded at Kockums shipyard in Malmö in 1898 after a carefully planned strike by the Metalworkers' Union. The failure of the engineering employers to staff workplaces with non-union workers in the years following upon the 1905 agreement shows that important moments in the development of power relations occurred *alongside* collective agreements and the almost non-existent legislation in industrial relations. The Engineering Agreement did not in itself secure basic union rights. The outcome was ultimately dependent on the capacity of unions to defend these rights and the market position of workers affiliated to unions.⁸

The employer prerogative to direct and distribute work and hire and fire whomever they wished was a prominent part of the 1906 December Compromise between LO and SAF. Furthermore, this prerogative was included in SAF's statutes (as paragraph 23, later paragraph 32) and in collective agreements. Through the famous 1932 labour court verdict no 100, the employer prerogative was perceived as a generally prevailing principle of law⁹, which could be

⁷ Y Myrman, *Maktkampen på arbetsmarknaden 1905–1907. En studie av de icke-socialistiska arbetarna som faktor i arbetsgivarpolitiken* (Stockholm, Stockholm Studies in Politics 1973) 115, 126–130.

⁸ Called 'marketplace bargaining power' in B Silver, *Forces of Labor. Workers' Movement and Globalization since 1870* (Cambridge, Cambridge University Press 2003) 13.

⁹ R Fahlbeck, 'Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features' in P Wahlgren (ed.), *Stability and Change in Nordic Labour Law* (Stockholm, Scandinavian Studies in Law 2002 43) 99.

changed only through legislation.¹⁰ Such legislation was not introduced until the 1974 Law on Employment Protection. The 1932 court verdict, however, signified a first step to increased state regulation of this area. From now on the freedom of employers to hire and fire was no longer subject exclusively to self-regulation (unilateral and in the form of collective agreements). As a consequence of the labour court verdict, the SAF version of the employer prerogative was extended to the engineering industry. The labour court declared that layoffs did not need justification, irrespective of whether or not paragraph 23 was written into collective agreements. The Engineering Agreement did not contain this paragraph¹¹, which through the 1932 verdict was introduced as an invisible legal norm subject to industrial peace.¹² The Metalworkers' Union considered this a serious problem because it knew the Engineering Employers' Association as 'completely intransigent in case of disputes over dismissals'.¹³

In 1935, for the first time, LO appointed a commission ('the paragraph 23 commission') to deal with this issue, which at the 1936 congress became one of the most conspicuous.¹⁴ In 1937 the LO commission advocated collective agreements or legislation to determine norms for dismissals. Fears of legislation more or less compelled SAF to accept deliberations with LO about paragraph 23.¹⁵ After negotiations between LO and SAF in the committee preparing the 1938 Saltsjöbaden Agreement, a bipartite council was set up to deal with disputes over redundancies; notices had to be made at least one week before layoffs, the employer had to consult with the union if it demanded it, and a few criteria were specified to select the persons who had to leave (criteria in case of equal competence included the length of employment and the number of dependents.)¹⁶ In this way, the employer prerogative was to some degree restricted through self-regulation (the Saltsjöbaden Agreement), but the employers still had no obligation to justify dismissals.¹⁷

¹⁰ Henning (1984) 51.

¹¹ The Engineering Employers' Association was exempted from paragraph 23 when it was affiliated to SAF in 1917. B Schiller, *LO, paragraf 23 och företagsdemokratin* (Stockholm, Prisma och LO 1974) 35.

¹² Schiller (1974) 54–55.

¹³ Schiller (1974) 57.

¹⁴ B Simonson 'Den långa vägen till Saltsjöbaden' in *Saltsjöbadsavtalet 50 år* (Stockholm, Arbetslivscentrum 1989) 48.

¹⁵ Schiller (1974) 60.

¹⁶ Schiller (1974) 60–62, Henning (1984) 59. LO retreated from its original proposal that the length of employment should be the main criteria. Schiller (1974) 59.

¹⁷ S Edlund, 'Saltsjöbadsavtalet i närbild' in *Saltsjöbadsavtalet 50 år* (Stockholm, Arbetslivscentrum 1989) 59–63.

In the UK and other Anglo-Saxon countries trade unions succeeded in encroaching upon the employers' right to hire and fire through closed-shop agreements implying that only union members could be recruited. In the 1980s British closed shops were abolished by legislation introduced under the neoliberal Thatcher government.

In contrast, the Swedish employer prerogative during the 1970s was curtailed by new laws on among other things employment protection and co-determination.

Up to 1908–1909 it was common that Swedish collective agreements established seniority as one of the circumstances to pay attention to in case of dismissals.¹⁸ After the union defeat in the 1909 big strike and lockout, SAF declared that such clauses in the agreements were no longer allowed. At least from the 1930s seniority rules were once again included in a number of collective agreements.¹⁹ The 1938 Saltsjöbaden Agreement stated that the length of employment was one of the circumstances to be taken into account in case of layoffs.²⁰ The seniority principle was given a prominent position in the 1974 Law on Employment Protection, albeit in a way that allowed a considerable degree of flexibility in practice. The employer prerogative has also been restricted by the 1979 Gender Equality Act, replaced from 2008 by the Non-Discrimination Act.

In some cases, the *employers* have been the most active proponents of state regulation to curtail the freedom of action. A prominent example concerns the Swedish employers' shifting attitude to sympathy conflicts. In the early twentieth century employers attached great importance to a wide margin of discretion for themselves. In addition to the employer prerogative included in the 1906 December Compromise, LO soon had to accept further SAF demands. From the recession year 1908, clauses on the right to sympathy conflicts during contract periods were increasingly included in collective agreements.²¹ This facilitated the employers' policy to escalate small conflicts into big lockouts. One of the issues that defeated a conservative government proposal in 1911 was the existence of diverging views on the right to sympathy conflicts.²² LO and the Social Democrats argued for a ban on such conflicts

¹⁸ A Kjellberg, 'Facklig organisering och partsrelationer i Sverige och Danmark' in F Ibsen & S Scheuer (eds), *Septemberforliget og det 21. århundrede* (Copenhagen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2000b) 61.

¹⁹ C Calleman, *Turordning vid uppsägning* (Stockholm, Norstedts Juridik 2000) 54–57.

²⁰ Henning (1984) 59.

²¹ Adlercreutz (1954) 351.

²² Nycander (2008) 30–31, J Westerståhl *Svensk fackföreningsrörelse* (Stockholm, Tiden 1945) 312–340.

during contract periods, but SAF was very critical because such actions safeguarded the right to sympathy lockouts. When the 1928 laws on collective agreements and labour court were passed, SAF was very concerned that the right to sympathy conflicts remained intact (other industrial action was banned during contract periods). The fear that the right to sympathy lockouts would be restricted by legislation was a conspicuous motive for SAF when the organization entered the negotiations with LO that resulted in the 1938 Saltsjöbaden Agreement.²³ Since the 1990s SAF and its successor, the Confederation of Swedish Enterprise, have demanded legislation making sympathy conflicts *illegal*.

The Swedish model of bipartite collective self-regulation²⁴ is maintained by a high coverage of collective agreements, in turn promoted by the high density of employers' associations and the internationally high union density.²⁵ In USA and other countries with declining union density, collective agreements at many workplaces have been replaced by non-union human resource management and other forms of unilateral employer control. In Britain, national industry agreements have been dismantled in the private sector, with only a few exceptions. Without backup from an industry agreement, the negotiating position of unions at workplace level is weakened, which has undermined the coverage and contents of workplace agreements. In 2004, for workplaces with at least five employees the wage for three out of four employees was unilaterally decided by the employer.²⁶ Five per cent of the employees negotiated themselves with the employer. In 2015 only 16 per cent of private sector employees were covered by a collective agreement.²⁷

Another form of unilateral self-regulation is codes of conduct. They are often adopted after accusations of exploitation of workers and typically contain a commitment to respect fundamental labour rights. A conspicuous problem is how to effectively control that a company really implements the code, particularly in global chains of subcontractors which are common in for example the clothing industry. The system of codes of conduct and the use of

²³ P A Swenson, 'Solidaritet mellan klasserna. Storlockouten och Saltsjöbadsandan' in C Lundh (ed), *Nya perspektiv på Saltsjöbadsavtalet* (Stockholm, SNS Förlag 2009) 47–56, 75–77.

²⁴ Also labelled in Swedish as *partsreglering* ('regulation by the labour market parties'). See Kjellberg (2001) 162, 172, 178 (unipartite and bipartite), 195, 240, 246, 263, 266.

²⁵ A Kjellberg, *Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund* (Lund University: Studies in Social Policy, Industrial Relations, Working Life and Mobility. Research Reports 2017).

²⁶ J Forth, H Bewley and A Bryson, *Small and Medium-sized Enterprises. Findings from the 2004 Workplace Employment Relations Survey* (London, Department of Trade and Industry 2006).

²⁷ *Trade Union Membership 2015* (London, Department for Business Innovation & Skills 2015) 35.

external verifiers have been criticized for insufficient inspection of factories and for excluding unions from participation.

Global framework agreements increase the prospects of unions to influence and control employment and working conditions. To be effective, such agreements have to include subcontractors. Companies with global framework agreements may not prevent the workers from joining unions, but the agreements easily become meaningless if production is located in countries where unions are forbidden or free trade unions not allowed, as in China.

There are also hybrids between self-regulation (codes of conduct, global framework agreements) and national state regulation. Before the 2012 London Olympics a legally binding agreement on union rights (linked to Indonesian legislation) was concluded between Indonesian trade unions, global companies (Nike, Adidas etc.) and Indonesian suppliers in the clothing, shoe and sports industries.²⁸ The Play Fair negotiations were encouraged by the global union federation ITGLWF (which organizes workers in the clothing and shoe industries) and the non-profit organizations Clean Clothes Campaign and Oxfam.

3 Unilateral self-regulation on the part of trade unions

Unilateral regulation of employment and working conditions can also be exercised by *trade unions* or by *the workers themselves*. In his classical study of the history of the collective agreement, Swedish labour law professor Axel Adlercreutz discusses self-regulation performed by trade societies and their employer equivalents in nineteenth-century Britain.²⁹ Long before trade unions were legal in Britain, there were legally enacted piecework pricelists. Trade societies representing the workers initiated prosecution of employers who did not pay in accordance with the lists. Correspondingly, the employers' organizations defended employers accused for derogating from the lists. In this way, each of these two forms of associations exercised a kind of *unilateral self-regulation*, albeit in interaction with the judicial system. Sometimes the parties worked together to construct price lists to be confirmed by judges. In that case, the process was similar to collective bargaining and Adlercreutz (1954) labelled this as *collective self-regulation*.³⁰

²⁸ N Egels-Zandén, 'Från global självreglering till lokal lagstiftning: Arbetares rättigheter i globala leverantörskedjor' in I Lindberg and A Neergaard (eds), *Bortom horisonten: fackets vägval i globaliseringsens tid* (Stockholm, Premiss 2013).

²⁹ Adlercreutz (1954).

³⁰ Adlercreutz (1954) VIII (*kollektiv självreglering*) and 65. Cf A Jacobs, 'Collective Self-Regulation' in B Hepple (ed) *The Making of Labour Law in Europe* (London, Mansell Publishing 1986).

The British industrial relations theorist Hugh Clegg uses the term *unilateral trade union regulation* for rules formulated by unions 'specifying the terms on which their members might accept employment'.³¹ Unilateral self-regulation was also exercised by craft unions controlling the supply of labour on terms specified by the unions themselves.

The maintenance of unilateral union self-regulation presupposes a strong internal union discipline and a high rate of unionization. The Norwegian sociologist Sverre Lysgaard analyses the informal processes among workers that create the cohesion and discipline necessary to cope with the employers' ever-increasing performance requirements.³² The formation of a 'workers' collective', developing its own norms, may prevent individual workers from exceeding the current work pace. When piece-work is applied, individual workers can raise their own wage in the short run by working harder, but then there is an obvious risk that the company lowers the piece-work prices. The collective interest of a reasonable pace of work and intact piece-work terms thus might collide with individual behaviour. By preventing what is considered as disloyal behaviour, the workers' collective serves as a countervailing power towards increasing employer demands.

After the introduction of an American-inspired performance pay system, during the 1902 general strike for universal suffrage, Separator managing director John Bernström called the pressure on individual workers not to speed up their work tempo a 'tyranny' exercised by socialist workers.³³ He also threatened to move the company abroad. Unsurprisingly, when the demands for unilateral control were curtailed by self-regulation on the part of the workers, the managing director of this paternalistic company became quite irritated. Three years later, several limitations on employer power of unilateral decision-making were put into writing. After the big 1905 engineering lockout, Bernström – as president of the Engineering Employers' Association – signed the Engineering Agreement, which in addition to fixed minimum wages also contained a limit of weekly working-time, overtime rules and piece-work rules.³⁴

Sometimes trade unions have succeeded in shortening the work day through unilateral action. In the mid-1890s the Stockholm building workers' unions

³¹ H Clegg, *Trade Unionism under Collective Bargaining. A theory based on comparisons of six countries* (Oxford, Basil Blackwell 1976) 2, 30.

³² S Lysgaard, *Arbeiderkollektivet* (Oslo, Universitetsforlaget 1985).

³³ Berg (2011) 102–103.

³⁴ Berg (2011) 151.

introduced the ten-hour day by encouraging the workers simply to leave their workplaces after ten hours of work!³⁵

As we will see below, unilateral regulation may also refer to the *internal* organization of a trade union or a union confederation (or the employers' equivalents).

4 Swedish white-collar workers: self-regulation or state regulation?

At the time when the American 1935 Wagner Act was supposed to secure trade union rights, in the first place for blue-collar workers in the mass production industry, no such legislation was requested by the Swedish LO or its affiliated unions. In their view the issue was regulated by the labour market parties themselves (the 1905 Engineering Agreement and the 1906 December Compromise) and under power relations favourable for the LO unions. In addition, some categories of white-collar workers had succeeded in getting collective agreements, among them engineering officers (*maskinbefäl*) and ship's officers (*fartygsbefäl*).³⁶ On the other hand, in the early 1930s the white-collar workers in manufacturing, commerce and banking had still failed to enter negotiations with employers. The dominant attitude among private-sector employers was to consider working and employment conditions for white-collar workers as a matter reserved for unilateral employer control, as an employer prerogative. Therefore, in 1931 eight white-collar unions founded Daco (the Confederation of Employees) in order to get the legislation considered necessary to change this situation.

Two options were on the agenda as regards the *form* of legislation. *Procedural* legislation on the right of association and negotiation best conformed with the Swedish model of self-regulation, but at the same time was exceptional in a Swedish context as the blue-collar workers had acquired these rights long ago through their own efforts. This option was most consistently driven by the Daco president Viktor von Zeipel, who also was ombudsman of the Bank Employees' Union and a vehement advocate of negotiations and collective agreements. In 1936 the Law on Rights of Association and Negotiation was enacted with support from the social democratic government. Although this legislation deviates from the Swedish model of self-regulation, there is a world of difference between *negotiated* employment conditions (collective bargaining)

³⁵ Adlercreutz (1954) 279.

³⁶ A Kjellberg, 'Privattjänstemännens fackliga organisationsmiljö 1880–1930', *TAM-Revyn* no 2 2003.

and *substantive legislation* on employment conditions, which was the alternative option (see below). In the light of the employers' fierce resistance to negotiations with white-collar unions in manufacturing, commerce and banking, legislation on the right of association and negotiation appeared as the only plausible way forward, at least for white-collar unions preferring collective bargaining to substantive legislation on employment conditions. The 1936 Law on Rights of Association and Negotiation was in accordance with the Swedish labour market model as the right to negotiations was exclusively aimed for the unions, not for the individual employees. Also in accordance with the Swedish model, the law meant no *obligation* for employers to conclude collective agreements. It would have required legislation on compulsory arbitration.³⁷ Nor did the labour laws introduced in the 1970s contain steps in that direction. The Swedish tradition of self-regulation is based on *voluntary* collective agreements, not agreements forced through law. In addition, Sweden has no legislation on the extension of collective agreements to whole industries. The only way to force employers to enter collective agreements is through collective action. In the 1930s, far from all white-collar unions were prepared to take such actions.

The Association of Office Employees (*Kontoristförbundet*) took a much more defensive approach than Daco. Hesitating to negotiate with the employers, the association argued for substantive legislation on employment conditions. At its 1932 congress, the association gave highest priority to legislation on minimum norms for general employment conditions.³⁸ The wage issue was considered of secondary importance, but a reorientation towards a more positive view on collective agreements was on the way. A sign of this was that the congress accepted the demand on legislated rights of association and negotiation. The prioritized legislation on employment conditions was based on the so-called *normal contract* adopted by the 1929 congress. To be followed up by individual contracts, it contained minimum rules on working time, holiday, sickness benefits, death allowance, period of notice and pension based upon praxis in large companies already fulfilling these conditions. Several of these points were included in the proposed legislation put forward by the Liberal Association in Stockholm, in reality a product of the Association of Office Employees. The initiative may be seen

³⁷ SOU 1975:1 (*Demokrati på arbetsplatsen*) 243–244.

³⁸ *Tidskrift för Sveriges Kontorister* 4 1932, 5.

in the light of SAF's refusal in 1930 to accept the normal contract.³⁹ In SAF's view this contract reminded too much of a collective regulation. The Liberal Association feared that the dismissive employer attitude might transform the white-collar associations into militant unions similar to those of blue-collar workers. To prevent this, substantive legislation to improve employment conditions was considered necessary.

In the crucial year 1936, however, the difference in views between the Association of Office Employees and the Daco unions had diminished. The association was now positive to legislated negotiation rights.⁴⁰ On the other hand, in 1935 the majority of Daco unions had supported, although with hesitation, a government commission proposal on *substantive* legislation on employment conditions.⁴¹ The Union of White-collar Workers in Industry (Sif) and the blue-collar confederation LO strongly opposed it. Had the proposed legislation been achieved, then the law would have had specified different employment conditions for different categories of workers (blue-collar workers, lower-level white-collar workers and higher-level white-collar workers). With a social democratic government in office (1932–1976) such legislation would never have passed. Regarding the desirability of legislation on association and negotiation rights, all Daco unions were united.

4.1 *Substantive white-collar law in Denmark*

In Denmark the turn of events followed a different path as a *substantive* law for white-collar workers, the so-called *funktionærloven*, was introduced in 1938. It contained (among other things) a notice period of three months and sickness benefits, and subsequent revisions included additional benefits. The initiative came from the Conservative Party, which in 1937 – in the competition for the votes of white-collar workers – proposed legislation on individual employment contracts.⁴² The aim was to reinforce the middle-class identity of Danish white-collar workers and provide an alternative to collective agreements. By offering white-collar workers better employment conditions than those of blue-collar workers, the idea was that the former would abstain

³⁹ H de Geer, *SAF i förhandlingar. Svenska Arbetsgivareföreningen och dess förhandlingsrelationer till LO och tjänstemannaorganisationerna* (Stockholm, SAF 1986) 243.

⁴⁰ F Bergstrand, *Daco 1931–1937. En svensk tjänstemannarörelse växer fram* (Stockholm, TAM-Arkiv 2003) 64.

⁴¹ Bergstrand (2003) 76–81.

⁴² J Due and J S Madsen, *Hva' nu Larsen..? En sociologisk diskussion om funktionærerne og deres organisationer* (København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1984) 60–61.

from union membership. The Union of Commercial and Office Employees (HK) in the 1930s did not hesitate, however, to fight for collective agreements in firms affiliated to the Danish Employers' Association (DA). In 1932, to gain access to the bargaining rights in the 1899 basic agreement between DA and the Danish LO (*Septemberforliget*), HK joined the blue-collar confederation LO. Despite this, DA refused HK bargaining rights. After a lengthy legal process, the Supreme Court passed a verdict in 1935 to the advantage of the union.⁴³ It was followed by a basic agreement between DA and HK; however, this restricted collective agreements to firms with at least five HK members.

While shop assistants and most other sales personnel in Sweden are classified as blue-collar workers, in Denmark and all other countries they are considered white-collar workers. In the 1930s the Union of Commercial and Office Employees (HK) made up the Danish equivalent of three Swedish unions: the Association of Office Employees, the Daco union Sif (union of white-collar workers in industry) and the LO union of commercial workers (*Handelsarbejderforbundet*).

Successfully fighting for collective agreements, the Danish union HK opposed special white-collar legislation, but as the social democratic government was dependent on the Radical Left Party (*Radikale Venstre*) – which wanted such a law – the government reluctantly agreed to introduce such legislation.⁴⁴ The 1938 law was a compromise considerably deviating from the original proposal. Together with the Radical Left Party, HK had a major impact on the contents of the law. As a result, the period of notice became much shorter for the employees (one month) than for employers (three months).⁴⁵ In contrast to the corresponding proposed Swedish legislation, which was never passed, the Danish law makes no distinction between different categories of employees ('higher' and 'lower').⁴⁶ Like the 1936 Swedish law on the rights of association and negotiations, the Danish white-collar law protects these rights, although in legal terms they are expressed relatively vaguely in the Danish law.⁴⁷ Furthermore, the rule on a minimum requirement of five union members in a firm to establish a collective agreement was removed. The law legitimized union membership of white-collar workers, reflected in 1938-39

⁴³ J Duch Christensen and S Federspiel, *Fra flippoletar to lonarbejder: HKs historie 1900-2000* (København, HK 2000) 62–63.

⁴⁴ Due and Madsen (1984) 61.

⁴⁵ Duch and Federspiel (2000) 74.

⁴⁶ H Gran, *Eventyret om HK* (København, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund 1975) 52–53.

⁴⁷ Due and Madsen (1984) 61–62.

in a considerably increased HK membership.⁴⁸ In 1948 HK signed its first national agreement, but collective agreements were – and are – restricted to firms where at least 50 per cent of the employees within the HK area are union members.⁴⁹ As a consequence, many of today's HK members still have no collective agreement; this means that through its substantive character, the Danish law on white-collar workers is of great importance for the employment conditions of large groups of employees.

4.2 *Normal contracts as an alternative to collective agreements*

In contrast to a collective agreement, a normal contract is not binding; it is merely a recommendation. In 1916 the Journalists' Union concluded such a contract with the Swedish Newspapers Publishers' Association on minimum wages and general employment conditions. Few newspapers took account of it, and compliance continued to be poor. In 1935 less than 40 per cent of the union members got the minimum wage stipulated in the contract.⁵⁰ Not until 1954 was a collective agreement concluded with the Newspapers Employer Association.

Another variant of normal contract was elaborated in 1902 by the Theatre Employees' Union, but because there was no organized counterparty it was up to the individual employee to negotiate. This variant may be characterized as a weak form of unilateral self-regulation, functioning at best as individual support. As regards the 1929 normal contract for office employees, a counterparty did exist, but the Association of Office Employees failed to convince the employers to accept it. As the normal contract did not work, the association demanded legislation to enforce the contents of the contract. It turned out to be a dead end because no law on employment contract was enforced. What remained was the path of negotiation, which in any case sooner or later had to be chosen because the office employees' normal contract did not include wages.

Due to its unwillingness to negotiate about collective agreements, the Association of Office Employees was not granted affiliation to Daco until 1936. In 1937 it was transformed to the Commercial Employees' Union (HTF), which in the same year concluded its first large industry agreement. In 2008 HTF and the Union of White-collar Workers in Industry (Sif) merged into *Unionen*, today Sweden's largest white-collar union and the largest private-sector union.

⁴⁸ Due and Madsen (1984) 64–66.

⁴⁹ J Due and J S Madsen, *HK og 50%-reglen. Baggrund og effekt* (København, FAOS no 106 2010).

⁵⁰ *Journalisten* 11 1935.

In the absence of negotiation rights, younger Swedish public-sector professional employees in the 1930s and 1940s carried out *unilateral actions* in the form of mass layoffs and blockades of hiring of new staff combined with refusal to accept wages below a fixed minimum level.⁵¹ In recent years similar actions have been organized by nurses without assistance of their union, although often with informal union support.

4.3 Registration at the Board of Social Affairs – a temporary exception in the history of Swedish industrial relations

Swedish trade unions are not registered by any state agency. However, there is one notable historical exception. A number of white-collar unions did register themselves at the Board of Social Affairs in accordance with a procedure specified in the third chapter of the 1936 Law on Rights of Association and Negotiation, which came into force 1 January 1937.⁵² A complicated negotiating procedure including the right to an ‘impartial chairman’ was offered to the registered unions, among them the Association of Office Employees / HTF and the Union of Supervisors, which was the only registered union of the eight unions that founded Daco. A common feature for the unions using this option was that they were not prepared to enter strikes and felt a need of state support when negotiating with employers. A small white-collar union was registered as late as 1967.

While French labour legislation assigns the large union confederations status as *representative* unions, no equivalent exists in Sweden. Swedish labour law, however, restricts the right to take part in joint regulation under the 1976 Co-Determination Act and other statutory imposed cooperation between employers and unions to the so-called *established* unions, by which is meant all unions that are parties to a collective agreement.⁵³

5 The Swedish model of industrial relations: unilateral and bipartite self-regulation preferred to state regulation

The 1905 Engineering Agreement and the 2006 December Compromise paved the way for the Swedish model of bipartite self-regulation distinguished by industry-wide collective agreements, high union density and a high rate of affiliation to employers’ associations. The big combined strike and lockout in

⁵¹ S-E Strand, *SACO i historiens backspegel* (Stockholm, TAM-Arkiv 2013) 163–170.

⁵² C Schmidt, ‘Tredje kapitlet’ i *De första decennierna* (Stockholm, HTF 1957).

⁵³ Fahlbeck (2002) 117.

1909 was a temporary setback in this development. The spirit of cooperation between the labour market parties did not appear until the mid-1930s. The decisive breakthrough occurred with the conclusion of the 1938 Saltsjöbaden Agreement between LO and SAF, which established a set of rules, procedures and bipartite bodies to regulate relations between the labour market parties. A series of cooperation agreements followed, among them one on occupational safety (1942).⁵⁴

The centralization of LO in 1941 may be described as unilateral self-regulation and as a supplement to the Saltsjöbaden Agreement. In 1935 a government commission had recommended the LO to centralize, and the labour market parties to define rules of conduct safeguarding industrial peace. Only if the parties failed to introduce such rules would the state intervene. To secure industrial peace, the commission proposed that the peak organizations were given the final (veto) right of decision concerning collective agreements and labour disputes. Consequently, it was considered inappropriate to arrange membership ballots on proposals of collective agreements already approved by union negotiators. The employer confederation SAF, which already was very centralized, also desired tightened union rules for decision-making.⁵⁵ The 1936 LO congress, on the initiative of the Metalworkers' Union⁵⁶, appointed a committee to present a proposal on centralization at the 1941 congress. Therefore, SAF did not pursue this issue in the 1936-1938 Saltsjöbaden negotiations. Nevertheless, centralization in 1941 was very much a logical follow-up of the 1938 agreement.

Union centralization in Sweden was quite different from the corresponding processes in Denmark and Norway. Although collective agreements distinguish all Nordic countries, Sweden is in a class of its own with respect to self-regulated wage formation and conflict resolution.⁵⁷ The Danish state has played a prominent coordinating role since the 1930s through the authority of state mediators to link ballots of draft settlements. In Norway a similar procedure was introduced by the union movement itself, included in the 1935 basic agreement. The more fragmented union structure in Denmark and Norway made centralization through coordinated ballots more or less necessary.

⁵⁴ A Thörnquist, 'The Swedish Occupational Safety and Health Model Lost in Transition?', *OSH & Developments* October 2008.

⁵⁵ S Höglund, *Storföretagen, Svenska Arbetsgivareföreningen och beslutsordningen i arbetarnas fackliga organisationer* (Umeå, Department of Sociology 1978) 55-57.

⁵⁶ Motivated by improved prospects for a solidaristic wage policy. Swenson (2009) 73-74.

⁵⁷ N Elvander, 'The Labour Market Regimes in the Nordic Countries: A Comparative Analysis', *Scandinavian Political Studies* 25 2002.

While in the 1930s the Swedish state advocated *abolishment* of membership ballots, in 1984 the British state did the opposite by *imposing* ballots before strikes. The aim of the Swedish LO 1941 centralization and the 1984 legislation under the Thatcher government was the same – to reduce the number of strikes – but the means and form of regulation were diametrically opposite: union self-regulation to abolish ballots versus state regulation to make ballots compulsory. In contrast to the UK, in Sweden there is no law regulating the internal affairs of unions.⁵⁸

German labour law is also designed to curb strikes. One of most prominent objectives of the legislation on works councils is to favour peaceful relations. The councils may not participate in conflictual action. The statutory regulation of works councils means that the workplace representation of employees is regulated in detail by the state. Therefore, German unions at workplace level have to work through the councils and not by setting up their own organizations like the Swedish ‘union clubs’.

Similarly, French unions at workplace level are represented through works committees, established by law after the Second World War. The five so-called *representative* union confederations are given a privileged role in the election to the committees.⁵⁹ New legislation introduced from the 1980s has encouraged more decentralized negotiations. In this way the state has played a crucial role in the emergence of this new system of decentralized firm-level industrial relations.⁶⁰

The strong position of the French state also applies to industrial relations at higher levels. Despite the extremely low union density (8 per cent), the coverage of collective agreements is about 90 per cent as a result of state mechanisms to extend sectoral agreements to all workers in a sector. According to Gumbrell-McCormick & Hyman (2013). ‘many sectoral agreements merely replicate what is already prescribed by law (some even specify minimum wages *below* the statutory level)’.⁶¹ Sweden also has a very high coverage of collective agreements, but *without* extension mechanisms. Nor does Sweden have statutory minimum wages. French unions are

⁵⁸ P Norberg and A Numhauser-Henning, ‘Collective Bargaining in Sweden’ in *Collective Bargaining in Europe* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2004) 245.

⁵⁹ R Gumbrell-McCormick and R Hyman, ‘Embedded collectivism? Workplace representation in France and Germany’, *Industrial Relations Journal* 37:5, 2006 473–491.

⁶⁰ C Howell, ‘The Transformation of French Industrial Relations: Labor Representation and the State in the Post-Dirigiste Era’, *Politics & Society* 37:229–256, 2009 240.

⁶¹ R Gumbrell-McCormick and R Hyman, *Trade Unions in Western Europe* (Oxford, Oxford University Press 2013) 21.

financially supported by the state through large subsidies, which make unions less dependent on membership fees. All this illustrates that France and Sweden represent opposite poles with regard to the dimension self-regulation versus state regulation.

Up to the 1970s bipartite self-regulation almost completely dominated the Swedish model of industrial relations. In the solidaristic wage policy, LO found a formula facilitating the simultaneous fulfilment of solidarity and 'social responsibility'. Expanding export industries could benefit from wage restraint at the same time that the rate of 'structural rationalization' could be increased. State regulation (active labour market policy) played a *supplementary* role to self-regulation (solidaristic wage policy). From a union perspective it was of vital importance that the government did not intervene directly in collective bargaining. If so, unions would risk being seen as superfluous. The solidaristic wage policy thus offered an opportunity to live up to the objective of the 1951 LO report, that is, 'preserving a system under which wage formation take place by collective agreements between free organizations and without state involvement in the form of compulsory arbitration or laws regulating wages'.⁶² The Swedish model of self-regulation under the auspices of the confederations LO and SAF could be labelled *centralized self-regulation*.⁶³ In the 1980s the employers changed strategy and initiated a model of more decentralized bargaining. By the time of the 1997 Industrial Agreement, however, centralizing forces regained the initiative.

6 A new mix of self-regulation and state regulation

A departure from the traditional Swedish model of industrial relations occurred with the series of labour laws introduced in the 1970s on employees' board representation (1973), occupational safety (revised law 1973), employment protection (1974), the position of union representatives in the workplace (1974), co-determination (1976), working environment (1977), and on equality of men and women in working life (1979). The first of these was the law on employment protection for old employees (1971), which was prepared by a committee appointed by the social democratic government two years earlier. The Swedish labour market researcher Svante Nycander has shown that as late as 1970-71, the Metalworkers' Union and LO had a sceptical

⁶² *Fackföreningsrörelsen och den fulla sysselsättningen* (Stockholm, LO 1951) 145-146.

⁶³ Kjellberg (1992) 94; Kjellberg (1998) 79.

attitude towards legislation on this issue.⁶⁴ At any rate, it appears that LO strongly influenced the decision to break out the issue of employment protection for elderly employees from the planned general legislation on employment protection.⁶⁵ The 1971 LO congress was worried by the vulnerable position of elderly blue-collar workers during the rapid transformation of the labour market. At the end of the 1960s unemployment increased much faster among those older than 55 years than among young persons.⁶⁶ The consequences for blue-collar workers were accentuated by the short period of notice in the LO-SAF agreements, which recommended at least 14 days for workers employed at least nine months.⁶⁷ That was less than for white-collar workers, who in the engineering industry got one to six months depending on age, wage and length of employment (two to six months for white-collar workers in a supervisory position).⁶⁸ Already in the early 1930s a notice period of at least one month was applied for the majority of private-sector white-collar workers.⁶⁹

SAF had repeatedly proposed negotiations on an extended period for blue-collar workers but LO rejected the invitations as the employers demanded reciprocity. For older blue-collar workers the 1971 law prolonged the 14-day period of notice to at least two paid months. With the 1974 Law on Employment Protection, employees aged 45 years or older got six months paid period of notice (when the law was revised in 1997 age was replaced by the length of employment). This law is by far the most criticized by the employers due to its seniority principle in case of redundancy. Mia Rönmmar and Ann-Numhauser-Henning, however, stress that the employer is given 'a unilateral right to decide when and whether there is a redundancy situation' and that 'the seniority rules are "semi-compulsory" and the employer and the trade union may, in virtually all respects deviate from the statutory rules when determining the order of dismissals.'⁷⁰ Furthermore, the law is complemented by collective agreements on redundancy programmes (so-called *omställningsavtal*, transition

⁶⁴ S Nycander, *Sist in, först ut. LAS och den svenska modellen* (Stockholm, SNS 2010) 21–28.

⁶⁵ Henning (1984) 85.

⁶⁶ Henning (1984) 84.

⁶⁷ One week introduced with the 1938 Saltsjöbaden Agreement, extended to two weeks from 1947 according to the 1946 agreement between LO and SAF on works councils and the revised Saltsjöbaden Agreement.

⁶⁸ Henning (1984) 80–81.

⁶⁹ Henning (1984) 58.

⁷⁰ M Rönmmar and A Numhauser-Henning, 'Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28(4) 2012 453–454.

agreements). In the wake of the global financial crisis a number of crisis agreements were concluded in 2009, thus opening up for local negotiations on decreased working time and monthly wage to avoid or reduce the number of redundancies.

To summarize, it is true that the law on employment protection encroaches upon the employer prerogative, but the law allows the statutory regulations to be replaced by collective agreements, labelled by Susanne Fransson and Eberhard Stüber as *legally conditioned self-regulation*.⁷¹ Considering also the agreements on redundancy programmes, there are grounds to designate this area as a mix of state regulation and self-regulation.

Within collective bargaining the far-reaching self-regulation continued during the decades dominated by the axis LO-SAF and the subsequent decades, although the growth of white-collar unions and public-sector unions in the 1970s made the negotiations more complicated. This was manifested in the big 1980 conflict, the outcome of which was a major disappointment for the employers who changed strategy to decentralized negotiations. In 1990 SAF closed its wage bargaining unit, but towards the end of the decade its role to coordinate the affiliated employers' associations increased significantly. The 1990s was a decade of change and transition to a new model of wage formation. Almost simultaneously as SAF abdicated from centralized bargaining, a two-year super-centralization of wage negotiations was started under the auspices of the Rehnberg government commission.

In both 1993 and 1995 employers, headed by the Association of Engineering Employers, demanded completely decentralized bargaining to restore Swedish competitiveness and to obtain a more individualized and flexible wage-setting. National agreements should contain nothing but a peace clause. In 1992, to counter such demands, the LO blue-collar union Metall (today IF Metall), together with the white-collar unions Sif (today Unionen) and the Association of Graduate Engineers formed the cross-collar Bargaining Council (Sif/Unionen affiliated to TCO, the Swedish Confederation of Professional Employees; the Association of Graduate Engineers affiliated to Saco, the Swedish Confederation of Professional Associations).

The social democratic government considered it necessary to slow the pace of wage growth. After the conflict-ridden 1995 bargaining round the

⁷¹ S Fransson and E Stüber, 'Inflytande och makt över lönebildning och lönesättning' in M Holmqvist (ed), *Makt och inflytande i arbetslivet* (Stockholm, Premiss 2016) 98. Cf 'enforced self-regulation' in R Baldwin and M Cave *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice* (Oxford, Oxford University Press 1999) 39–41.

government again signalled increased state intervention unless the labour market parties reformed the wage formation process to bring the rate of wage growth down to the level of Sweden's most important competitors.

To forestall both completely decentralized wage formation and increased state regulation – and to prevent wage inflation – the unions behind the Bargaining Council together with other unions formed the organization 'Unions in Manufacturing', which in 1996 invited the employers in manufacturing to deliberate on industrial development, training and wage formation. The 1997 Industry Agreement between the unions in manufacturing and corresponding SAF associations has clear parallels to the 1938 basic agreement with respect to origin (threat of state regulation), contents (negotiation procedure, conflict resolution) and the spirit of cooperation.

The new reinforced National Mediation Office (2000) received, in addition to its mediation role in labour disputes, the task of promoting 'an efficient wage formation process.' That means that no wage increases can be higher than those given in the manufacturing industry, a sector heavily exposed to international competition. At the same time that much of the concrete contents of collective bargaining have been successively decentralized, the Swedish bargaining system comprises strong coordinating forces: the National Mediation Office, the internal coordination within LO and within the Confederation of Swedish Enterprise (the remodelled SAF) and the parties behind the Industry Agreement. In contrast to the three-tier bargaining system from the 1950s that continued to the end of the 1980s (excepting some years in the latter decade), today's negotiations take place at industry level followed up by workplace negotiations. Today there is no top-level bargaining (except for pensions, redundancy programmes etc.) but compensated by a coordination stronger than in the 1970s and 1980s, now more or less comprising all sectors and industries.

By the time that the 1997 Industry Agreement, the new reinforced National Mediation Office and the increased coordination within SAF and LO had come into being, a new mix of self-regulation and state regulation appeared.

7 The Swedish model of industrial relations

The Swedish model of industrial relations is dominated by self-regulation on the part of trade unions and employers' associations:

1. Bipartite self-regulation at central level, 'centralized self-regulation'⁷² (at present by sector/industry; previously also wage agreements at confederal level) implemented at workplace level by negotiations between the local employers and 'union clubs'. This combination of centralization and decentralization has been conducive for the high union density and the high coverage of collective agreements – and thereby for the strong position of self-regulation in the Swedish system of industrial relations.
2. Unilateral self-regulation: unions and employers' associations regulating their internal affairs and the absence of statutory works councils.

In the 1970s state regulation increased through new labour laws and in the year 2000 through the new, reinforced mediation institute, which has resulted in a new mix of self-regulation and state regulation, but with self-regulation as the dominating element. The importance attached to self-regulation by the legislator is evident from the semi-dispositive character of for example the 1974 Law on Employment Protection, which means that the selection of persons to be laid off in case of redundancies may be determined through local collective agreements. The power of the Mediation Office to enforce mediation does not apply to trade unions and employers' associations which have concluded negotiating agreements like the 1997 Industry Agreement. Consequently, this power is only semi-mandatory. At present there are about 15 such agreements covering most of the Swedish labour market. The task of the Mediation Office to counter-check wage increases which exceed those in manufacturing industry even justifies the characterization of this authority as a follow-up and complement to the Industry Agreement.

Table 1 contains an overview of the Swedish industrial relations system as regards the combined (1) self-regulation/state regulation and (2) centralization/decentralization. There are combinations *between* (1) and (2) as well as *within* each of them.

Centralization is required for central compromises guaranteeing union rights and reducing fears about joining unions at the individual workplace. It also increases the share of workplaces covered by collective agreements, and

⁷² Kjellberg (1998) 79–80; A Kjellberg, 'The Swedish Model of Industrial Relations: Self-Regulation and Combined Centralisation-Decentralisation' in C Phelan (ed.) *Trade Unionism since 1945: Towards a Global History* (Oxford, Peter Lang 2009) 171–172.

where employers do not resist unions, it provides a high coverage of employers' associations. Another illustration of interaction between central and local levels to the advantage of unions is that bargaining power at national level facilitates local negotiations, particularly at workplaces with weak union representation.

Decentralization refers to the extensive coverage of union workplace organizations vertically integrated into national unions. The workplace 'clubs' bring unions close to rank-and-file members and offer unique chances for reciprocal communication between unions and members. They also constitute an arena for formulating demands and delivering goods to where the workers are located. Union workplace organizations promote membership recruitment not only from a social aspect (face-to-face contacts) but also from a utility aspect (results of union activities directly at the workplace) and by reducing fears about joining unions. Many of the labour laws introduced in the 1970s promoted workplace union strength and bargaining power, for example the Law on Union Representatives – which is of great importance for carrying out union activities during paid working time: see the field combining state regulation and decentralization in Table 1.

On the other hand, both one-sided centralization and one-sided decentralization may be highly problematic for unions. Power relations are often strongly biased to the employers' advantage in such cases. After World War II Dutch unions had to abstain from their workplace presence in order to be accepted as cooperation partners at central level. Similarly, one-sided decentralization results in fragmentary union coverage, as in USA, Japan and Britain. Generally speaking, industrial relations systems with a strong decentralized or centralized bias militate against a high union density, while a combination of centralization and decentralization offers more sanguine prospects for unions.

The dominant view among Swedish industrial relations researchers has been that the trade unions were the driving force behind the extensive labour legislation introduced in the 1970s. Svante Nycander has questioned this conclusion⁷³ and showed that political forces were the initiators of the Employment Protection Act.⁷⁴ According to Nycander the initiatives for legislation taken before 1971 came from 'the political side' – the political parties and the government. It was a political offensive, not a union offensive. As regards the Co-determination Act, it is true that the first LO congress to

⁷³ Nycander (2008) 282, 299–300, Nycander (2010).

⁷⁴ Nycander (2008) 262–275.

	Centralization	Decentralization
Self-Regulation (bipartite and unilateral)	<p>A. On the part of unions and employers' associations* Engineering Agreement 1905 December Compromise LO-SAF 1906 Saltsjöbaden Agreement LO-SAF 1938 Joint Industrial Safety Council LO-SAF-PTK 1942/1978 Basic Agreement in Government Sector 1965 Centralized bargaining LO-SAF and PTK-SAF Industry Agreement on wage formation 1997 Central agreements LO-(SAF/SN and PTK-SAF/SN on other issues than wages (pensions, redundancy programmes, etc.) Wage agreements by sector/industry</p> <p>B. On the part of unions or employers' associations** Centralized employers' associations (VF and SAF) Transition to industrial unionism in the 1920s (LO) Centralization of LO 1941 Solidaristic wage policy (LO) Public sector bargaining cartels (white-collar workers) PTK (bargaining cartel for private sector white-collar workers) 1973 Bargaining Council for unions in engineering industry 1992 Unions within Manufacturing 1996 Intensified internal coordination within LO and SAF/SN</p>	<p>A. On the part of unions and employers' associations* Frequent local negotiations on piece-work Workplace agreements The 1983 Engineering Agreement concluded without preceding participation in the LO-SAF negotiations Decentralization of collective bargaining since the 1990s: (1) centralised bargaining with SAF on wages abolished from 1990 (2) industry agreements kept, but substantive contents successively less detailed and increasingly left to local negotiations Increased space for individualised wage setting and figureless agreements Global frame agreements between unions and transnational companies</p> <p>B. On the part of unions or employers' associations** Workplace union organizations ('union clubs') since the 1890s Employers' associations expanded their regional organization (VF from the 1970s) SAF decision in 1990 to abdicate from collective bargaining Codes of conduct (transnational companies)</p>
Bipartite Regulation (state and unions)	State-supported union unemployment funds (union-run funds administering the unemployment insurance regulated by law; partly financed by the state, partly by membership fees)	
Tripartite Regulation	Stabilization agreements 1990-93: the government Rehnberg Commission, trade unions and employers' associations Labour court (tripartite composition) 1928-	
State Regulation	Laws on labour court and collective agreements 1928 Law on rights of association and negotiation 1936 (private sector white-collar workers) Increased <i>de facto</i> role of state mediators 1993-99 National Mediation Office 2000 Role of the Bank of Sweden in fighting inflation EU directives implemented by law/collective agreements	Laws on co-determination (MBL), board representation in companies, employment protection (LAS), trade union representatives and revised law on occupational safety strengthen union workplace organizations and union safety representatives (1970s) EU regulation on European Works Councils implemented by Swedish law EC court verdict in the Laval case: decentralization in the sense of increased autonomy of foreign companies with posted workers to decide wages, but centralization by the intervention of the EC court into national wage formation and conflict rules.

* Bipartite self-regulation; ** Unilateral self-regulation

For explanations of abbreviations, see the list at the end of the chapter.

Table 1. The Swedish model of self-regulation versus state regulation and combined centralization and decentralization

choose the legislative route was not held until 1971. Yet it would be more correct to assign the initiative of this law to *the union movement* rather than to any political party. In the years 1967–68 the centre-right parties submitted bills to the parliament on increased employee influence in enterprises, but none of them recommended *legislation*.⁷⁵ At the end of 1968 the Social Democratic party still had not adopted a clear position on the issue, and LO upheld its traditional sceptical view towards ending up sitting on two chairs – representing both the workers and taking responsibility for the enterprise.⁷⁶ Only the Communist Party argued for legislation, while LO preferred self-regulation and referred to the value of the Saltsjöbaden spirit of cooperation.⁷⁷

The union reversal from the Saltsjöbaden line took place at the September 1969 congress of the Metalworkers' Union.⁷⁸ Shortly afterwards, two things happened: (1) LO appointed a commission led by the vice president of the Metalworkers' Union to present a proposal to the 1971 congress, and (2) the social democratic congress took the same direction as the Metall congress.⁷⁹ In this way the Metalworkers' Union paved the way for the position taken by the 1971 LO congress. Now legislation was considered unavoidable to abolish paragraph 32 (the former paragraph 23) as regards the employer prerogative to direct and distribute work.⁸⁰ Several months before (in early 1971), the LO president Arne Geijer (also a Social Democratic MP) submitted a bill to the parliament on labour legislation to introduce negotiation rights on co-determination issues.⁸¹ It got support from almost all political parties. The real turnaround of LO thus occurred long before its 1971 congress. Part of the background was growing discontent with the revised 1966 agreement on works councils, according to which (as the unions viewed it) decisions on structural rationalizations and large layoffs should be preceded by consultations with unions. That was far from always being the case when the transformation of Swedish economy accelerated from the mid-1960s.⁸²

The Co-determination Act was passed in 1976 and came into force on 1 January 1977. It was aimed to be followed up by collective agreements on co-

⁷⁵ A Hadenius, *Medbestämmandereformen* (Stockholm, Almqvist & Wiksell International 1983) 48–50, 55 ff.

⁷⁶ Hadenius (1983) 50–52, 58.

⁷⁷ Hadenius (1983) 58–59.

⁷⁸ Hadenius (1983) 62–63, A Kjellberg, 'Från industriell demokrati till medbestämmande – fackliga utvecklingslinjer 1917–1980' *Arkiv* 21–22 1981.

⁷⁹ Kjellberg (1981) 72–73, Hadenius (1983) 63–66.

⁸⁰ Hadenius (1983) 78–82.

⁸¹ Hadenius (1983) 82–85.

⁸² Kjellberg (1981) 68–69, 74.

determination. It was not until 1982 that such an agreement was concluded between SAF, LO and PTK. This illustrates the absence of Swedish legislation that enforces collective agreements (compare above about the 1936 Law on Rights of Association and Negotiation).

8 Forms of regulation: advantages and disadvantages

As we have seen, there are different forms of regulation within the industrial relations area: self-regulation (unilateral and bipartite⁸³), state regulation (legislation, court judgements, decisions of state mediators, etc) and combinations between them, for example tripartite regulation and state regulation supplemented by self-regulation (Table 1 above). Each of them has its own advantages and disadvantages depending on the perspective that is applied. Due to conflicting interests and diverging ideological/political preferences trade unions, employers' associations and states may have different views. They may also have common views based on common interests, common norms and so on.

Ann Numhauser-Henning poses a question in an inventive article: whether labour law should be based on legislation or self-regulation.⁸⁴ Her answer is 'both of them' should. One reason is that implementation of EU labour law appears to require legislation to supplement collective agreements. Numhauser-Henning labels the emergence of the Swedish system of collective bargaining as 'genuine self-regulation', which means that it was developed without assistance of the legislator. The early labour law, exemplified by the 1928 laws on labour court and collective agreement, "'codified"' the praxis that the labour market parties already had developed'.⁸⁵ The labour law researcher Susanne Fransson characterizes Swedish labour law during the early decades of the twentieth century as 'primitive' because the relations between the labour market parties (up until 1928) were 'the subject of collective self-regulation, never of formal legislation'.⁸⁶

Numhauser-Henning emphasizes that the extensive labour legislation introduced in the 1970s mainly is semi-dispositive and leaves significant

⁸³ Jacobs (1986) uses 'collective self-regulation' with respect to joint regulation by employers and trade union.

⁸⁴ A Numhauser-Henning, 'Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock'. *Svensk JuristTidning* 3 2001.

⁸⁵ Numhauser-Henning (2001) 315.

⁸⁶ S Fransson, 'Freedom of Contract, Parity and Collective Regulation: Collective Labour Law in Sweden' in M van der Linden and R Price (eds), *The Rise and Development of Collective Labour Law* (Bern, Peter Lang 2000) 237.

leeway for the labour market parties to implement it through collective agreements. This is facilitated by the high density of unions and employers' associations. In the absence of state extension mechanisms the high coverage of collective agreements is also a result of the efforts of the labour market parties themselves (self-regulation). Numhauser-Henning highlights in particular three advantages of self-regulation:⁸⁷

- Regulation by collective agreements enables implementation and control at the individual workplace in a way 'that the legislator can only dream of'.
- Employment conditions formulated by the parties themselves often give a higher legitimacy than legislation.
- Collective agreements enable adjustment to local and sectoral conditions, which is also a reason why legislation, where it is introduced, often admits derogations through collective agreements. 'Processual flexibility' through negotiations is often considered superior to substantive legislation on material conditions (cf the white-collar confederation Daco's preference for procedural to substantive legislation).

The decentralization of bargaining underlines the importance of union presence at workplace level. The declining Swedish union density poses a challenge for unions in implementing and enforcing collective agreements at workplaces, particularly in private-sector services such as the hotel and restaurant industry (52 per cent unionized in 2006, 28 per cent in 2015)⁸⁸. About two thirds of the massive union membership losses in 2007 and 2008 were caused by the centre-right government's policy of considerably raising and differentiating the fees paid into unemployment funds.⁸⁹ The union unemployment funds represent a mix of unilateral self-regulation (union-run funds, although in the 2000s with growing autonomy from trade unions) and state regulation (regulated by law and partly financed by the state). At any rate, no state intervention has ever caused such a large decline of Swedish union density as the remodelling of the Swedish unemployment insurance during the centre-right Reinfeldt government. Declining union density and dumping of wages and other conditions caused by EU regulations have raised the issue in some industries of statutory minimum wages.

Sometimes bipartite self-regulation is not sufficient for finding desirable solutions. The 1997 Industry Agreement meant a restoration of the Swedish model of collective bargaining, containing a kind of private mediation

⁸⁷ Numhauser-Henning (2001) 316–317.

⁸⁸ Refers to blue-collar hotel and restaurant workers. Kjellberg (2017).

⁸⁹ A Kjellberg, 'The Decline in Swedish Union Density since 2007' *Nordic Journal of Working Life Studies* 1(1) 2011.

institute, but in 2000 this was complemented by a new reinforced National Mediation Office. Its most important task is to prevent wage agreements in other sectors from exceeding those in the manufacturing industry. A combination of self-regulation and state regulation was considered to have better prospects than any other alternative to get wage formation functioning better than previously. The prominent role of self-regulation is also evident in the design of the Mediation Office. Among its instruments are compulsory mediation and the right to postpone industrial actions for two weeks, but this is only semi-mandatory as this order can be replaced by collective agreements on negotiation procedures and conflict resolution.⁹⁰

Since 1997 the remodelled Swedish system of wage formation, still strongly dominated by self-regulation, is considered by most observers to be successful. The following advantages are often mentioned: reduced growth of nominal wages to the advantage of Sweden's competitiveness, increasing real wages and a low rate of labour conflicts.

List of Abbreviations

DA	Dansk Arbejdsgiverforening (Danish Employers' Confederation)
Daco	De anställdas centralorganisation (Confederation of Employees)
HTF	Handelstjänstemannaförbundet (Commercial Employees' Union)
HK	Handels- og Kontorfunktionærenes Forbund (Union of Commercial and Office Employees)
IF Metall	Industrifacket Metall (Industrial Union Metall)
ITGLWF	International Textile, Garment and Leather Workers' Federation
LO	Landsorganisationen i Danmark (Danish Confederation of Trade Unions)
LO	Landsorganisationen i Sverige (Swedish Confederation of Trade Unions)
Metall	Svenska Metallindustriarbetareförbundet (Swedish Metalworkers' Union)
PTK	Privattjänstemannakartellen (The Bargaining Cartel of Private Sector White-Collar Workers)
Saco	Sveriges Akademikers Centralorganisation (Swedish Confederation of Professional Associations)
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen (Swedish Employers' Confederation)
Sif	Svenska Industritjänstemannaförbundet (Swedish Union of Clerical and Technical Employees in Industry)
SN	Svenskt Näringsliv (Confederation of Swedish Enterprise)
TCO	Tjänstemännens Centralorganisation (Swedish Confederation of Professional Employees)
VF	Verkstadsföreningen (Swedish Engineering Employers' Association)

⁹⁰ Norberg and Numhauser-Henning (2004) 261.

CSILLA KOLLONAY LEHOCZKY

THE SOCIAL CHARTER AND EU LAW ON GENDER
EQUALITY:
A COMPARATIVE OVERVIEW

1 Introduction

The legal prohibition of discrimination on the ground of gender (sex) has a long and expansive history. This prohibition was laid down in the Universal Declaration of Human Rights, enshrined as a fundamental value in the constitutions of post-WW II European states, and repeated and even emphasized in the ICCPR and the ICESCR – the development channelling into the CEDAW and multiple ILO documents. In the European Union it has been present in EU legal instruments for sixty years. Nevertheless, gender equality is far from being achieved either globally or regionally.

The reasons are broadly and deeply analysed, by among others Ann Numhauser-Henning, calling attention to the contradiction between formal and substantive equality and to the inadequacy of formal legal norms to make significant changes. Numhauser-Henning's critiques point at weaknesses of the individualized, complaint-led model based on judicially enforceable rights.¹

As an attempt to add a seldom-used element to this debate, the main argument of this contribution is that the (Revised) European Social Charter – a human rights treaty, classified as 'soft law' – has significant achievements and further potential. And thus deserves more attention for the overall promotion of gender equality.

Discourses on European gender equality predominantly limit the scope of examination to the legal instruments – TFEU and the directives – adopted as a part of the European Union legal system.² With some supplementary

¹ See e.g. 'EU Equality Law – Comprehensive and Truly Transformative?' in M Rönmar (ed.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Hart 2011) esp. pp 114, 118, 126.

² TFEU Article 157, the Recast Directive (Directive 2006/54/EC of the Council and the Parliament on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation) and the PWD (Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding) are discussed in this contribution, from among several relevant legal instruments.

character, the CFREU is occasionally mentioned (its Articles 23 and 33). The European Social Charter (Revised)³ is forgotten. Apparently, the main reason behind this is the view by the majority of the legal profession that the Charter is a policy instrument without real legal power. This, in turn, results in the low visibility and reputation of this instrument.⁴

Contrary to EU legal instruments that require Member States, under threat of sanction, to implement the instruments through directly enforceable rights, violation of obligations under the Charter cannot channel into a formal legal procedure ending with enforceable sanctions. Thus, the Charter is usually classified as 'soft law', and as such is not formally binding.⁵ It is characterized by its collective and programmatic nature contrasted with 'genuine', i.e. individual and directly enforceable rights. Its norms, labelled as 'provisions of means', or 'procedure', oblige the ratifying states merely to make efforts and to use available means directed towards attaining the targeted goals, but do not require achievement of these goals. This is seen as an indicator of the inferior nature of this human rights treaty, compared to 'hard law instruments', and thus it is treated with scepticism regarding its effective role in promoting gender equality.

The aim of this contribution is to change this view of the Charter, in particular by presenting its significant role and potential in promoting gender equality in Europe; it attempts to demonstrate the need and importance of the combined and collaborative use of the two different systems in order to achieve more substantive progress in gender equality.

First, a brief comparative overview of the EEC Treaty and the Charter is given, with a view to their original nature and basic function: economic freedom versus social protection, individual versus collective, 'hard law' versus 'soft law' and, last but not least, the gradual and special evolvement of equal treatment. The second section attempts to give a comparison of the Recast Directive⁶ of the EU and Article 20 of the Charter – the main set of provisions

³ The European Social Charter was adopted in 1961 as a counterpart to the European Human Rights Convention, and the updated and enlarged Revised Social Charter was adopted in 1996, opening the option for Party States to join either (but only one) of them. Currently nine countries (out of 43) remain under the 1961 Charter; all the rest ratified the Revised Charter. (Further on 'the Charter')

⁴ O de Schutter, *The European Social Charter in the context of implementation of the EU Charter of Fundamental Rights*. Study for the AFCO Committee, 2016. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU\(2016\)536488_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/536488/IPOL_STU(2016)536488_EN.pdf) p. 13, 24.

⁵ [Http://www.scandinavianlaw.se/pdf/58-9.pdf](http://www.scandinavianlaw.se/pdf/58-9.pdf).

⁶ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast).

on gender equality under the two systems. The issue of equal pay – a specific matter within the subject area – will be addressed within this context, revealing the advantage of the collective and programmatic regulation. Considering the special role of the biological difference between the male and female body (the ability of women to carry and deliver a child) in the construction of social differences between genders, the last Section gives a parallel overview of the regulation of pregnancy and maternity under EU law and under the Charter – pointing at the reflexive and harmonizing impact of the soft method under the Charter.

2 Community law and the Charter – fundamental rights and equality

‘Community law’ and ‘the Charter’ were born as two different legal systems, although not independent from each other and, in the course of the development of the European Social Dimension they have become the two social-standard-setting systems of Europe.⁷

The two sets of norms started from opposite directions, as opposite poles and at the same time supplementing each other. To put it simply, the EU was founded on the ground of economic freedom without special provisions aimed at social protection⁸; the 1961 Charter on the other hand was founded on the ground of social protection and assistance – freedom and autonomy were not in the centre of the founding values. Protection of the weak was the function, especially for those considered the most vulnerable (e.g. women, children and the disabled).

The view of the drafters of the 1957 Rome Treaty was that economic competition and free movement of labour will have an automatic harmonizing effect on employment and labour standards, resulting in ‘improvement of the living and working conditions of labour’.⁹ Pay discrimination on the ground of sex was the only exception from this belief in the upgrading effect of the free market, and was later joined by working time and holiday. Both situations were

⁷ See the Relationship between European Union law and the European Social Charter Working Document, European Committee of Social Rights 2014.

⁸ The Social Fund was established to promote the goals of the Economic Community rather than to provide social protection.

⁹ Article 117 of the Rome Treaty. See also critical analysis of the expected (and by the 1970s, clearly failed) automatic ‘upward harmonization’ in S Simitis and A Lyon-Caen, ‘Community Labour Law: A Critical Introduction to Its History’ in P Davies, A Lyon-Caen, S Sciarra and S Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn* (Clarendon 1996) mainly pp. 5–8.

regulated for market reasons: the unregulated differences seemed to generate market-distorting effects.¹⁰

The belief in automatic harmonization of labour and social standards was supported by the fact that the relevant international (ILO) standards were ratified by all six founding members; furthermore, they were all adhering to the 1950 European Convention of Human Rights (hereinafter the 'Convention') and to the European Social Charter (in draft form at that time) and these treaties were considered to be the right position to guarantee human rights and social protection.¹¹

The failure of the expected automatic upward harmonization effect of economic freedoms to the working and living conditions in the Community lead to the approximation process between the 'Economic Constitution' of Europe and the 'Social Constitution of Europe'¹², manifested in Article 136 of the Amsterdam Treaty. In the course of time, operation of the two systems has developed in interaction with the European Convention of Human Rights (ECHR) – the third corner of the original triangular framework of market, civil rights and social protection – with the function of creating a continent of freedom, justice and solidarity.

2.1 *Human rights*

The 'division of tasks' between the Charter and the Convention was based mainly on the traditional presumption of the dividing line between negative and positive rights: guaranteeing freedoms without state intervention on the one hand, compared to positive obligations entailing state obligations and expenditures on the other. In practice, freedom and equal opportunity have been narrowed down in the Charter to Article 1§2 (freedom to choose an occupation) and in Articles 5 and 6 (freedom to organize and bargain collectively) – which is similar to the meagre presence of positive rights or positive state obligations in the Convention.¹³

While this division has been increasingly questioned, attempts to add social rights to the Convention have failed. The efforts to bring about approximation between the two human rights instruments finally resulted in a compromise

¹⁰ See e.g. B Hepple, *Labour Laws and Global Trade* (Hart 2005), pp. 199–200, also O de Schutter, 'Anchoring the European Union to the European Social Charter' in G de Búrca and B de Witte (eds), *Social Rights in Europe* (OUP 2005) pp. 111–112.

¹¹ Hepple, *ibid* 200.

¹² See O De Schutter (ed.), *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe* (Bruylant 2010).

¹³ Predominantly connected to the obligation of the state to apply positive measures for safeguarding fundamental rights, most frequently coming up under Article 8 of the Convention.

relevant for gender equality. Instead of inserting 'costly' social rights into the Convention, the 1988 Additional Protocol inserted the gender equality provision¹⁴ into the Charter to bring in a 'classic' human right and the subsequent adoption of Protocol 12 of the Convention, which was optimistically expected to become a vehicle of bringing various social rights under the protection of the Convention.

The European Community has demonstrated a different paradigm in this respect. Human rights were considered outside the scope of the legal framework of economic integration. However, the accession of each of the Member States to the ECHR and the mentioned human rights documents prompted the ECJ to adopt judgements with repeated reference to the 'common constitutional traditions' of the Member States as well as to the 'fundamental rights' guaranteed by the Community legal order from early periods of the community¹⁵. This repeated indication seemed to establish a 'shadow' bill of rights – constituting a framework for the 'principle of equality' and generating a demand for a 'written' one.¹⁶

2.2 Equality

Another similarity between the European legal framework and the 1961 Charter was that in their earlier period, both lacked a general prohibition on discrimination as a horizontal provision. Nonetheless, one cannot say that the 'spirit of Aristotle' was not present in Community law. The Community guaranteed equal treatment of nationals of Member States when they were moving between countries, exercising the freedom of movement of workers.¹⁷ Article 119 was added, requiring the Member States to implement the equal pay guarantee in their legal systems. Furthermore, the 'fundamental principle' of equality was repeatedly invoked by a number of ECJ judgements.¹⁸

These decisions had nothing to do with sex, and were not mainly concerned with nationality. They involved matters such as levies on milk quotas (*Karlsson*), the size of fishing vessels (*Spain*), differentiation between airline passengers whose flight was cancelled and whose flight was severely delayed (*Swedish Match* and *Sturgeon*), between 'in-house' and external lawyers. The questions

¹⁴ Article 1 of the Protocol, now Article 20 of the Revised Charter.

¹⁵ For the first such reference, see Case C-29/69 *Stauder*.

¹⁶ S Simitis and A Lyon-Caen, *ibid* pp. 19–21.

¹⁷ Treaty on the European Communities ('Rome Treaty'), Article 48(2).

¹⁸ See C-292/97 *Karlsson and Others*; C-304/01 *Spain v Commission*; C-210/03 *Swedish Match*; Joined Cases C-402/07 and C-432/07 *Sturgeon and Others*; Case C 550/07 *P Akzo Nobel Chemicals*.

were about symmetrically comparable situations, or 'things', not even human beings. This purely arithmetical concept of equal treatment, the 'common market' concept, may also be labelled as the 'freedom of movement concept' applied to migrant workers.

This concept has a strongly technical, formal meaning: equality needs only the removal of formal barriers (nationality) and thereby equality is granted between similarly situated subjects.

The 'common market concept' has to be distinguished from the 'human rights concept' of equal treatment. Contrary to the former, the human rights concept of equality has grown from the asymmetric relationship between the 'standard' and the 'non-standard', the 'mainstream' and the 'other'. So is the 'male', being the standard, and 'female', the 'other' – the inequality cannot be corrected by merely 'removing the chain', that is, by formally equal treatment.

Second (but not in second in order of importance), the human rights approach to equality has, as its core, the idea of dignity – a basic value to be protected by equal treatment.¹⁹ The formal-arithmetical common-market equality is indifferent to the dignity of the actors (milk producers, fishing crews or airline passengers as noted above), whereas in the case of actors in sex, race, religious or other discrimination situations it is not.

Different kinds of inequalities need different approaches to correct them and overlooking the difference between 'market equality' and 'human rights equality' prevents legislation from offering an efficient approach to eliminating these inequalities.

Identifying the origin and limited reach of this concept has great importance for our subject matter because this formal model appears as the origin of TFEU Article 157. This 'pedigree' affects gender equality, which is a human rights issue. The hazard is emerging from the *Allonby* judgement that, while this (beneficially) extends the Community meaning of worker to Article 157 (Article 141 at that time), it also puts the 'freedom of movement' label on this provision²⁰, thus generating controversial interpretation.

In the 1961 Social Charter the primary emphasis was on social assistance and protection, and limited attention was paid to equality. The non-obligatory Preamble was not inserted as a horizontal provision, but rather as a background source of the provisions. It made reference to the enjoyment of social rights without discrimination on grounds of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin. This text was not applied

¹⁹ S Fredman, *Discrimination Law* (OUP 2011) pp. 227 and ff.

²⁰ C-256/01 *Debra Allonby v Accrington & Rossendale College and Others*, ss. 67, 68, 70, 72.

in order to sanction or prevent discriminatory methods for ensuring Charter rights. It was referred to exclusively in cases of the violation of Article 1§2, which already implied the prohibition.

The change in the approach to social and economic human rights in the last decade of the twentieth century²¹ brought about changes, among others things for equality under the Charter. Article E and Article 20 have to be mentioned in this regard.

Article E of the 1996 Revised Charter, a horizontal provision on the equal protection of the rights guaranteed by the Charter, is almost identical to Article 14 of the ECHR. Article 20 on the right to equal opportunities and equal treatment without discrimination on the grounds of sex, was accompanied by other radically changed or new provisions in the Revised Charter.

2.3 *Efficiency of the 'soft law'*

The dispute over the overall efficiency of the various legal methods to achieve substantive equality has already detected and proved in several aspects that setting up a hierarchy for 'soft' and 'hard' laws is not the correct way to approach the matter.

The distinction between Charter provisions of progress and provisions of results is already blurred. The fifty years' development of the case law of the European Committee of Social Rights (ECSR)²² has produced a detailed, demanding and proportionate criteria system for measuring 'progress' (compared to the previously reported stage) and 'efforts' (adequacy of legislative and administrative measures, budget allocation, proportionate to the goals and resources available etc.) The use of charts of numerical indicators enables clear assessment of 'progress' in a given period, even for such elusive obligations as 'the achievement and maintenance of as high and stable a level of employment as possible'²³, and assimilating them to the 'provisions of result'.

The crystallizing of obligations – state accountability for dynamic and collective duties, the obligation to make genuine efforts, and the requirement to use all available means to achieve the goal – challenges assertions regarding the superiority of judicially enforceable individual rights, and with special regard to our subject, proves a strong instrument with comparative advantages in tangibly promoting the equality of women as a group.

²¹ Promoted also by the overthrow of the communist regimes in Eastern Europe.

²² The independent expert body giving legal assessment of the compliance of the states with their undertakings.

²³ Article 1 § 1.

The similarities and differences and the relative advantages of both systems not only show approximation but also the need for the combined use of the two instruments by those committed to or responsible for promoting gender equality. This is not only demanded but also facilitated by the three regimes – Community law, the Charter and the ECHR – in approaching each other to become a framework of human rights, equality and justice and promote the improvement of gender equality and equal opportunities in Europe.

3 The Recast Directive and Article 20 of the Social Charter – differences, similarities, and synergies

The comparison here of two main texts on European gender equality reveals their common features and major differences in their approach to gender equality law. These differences and similarities are rooted in their original framework and history, as summarized above.

What is common is that the history of equal treatment, regardless of sex, started with the sole equal-pay rule in the ancestor regulations in both systems and the relatively late arrival of a comprehensive regulation of gender equality.

Apart from the equal-pay rule in Article 119 in the Rome Treaty, gender equality was not a part of the *acquis communautaire*. Discrimination was prohibited only with regard to nationality and, while in the abovementioned cases²⁴ the ECJ consistently paid attention to blocking unreasonable differentiation, gender equality was not addressed beyond the issue of equal pay.

This changed with the adoption of Council Directive 76/207/ECC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions. This directive was accompanied by other pieces of secondary legislation and they developed into the 2006 Recast Directive.²⁵

The 1961 Charter also had no provision on the equal rights of men and women. Similar to the Rome Treaty, the only explicit sex-equality rule was the provision on equal pay: Article 4, stipulating the right to a fair remuneration, included 4§3 on the obligation of the State Parties to recognize the right of men and women to equal pay for work of equal value.

Article 1§2 of the Charter, guaranteeing ‘the right of the worker to earn his living in an occupation freely entered upon’, implies the prohibition of all

²⁴ See n. 18.

²⁵ See n. 2.

forms of discrimination. The requirement of the more specific recognition of the right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation – without discrimination on the grounds of sex – entered the Charter through the adoption of Article 1 of the 1988 Additional Protocol (in 1996 ‘converted’ into Article 20 of the Revised Charter).

Comparing the material scope of the Recast Directive and Article 20 of the Charter, we find that both texts contain almost identical coverage of the whole scale of employment. The protection to be implemented under the Recast Directive covers ‘(a) access to employment, including promotion, and to vocational training; (b) working conditions, including pay; [and] (c) occupational social security schemes’.²⁶ Article 20 also guarantees the right to ‘(a) access to employment, protection against dismissal and occupational reintegration; (b) vocational guidance, training, retraining and rehabilitation; (c) terms of employment and working conditions, including remuneration; (d) career development, including promotion’.

The almost identical texts contain some differences, too. The Recast enumerates in subsection c.) ‘occupational social security’, while the Charter is silent on social security. This silence does not mean exclusion; on the contrary, it indicates inclusion of both occupational and public social security, thus going beyond EU gender equality law.

Public social security was reasonably excluded from the concept of pay, and less evidently, it was not included into Directive 76/207/EEC regulating equality in respect of all conditions of employment. Instead, Council Directive 79/7/EEC on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security was adopted. The phrase ‘progressive implementation’ provokes comparison with the thorough assessment of progressive implementation and due efforts under the Charter, with special regard to the fact that public social security was not included in the Recast Directive, almost three decades later.²⁷

The inclusion of social security in Article 20 is indicated implicitly by the possibility opened for the ratifying countries to exclude social security matters as well as other provisions relating to unemployment benefit, old-age benefit and survivor’s benefit from the scope of Article 20.²⁸ So far, and remarkably,

²⁶ Article 1, subparagraphs (a) to (c) of the Recast Directive.

²⁷ On the state of the ‘progress’ of thirty years see S Renga, D Molnar-Hidassy and G Tisheva, *Direct and Indirect Gender Discrimination in Old-Age Pensions in 33 European Countries*. Report to the European Commission DG Justice, 2010.

²⁸ Appendix to Protocol Article 1, now Article 20. In addition, this is possible in a more simplified form than for other exclusions and reservations.

no Party State has resorted to this solution. Rather, most countries have declared their intention to observe the principle of equal treatment in matters relating to social security; moreover the principle is extended, in a progressive way, to areas formerly not covered (survivors' benefits, sickness pay, extending pension eligibility, etc.).²⁹

Besides this implicit inclusion of social security in the scope of equal employment conditions, Article 12 of the Charter on social security is subject to the prohibition of discrimination under the horizontal provision of Article E.

Considering that almost all EU Member States ratified Article 20³⁰, the cautious progress of sex equality under EU social security does not seem too strongly warranted – even if the subsidiarity limits of the EU legislative power are taken into consideration. The combined attention and practices learned from the relevant country reports under the Charter may promote the preparation of progress in this area.

Comparing the two instruments, the identical wording ('equal opportunities and equal treatment') brings us in the core of the conceptual disputes over formal and substantive equality; here, for us, this is the difference between 'equal treatment' and 'equality of opportunity'. In spite of the almost identical wording of the titles of the two legal texts, both promising 'equal opportunity and equal treatment', the Recast is rather associated with enforceable 'equal treatment' whereas 'equal opportunities' are rather in the focus of the provisions of the Charter.

Article 20 reveals its double nature in the context of the division between provisions of results and provisions of progress. Its title – 'The Right to Equal Opportunities and Equal Treatment...without discrimination'³¹ – suggests a combination of an equality provision, as a provision of a prohibitive character, laying down an obligation to show full compliance with the norm³² with a rule requiring positive measures for gradual implementation, where the progress and efforts are examined in order to determine conformity with the obligations.

When country reports on this provision were reviewed for the first time (in

²⁹ See S Clauwert, K Lörcher, and I Schoemann (eds), *The European Social Charter and Employment Relation* (Hart 2016) p. 359.

³⁰ Altogether five of 43 countries 43 – Germany, Luxembourg, Poland, the 'exiting' UK and EFTA member Iceland – have not ratified this provision. At any rate, equal treatment under Article 12 on social security is mandatory for these countries, too.

³¹ The full title of the article is 'The Right to Equal Opportunities and Equal Treatment in Matters of Employment and Occupation without Discrimination on The Grounds of Sex'.

³² The standard has been set by Collective Complaint 1/1998, *International Commission of Jurists v Portugal*.

1994), the provision was approached as a provision of a dynamic nature, for progressive implementation. The ECSR decided to assess the situation at a given moment with regard to the progress achieved and ongoing efforts.³³ The collective approach and the dynamic nature have resulted in novel, progressive results with regard to the concept of equality, namely positive action and indirect discrimination.

One of the attributes deriving from the 'dynamic' nature of the Charter is the elevated role of 'positive measures'. While positive action under EU law is only permitted³⁴, under the Charter it is an obligation. Along this obligation the case law of the ECSR has developed its special, and at that time (2003) pioneering, concept of indirect discrimination. The ECSR took the view that indirect discrimination may arise not only from measures that disproportionately disadvantage protected groups, but also from 'failing to take due and positive account of all relevant differences'.³⁵

Thus, according to its established case law, when state inactivity (insufficient monitoring, weak cooperation between ministries and relevant agencies) is combined with a low level of female employment,³⁶ or simply when '[n]o particular steps were taken to promote women's access to employment'³⁷, the Committee considers the national situation to violate Article 20.

4 The issue of equal pay

The equal-pay rule apparently has the strongest status and longest history among European gender equality norms. Its clear nature – a clear prohibition, on clear grounds (sex), and a legally enforceable individual right – suggests efficient guarantee. At the same time any document on this field – political or academic – cannot avoid the fact that pay equality is far from being achieved.

While the presence of individual, directly enforceable norms on this issue is indispensable when comparing the potential of progress under the Social Charter and under EU law, a relative advantage of 'dynamic' (programmatic) regulation and collective approach reveals itself.

The drawbacks of fighting gender discrimination with only prohibitions start with the difficulties for individuals whose rights were infringed: the lack

³³ Conclusions XIII-3, 419.

³⁴ Recast Directive, Article 3.

³⁵ *Autisme-Europe v France*, Collective Complaint No 13/2000, decision on the merits, 4 October 2003 §52.

³⁶ Conclusions 2012, Bosnia and Herzegovina.

³⁷ See Conclusions XX-1, Protocol Article 1, Netherlands Aruba, Netherlands Caribbean.

of information, lack of transparency, and the psychological burden. The result is predominant lack of enforcement in spite of the available legal procedures. The individual, complaint-led model could not close the European gender pay gap as dynamically as was hoped six decades ago.

Under the Social Charter, equal pay is under double protection: the obligation of states 'to recognise' the right of men and women to equal pay under Article 4§3 of the 1961 Charter was joined by the obligation 'to take appropriate measures to ensure or promote' and under Article 20, expressly mentioning 'remuneration' in addition to all matters of employment.

Article 20 goes beyond the relevant Recast provision (Article 4) in two aspects. The first is the collective and dynamic, progressive nature of the obligation, requiring the active role of the State. Second, the scope of comparison is broader (and is not independent from the collective nature, the state being the responsible body).

The right of female workers to equal pay at the collective level is a sum of the individual steps, the overall compliance or non-compliance with the norm. In other words, the figures comparing female and male wages clearly provide evidence of the genuine efforts of a government. Individual claims may contribute to a better result, but what is seen is the statistical result, motivating governments to elaborate methods to guarantee equal pay without litigation and also to encourage persons to use legal channels if they feel wronged.

The second and perhaps more important advantage is the scope of comparison, the choice of comparator, which is not independent from the collective nature. From the very beginning of assessing Party States' compliance with their undertaking under Article 4§3, the ECSR required the countries to go beyond the given enterprise or undertaking, 'in particular in enterprises where the workforce is largely, or even exclusively, female'.³⁸

In 2012 the ECSR clarified and refined the expected scope of comparison. It laid down that, at the very least(!), legislation should require pay comparisons across companies in the following situations: 1. cases in which statutory rules apply to the working and pay conditions in more than one company; 2. cases in which several companies are covered by a collective works agreement or regulations governing the terms and conditions of employment; 3. cases in which the terms and conditions of employment are laid down centrally for more than one company within a holding [company] or conglomerate.³⁹

³⁸ Conclusions I. Statement of interpretation of Article 4§3.

³⁹ Introduction §14, Statement of Interpretation of Article 20. See also Conclusions 2012, Spain, Georgia.

In the 2014 Conclusions, the Committee established a direct link between its Article 4§3 equal remuneration case law and the ‘single source’ approach of the CJEU, through express reference to the *Lawrence* and *Allonby* cases.⁴⁰ This idea of looking beyond the company for comparison if there is only a ‘single source’ and thereby ‘a body’ responsible for pay equality, contradicts both the collective (group) nature of the norm and the responsibility of the state (there is always a ‘body’ behind pay equality in a country). It is a retreat in the interpretation of Article 20 – unless it is applied only as a requirement regarding individual litigation, and not as a general framework for the interpretation of states’ obligations in guaranteeing equal payment. Such conformance to an (anyway, debatable⁴¹) individual judgement would compromise the advantages deriving from the collective and dynamic nature of the Charter norms.

5 Pregnancy and maternity

The ability of women to conceive, carry, deliver and breastfeed a child – the only difference between the male and female body – serves as a reason for the construction of a whole edifice of social differences. These constructed differences – the role of the ‘worker’ (wage earner) and the ‘carer’ in the literature – then operate as justification of the disparate opportunities in life, and ultimately the hierarchical subordination of the female class.

These are commonplace statements that explain the disappointingly slow progress of gender justice, in spite of the worldwide adoption of legal norms mandating equal treatment in the labour market, education, and in respect of all civil and political rights.

For this reason, the adequate legal treatment of pregnancy and maternity and also paternity is an indispensable prerequisite for progress. ‘Adequacy’ of the legal regulation should mean a legal framework that separates the biologically determined sex differences from parental roles that should be regulated without regard to the biological sex of the parent.

When we look at the two sets of norms in this group, a forward-moving interplay between EU law and the Charter manifests itself. While EU law –

⁴⁰ Conclusions 2014, Andorra, Austria, Bulgaria, Lithuania, Netherlands, Norway, Portugal, Romania.

⁴¹ The mismatch between the ‘free-movement concept’ protecting migrant workers and the ‘human rights concept’ protecting members of disadvantaged groups in this interpretation is discussed above in Section 2.

especially the PWD⁴² – is a forerunner of the current text of Article 8⁴³ of the Charter on the right of women to maternity protection⁴⁴, the text and interpretation of Article 8 goes beyond what is required by EU law. Thus, Article 8 now appears as a driving force for some aspects of EU law developments in the future.

The two regulations are almost identical on key points: work carried out by pregnant or breastfeeding women in jobs that might bear a risk for their health and safety shall be prohibited. Measures of protection have to encompass everything from altering conditions or transfer to other jobs to exempting the female employee from work while preserving employment rights and payment. Pregnant women must be entitled to at least 14 weeks of paid maternity leave. Last but not least, under both systems there is an obligation to prohibit dismissal.

The almost identical approach and provisions show minor details pointing at the need for a combination and collaboration of the two sets of norms for a more ideal and comprehensive protection of equality, in harmony with the autonomy and dignity of those being protected.

5.1 Maternity leave

Under both Article 8§1 of the Charter and Article 8 of the PWD, a leave of at least 14 weeks must be ensured to pregnant women before and after delivery. Two issues deserve attention here. First, there is the division of the period of leave before and after confinement together with the ‘compulsory’ or ‘entitling’ nature of such leave as well as its potential division between the parents. Second, there is the payment for the period of absence due to maternity leave.

Multiple conflicting interests and values need to be balanced here, with potential impact on public opinion with respect to gender roles. The economic interest of employers is to remove pregnant women from the workplace at the earliest stage possible, especially when the pregnancy puts organizational or financial burden on the employer. The interest of the worker is to work as close as possible to the date of confinement and take the longer part of the leave in the post-natal period. On the other hand, for professional and career reasons, mothers may have an interest in taking up work after a short period of leave. (Financial reasons are not to play a role; suitable compensation during maternity leave is responsible for filtering out such motives.)

⁴² See n. 2.

⁴³ The 1961 text required the prohibition of women from jobs ‘unsuitable’ for them due to the work’s strenuous or hazardous nature – a typical example of the outdated ‘protective discrimination’.

⁴⁴ Explanatory Report to the Revised Charter, ss. 49–50.

Legal provisions that compel mothers, against their will, rather than entitle them to stay at home for a period may reflect past attitudes that are incompatible with the autonomy of the mother. On the other hand, legal guarantees have to be in place against abusive practices of employers, too.

The analysis of the two sets of rules in the view of this complex web of interests shows that the PDW provides reasonably modest compulsion: at least two weeks of compulsory maternity leave must be allocated before and/or after confinement. At the same time, it is less demanding on national legislation with respect to the prevention of practices that infringe on the rationale of these provisions.

Under the Charter, after some fluctuation⁴⁵, the more paternalistic approach governed the conclusions: national legislations had to order a minimum of six-week compulsory post-natal maternity leave in order to demonstrate conformity with Charter requirements. This did not change until 2011 when a more up-to-date approach triumphed in a new statement of interpretation. The provision of a minimum of six weeks' post-natal leave is now an obligation of the employer, whereas there is no specified compulsory minimum for the mother to stop working after the child's birth. The fully protected right and autonomy of the mother to choose freely when to return to work has to be surrounded with 'adequate legal guarantees' against any kind of undue pressure (including the inadequacy of benefit).⁴⁶

This statement of interpretation gives a promising hint about a possible future, when 'either parent can take paid leave at the end of the maternity leave'.⁴⁷ This is not yet a requirement, but the progress in making such a norm a standard from exceptions⁴⁸ is desirable and not unrealistic.

The second issue connected to maternity leave is the payment for the period of maternity leave. In this respect there is a significant gap between the Charter and the PWD, and especially under the relevant case law of the Court, compared to the interpretation of Article 8§1 by the ECSR.

According to the PWD (Article 11(2)(b)) the allowance during maternity leave shall be deemed adequate if it guarantees income at least equivalent to

⁴⁵ At the very first the Committee found acceptable national laws permitting mothers to give up part of their maternity leave. This changed when it was clear that liberal rules, respecting the autonomy of women to decide whether to go back to work or to stay at home, gave employers the opportunity to pressure women to go back to work, or there were cases when meagre compensation during the leave prompted women to compromise part of their maternity leave and to go back to work. See Cycle-I, p. 50, and Cycle-IV, p. 66, UK.

⁴⁶ General Introduction to Conclusions, 2011, p. 5 s. 8. Statement of interpretation of Article 8§1.

⁴⁷ *Ibid* s. 6.

⁴⁸ C 104/09 *Roca Álvarez v Sesa Start España ETT SA*; C-5/12 *Betriu Montull* (not that positive).

sick-pay (subject to any ceiling laid down by national legislation). While in discrimination cases (covered by the Recast Directive and its predecessors) pregnant women cannot be treated as 'alike' with sick workers – the text of the PWD generated a case law that permits assimilation to sick leave, with significant decrease in the maternity allowance when similar cuts are the rule in case of absence due to health reasons.⁴⁹

In contrast – and more in line with the principle of equal treatment – under the Charter, national laws must entitle mothers to adequate allowance either in the form of continued payment of wages or social security or public fund benefits. The 'adequacy' of the benefit, as interpreted by the ECJR, must mean a payment 'on a par' with holiday pay, and not with sick leave.⁵⁰ Such benefit must guarantee the maintenance of the former income level. Therefore, compensation must be equal to the salary or close to its value, e.g. 70 per cent of the former (gross) salary is acceptable.⁵¹ The majority of countries (among them EU Member States) provide more, between 80 and 100 per cent of the former salary. The progress made in achieving compliance with the Charter requirements may change the approach to the PWD norms.

There is a similar difference in the benefit paid to pregnant women by the two norms in cases where pregnant women are not exempted from work because of pregnancy-related sickness, but with regard to health and safety hazards in the job that cannot be eliminated.

5.2 Prohibition of dismissal

Article 8 § 2 under the Charter puts States under an obligation to prohibit dismissal of pregnant women and women on maternity leave, subject to limited exceptions. Article 10 of the PWD lays down an identical provision, also subject to exceptions and eventual, additional procedural limitations. Importantly, the prohibition not only blocks dismissal due to pregnancy or taking maternity leave that is a discrimination anyway; termination is prohibited for any reason that would otherwise be a legitimate reason.

There is no case law on the permitted exceptional reasons under the PWD. In the cases that have reached the Court, termination has been connected in some way to pregnancy.⁵²

⁴⁹ C-218/98 *Abdoulaye*; C-191/03 *McKenna*; C-191/08 *Gassmayr*; C-471/08 *Parviainen*, C-335/15 *Ornano*.

⁵⁰ *J Darcy – D. Harris* p. 131, citing the First CIE (Article 22) Report, 19.

⁵¹ Conclusions XV-2, United Kingdom, p. 594, XVII-2, Latvia, p. 488. (Seventy per cent of the former gross salary is acceptable) X-2, XIII-1, Ireland.

⁵² E.g. C-506/06 *Mayr* termination at advanced stage of IVF procedure; C-460/06 *Paquay*, time of the dismissal; C-232/09 *Danosa* member of the Board of Directors – pregnant worker.

Under the Charter, on the other hand, quite clear orientation is provided. The Appendix to Article 8§2 gives an indicative list of exceptional reasons, such as the worker being guilty of misconduct (which justifies breaking off the employment relationship), if the undertaking concerned ceases to operate, or if the fixed period of the employment expires. The ECSR applies sophisticated scrutiny regarding the permitted cases mentioned in the country reports and established standards according to which the terminations can be assessed. For example, the employee may not be considered 'guilty of misconduct' due to lack of skill or failure to adapt to technological changes, 'indecent acts', or 'the employer's loss of trust in the employee', let alone repeated absence for justified reasons.⁵³ On the other hand, 'neglected performance of duties' or 'non-conformity to the instructions of the employer' as well as 'repeated unauthorised absence from work' are justified reasons for the dismissal of a pregnant woman.

What is significant here is the interpretation – termination of employment cannot be justified because the worker is unable to perform adequately the work for which she was employed, because her continued work would mean that her employer would be in contravention of a statutory requirement and the employer has no suitable vacancy to offer at the time of the dismissal, or because the employee refused the offer of a suitable alternative job. Such reasons connected with pregnancy status, even if apparently objective, may be suspected as discrimination, and may collide with the protection against working in a job that is unsuitable by reason of its dangerous, unhealthy or arduous nature.⁵⁴

Objective reasons – independent from the worker – are strongly limited by the Appendix: 'if the undertaking concerned ceases to operate'. Even if this text suggests only an example, the exceptions are restricted to situations in which continued employment is impossible to expect from the employer or is de facto impossible. Thus, the inclusion of pregnant women in collective dismissals is not permitted; nor does the relocation of the business where the woman works and the fact that she does not follow the company, or even the elimination of the job on economic, market, technological or structural grounds served as sufficient ground⁵⁵ according to the assessment of the ECSR.

While there are cases where the national legislation went beyond what the

⁵³ Conclusions XIII-5, Portugal, p. 197., 2011, Vol 1, Armenia, p. 128.

⁵⁴ Conclusions 2011, Vol 2, Ireland, p. 558

⁵⁵ Conclusions, XIII-3, Portugal, p. 307, 2011 Vol 1, Bulgaria Vol 2 Ireland, p. 558. XVI-2, Slovakia, XVII-2 or 'XVI-2 (2003)' Czech Republic; Conclusions 2011, Bulgaria

ECSR deems as permitted exceptions, studying the national reports and the case law of the ECSR reveals that the majority of the countries consider the prohibition almost absolute. This progress of the national legislations and the scrutiny by the ECSR suggest a synergy that may also explain why the ECJ has not yet been confronted with such cases prohibited under the broader meaning of Article 10. It also gives the hope and expectation that, when such a case does come before the Court, it can rely on the assessments of the ECSR.

Developments in the growing equality in sharing parental duties as early as the post-natal period deserve attention. Such promising, but mixed examples – either under EU law⁵⁶ or in the conclusions of the ECSR, such as the case where Portugal permitted a mother to waive her leave in favour of the father, which was considered as inconsistent with the Charter in Cycle XIII⁵⁷ – can now be mentioned among the best examples, and bear the promise of becoming the norm in the future. This would constitute a significant step towards the deconstruction of gender stereotypes and equality on the labour market and in social life.

6 Conclusion

The Charter is a legally binding instrument that requires the states to adopt measures in order to comply with their undertaken obligations. In the field of gender equality (specifically Articles 8 and 20) the Charter requires the states to adopt both the measures that guarantee equal treatment without discrimination on the ground of sex for the individual, surrounded with ‘classic’ legal guarantees, and positive measures to achieve *de facto* equality in the field of employment.

The advantages of the ‘dynamic’ and ‘collective’ approach, requiring States to make genuine efforts and achieve proportionate progress in the situation of employed women in a given period, provide advantages that go beyond the reach of the classic complaint-led system. At the same time, guaranteeing justiciable individual rights with avenues for bringing claims to independent bodies surrounded with procedural guarantees preserves its fundamental importance in the protection against discrimination. In turn, the formal, symmetrical, merely arithmetical meaning of the ‘common market’ concept

⁵⁶ C-104/09 *Roca Álvarez*; C-5/12 *Betriu Montrull* – in principle not excluding the right of the father to maternity or breastfeeding leave; however, making it conditional on the employment status of the mother.

⁵⁷ Conclusions XIII-5, p. 195.

of discrimination, limiting the scope of protection, can be counterbalanced by the collective concept of equal treatment, elevating to national level the 'body responsible', and thereby the scope of comparison for determining progress.

In conclusion, no hierarchy can be seen between the two compared legal methods, whereas their combined and collaborative utilization is indispensable for energizing the slow progress in European gender equality. The combined application may take use of the pulling force inherent in the differences of standards and application between the softer (and higher) Charter standards and the harder (and lower) supranational EU standards.⁵⁸

The approximation and synergy between the two sets of rules logically leads to the idea of the accession of the European Union to the Charter. The expectation and demand has been voiced by prominent representatives of human rights academia – not only with regard to the failed accession to the ECHR, but also before.⁵⁹ The approximation of the two 'standard setting' instruments has already gone far to prepare this step with particular significance for the relationship between rules on gender equality. The accession of the European Union to the Charter must be a demand from the gender equality area, too, as it would contribute to a more dynamic development of gender equality in the EU.

As de Schutter states: '...the European Social Charter can operate as a guide for the interpretation of EU law, so as to encourage a reading of EU law that will, to the fullest extent possible, facilitate the attainment of the objectives the Contracting Parties have set for themselves'.⁶⁰ This expectation is highly relevant for the impact of 'our' articles: Article 20 and Article 8 of the Charter.

⁵⁸ Concerning the amount of benefit during maternity leave (see above, under part V), or the compensation of damages caused by discrimination, the Charter requires full compensation regardless of the circumstance and no upper limit restricting the court evaluation is acceptable. The Recast accepts an upper limit of 500 EUR in certain cases (XIX-1, Austria), see also n. 7, p. 38.

⁵⁹ See primarily O de Schutter: in n. 4, pp. 44–49, 'Anchoring the EU to the European Social Charter: The Case for Accession' in G de Búrca, B de Witte, and L Ogertschnig (eds), *Social Rights in Europe* (OUP 2006).

⁶⁰ *Ibid* p. 20.

MIRIAM KULLMANN

FLEXIBILIZATION OF WORK: LEAVE IT, LOVE IT, CHANGE IT

1 Introduction

Current developments in the world of work seem to imply that flexible work relationships are inexorably on the rise. Digitalization and new technologies have led to an increasingly diverse landscape of work forms, questioning the role, and in particular the scope, of labour laws in protecting ‘new’ workers.¹ This contribution rests on the belief that the ongoing flexibilization of work is an irreversible fact, one that has to be addressed properly. This is even more so with a view to the criticisms that have been voiced about flexibilization trends and their (often detrimental) consequences for some (groups of) workers. That flexibilization may indeed have negative effects has been acknowledged by the EU. While explicitly emphasizing that flexible labour markets facilitate ‘employment creation’, the Annual Growth Survey 2016 also stresses that this should ‘enable transitions towards more permanent contracts’ and ‘not result in more precarious jobs’.² It is this statement that has prompted this contribution’s particular focus.

The specific concern of this contribution is to explore the EU’s emphasis on permanent employment contracts and the concomitant stimulation to create jobs via new technologies and business models, often involving (new) flexible forms of work. It is therefore apposite to address the question whether resorting to ‘old securities’ in the form of (seemingly well-protected) permanent employment would be counterproductive given the current developments in the world of work – which seem to point towards even more flexibility. Drawing on recent amendments in Dutch labour law, I aim to illustrate that the government’s efforts to limit, in particular, the use of fixed-term employment contracts, and thereby trying to encourage transitions to permanent employment, have been quite unsuccessful. It seems that employers still do –

¹ I will refer to labour law as meaning the body of law that is concerned with the employment relationship.

² Commission, ‘Annual Growth Survey 2016: Strengthening the recovery and fostering convergence’, COM(2015) 690 final, 12.

perhaps even more than before – resort to temporary contracts, but then with new workers, or re-hiring former workers after a waiting period, or making use of other forms of flexible work, e.g. self-employment. It is suggested that reverting to ‘old securities’, that is permanent employment, tends to increase the number of employers ‘evading’ protective labour law by relying (even more) on flexible work relationships.

This contribution will proceed as follows. I start by providing a brief overview of the flexibility/security debate at the EU level and the recent emphasis on facilitating more (transitions to) permanent employment (Section 2). As a similar ‘reversing’ trend can be observed in the Netherlands, the adjustments introduced in 2015 to limit (the use of) fixed-term contracts aims to play an exemplifying role in demonstrating that it is likely that the EU’s aspirations will not materialize (Section 3). Drawing on a range of analytical and critical concepts found in the literature is helpful to identify some challenges that need to be addressed in relation to flexible work relationships (Section 4), but also to discuss the complexity involved in trying to find ‘new securities’ that could benefit not only employers and the state, but workers as well (Section 5). This contribution should be viewed only as a modest attempt to grasp the complexity of the flexibilization of work and to disclose some of its challenges, thereby explicitly encouraging future discussions.

2 EU policies and laws on flexibility and security: Current trends

In kicking off the 2016 European Semester, the Annual Growth Survey (AGS) with the title ‘Fostering employment and inclusive social policies’ sets out an ambitious agenda.³ Quite a few issues are addressed, ranging from job creation, achieving both flexibility and security through comprehensive reforms while tackling labour market segmentation, combating (long-term) unemployment, and increasing labour market participation in line with the Europe 2020 strategy. Of particular concern, it seems, is the emphasis on stable and predictable work relationships, notably more permanent types of contracts, as these would induce employers and employees to invest more in skills and lifelong learning. Individuals should be allowed to plan for their future based on sustainable prospects of career and earnings progression. ‘In recent years’, the Commission further stresses, ‘the increase in overall

³ COM(2015) 690 final (n 2) 10–12. Accompanied by: Commission, ‘Draft Joint Employment Report accompanying the Communication from the Commission on the Annual Growth Survey 2016’, COM(2015) 700 final.

employment has been driven mainly by an increase in temporary contracts which is not unusual in the early stages of a recovery'. However, the Commission continues, the more general move towards more flexible labour markets should facilitate not only employment creation but also enable transitions (between different jobs and occupations) towards more permanent contracts while not resulting in more precarious jobs.⁴ Permanent employment has long been promoted as 'the general' form of employment.⁵ At the same time, long-term unemployment is said to be one of the factors linked to an increase in poverty and social exclusion. Furthermore, the AGS highlights that in relation to the product and service markets and the business environment, 'the deployment of new technologies and business models can open up additional sources of growth and lead to significant job creation'. For this to work, Member States should ensure 'an appropriate and accommodating business and regulatory environment'.⁶

At the EU level, flexibility is promoted as a means to increase labour market participation for achieving 'inclusive growth', an explicit aim of the Europe 2020 Strategy.⁷ Here, the EU's flexicurity agenda plays an important role in the EU's agenda, due to the challenges and opportunities triggered by globalization.⁸ The four flexicurity components are: flexible and reliable contractual arrangements; comprehensive lifelong learning strategies; effective active labour market policies; and modern social security systems. Pre-crisis, the 2006 Green Paper emphasized that the flexicurity agenda should advance a labour market which is fairer, more responsive and more inclusive, contributing to the competitiveness of Europe.⁹ Flexicurity aims to combine 'job security' with 'employment security'. But, as Rodgers underlines, the type of security proposed by the flexicurity strategy is different from the type of security that

⁴ COM(2015) 690 final (n 2) 11–12. Similarly, the Commission in the context of the European Social Pillar notes that 'A wide gap is hindering the conversion of temporary into permanent contracts, perpetuating the segmentation of labour markets'. Commission, 'Key economic, employment and social trends behind a European Pillar of Social Rights', SWD(2016) 51 final, 30. See also: Commission, 'Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security' (Communication) COM(2007) 359 final, 13.

⁵ See e.g. Directive 2008/104/EC on temporary agency work [2008] OJ L327/9; and Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work [1999] OJ L175/43.

⁶ COM(2015) 690 final (n 2) 13.

⁷ Commission, 'Europe 2020: A strategy for smart, sustainable and inclusive growth', COM(2010) 2020 final. Accordingly, the overall labour participation of men and women aged 20–64 should increase to 75%.

⁸ A Sanders, 'The changing face of "flexicurity" in times of austerity?' in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a time of crisis* (Cambridge, CUP 2013) 318.

⁹ Commission, 'Modernising labour law to meet the challenge of the 21st century' (Communication) COM(2006) 708 final, 4.

labour law attempts to realize – that is, employment security rather than job security.¹⁰ Flexicurity policies have budgetary costs and should be pursued with a view to contributing to sound and financially sustainable budgetary policies.¹¹

Complementary to the flexicurity strategy are the directives on part-time, fixed-term and temporary agency work (adopted in line with the EU's flexicurity policy¹²). Davies notes that in trying to 'normalize' non-permanent work, the directives are based on three 'questionable' assumptions:¹³ (1) part-time, fixed-term and temporary agency work are beneficial to the worker, (2) these work forms act as stepping stones, and (3) the main problem is unequal treatment of non-permanent workers compared with standard workers. The 'benefits argument' tends to refer to working-hours flexibility rather than the duration of stability of the work relationship. While probably benefiting part-time workers, this might not be the case for fixed-term and temporary agency workers, whose work periods are frequently and repetitively interrupted. The Commission uses the 'stepping stones' argument to support the idea that the directives are 'inclusive' instruments for those who experience difficulty in finding work or gaining access to the labour market. Non-standard work might then be used to lead – at least this is hoped for – to the sort of standard employment relationship which most people (still) seem to want. Finally, the 'unequal treatment argument' emphasizes equal treatment in terms of working and employment conditions such as wage, health and safety, and working time. A worker having a fixed-term or temporary agency work contract may still experience disadvantages because of unstable employment. Moreover, equal treatment helps only when there are two people in a comparable situation. Davies' analysis shows that the various forms of flexible work and their potential (dis)advantages should be viewed in a nuanced way and without adopting a (generalized) one-size-fits-all approach.

¹⁰ L Rodgers, 'Labour Law and Employment Policy in the EU: Conflict or Consensus?' (2011) 27 *IJCLIR* 387, 398.

¹¹ COM(2007) 359 final (n 4) 9.

¹² See on this e.g. M Rönmar, 'Flexicurity, Labour Law and the Notion of Equal Treatment' in M Rönmar (ed.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Oxford, Hart 2011).

¹³ A Davies, 'Regulating atypical work: beyond equality' in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a time of crisis* (Cambridge, CUP 2013) 230–246.

3 A government's attempt to limit fixed-term employment

'Flexwork' in the Netherlands, and certainly also elsewhere, is said to have become the norm by now.¹⁴ It cannot be said *a priori* whether the shift from permanent to more flexible employment is a development that should be welcomed, or dismissed as being undesirable. In an attempt to properly deal with flexibilization tendencies, the Dutch government proposed a legislative bill in November 2013, adopted in June 2014 as Work and Security Act.¹⁵ In principle, as a means of enhancing the functioning of the labour market, the Work and Security Act addresses three issues: (1) increasing the protection of flexible staff, (2) diminish dismissal protection, and (3) modernizing the unemployment benefit scheme.¹⁶ The Economic Developments and Outlook issued by the Dutch Central Bank, serves as a main source of inspiration for these reforms. It follows from the June 2016 Outlook that employment growth has been mainly driven by an increase in flexible jobs.¹⁷ Approximately 26.1 per cent of the labour force is in flexible work (10 per cent self-employed¹⁸, more than 8 per cent fixed-term employed, 3 per cent employed with a temporary-work agency, and 5 per cent on-call).¹⁹ The growth of the – improper – use of flexible forms of work, resulting in a decreasing number of permanent employment relationships, has been the reason for the changes.

To strengthen the position of flexible staff, the government emphasizes that flexibility and security should be better or re-balanced, by limiting the use of successive fixed-term employment contracts and capping the maximum duration, facilitating faster conversion into a permanent contract.²⁰ Therefore, the rule that three contracts in three years with no more than three months in between successive contracts results in a conversion has been replaced by the 3x2x6-rule, allowing – with effect as of 1 July 2014 – three fixed-term

¹⁴ Financieel Dagblad, 'Politiek schiet tekort over arbeidsmarkt' (1 February 2016) <<http://fd.nl/economie-politiek/1137739/politiek-schiet-tekort-over-arbeidsmarkt>> accessed 6 July 2016.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, 2.

¹⁶ The Work and Security Act is largely based on the Social Pact, an agreement between the government and the social partners, published on 11 April 2013. Stichting van de Arbeid, *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020 Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten* (11 April 2013).

¹⁷ De Nederlandsche Bank, *Economic Developments and Outlook* (June 2016, number 11) 12–13.

¹⁸ Although recent legislative changes indicate that the number of self-employed is declining. See e.g. Financieel Dagblad, 'Nieuwe wet remt aantal zzp'ers' 4 July 2016 <<http://fd.nl/economie-politiek/1158788/zzp-er-voldoet-niet-aan-nieuwe-wet>> accessed 6 July 2016.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, 9. See also CBS, 'Flexwerker houdt vaker werk' (17 May 2016) <<https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2016/20/flexwerker-houdt-vaker-werk>> accessed 6 July 2016.

²⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, 4–5.

employment contracts within two years with in-between periods of no longer than six months, after which conversion into a permanent employment contract should take place.²¹ A loophole exists through collective agreements that may allow a more favourable application of fixed-term employment contracts, just as for temporary agency work or if required by the nature of the work (e.g. the production process or project-financed work, as is the case in media, cultural and academic sectors).

This change has been accompanied by a revision of the dismissal law protection. Essentially, the changes aim to make dismissal simpler, faster, fairer and less costly for employers and more focused on former employees finding a new job.²² As a result, with effect as of 1 July 2015, the dismissal law grants workers the right to a transitional allowance when dismissed, aimed at making so-called work-to-work transitions easier.²³ Notably, the maximum allowance is 76,000 EUR and is to be paid only if the employee, regardless the type of employment contract, has worked at least two years for the employer. Employers may reduce the amount upon demonstrating that they have invested in the employability of the affected employees. Although the transitional allowance ought to enable employees to make successful from-work-to-work transitions, they are free to decide how to spend the amount.

Another relevant aspect is the adjustment of the unemployment benefit scheme as of 1 July 2015. Accordingly, the definition of 'suitable work' has been refined, now determining that after a person has spent six months on unemployment benefits, any job is regarded as suitable. In addition, the maximum duration for which unemployment benefits are paid has been reduced from 36 months to 24 months as of 1 January 2016. After reaching the maximum benefit period, those who are still without work need to rely on social welfare benefits, which is 70 per cent of the statutory minimum wage for single-person households and 100 per cent for families/couples living together.²⁴ It is assumed that unemployed persons will avoid the (further) income loss by accepting a job before the end of the maximum unemployment benefit period, thereby preventing the need for social assistance. That is partly mitigated by the Act on Income Provisions for Older Unemployed, according to which workers aged 60 years or over and who have become unemployed between 1 October 2006 and 1 January 2020 benefit from a special transitional unemployment scheme. Those eligible for this particular regime continue to

²¹ Article 7:668a Civil Code.

²² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, 5.

²³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, 40. See Article 7:673(2) Civil Code.

²⁴ The statutory minimum wage as of July 2016 is 1,537.20 EUR per month.

receive an unemployment benefit amounting to 70 per cent of the statutory minimum wage.

Notwithstanding the relative newness of the legislative changes, the first impressions with regard to their result have been rather disappointing. Why is that? The 1998/99 Flexibility and Security Act – the predecessor of the Work and Security Act – paved the way for increased flexibilization by trying to equalize (or normalize) temporary agency work, part-time work, and fixed-term work with full-time permanent employment. In doing so, it appears that the legislation has gone too far. Consequently, introducing the Work and Security Act as a repair measure, the government was convinced that workers would indeed be offered a permanent contract after the maximum duration and the maximum number of contracts were exhausted. One may wonder whether the government did not seriously take into account that the opposite effect would perhaps occur – namely that employers abandon their temporary workers after the legal possibilities for fixed-term work have been exhausted. That means there are workers moving from job to job, possibly with in-between periods of unemployment. Although overall unemployment has decreased, the increasing number of long-term unemployed (that is, longer than one year) has been quite worrisome.²⁵ Unemployment, and even more so long-term unemployment, poses a challenge to the sustainability of the social security and the pension systems, and thus to Article 126 TFEU which states that ‘Member States shall avoid excessive government deficits’. It is remarkable that long-term unemployment has increased dramatically among the people aged 45 years or older.²⁶

At the same time, however, it can be observed that the new dismissal law protection – aimed at making dismissals *inter alia* simpler and less costly – does not work either, as judges seem to apply the tests for dismissal more strictly than before. Consequently, judges seem to rule far more often that a dismissal is unjustified.²⁷ This observation is important as it appears to suggest that employers will resort to flexible forms of work on an even broader scale. Consequently, the package deal – increasing protection for fixed-term workers and simplifying dismissal protection for permanent contracts – seems to have

²⁵ Long-term unemployment is of particular concern at the EU level: e.g. European Commission, ‘New pathways for the long-term unemployed’ (7 December 2015) <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=2409&furtherNews=yes>> accessed 6 July 2016.

²⁶ See, on this, M Kullmann, ‘Unused Potential? The Risk of Unemployed “Older” Workers’ (2016) 7 ELLJ.

²⁷ Financieel Dagblad, ‘Werknemer ontslaan is moeilijker geworden’ (25 November 2015) <<http://fd.nl/economie-politiek/1128662/werknemer-ontslaan-is-moeilijker-geworden>> accessed 6 July 2016.

failed to live up to its promises. It seems to me that the provision on fixed-term work induces a kind of policy resistance by some employers, who fear that since 1 July 2015, with the new dismissal law and when a worker's last employment contract is to be converted into a permanent one, it is becoming ever more difficult to dismiss employees.²⁸

4 Theorizing the flexibilization of work: Depicting the challenges

The underlying tenor of the current EU policy appears to assume that encouraging more permanent employment contracts could – more or less easily – coalesce with new technologies and business models often calling for flexible staff – the very developments that lead scholars to question the role and the scope of labour.²⁹ Why then does the EU want to encourage more (transitions into) permanent employment? Possible reasons for such a move can be found the AGS itself: reducing (long-term) unemployment and poverty, combating labour market segmentation, investment in skills and training, preventing precariousness and social exclusion, creating stable and predictably work relations, and employment creation. These reasons portray, at the same time, the existing challenges of flexible work relations that I aim to address in this section.

Combating labour market segmentation is one problem associated with flexible work and has been an integral part of the EU's flexicurity agenda, which viewed flexibility and security not as trade-offs but as complements.³⁰ Segmentation can have different meanings. According to Deakin, 'segmentation occurs when the labour market is divided or structured in a way which is reflected in the forms taken by the employment relationship or contract'. While this is a relatively neutral statement, Deakin continues by stating that in the case of industrialized economies, it may refer to the division between core and atypical employment.³¹ Segmentation, in the way Freedland describes

²⁸ Financieel Dagblad, 'Werknemer ontslaan is moeilijker geworden' (25 November 2015) <<http://fd.nl/economie-politiek/1128662/werknemer-ontslaan-is-moeilijker-geworden>>. See also: AR Houweling, MJMT Keulaerds and P Kruijt, *VAAAN-VuA Evaluatieonderzoek WWZ 2016* (Den Haag, Boom juridisch 2016).

²⁹ See e.g. V De Stefano, 'Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law' (2016) 37 *Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 1.

³⁰ J Fudge, 'Flexicurity and Labour Law: Labour Market Segmentation, Precarious Work and Just Distribution' in A Numhauser-Henning and M Rönningmar (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Oxford, Hart 2013) 219.

³¹ S Deakin, 'Addressing labour market segmentation: The role of labour law' (October 2013) ILO Working Paper No. 52, 1.

it, may also refer to situations in which rights or protections are conferred upon one group of workers while excluding another.³² As De Stefano argues, the EU seems to adopt a particular explanation for labour market segmentation, namely as being a matter of 'dualism' concerning a 'two-tier' labour market with insiders (those benefiting from employment protection) and outsiders (those benefiting from less employment protection).³³ The EU's mainstream, or rather black-and-white, narrative seems to emphasize that overly protective 'typical' permanent employment contracts deter employers from hiring, thus inducing Member States to alter their standard contractual models to make them more flexible.³⁴ In this view, it is the legal regulation of the standard employment contract that is the main – or at least the most important – cause for segmentation.³⁵ De Stefano has a point that this line of reasoning likely ignores that 'entrepreneurial strategies aimed at curbing production costs and making business organisations leaner' might be a cause for segmentation.³⁶ While segmentation as such must not necessarily be problematic – it may perfectly mirror the diversity needed by the (participants in the) labour market – it may become a problem, as Deakin emphasizes, if it results in inequality and discrimination.³⁷

In characterizing the variety of flexible forms of work and their regulation, Albin and Prassl use the notion 'fragmentation'.³⁸ Fragmentation, they suggest, has been mainly the result of agendas of flexibility and globalization, union power decline and the rise of individualistic ideologies.³⁹ An important observation these authors make – particularly with a view to the UK – is that there is a 'mismatch between the conceptualization and the shaping of the

³² M Freedland, 'The Segmentation of Workers' Rights and the Legal Analysis of Personal Work Relations: Redefining a Problem' (2015) 36 *Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 240, 245.

³³ V De Stefano, 'A Tale of Oversimplification and Deregulation: The Mainstream Approach to Labour Market Segmentation and Recent Responses to the Crisis in European Countries' (2014) 43 *ILJ* 253, 258.

³⁴ See *ibid.* It seems to be a 'conventional wisdom across the political spectrum, [...] that legal and other regulations cause "rigidities" in the market'. S Deakin and H Reed, 'The contested meaning of labour market flexibility: economic theory and the discourse of European integration' (2000) ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge Working Paper No. 162, 7.

³⁵ Fudge, 'Flexicurity and Labour Law' (n 30) 220.

³⁶ De Stefano, 'A Tale of Oversimplification and Deregulation' (n 33) 276. See also: Fudge, 'Flexicurity and Labour Law' (n 30) 232.

³⁷ Deakin, 'Addressing labour market segmentation' (n 31) 1. With a view to inequality, it might be useful to consider how regulations and institutions could cultivate equality within the labour market. Fudge, 'Flexicurity and Labour Law' (n 30) 232.

³⁸ E Albin and J Prassl, 'Fragmenting Work, Fragmented Regulation: The Contract of Employment as a Driver of Social Exclusion' in M Freedland (ed), *The Contract of Employment* (Oxford, OUP 2016) 209–230.

³⁹ *Ibid.* 210.

contract of employment', leading to a full or partial exclusion of workers from the scope of labour law; they emphasize that 'the legal situation does not suit reality'.⁴⁰ The downside of such fragmentation is that using the criteria applied to the standard employment contract to assess whether or not a relationship is covered may result in social exclusion⁴¹ – an unwanted effected targeting by an explicit goal of EU policy.⁴²

Fragmentation of flexible work regulation and practice may produce precarious situations. Precariousness is a label often attached to flexible work relations, thereby framing the standard employment relationship 'as the logical solution' that can overcome precarious situations.⁴³ It is moreover 'associated with the new economy and with the changes it has brought to the labour market'.⁴⁴ To analyse the concept of precarious work, Kountouris developed a legal conceptual framework.⁴⁵ Importantly, and quite fitting for the underlying purpose, Kountouris suggests that precariousness is not necessarily a feature of atypical work (anymore). Drawing on the work of Rodgers, Kountouris favours a broad definition of precariousness, entailing that one should look at a range of factors according to which particular forms of employment expose workers to 'employment instability, a lack of legal and union protection, and social and economic vulnerability'.⁴⁶ Following the flexicurity agenda, the EU's aim is to take away some protection vested within the standard employment relationship – the supposed evildoer of segmentation – thus alleviating the

⁴⁰ The main problem of labour law, Davidov argues, is the 'mismatch between goals and means'. There are two manifestations of this: first, labour law's coverage, and second, that labour laws have not been sufficiently updated and have thus become largely irrelevant in addressing the workers' current problems (also referred to as 'obsolescence'). G Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law* (Oxford, OUP 2016) 2–3.

⁴¹ Social exclusion may result in exclusion: (1) from basic labour rights, (2) from the idea of industrial citizenship, and (3) resulting in the deprivation of capabilities. Albin and Prassl, 'Fragmenting Work' (n 38) 216–218.

⁴² According to Article 9 TFEU, the fight against social exclusion is an explicit EU goal. As argued by Collins, social inclusion, the positive counterpart of social exclusion, 'is committed to the achievement of outcomes, not just life-chances'. H Collins, 'Discrimination, Equality and Social Inclusion' (2003) 66 *MLR* 16, 23.

⁴³ LF Vosko, *Managing the Margins: Gender, Citizenship, and the International Regulation of Precarious Employment* (Oxford, OUP 2009) 1–2, defining 'precarious employment as work for remuneration characterized by uncertainty, with low income, and limited social benefits and statutory entitlements'.

⁴⁴ E Albin, 'Introduction: Precarious Work and Human Rights' (2012) 34 *Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 1, 4.

⁴⁵ N Kountouris, 'The Legal Determinants of Precariousness in Personal Work Relations: A European Perspective' (2012) 34 *Comp. Labor Law & Pol'y Journal* 21.

⁴⁶ Ibid 24, quoting G Rodgers, 'Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate' in G Rodgers and J Rodgers (eds), *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe* (Geneva, ILO 1989) 1.

precariousness of the growing numbers of atypical work relations – that is, by levelling down the protective framework for permanent workers while simultaneously levelling up the protection of non-permanent workers. In fact, what this strategy seeks to do is limit the number of employers resorting to atypical and precarious work contracts or arrangements.⁴⁷ Precariousness from an EU understanding, as expressed in the 2016 AGS, seems to refer to unstable and unpredictable work relationships, partly as a result of underinvestment (or even non-investment) in skills and lifelong learning of workers. If Kountouris is right in stating that permanent workers might also find themselves in a precarious situation, then using ‘standard’ work, by reference to the notion of ‘equal treatment’, as a benchmark may no longer be useful for shaping the regulation of nonstandard work.⁴⁸ Therefore, it cannot be said with certainty that just because a worker has a permanent contract, the employer, for instance, will invest more in the worker’s ‘employability’.⁴⁹

A key driver for explicitly excluding or reducing the protection for some groups of workers, and in particular those who are not in permanent employment, can be found in the labour laws and, as a result of that, practice. In this context Mantouvalou’s research on ‘Exploitation and Workers’ Rights’ becomes of interest.⁵⁰ In broadening the concept of exploitation, she argues that exploitation should go beyond referring to extreme forms of abuse, such as slavery and forced labour. Exploitation, as Mantouvalou suggests, is about taking unfair advantage of someone’s vulnerability. She advances the idea of ‘structural exploitation’, where ‘the state, through its laws, may create structural vulnerability to exploitation by private actors, as well as engage in structural exploitation itself’. ‘Structural exploitation’, according to Mantouvalou, consists of three elements: (a) background unfairness in the form of a vulnerability created or exacerbated by law, also called ‘legislative precariousness’; (b) taking advantage of this vulnerability; and (c) a benefit either for the state or for private actors.⁵¹ Notably, as Mantouvalou cautions, not all structural vulnerability leads to structural exploitation by employers.

⁴⁷ Kountouris, ‘The Legal Determinants of Precariousness’ (n 45) 39.

⁴⁸ Ibid 25.

⁴⁹ See on this: A Numhauser-Henning, ‘Flexible Qualification – a Key to Labour Law?’ (2001) 17 *IJCLLR* 101.

⁵⁰ V Mantouvalou, ‘Exploitation and Workers’ Rights’ (Philosophical Foundations of Labour Law Conference, UCL London 16 & 17 June 2016).

⁵¹ V Mantouvalou, ‘Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labour’ (2012) 34 *Comp. Labor Law & Pol’y Journal* 133; V Mantouvalou, ‘The Right to Non-Exploitative Work’ in V Mantouvalou (ed), *The Right to Work: Legal and Philosophical Perspectives* (Oxford, Hart Publishing 2015).

Nevertheless, with a view to the Dutch law on fixed-term employment, it could be suggested that it is the law limiting the maximum number and duration of fixed-term employment contracts that puts some workers in a (more) vulnerable position than others, with the sanction being unemployment, while the employer may – legally – take advantage of that vulnerability, which benefits not only the employer but also the state to a certain extent, as the short-term result is less unemployment.

In this context we can observe ‘a trend towards a fundamental reallocation of risk in Member States, away from state and collective structures, and towards individuals’.⁵² Transferring risks appears to be a particular consequence of fragmented labour regulation and practice, and the ‘vertically disintegrated’⁵³ or ‘fissured’⁵⁴ workplace, where workers do not belong to what may be called the ‘core’ workforce; this gives rise to a multilateral complexity going beyond that of the standard employment model.⁵⁵ A particularly useful analytical lens has been offered by Countouris and Freedland, namely the ‘(de)mutualization of risks’.⁵⁶ Essentially, it refers to the shifting of risks and the bearing of costs of risks either away from the individual workers so that the risks or risk-costs are borne by, or shared with, an entity (or entities) (mutualization) or back to the individual (demutualization). Following the 2016 AGS, a particular point of interest is that of a lack of investment in training and education, endangering fulfilment of the Europe 2020 goal of the EU becoming a smart, sustainable and inclusive economy. The less integrated the workers are in an undertaking because of being employed on a flexible contract, or the less important their role is for the undertaking’s core business, the less likely that an employer will make investments, irrespective of those types of work that do not need frequent training and education.

⁵² A Blackham, M Kullmann, H Pettersson and A Zbyszewska, ‘The Rationales of Government Action on Ageing and the Extension of Working Lives’ in A Numhauser-Henning (ed), *Evolving European Perspectives on Elder Law* (Cheltenham, Edward Elgar 2016).

⁵³ H Collins, ‘Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws’ (1990) 10 *Oxford Journal of Legal Studies* 353.

⁵⁴ D Weil, *The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can Be Done to Improve It* (Cambridge, HUP 2014).

⁵⁵ P Davies and M Freedland, ‘Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law’ (1999) 21 *Comp. Labor Law & Pol’y Journal* 231, 243.

⁵⁶ N Countouris and M Freedland, ‘Introduction: The myths and realities of “Social Europe”’ in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a Time of Crisis* (Cambridge, CUP 2013) 7–8; M Freedland and N Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (Oxford, OUP 2011) 443–446.

5 'New old securities' for workers in the changing world of work

With the post-industrial society came far-reaching changes in the world of work, where increasing flexibilization of work relationships has been an explicit goal of the EU and its Member States. Flexibilization may certainly have benefits for a variety of stakeholders. It nevertheless appears to be the case that the balance between flexibility and security, as propounded at the EU level, worked in favour of flexibility – hence the EU's attempt to encourage more (conversion into) permanent employment contracts. This presents the EU (and thus the Member States) with two particular challenges. First, how can employers be encouraged to hire more workers on a permanent contract, when reality seems to point at a situation where (external) flexibility has incrementally become an integral part of the labour market? Second, assuming that we cannot halt or even reverse the trend, how can we best deal with the challenges resulting from flexibilization, relating to the instability of work relationships, precariousness and vulnerability, social exclusion and poverty, in today's labour market?

In the EU, employment creation has become the leading mantra to establish economic growth, therewith addressing the challenges brought about by demographic developments and the consequences – devastating for many – caused by recent financial and economic crises. As noted by the Commission, the EU's growth strategy has indeed led to an increase in the number of jobs; however, it is conspicuous that the increase was brought about by temporary contracts. Acknowledging that such an increase is not unlikely in times of recovery, the Commission provides a clear statement in the 2016 AGS when emphasizing that besides employment creation, flexible labour markets should enable more (transitions towards) permanent contracts. It possibly shows some of the concerns that many have expressed for years, namely that flexibility – at least beyond a certain degree – may not necessarily be beneficial to all parties concerned. While workers may be left in situations of vulnerability and precariousness when being continuously employed on a flexible contract, the state should also be wary of allowing employers too much room to use flexible work relationships. It could be argued that the more flexibility there is, the less stable the contributions paid to social security and pension systems; notably, the sustainability of these systems is of particular concern to the EU, in the first place aiming at ensuring sound public finances.⁵⁷ Member States,

⁵⁷ Article 119(3) TFEU.

when ‘reforming’ or ‘modernizing’ their social security and pension systems, must do so in line with the EU’s budgetary rules. Often this involves cuts in public expenditure, obtruding an ‘activation policy’ that puts certain groups of workers, especially those who do not fit the mould, in a perverse situation. Being faced with an increasingly flexible labour market, these workers may not (yet) be ‘fit for purpose’, lacking the necessary ‘equipment’ to actually participate in the labour market, if they have access at all.⁵⁸ So, there may be a valid reason for the EU to act.

It seems to me that the AGS’s explicit emphasis on the need to ensure more (transitions to) permanent contracts reflects the idea that this would balance flexibility with security. Finding a balance between flexibility and security is difficult, although necessary as the European Social Pillar emphasizes.⁵⁹ A difficulty to be addressed lies in the different (sometimes competing) interests of the state, employers, and workers. Businesses seem to play a decisive role. For employment creation, the state (and thus the EU) is dependent on the businesses, which are in turn dependent on (labour) market conditions as well as applicable labour and employment, social security, and tax regulations. Employers often seek a ‘predictable and legally secure business environment’, enabling them ‘to attract skilled and productive workers but also to adjust to fast-changing market realities’.⁶⁰ It is, *inter alia*, the impeccable role of businesses that allow them to use the panoply of legal work relationships according to their business interests, irrespective of whether this is societally acceptable. Nevertheless, using Mantouvalou’s concept of structural exploitation, there might be a principled reason to strengthen the role of individuals who find themselves in a vulnerable and exploitative situation. Obviously, one feature (but certainly not the only one) that would strengthen individuals is to empower them by equipping them with a right to education or training – a concern highlighted in the 2016 AGS.⁶¹

One may question whether the EU’s move does not mean returning to ‘old securities’ embodying the permanent employment contract, and not necessarily fully mirroring today’s labour market requirements. For some – but certainly not all – types of work or work in sectors that are prone to economic fluctuations, permanent employment would not be the right solution, unless this would involve ‘lowering’ the protection for permanent workers. Instead

⁵⁸ Kullmann, ‘Unused Potential?’ (n 26).

⁵⁹ Commission, ‘Launching a consultation on a European Pillar of Social Rights’ (Communication) COM(2016) 127 final, 5.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Numhauser-Henning, ‘Flexible Qualification’ (n 49).

of 'squeezing' contemporary labour market developments into traditional patterns, it would be expedient to properly engage in a discussion to identify the actual impediments that prevent employers from hiring permanent staff, allowing us to understand why, for instance, the new Dutch rules on fixed-term employment and dismissal protection do not work the way the legislator intended them to work. To find that out, we need to engage in the questions of what labour law is and who is or ought to be protected – questions that have occupied scholars ever since labour law's inception.

ALLAN LARSSON

FRÅN JACQUES DELORS VITBOK TILL JEAN-CLAUDE JUNCKERS SOCIALA PELARE

Av alla mina år i politik och förvaltning finns det inget år som motsvarar 1997 – i form av stora förändringar och politiska genombrott som skapar nya förutsättningar och nya möjligheter. Det var skördetid efter Jacques Delors och hans tio år som ordförande i EU-kommissionen.

Delors hade lanserat förslaget om en stark europeisk social dimension, fått igenom förslaget om ”Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter” och i mitten av 1990-talet arbetat fram Vitboken om tillväxt, sysselsättning och konkurrenskraft, som innehöll en bred reformagenda för de kommande åren.

Allt var således väl förberett. År 1997 blev höjdpunkten i denna process. Under ledning först av Nederländerna och sedan av Luxemburgs ordförandeskap kunde omfattande reformer genomföras i EU:s traktat och i kommissionens strategier.

Regeringsskiftena i Storbritannien och Frankrike på våren 1997 var ”tipping points”, som gjorde det möjligt att få till stånd enighet om en revision av traktaten, som gjorde sysselsättningen till ”a matter of common concern”, en europeisk angelägenhet. Därmed lades grunden för en förnyelseprocess i medlemsländerna arbetsmarknads- och välfärdspolitik – en syn som sammanfattades i begreppet ”social policy as a productive factor”. Som generaldirektör för DG V, det generaldirektorat som hade ansvaret för arbetsmarknad och sociala frågor, var jag delaktig i denna process, jag hade möjlighet att bidra till den och jag hade, sedan de politiska besluten var fattade, ansvaret inom mitt område för samarbetet med medlemsländerna om förnyelseprocessen.

Åren runt sekelskiftet var löftesrika år. Det kalla kriget hade tagit slut. Länder i Central- och Östeuropa, som sedan 1940-talet varit beroende av Sovjet och ingått i Warszawa-pakten, var nu fria och på väg att bli medlemmar i EU. Den nya informationstekniken öppnade stora möjligheter för företagande och ekonomisk tillväxt genom att förse konsumenter och näringsliv med

nya och bättre tjänster. Globaliseringen, om än omdebatterad, skapade en ny internationell arbetsfördelning, som skulle lyfta miljontals människor ur fattigdom.

Sedan dess har mycket förändrats i världen och i Europa. Grundtanken i Lissabonstrategin från år 2000 var att göra de ekonomiska och sociala målen ömsesidigt understödjande. Den ambitionen fick efter en kort tid vika för en mera traditionell syn. Den enskilt viktigaste händelsen är finanskrisen 2007–2008 och det svar som Europa gav till den, en politik som har lett till en långvarig ekonomisk stagnation, underminerat den sociala utvecklingen och skapat grund för nationalism och främlingsfientlighet.

När Luxemburgs premiärminister Jean-Claude Juncker år 2014 blev ny ordförande i EU-kommissionen gjorde han därför frågan om tillväxt, sysselsättning och sociala rättigheter till huvudfråga för de kommande fem åren. Han förklarade att han vill utveckla ”A European Pillar of Social Rights”, också presenterat som ett ”Triple A Social Europe”.

Jag är nu, när detta skrivs, 20 år efter arbetet att genomföra Jacques Delors agenda, tillbaka i EU-kommissionen, denna gång som rådgivare till ordförande Jean-Claude Juncker. Jag ska i det följande beskriva arbetet med en ny social agenda på 1990-talet och det som hänt därefter som bakgrund till en diskussion om President Junckers initiativ till A European Pillar of Social Rights.

Junckers initiativ lanserades i början på 2016 och har följts av en omfattande konsultationsprocess över hela Europa – med deltagande av regeringar, arbetsmarknadens parter och folkrörelser samt EU:s olika institutioner. Hur detta projekt kommer att utvecklas och vilken betydelse det kommer att få för den ekonomiska, sociala och politiska utvecklingen i Europa vet vi först om något eller några år. Jag vill avstå från att spekulera över vad som kan bli slutresultatet; jag ska i stället fokusera på motiven bakom initiativet och de frågeställningar som hela Europa måste ta sig an på de ekonomiska och sociala områdena. Jag ska göra det med hjälp av nya forskningsresultat som kan bidra till att ompröva en del av det ekonomisk-politiska paradigm som imploderade i samband med den anglo-amerikanska finanskrisen 2007–2008.

Under lång tid hade fokus inom EU legat på social lagstiftning, ”hard law”, för att skapa ett skydd mot social dumping som konkurrensmedel mellan länderna. Det mest omfattande sociala skyddet fanns inom arbetsmiljöområdet – med ursprung i etableringen av Kol- och Stålunionen på 1950-talet. Dessa frågor hanteras i en trepartskommitté, som sammanträdde några gånger om året i Luxembourg. När jag år 1995 kom till mitt första möte i denna

kommitté hade jag inte riktigt insett storleken och betydelsen av denna institution – 15 representanter för arbetstagarna, 15 från arbetsgivarna och 15 från medlemsländernas regeringar, alla med bisittare. Jag var ordförande och jag backades upp av ett mycket kompetent team från mitt DG. Det var mer av ett miniparlament än av en kommitté. Alla frågor var väl förberedda. Min uppgift var att få till stånd den sista kompromissen i en lång process av givande och tagande. När vi blev eniga runt detta bord, var saken avgjord. Lagförslag skulle gå vidare till kommissionen och Rådet för beslut, men det var en process av bekräftelse, snarare än av en sakprövning och beslut. Bilden av en stark och betydelsefull institution underströks av det faktum att ena väggen i den stora konferenssalen pryddes av de femton medlemsländernas flaggor och EU-flaggan. Inga andra av de många kommittéerna som vi arbetade genom hade en så majestätisk inramning.

Kommissionens verksamhet styrs av handlingsprogram på de olika sakområdena. Det nya sociala handlingsprogrammet för 1995–1997 innehöll mindre av lagstiftningsinitiativ än tidigare program och fick kritik framför allt från de europeiska fackliga organisationerna och från socialister i Europaparlamentet för att det präglades av låga ambitioner. På andra sidan, bland arbetsgivare och konservativa politiker, fanns det i stället krav på att dra ner på den europeiska regleringen för att skapa flexibilitet och därmed underlätta för företagen att konkurrera.

Vid toppmötet i Essen i slutet på 1994 hade Europeiska rådet gett kommissionen i uppdrag att genomföra en utredning om en avreglering på det sociala området. Arbetet kom att ledas av en tysk ämbetsman, Bernhard Molitor, som presenterade sin rapport på våren 1995. Det var ingen idealisk början på mitt arbete med EU:s sociala dimension att behöva ta hand om en beställning på att rusta ned arbetsmiljölagstiftning, vilken Molitor-gruppen hade utsett till sin måltavla.

Jag läste rapporten och ville veta hur herr Molitor egentligen hade tänkt sig att den sociala nedrustningen skulle genomföras. Jag bad att få träffa honom för att få tillfälle att diskutera och bättre förstå det hela. Det blev ett avspänt och mycket intressant samtal. Molitor och hans kolleger hade fått ett politiskt uppdrag att föreslå en avreglering och eftersom de flesta av femtiotalet direktiv inom det sociala området gällde arbetarskydd och arbetsmiljö så hade man tagit sikte på just denna lagstiftning. Hur sämre arbetsmiljö skulle skapa fler jobb hade man inte undersökt något närmare; i varje fall fanns det inga analyser som byggde under förslagen. Man hade inte heller tagit hänsyn till de undersökningar som gjorts om synen på den europeiska lagstiftningen. Jag

kunde konstatera att företagen i Europa hade föga kritik mot just arbetsmiljölagstiftningen och såg den snarast som ett skydd mot illojal konkurrens.

Inom DG V lade vi Molitor-rapporten till handlingarna. Det kom inte några krav från den europeiska arbetsgivareorganisationen, UNICE, att ta fram Molitor-rapporten och rulla tillbaka det sociala skydds nätet. Det fanns fortfarande behov av nya initiativ, till exempel skydd för personer som var utstationerade för arbete i andra medlemsländer ("posting of workers"), som infördes 1996, rättigheter som sedan underminerats av beslut i domstolen, och som nu är tillbaka på dagordningen. Men det var vid den här tiden inte dags för någon stor offensiv med mer av "hard law", av för alla medlemsstater bindande regler på det sociala området.

Den stora frågan i vårt arbete i DG V under de kommande åren skulle i stället bli uppföljningen av Delors Vitbok och förberedelserna för en europeisk sysselsättningsstrategi. Vitboken hade bryggat över en del av de stora politiska motsättningarna i den politiska debatten och i den sociala dialogen mellan arbetsgivare och de fackliga representanterna. Vitboken utgjorde en minsta gemensamma nämnare.

Men det skulle behövas mer av gedigen analys och av övertygande bidrag till policyutvecklingen för att vi med framgång skulle kunna driva Delors arbete vidare. Det fanns några stora hinder för detta. Det största hindret var bristen på legal grund i det fördrag som antagits i Bryssel i december 1993 och som omvandlade EG till EU. Medlemsländerna har genom traktaten överfört suveränitet till EU och de vaktar noga på kommissionen att inte gå utanför det som där är stipulerat. Står det inte i traktaten att "employment is a matter of common concern" då kommer Europeiska rådet inte att fatta några för medlemsländerna bindande beslut om gemensam policy.

Kommissionen kunde visserligen, som det stod i fördraget, "i nära kontakt med medlemsstaterna företa utredningar, avge yttranden och organisera samråd både i frågor som uppstår på det nationella planet och i frågor som berör internationella organisationer". Men om vi skulle kunna föra arvet från Delors vidare så skulle det krävas mycket mer – allt ifrån omställning av vårt interna arbete i DG V, uppbyggnad av ny kompetens och fördjupad analys och inte minst ett politiskt genombrott i form av en ändring i fördraget för att göra sysselsättningen till en gemensam europeisk angelägenhet.

År 1997 blev, som jag skrev i inledningen, ett genombrottsår för en ny syn på EU:s ansvar för den sociala utvecklingen. Vid nyår tog Holland över ordförandeskapet för EU. Ett ordförandeland kan påverka den kommande utvecklingen inte bara genom att leda Rådets arbete utan också genom att

organisera konferenser och skapa uppmärksamhet åt särskilda frågor, som sedan kan tas upp för politiska beslut. I samråd med den holländska regeringen planerade EU-kommissionen en konferens för att etablera en ny dagordning för den ekonomiska och sociala diskussionen. Det tema som vi enats om för denna konferens var "social policy as a productive factor". Avsikten var att visa en "tredje väg" mellan reglerare och avreglerare, mellan dem som representerade en traditionell arbetsmarknads- och socialpolitik med fokus på lagstiftade rättigheter och de som förespråkade avreglering som lösning på varje problem.

Vi hade engagerat ledande europeiska samhällsvetare, ekonomer och jurister att förbereda en analys av de ekonomiska och sociala förhållandena i Europa. Forskarnas rapporter och presentationer bidrog till att öppna nya perspektiv. De visade att det saknades vetenskapligt underbyggda bevis för att svaga sociala skyddsnät och stora inkomstskillnader gav upphov till hög sysselsättning. Erfarenheterna från Holland och de skandinaviska länderna talade för motsatsen. I stället för de traditionella neoliberala föreställningarna om avreglering och ökade inkomstklyftor, sattes fokus på "human capital investment, life long learning and more active family support". Slutsatserna betonade åtgärder för att underlätta för servicesektorn att växa och skapa nya arbetstillfällen. Behovet av en ny social struktur som ersättning för det gamla industrisamhällets "male breadwinner model" lyftes fram – det var den låga sysselsättningen för kvinnor som förklarade skillnaden mot USA, eller, för den delen, mellan de skandinaviska länderna och de övriga europeiska länderna.

En annan rekommendation gällde relationerna mellan arbetsmarknadens parter. Det behövdes mer av samarbete och mindre av konfrontation. Återigen kunde Holland och de skandinaviska länderna stå som förebilder. Konferensen blev en framgång. Den bidrog till att skapa en ny agenda, som fick stor betydelse för den kommande regeringskonferensen och för den fortsatta politik-utvecklingen.

EU:s regeringskonferens 1997 skulle på många sätt bli avgörande för EU:s framtida utveckling. Konferensen förbereddes av en Intergovernmental Conference 1996–1997. Den kom att bli slagfältet i kampen mellan förnyare och konservativa.

I början av 1997 var förberedelserna för regeringskonferensen i Amsterdam långt framskridna. Men det rådde stora motsättningar mellan medlemsländerna om sysselsättningen skulle vara en gemensam angelägenhet. Den brittiska konservativa regeringen var helt emot att skriva in några nya åtaganden i fördraget. Oppositionsledaren Tony Blair hade i valrörelsen lovat att Labour, om man vann valet, skulle bryta det brittiska utanförskapet på det

sociala området, skriva under det sociala protokollet så att det kunde integreras i fördraget. Han hade också utlovat brittiskt stöd till det svenska initiativet att föra in sysselsättningen i fördraget.

När först Labour vann valet i Storbritannien och sedan socialisterna vann i Frankrike hade balansen mellan de politiska blocken tippat över. Helmut Kohl, regeringschef i Tyskland, accepterade att sysselsättningen skulle vara "a matter of common concern", en gemenskapsangelägenhet. Förslaget föreskrev däremot inte hur politiken skulle utformas, men angav en process i vilken det skulle ske, en process som markerade samspelet mellan medlemsländer och EU. Kommissionen skulle utforma riktlinjer, medlemsländerna skulle göra årliga handlingsplaner och kommissionen skulle utvärdera planerna och utfärda rekommendation till medlemsländerna. Detta skulle sätta sysselsättningen högre upp på den politiska dagordningen i EU och i medlemsländerna. Alla femton medlemsländerna ställde sig i Amsterdam bakom förslaget.

En traktatförändring är normalt en mycket långsam process. På franskt förslag beslutade regeringskonferensen att sysselsättningskapitlet omedelbart skulle träda i kraft och att ett extra toppmöte skulle inkallas under hösten 1997 för att ta ställning till en europeisk sysselsättningsstrategi. Kommissionen fick därmed i uppdrag att på kort tid ta fram riktlinjer för en gemensam sysselsättningspolitik.

Den som nu fick nyckelrollen i det politiska arbetet att föra projektet i hamn var Luxemburgs premiär- och finansminister Jean-Claude Juncker, en kristdemokrat med ett starkt socialt engagemang. Juncker hade i mitten av 1990-talet en unik position inom EU. Han var den som kunde medla mellan starka viljor i Europeiska rådet.

Parallellt med förberedelserna för regeringskonferensen i Amsterdam hade vi inom DG V arbetat fram en ny samlad strategi för att komma till rätta med många av strukturproblemen i medlemsländernas arbetsmarknader och sociala system. Det var samtidigt ett sätt att skapa balans mellan kraven på flexibilitet och kraven på trygghet i förändringarna. Vi hade valt fyra teman, eller "pelare" som det kom att kallas: *anställningsbarhet* (employability), *entreprenörskap* (entrepreneurship), *anpassning av arbetsmarknaden* (adaptability) samt *jämställdhet* (equal opportunity).

Vid ett möte i Stockholm fick jag tillfälle att presentera vårt förslag för Juncker. Eftersom han hade varit arbetsmarknadsminister var han väl insatt i de frågor som vi nu ville aktualisera som komponenter i en europeisk strategi. Han gav klartecken till att fortsätta efter dessa riktlinjer och han engagerade sig hårt för att få medlemsländerna att stödja förslaget.

Europeiska rådets möte i Luxemburg i november 1997 var en tillställning på en halv dag för att bekräfta den samsyn som vuxit fram under hösten. Det avgörande var att Helmut Kohl – efter inledande motstånd mot förändringen i fördraget och frågor kring strategin – nu ställde sig och Tyskland bakom förslaget.

Sysselsättningsstrategin med den öppna koordinationsmetoden kan beskrivas som en utvecklad version av målstyrning: en process som bestod av utarbetande av en verksamhetsstrategi med klara och definierbara mål, mätbara indikatorer, avrapportering, gemensam utvärdering av best practice samt rekommendationer, och därefter justering av målen genom eventuellt förnyade målsättningar. Vi talade i våra interna diskussioner om ”att kontinuerligt flytta positionerna framåt” och om att ”det som mäts blir också gjort”.

Introduktionen av sysselsättningsstrategin gick inte smärtfritt. Den öppna koordinationsmetoden skapade oro bland ”traditionalisterna” inom kommissionen, vilka ivrade för ”gemenskapsmetoden”. De var rädda att den nya metoden skulle sprida sig till lagstiftningsområdet, urvattna det och minska dess betydelse. Det fanns en liknande oro inom EU-parlamentet. Många ledamöter var rädda för att kommissionens lagstiftningsinitiativ skulle minska, och att Parlamentets lagstiftande roll därmed skulle försvagas.

Hur dessa förändringar i traktat, strategier och policy kom till stånd har undersökts av bland andra Alexander Schellinger, tysk statsvetare, och beskrivits i avhandlingen *EU Labor Market Policy: Ideas, Thought Communities and Policy Change*. Schellinger konstaterar att sysselsättningskapitlet i Amsterdamtraktaten 1997 var ”a milestone” i EU:s historia inom sysselsättningsområdet. Han använder i sin undersökning en statsvetenskaplig metod ”multiple stream framework” för att studera tillkomsten av denna ”milestone” och pekar på tre samverkande faktorer – problem, policy och politik – som skapade ett ”window of opportunity” för utvecklingen av ett nytt policyparadigm. I följande text ger han en god sammanfattning av det som skedde under 1997:

In the context of persistently high unemployment rates in most European countries, the DG V, adopted a new approach to labor market policy. The new policy orientation was advanced through change in leadership and admission of new staff, the increase of policy capacity through internal think tanks, the involvement of new experts as well as the improvement of relations with the OECD. In short, a new thought community entered the policy stage. The leadership of DGV built support among political leaders through close cooperation with

EU Presidencies in the crucial year of 1997. In the EU employment field, the political viability of an idea depends on its ability to draw opposing factions on two dimensions together: First, a left-right divide on the role of the state and the market can be distinguished; and second, the party political divide is crosscut by questions of competence allocation ... Political change, especially the victory of the Labour Party in the UK in 1997, allowed for the emergence of a successful political coalition. Only with the confluence of these three factors – labor market issues, policy solutions, and political change – was the adoption of a coherent overall policy orientation possible.

Inför millennieskiftet hade Storbritanniens och Spaniens premiärministrar, Tony Blair och José Maria Aznar, gemensamt föreslagit ett möte mellan stats- och regeringscheferna för att enas en långsiktig strategi för Europas utveckling. Det skulle hållas i början av år 2000 under portugisiskt ordförandeskap.

Under förberedelserna för toppmötet i Lissabon fick vi besked från president Prodis kabinett att vi nu inte fick komma med förslag till en ny process som skulle läggas till de redan etablerade: Luxemburg-, Köln- och Cardiffprocesserna. Det fanns i medlemsländerna en trötthet på alla dessa processer, riktlinjer och rapporter. Samtidigt ville alla att Lissabontoppmötet i början på det nya årtiondet skulle bli en nystart för det europeiska samarbetet.

I diskussioner mellan den portugisiska regeringen och EU-kommissionen kom vi fram till att det nu var dags att integrera de tre redan etablerade processerna, höja ambitionerna samt lyfta fram den metod som fanns angiven i fördragets sysselsättningskapitel. Detta var, som vi såg det då, ett sätt att hantera en komplicerad politisk situation och att använda en metod som var prövad och visat sig fungera, inte ett sätt att åstadkomma en stor europeisk nyordning.

Vi använde uttrycket ”open method of coordination” (OMC) när vi talade om den samordningsmetod som hade införts genom Amsterdam-fördraget. I verkligheten kom det som vi såg som en praktisk lösning snart att uppfattas som nyskapande på det institutionella området.

Den öppna koordineringsmetoden skapade ett nytt arbetsredskap. Den kom att verka inom politikområde som var ”of common concern”: EU och medlemsländerna hade var sin kompetens. Kommissionen och medlemsländerna måste lära sig att samarbeta om detta, inte genom ensidigt diktat men genom kontinuerlig dialog och kontinuerligt utmanande av varandra. Alla parter hade sin egen roll. När diskussionen gick vidare efter toppmötet om vad

OMC egentligen betydde kom det önskemål om förklaringar och fortsatta diskussioner. Den portugisiska premiärministerns ”sherpa”, Maria Joao Rodriguez, fick därför i uppdrag att inför det följande ordinarie toppmötet i juni 2000 författa ett förklarande memo om den nya metoden.

Detta begrepp har sedan dess varit föremål för ett stort antal forskningsprojekt, statsvetenskapliga seminarier och politiska diskussioner. Om man vill göra en enkel och praktisk tolkning kan man säga att OMC visar att kompetens inte behöver handla om ett antingen-eller i ett nollsummespel, utan kan förenas i ett både-och med EU som en samlande och drivande kraft och medlemsländerna som ytterst ansvariga för hur politiken formuleras och bedrivs i praktiken inom dessa ramar.

Den strategi som stats- och regeringscheferna enades om var ett försök att systematiskt få EU-ländernas ekonomier att närma sig varandra både till innehåll och till sättet att fungera. Syftet med strategin var att klara utvecklingen mot en allt hårdare konkurrens från omvärlden, tekniska förändringar och en åldrande befolkning. Ambitionerna var höga: EU skulle senast år 2010 vara världsledande inom ekonomisk, social och ekologisk uthållighet, sustainability.

Åren runt sekelskiftet var, som jag skrev i inledningen, löftesrika år. Det kalla kriget hade tagit slut. Länderna i Central- och Östeuropa var på väg att bli medlemmar i EU. Den nya informationstekniken öppnade stora möjligheter för företagande och ekonomisk tillväxt genom att förse konsumenter och näringsliv med nya och bättre tjänster. Globaliseringen, om än omdebatterad, skapade en ny internationell arbetsfördelning, som skulle lyfta miljontals människor ur fattigdom.

Det var många som uppfattade 1990-talet som början på en ny tid. I efterhand kan vi se att det var ett unikt årtionde av avspänning och ekonomiska och sociala framsteg. De goda åren följdes snart av en period med ekonomiska och politiska kriser, konflikter och krig: IT-bubblan sprack, World Trade Center attackerades, USA invaderade Irak, arabvärlden destabiliserades, en djupgående internationell konflikt höll på att utvecklas.

Men det som mer än något annat har förändrat världen är den anglo-amerikanska finanskris som inträffade 2007–2008 och som fortfarande sätter sin prägel på ekonomi och sociala villkor över hela världen. Det var inte bara en kris i det finansiella systemet – det kom att skaka också de teoretiska grundvalarna för de senaste 30 årens utveckling, det som ibland kallats ”the Washington Consensus” och den dominerande skolan inom nationalekonomi, som satt ramarna för nationella regeringars politik.

Det är denna långa våg, som nu håller på att tappa kraft och ersättas av något

annat. För att förklara varför denna våg håller på att ebba ut, behöver vi förstå några av de bärande elementen i detta ekonomisk-politiska paradigm, som föreskrivits av internationella organisationer och som fungerat som måttstock och riktmärke för aktörer på de finansiella marknaderna.

Ett av dessa bärande element var föreställningen att avreglering av de finansiella marknaderna skulle skapa både finansiell stabilitet och ekonomisk utveckling, en ordning överlägsen den rådande finansiella regleringen. Två teorier presenterades som grund för avregleringen. Den ena, the Efficient Market Hypothesis, föreskrev att inget kan vara mera rationellt än den fria marknaden, som samlar och strukturerar all tillgänglig information. Den andra, the Rational Expectations Hypothesis, innebar att alla som är verksamma på finansiella marknader fattar rationella beslut. Dessa två teorier, att marknaderna är effektiva och att aktörerna är rationella, var tillsammans en garanti för att finansiella kriser av det slag som inträffat förr, nu inte längre skulle kunna inträffa.

Det var denna teoribyggnad som imploderade när bankkrisen slog till 2007–2008 och försatte den globala ekonomin i den djupaste krisen sedan 1930-talet. Med lång erfarenhet av avreglerade finansiella marknader kunde den brittiske finansinspektören Lord Turner i sin bok *Economics after the Crisis*, 2012, slå fast att "the pre-crisis confidence in the free financial markets was profoundly misplaced" – tilltron till avregleringen av finans-marknaderna var fundamentalt fel. Till och med den amerikanske centralbankschefen Alan Greenspan, den främste talesmannen för marknadens överhöghet, var till slut tvungen att medge att föreställningen om rationella marknader "was flawed": "The models failed at a time when we needed them most, The Fed model failed. The IMF model failed".¹

Ett annat bärande element i denna långa våg var föreställningen om "trickle-down", d.v.s. att marknaden bäst skulle sköta fördelningspolitiken med minsta möjliga politiska ingrepp. Det fanns, menade man, ingen anledning att bekymra sig för inkomstklyftorna; pengar skulle under alla omständigheter sippra ner till dem som var behövande. Det viktiga var att det fanns incitament att arbeta och investera och bli rik. De växande klyftorna var ett pris man måste betala för att få till stånd ekonomisk tillväxt.

Denna föreställning har under senare år blivit allt mer ifrågasatt av det enkla skälet att utfallet har blivit helt annorlunda än vad de teoretiska modellerna utlovade. Det har varit tydligast i USA där arbetarklass och medelklass har haft

¹ Alan Greenspan, *The Map and the Territory: Risk, Human Nature, and the Future of Forecasting* (Penguin Press 2013).

stagnerande inkomster under lång tid, medan inkomster och förmögenheter samlats på toppen i ofattbar mängd. Effekterna av globalisering och digitalisering och bristen på politiska åtgärder som balanserar eller kompenserar de starka marknadskrafterna har effektivt stoppat inkomstutvecklingen bland arbetarklass och medelklass.

McKinsey Global Institute har presenterat några slående fakta i en skrift med titeln "Poorer than their Parents". Den handlar om stagnerande eller fallande realinkomster i 25 höginkomstländer. Rapporten jämför utvecklingen 1993–2005 och 2005–2014, två perioder om cirka 10 år, den ena före och den andra under och efter finanskrisen. Under den första perioden hade två procent av hushållen drabbats av stagnerande eller fallande realinkomster, under den senare perioden var det i genomsnitt 65–70 procent som sett sina realinkomster stå stilla eller sjunka; i Sverige cirka 20 procent. Detta gäller löner och andra inkomster före skatt och transfereringar. Resultatet blir bättre efter omfördelning, men fortfarande är det mellan 20 och 25 procent av hushållen som har blivit "left behind"; i Sverige mindre än 2 procent.

The economic and social impact is potentially corrosive. A survey we conducted as part of our research found that a significant number of those whose incomes have not been advancing are losing faith in aspects of the global economic system. Nearly one-third of those who are not advancing said they think their children will also advance more slowly in the future, and they expressed negative opinions about free trade and immigration.

I den politiska debatten har det alltid funnits en kritik mot "trickle-down"-teorin, men den har stått sig slätt i den "policykorridor" som definierats av nyliberalismens fördelningspolitiska idéer. Ett viktigt bidrag till omtänkandet presenteras av Thomas Piketty för några år sedan.² Parallellt med det pågår ett omtänkande bland de ledande globala organisationerna inom det ekonomiska och sociala området. Det har nu satt frågan om fördelningspolitik på dagordningen för de nationella regeringarna. I ett unikt gemensamt dokument, framlagt inför G20-ländernas finans- och arbetsministrar 2015 ger IMF, Världsbanken, OECD och ILO följande budskap i sammanfattning:

Rising inequality raises concerns because it can have a corrosive effect on social and political cohesion. Further, a growing body of research also demonstrates that high inequality may lead to slower as well as less

² Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century* (Harvard University Press 2014).

sustained economic growth. This negative impact on growth occurs through various channels, including lowering consumption, underinvestment by firms in the face of slack demand, less government revenue and less investment by low-income households in education and skills. ... The new body of evidence contrasts with an earlier view that inequality was a price that had to be paid for higher growth. In fact the evidence shows that the effect can run in the opposite direction, with more *equality* leading to higher growth.

Given the commitment of the G20 to raise overall economic growth ... the attention to inequality is particularly appropriate and necessary. And as global and G20 growth have slowed again this year, it has become a matter of urgency.

Dessa två bärande politiska element i globaliseringens och digitaliseringens långa väg förklarar en del av den politiska utvecklingen, som vi nu ser i USA och i Europa. Under en lång period av stagnerade inkomster för stora delar av befolkningen kunde de mest förmögna ackumulera inkomster och förmögenheter i massiv skala. När den finansiella krisen träffade Wall Street och sedan rullade vidare i Europa var det medborgarna som tvingades rädda banksystemet. Samtidigt kunde de finansiella eliterna fortsätta att samla på hög. Det sociala kontraktet mellan medborgare och samhälle – föreställningen att vi genom hårt arbete kan göra samhället bättre och att alla ska ha sin del av resultatet – underminerades. Det folkliga missnöjet växte, men organiserades inte efter en traditionell höger-vänster skala, snarare i protest mot de ledande politiska partier, till höger och vänster, som var associerade med den långa vägen av globalisering och den finansvärld som tog hand om globaliseringens vinster.

För Europa tillkommer ytterligare en dimension. Europa är de många nationernas kontinent, alla med starka traditioner och kulturer. EU tillkom för att genom ekonomisk integration skapa fred och stabilitet mellan gamla fiender. EU har varit så framgångsrikt att de ursprungliga sex nu har blivit 28, att ytterligare länder ville ansluta sig och att 19 av dem infört en gemensam valuta.

Men denna framgångssaga kom till ett brutalt slut när den anglo-amerikanska bankkrisen drabbade Europa och när EMU-länderna skulle ta sig an effekterna på ekonomi och valuta, näringsliv och arbetsmarknader. Det som följde var euro-kris, ekonomisk stagnation, uteblivna investeringar, växande arbetslöshet och devalvering av de sociala systemen.

Den europeiska centralbanken, ECB, satte år 2010 effektivt stopp för den

sköra återhämtningen genom att höja räntorna och avskräcka investerare. När den allmänna efterfrågan från konsumenter och investerare hölls tillbaka på grund av osäkerheten, rekommenderade EU medlemsländerna att ytterligare hålla tillbaka efterfrågan genom åtstramningspolitik för att uppnå ”fiscal consolidation”. Men resultatet blev det motsatta – försvagad tillväxt och ökad skuldsättning. Mellan 2011 och 2014 ökade skuldkvoten i EU-länderna från 81 procent till 87 procent av BNP.

Som en del i den politik som Barroso-kommissionen drev ingick rekommendationer om avreglering och flexibilisering av medlemsländernas arbetsmarknader, både som en generell politik, bl.a. inom ramen för sysselsättningsstrategin, och som en del i de olika ”bail out-packages” som genomdrevs i ett antal medlemsländer, exempelvis Grekland och Portugal, under dessa år i början på 2010-talet. Denna politik har blivit föremål för hård kritik, både från forskare och från olika internationella organisationer, såsom ILO och Europarådet.

BNP per capita i EU var 26 200 euro år 2008, den var fortfarande år 2015 på samma nivå, sju förlorade år! Samtidigt byggdes ett stort och växande bytesbalansöverskott upp, ett finansiellt sparande som inte investerades i Europa och som därför måste investeras utanför Europa, i underskottsländer som USA. Det var framför allt Tyskland och Nordeuropa – Nederländerna, Danmark och Sverige – som stod för denna märkliga politik.

När ekonomin blir ett nollsumme-spel, arbetsmarknaden stagnerar och de sociala villkoren försämras för stora grupper, växer kritiken mot globaliseringens mest konkreta uttryck, frihandeln och migrationen.

Det är detta som är bakgrunden till det motstånd som vuxit fram i Europa mot migrationen, oavsett om det gäller flyktingströmmar från Mellanöstern och Afrika eller om det gäller migration mellan medlemsländer inom EU. EU har kommit att identifieras med ”austerity”, dvs. nedskärningar och försämringar, och med migration, en politik som starka nationella opinioner nu vill göra upp med.

En motsvarande reaktion håller på att växa fram mot frihandeln, såväl i USA som i Europa. I en analys av de pågående förhandlingarna om ett transatlantiskt handelsavtal, TTIP, skriver Elvire Fabry vid Jacques Delors Institute om bristen på en effektiv fördelningspolitik som förklaring till den växande misstron mot frihandel:

The specialisation of economies has favoured gains in efficiency and a progressive reorientation of the European and American economies towards greater value-added production as well as jobs in the service

sector, which has now made Europeans the world's biggest exporters of services. But the fact that this job redistribution has insufficiently been accompanied by national and European measures to help workers in the most affected regions and industries, contributes to today's doubts over the benefits of free trade as a whole.

Folkomröstningen i UK om medlemskapet i EU är det mest dramatiska uttryck för hur stagnerande och försämrade ekonomiska och sociala villkor har fått politiska effekter, långt utöver vad man hade förväntat sig. Folkomröstningen hade som syfte att avsluta en inre strid i det konservativa partiet mellan å ena sidan nationellt orienterade, tillbakablickande eliter, som drömmer om att skapa The British Empire 2.0, och å andra sidan de eliter som ser UK som utåtriktad och som en självklar del av EU.

Enligt McKinseys rapporten "Poorer than their Parents?" har 70 procent av invånarna i UK haft stagnerande eller försämrade realinkomster under den senaste tioårsperioden, hela 60 procent när man räknar efter skatt och transfereringar, eftersom dessa system har förändrats för att gynna de konservativa kärnväljarna. Det sociala skyddsnät som ska säkerställa trygghet i förändring har blivit allt mindre effektivt. Vad Brexit lyckades med var att kanalisera missnöjet inom arbetarklass och medelklass med den ekonomiska och sociala utvecklingen till en kritik, inte av den konservativa regeringens politik, utan mot EU och mot UK:s medlemskap i EU.

Kommer den ekonomisk-politiska regimen i Europa, EU:s stora bidrag till fred och framsteg, att implodera på samma sätt som de stora tankebyggnaderna som legat till grund för 30 år av ekonomisk globalisering och politisk internationalisering? Kommer Brexit att inleda upplösningen av EU och undermineringen av EMU?

Sedan ett par år tillbaka pågår en omläggning av den misslyckade politik som ECB och EU-kommissionen bedrev under första delen av årtiondet. I januari 2015 inledde ECB en expansiv penningpolitik med 0-räntor och QE (Quantitative Easing, dvs. full fart på sedelpressarna) för att rädda det finansiella systemet. Parallellt med det har EU-kommissionen lagt om politiken, prioriterat investeringar, skapat mer handlingsutrymme i den nationella budgetpolitiken och markerat tillväxt och sysselsättning som övergripande mål.

Frågan är hur snabbt denna omläggning får genomslag och kan ge sådana resultat att förtroendet för EU kan börja byggas upp igen. De aktuella prognoserna för återhämtning och tillväxt ger inte några kraftfulla signaler. Och det som medborgarna upplever i sin vardag är effekterna av åtstramningen i form av arbetslöshet och försämrade sociala villkor.

Det är en del av bakgrunden till President Junckers initiativ A European Pillar of Social Rights³. Tanken är att skapa en ny balans mellan det finansiella Europa och det sociala Europa och återskapa det som var en bärande tanke i det reformarbete som Jacques Delors framgångsrikt drev under sin tid som ordförande i EU-kommissionen. Han arbetade för att den ekonomiska integrationen skulle förenas med en stark social dimension, som ger alla del i framstegen.

Den europeiska sociala modellen utgör den självklara utgångspunkten för President Junckers initiativ. EU och dess medlemsstater lägger större vikt vid de sociala förhållandena, i arbetslivet och i samhället utanför arbetsplatsen, än vad man gör i andra delar av världen. Denna modell är på intet sätt något enhetligt, den rymmer många olika modeller med varierande former och ambitionsnivåer. Samhällsvetarna brukar skilja ut fyra-fem olika modeller: den kontinentala, den brittiska, den skandinaviska, den sydeuropeiska och en öst- och centraleuropeisk modell. De representerar en mångfald med starka nationella traditioner, som EU har att respektera enligt principen om subsidiaritet. Fokus ska därför ligga på vad som ska uppnås, inte på att harmonisera mångfalden av modeller.

Frågan om varför det behövs en ny social inriktning i Europa kan besvaras med följande problembeskrivning ur de dokument som EU-kommissionen presenterat som grund för konsultationsprocessen:

- Ökad fattigdom. Fortfarande sju-åtta år efter finanskrisen plågas Europa av hög arbetslöshet, omfattande långtidsarbetslöshet, ökande fattigdom och social utslagning.
- Divergens, inte konvergens. Under tre årtionden minskade skillnaderna i inkomster mellan EU-länderna. Under de gångna tio åren har utvecklingen tagit en annan riktning. Klyftorna mellan länderna ökar.
- Ett nytt digitalt arbetsliv. Den nya ekonomin ställer ökade krav på kompetens och omställningsförmåga; vi är ännu i början denna process.
- En åldrande befolkning. En krympande aktiv generation ska försörja en växande åldrande befolkning; på en generation kommer relationen mellan pensionärer och aktiv befolkning att ändras från 28 procent till 50 procent, särskilt starkt är omslaget i länder som Tyskland, Polen, Italien, Grekland och Portugal.

Detta är dessa sociala och ekonomiska realiteter i Europa och den gemensamma utmaning som alla medlemsländer står inför, som leder över till

³ EU-kommissionen: http://ec.europa.eu/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/towards-european-pillar-social-rights_en.

en fråga som jag har rubricerat som ”the inconvenient question”: Hur kommer det sig att Europa med världens bästa sociala system och med världens största marknad med 500 miljoner konsumenter och miljoner företag inte har klarat tiden efter finanskrisen på ett bättre sätt?

Vi har i dag ett omfattande socialt skyddsnät på europeisk nivå uppbyggt under flera decennier. Hur kan vi förklara att vi trots denna omfattande gemensamma europiska sociala lagstiftning har så stora och växande klyftor i arbetsliv och samhällsliv? Är det en fråga om brister i tillämpningen av de regler som gäller? Eller är det så att det finns stora gap i det europeiska sociala systemet?

Att finna svar dessa frågor är av fundamental betydelse för att vi ska komma vidare och förbättra de sociala systemen i Europa.

Under arbetet med den sociala pelaren har frågan ställts vad som är nytt i förhållande till den existerande europeiska och nationella lagstiftningen. Jag skulle vilja beskriva det som skillnader både i reformprocess och i ambitionsnivå.

Dagens europeiska sociala skyddsnät har växt fram steg för steg. Problem har identifierats, utredningar har gjorts, lösningar har utformats och stöpts i direktiv och nationell lagstiftning – steg för steg med fokus på enskilda problem. Arbetet med den sociala pelaren har en annan inriktning. Tanken är att ta ett samlat grepp, att utgå ifrån dagens realiteter och morgondagens utmaningar i form av ett digitalt arbetsliv och stora demografiska förändringar, och att ställa frågan vilken form av sociala rättigheter som behövs för att minska klyftor, utslagning och fattigdom.

Som grund för konsultationsprocessen har kommissionen lagt fram ett första förslag till en social pelare. Den innehåller en beskrivning av principer och rättigheter inom 20 domäner, grupperade under tre rubriker:

Den första handlar om utbildning, kompetens för arbetslivet och aktivering för att komma in i arbete – det är ingen tillfällighet att detta är det första området – det är inom detta som vi ser de stora skillnaderna mellan medlemsländerna. Det gäller utbildning i allmänhet, men framför allt det livslånga lärandet och möjligheten att komma tillbaka in i arbetslivet när gamla jobb försvinner och gamla yrkeskunskaper inte längre är efterfrågade. Det handlar inte minst om åtgärder för att förbättra kvinnors möjlighet till arbete och inkomst – det är där de stora skillnaderna finns mellan medlemsländerna.

Det andra huvudområdet handlar om sociala rättigheter i arbetslivet – om anställningsvillkor, arbetsmiljö och social dialog

Det tredje handlar om sociala rättigheter i samhället utanför arbetslivet, om

hälsovård och sjukförsäkring, a-kassa och pensioner, om barnomsorg och äldreomsorg.

Detta är en skiss som ska utvecklas i dialog, framför allt med medlemsländernas regeringar, arbetsmarknadens parter, EU:s institutioner och folkrörelser.

Arbetet bygger också på ett par fundamentala iakttagelser om relationen mellan ekonomisk och social utveckling. Det är den forskning, utförd av de ledande internationella organisationerna, OECD, ILO, Världsbanken och Valutafonden, som tidigare nämndes i denna artikel. De har gemensamt kommit fram till att stora och växande inkomstklyftor är ett hinder för ekonomisk tillväxt och välbefinnande. De konstaterar att sådana klyftor påverkar ekonomin framför allt genom utbildning, tillgång till arbete och möjlighet till utveckling i arbetslivet.

Detta innebär att tunga internationella organisationer som Valutafonden, IMF, och OECD tar avstånd från den modell som varit dominerande under lång tid, den som brukar beskrivas med orden ”trickle down”, och som innebär att ökade inkomstklyftor inte ses som något problem, pengarna kommer ändå att trilla ner i någon form till dem som har det sämst. Erfarenheterna från de senaste årtiondena ger inget stöd för det synsättet. Tvärtom, växande klyftor har en självförstärkande dynamik.

Den andra iakttagelsen behandlar en annan aspekt av relationen mellan den ekonomiska och de sociala. Det finns en traditionell förståelse om att sociala rättigheter är en börda och att ett land först måste bli rikt innan det kan kosta på sig att bedriva fördelningspolitik genom att införa sociala rättigheter. Mot det kan sägas, och det sägs också i EU-kommissionens dokument, att de länder i Europa som är mest framgångsrika när det gäller ekonomin också har de högsta sociala ambitionerna och de mest omfattande välfärdssystemen. Dessa iakttagelser och slutsatser ligger i linje med vad jag tidigare skrivit om sociala rättigheter som produktiv faktor, ett koncept som vi utvecklade inom ramen för Jacques Delors agenda för en stark social dimension. Fördelningspolitiken är en grundläggande del av tillväxtmodellen.

Det finns några frågor som kan förväntas dominera den fortsatta diskussionen och reformarbetet. Det ena gäller vad medlemsländerna gör för att skapa vägar tillbaka till produktiv sysselsättning för dem som blivit arbetslösa. Statistiken visar att endast en av tio av dem som är registrerade som arbetslösa får en ny start i form av utbildning, kompetenshöjning, rehabilitering eller annan åtgärd. Det innebär att nio av tio ska finna ett nytt jobb i det alltmer digitaliserade arbetslivet med gamla yrkeskunskaper eller inga kunskaper alls.

Det är denna klyfta mellan de nya kraven i arbetslivet och de svaga insatserna att erbjuda de arbetslösa en ny start, som är en viktig faktor bakom den höga arbetslösheten och den omfattande långtidsarbetslösheten i medlemsländerna.

Borde insatser för en ny start vara en social rättighet på samma sätt som kontantersättning vid arbetslöshet är en rättighet? Hur skulle i så fall en sådan rättighet utformas? Det är frågor som nu är under diskussion och som behöver besvaras.

Den andra frågan gäller hur social trygghet ska kunna förenas med den digitala flexibilitet som nu alltmer sätter sin prägel på arbetslivet, med "the gig economy" som den mest extrema formen för förändrade relationer mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det är uppenbart att det traditionella arbetskontraktet – mellan en arbetstagare och en arbetsgivare, med en full arbetsvecka och tills vidare anställning nu utmanas.

I mars 2017 är det 60 år sedan Kol- och Stålunionen omvandlades till the European Economic Community, EEC. När stats- och regeringscheferna träffas för jubileum i Rom finns det mycket att fira – den längsta perioden av fred i Europa, en teknisk utveckling och ekonomiska framsteg som ingen kunde drömma om när Jean Monnet och Schumann först lanserade tankarna på "det nya Europa", en politisk integration byggd på ekonomisk integration, en omvandling av ECC till EU och utvidgningen från De sex till EU28.

Men det är också ett Europa som är skakat av folkligt missnöje över den ekonomiska och sociala utvecklingen under de gångna tio åren, av känslan hos stora delar av befolkningen av att ha blivit "left behind", en folklig reaktion som har sugits upp av partier till höger och vänster om de partier som byggde det fredliga och framgångsrika Europa. Det är ett EU, där ett av de 28 medlemsländerna har bestämt sig för att ansöka om skilsmässa, medan några vill gå vidare och fördjupa samarbetet och andra vill bromsa och dra tillbaka.

Ett Europa utan en social dimension är inget Europa, sa den franske presidenten François Mitterrand. Europa skulle nu behöva en radikal förstärkning av den sociala dimensionen för att återskapa förtroendet för den europeiska integrationen. De närmaste årens kamp mellan social förnyelse och nationalistisk återtåg kommer att avgöra Europas framtid.

JULIA LOPEZ LOPEZ

A NOTE ON THE DECONSTRUCTION OF PROTECTION
AGAINST AGE DISCRIMINATION:
SPANISH JURISPRUDENCE FROM THE CONSTITUTIONAL
COURT

1 Employment policies and economic crisis as a framework for understanding age as a factor of discrimination

By 2050, two billion people will be aged 60 or older. For the ILO this represents a major change in demographic trends.¹ Ann Numhauser-Henning has been a pioneer in the study of law and older workers; formulating² the connection between flexibility, compulsory retirement and social security systems; and framing the debates in the European Union on this topic and associated changes of regulation by Member States.³

The legal order has identified age as a prohibited factor of discrimination, thus permitting the construction of protection against discrimination and inserting this matter in the larger debate as part of the construction of fundamental rights. International regulation, European Union law and Member States' constitutions guarantee equality and non-discrimination based on age, as an element of fundamental rights.

There are different approaches to studying the problematic question of ageing societies and guaranteeing equality and non-discrimination based on age. The modest purpose of this contribution is to delineate the transformation of constitutional jurisprudence in the case of Spain, where Court decisions have reduced the notion of age discrimination and have instead extended the proportionality principle, permitting unfavourable treatment for ageing workers in collective dismissals.

¹ ILO, 'A changing world: Adapting to an ageing population in the workplace', *Word and Work Magazine* no. 73 December 2011.

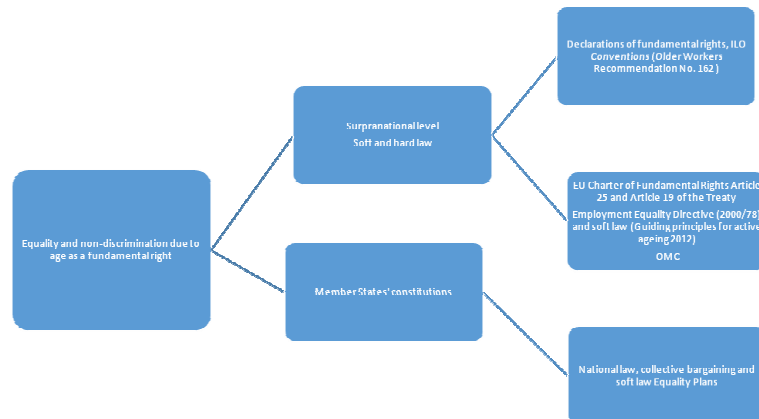
² A Numhauser-Henning, 'An Introduction to Elder Law and the Norma Elder Law Research Environment', *European Journal of Social Law* (2013).

³ See A Numhauser-Henning and M Rönmar (eds), *Age Discrimination and Labour Law, Comparative and Conceptual Perspectives in The EU and Beyond* (Wolters Kluwer Law and Business 2015).

A main reference in the regulation of this matter is Article 6 of Council Directive 2000/78 of 27 November justifying the possibility of differences of treatment on grounds of age: 'Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary'. These differences may include 'the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers and persons with caring responsibilities in order to promote their vocational integration or ensure their protection'. This possibility is seen to justify compulsory retirement for older workers when it results from Member States' adoption of regulations to achieve the goals of youth employment policies. The debate about age and social policies is centred on sustainability and retirement pensions, but this consideration ultimately arises in judicial decisions; it is important to reflect on how the courts in some cases have modified their jurisprudence of age as a factor of discrimination.

In order to analyse the evolution of the fundamental right to equality and non-discrimination based on age, the point of departure is the complexity of regulation and the interaction among actors. There are multiple levels of regulation – international, EU and national – and there are different actors involved in the enforceability of the regulation. This panorama generates considerable complexity, connecting the different pieces and combinations that determine the age employment policy in a workplace, especially with regard to the collective dismissal policies implemented by firms. It is in the context of collective dismissals and collective agreements that the role played by equality and the principle of non-discrimination for older workers has been reduced.

The combination of regulatory levels and the matter of enforceability has created a complex framework for regulating equality and non-discrimination policies – including the right not to be discriminated against due to age; this framework is represented in the figure below. The interaction and spill-over among the different levels of regulation and of hard and soft law have displaced the protection of equality and non-discrimination from the level of EU norms to national constitutions. This displacement has occurred in part due to the



role of employment policies in reducing the rights of equality and non-discrimination based on age.

Two main trends in employment policies must be noted in this regard. First, the economic crisis and high unemployment have tended to produce a greater public focus on youth employment than on unemployment among older workers. Second, the constitutional courts – for example in the case of Spain – have engaged in a process of deconstruction of the fundamental right of older workers to be protected against age discrimination, so that to firms can reduce their workforce in ways that disadvantage elder workers. The Spanish Constitutional Court has played a crucial role in the evolution of the concept of discrimination due to age, resulting in important consequences for the deconstruction of fundamental rights for older workers, and breaking solidarity between generations.

2 Deconstructing age as factor of discrimination: The evolution of the Spanish Constitutional Court

Spain's Constitutional Court has deconstructed age as a factor of discrimination by maintaining the proportionality principle as a back-door, de facto route to unfavourable treatment for elder workers. The court's justification for what amounts to unfavourable treatment of older workers in collective dismissals is to identify those workers' advantages – if their employment is terminated – in terms of unemployment benefits and retirement pensions.

In the multiple-level system of the judiciary, the role played by jurisprudence at the EU level has conditioned the national-level application of EU regulation, and has thus produced very important effects. Several cases should be noted in this regard. The *Mangold*⁴ case declared that non-discrimination on the basis of age is a general principle of EU law; the *Heyday*⁵ case ruled that the compulsory retirement age of 65 is lawful when it serves to relate employment policy and social policy; and in the *Rosenblatt v Ollerking*⁶ case, the ECJ upheld a German law allowing for collective bargaining to stipulate the compulsory retirement of workers when they are entitled to retirement pensions. *European Commission v Hungary*⁷, on compulsory retirement for notaries, judges and prosecutors, declares that forced retirement in this instance is not proportionate as regards of the objectives of Council Directive 2000/78, Article 2. The ECJ has created a framework in this field in which discrimination on the basis of age is prohibited, but the principle of proportionality permits exceptions to equality and non-discrimination. This tension has created a dynamic of exceptionalism in the law and jurisprudence on the principle of equality and non-discrimination – as the Spanish situation shows.

The jurisprudence on compulsory dismissal determined by Spain's *Tribunal Supremo*, the country's next-highest court just below the Constitutional Court, has ruled that it is unlawful to impose compulsory dismissal for older workers through collective bargaining without any guarantee of youth replacement.⁸ In this way the Tribunal Supremo sought to limit the vague use of the goal of employment creation for younger workers to justify the dismissal of older employees who have been beneficiaries of retirement pensions, while also

⁴ Judgement in *Mangold v Helm*, C-144/04, EU:C:2005:708.

⁵ Judgement in *Age Concern England v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, C-388/07, EU:C:2009:128.

⁶ Judgement in *Rosenblatt v Ollerking Gebäudereinigungsges.mmbH*, C-45/09, EU:C:2010:601.

⁷ Judgement in *European Commission v Hungary*, C-341/08, EU:C:2012:687.

⁸ See the case law of the Tribunal Supremo Roj. 2742/ 2016.

allowing for adjustments to this principle where replacement of dismissed older workers by young workers could be guaranteed. This jurisprudence tried to establish a solidarity principle between generations in employment policies. However, in my opinion the more relevant jurisprudence for understanding the case of Spain as exceptional is found in the constitutional cases where this solidarity link disappears.

The evolution of constitutional jurisprudence in Spain applying the protection against discrimination by age has deconstructed the protection of fundamental rights for older workers in instances of collective dismissals. The attention of the Court has been focused on the question of compulsory retirement, but the process of adapting the reading of fundamental rights to the scenario of economic crisis and austerity has altered the balance between protection of rights and protection of employers' interests – in favour of employers. The first reference of Constitutional Court case law which has to be considered is found in 22/1981 of 2 July 1981⁹, which declared that age is not a factor for justifying dismissal. The case resolved the constitutionality of a rule which imposed compulsory retirement for workers above 65 years of age, and which claimed that there is no capacity to work beyond this age.

The second reference is case law 66/2015, of 13 April 2015¹⁰, in which the Constitutional Court held that age can be used as a factor to prioritize older employees in collective dismissals because these workers are beneficiaries of unemployment benefits and retirement pensions, and thus have better conditions after dismissal than other workers. The employer in this case had defended the proportionality of using the criterion of age in collective dismissals by claiming that the cost of training to adapt these workers to new technologies was more expensive than for younger people. The reply of the public defender in this case was simply to argue that this criterion was not relevant because in this case there were not so many workers older than 55 years of age.

Let us examine the evolution of the Constitutional Court decisions, beginning with the first one dealing with a question of constitutionality in the mention of compulsory retirement in the Code of Labour (1980). The case law resolved the constitutionality of a provision of the Code of Labour (version 1980) which provided for compulsory retirement, stipulating that beyond 70 years old, people have no capacity to work. A worker with a seniority of 35 years in the workplace sued the firm, claiming that capacity is not dependent

⁹ Official Bulletin No 172, 20 July 1981.

¹⁰ Official Bulletin No 122, 22 May 2015.

on age, and arguing that with forced retirement due to age there is a violation of the fundamental right of equality and non-discrimination on the basis of Articles 14, 35 and 40¹¹ of the Spanish Constitution.

The Court's decision pointed to the differences between equal treatment and discrimination to maintain the constitutionality of compulsory retirement in the framework of the principles of compensation – workers have a period of contribution to be entitled to a retirement pension – and of proportionality, suggesting that this compulsory retirement policy opens more jobs for young people. Beyond this, the judicial decision declared it unconstitutional to presume that older age means a lack of capacity to work properly. The main point to be underlined is that the Spanish Constitutional Court denied that age could play a factor in fair dismissal, and thus rejected the presumption of incapability to work under any circumstances due to age. This point is very important in the evolution of flexibility, employment, compulsory retirement and age, because it guaranteed the fundamental right of older workers not to be fired due to age. This decision had the effect of reinforcing not only the right to work for older workers but also their dignity.

This decision takes its point of departure in its assumption of the need for employment policies focused on reducing the unemployment of youth. This creates a dynamic which, in the context of economic crisis and high rates of unemployment, tends to raise age as an important factor in developing specific employment strategies. A second point which is important to underline is that the employment policies for youth and employment policies for older workers are different, thereby creating a segmentation of workers' rights. The intersection between compulsory retirement and social security systems transposes the cost of the employment strategies from the firm to the social security system. Social protection systems in the Member States have paid a price for compulsory retirement and collective dismissal.

¹¹ *Article 14*: Spaniards are equal before the law and may not be discriminated against in any way on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance. – *Article 35*: 1. All Spaniards have the duty to work and the right to employment, to free choice of profession or trade, to advancement through their work, and to sufficient remuneration for the satisfaction of their needs and those of their families; moreover, under no circumstances may they be discriminated against on account of their gender. 2. The law shall establish a Workers' Statute. – *Article 40*: 1. The public authorities shall promote favorable conditions for social and economic progress and for a more equitable distribution of personal and regional income within the framework of a policy of economic stability. They shall devote special attention to carrying out a policy directed towards full employment. 2. Likewise, the public authorities shall foster a policy guaranteeing vocational training and retraining; they shall ensure workplace safety and hygiene and shall guarantee adequate rest by means of a limited working day, periodic paid holidays, and the promotion of suitable centres.

Case law found in 22/1981 is important in the evolution of the jurisprudence on elder law because it focused the debate in the arena of fundamental rights, finding that age cannot be treated as a factor of incapacity or inability. That would be an unconstitutional interpretation of the Code of Labour's institution of compulsory retirement. For the Court, forced retirement at a certain age could not be allowed to override the fundamental right of equality and non-discrimination based on age. The justification for compulsory retirement had to be legally rooted elsewhere – in the principle of proportionality, thus leaving older workers with the theoretical guarantee of the fundamental right not be discriminated against.

The evolution of age as a factor of discrimination has a second reference: the Constitutional Court decision of 2015. This decision found that prioritizing older workers in collective dismissals was constitutional, on the basis that it is reasonable for the firm to prefer to fire workers above 55 years of age because they are more expensive to train. This jurisprudence implies a race to the bottom in the erosion of protection for equality and non-discrimination for older workers.

The regulation of age and compulsory retirement as an element of employment policies has had an important impact in jurisprudence – not only at the EU level but also at the national level. The main approach for defending compulsory retirement has been inserted in the European Union Strategies and at the national level, linking this to efforts to configure employment policies to increase labour market opportunities for youth. These policies oriented to reducing youth unemployment have experienced an evolution in jurisprudence on age discrimination, as the Spanish case very clearly shows.

The earlier case 22/1981 of the Constitutional Court supported a reading of equality and non-discrimination that rendered unacceptable the assertion of incapacity to work at upon reaching a given age. The evolution of this jurisprudence has more recently resulting in rulings on proportionality of employment policies to dismiss older workers – because of assertions that this group finds it more difficult to adapt to new technologies and the process of training is claimed to be more expensive for these workers than for younger ones. The main reference of this jurisprudence is the case law.

The Spanish jurisprudence from the Constitutional Court and from the Supreme Court has ruled that collective bargaining is an appropriate instrument to regulate compulsory agreements to favour youth employment. The policy, based on the principle of proportionality, accepts the constitutionality of compulsory retirement when there is a connection between retirement and

the hiring policy for the younger worker and when the older worker could be a beneficiary of a retirement pension. More and more, the link between forced retirement and hiring has become quite flexible, as is clear in the second example of case law found in 66/2015 of the Constitutional Court.

This last example of case law is clearly a new point of reference for understanding equality and non-discrimination on the basis of age. Earlier jurisprudence connected compulsory retirement with employment policies for youth. This decision ruled that age is an acceptable criterion for selection of workers for collective dismissals, thus breaking the connection between older and younger workers which could be interpreted as a solidarity link across age differences. This judicial case involved in part the cost of labour, a point raised by the employer who argued that workers older than 55 years are costlier. This assertion inverted the theory of mutual sacrifices, claiming that employers have the right to fire the older workers because age imposes a cost on the firm. With this argument – which was not frontally challenged by the public defender (who simply asserted that the number of elder workers was too low to be consequential) – the assumption is that the decisive issue involves only costs for the employer rather than workers' fundamental rights.

In sum, the Spanish Constitutional Court ruled it to be constitutionally acceptable for firms to include age as a factor of priority for dismissal, without any obligation on the companies to hire new, young employees. The consequence is a reduction in the protection of fundamental rights. The shift in jurisprudence deconstructed the framework of the fundamental right of equality and non-discrimination on the basis of age, thus breaking the concept of mutual sacrifices and solidarity between generations. The new framework is based only on unemployment benefits and retirement pensions; it is a shift which essentially transposes costs from the private sector – that is, employers – to the social security system.

JONAS MALMBERG

ANSTÄLLNINGEN UNDER TVIST

1 Inledning

I sin doktorsavhandling undersökte Ann Numhauser-Henning regleringen av tidsbegränsade anställningar i anställningsskyddslagen.¹ Hennes analys av reglernas innebörd har med rätta fått beröm för sin klarhet och valet av avhandlingsämne visar en närmast clairvoyant förmåga att förutse den betydelse som tidsbegränsade anställningar skulle komma att få.²

Detta bidrag ägnas åt en annan del av anställningsskyddslagen, nämligen reglerna i 34 § och 35 § om anställningen under tvist. Reglerna har praktiskt betydelse för hur anställningsskyddet kan göras gällande i praktiken, men är inte i alla delar helt lättillgängliga. Det kan därför skäl finnas skäl att undersöka vad man kan lära av Arbetsdomstolens praxis om reglernas innebörd.

Bakgrunden till regleringen är i korthet följande. Om en tillsvidareanställd arbetstagare sägs upp, upphör anställningen vid uppsägningstidens utgång (4 § andra stycket anställningsskyddslagen). Före anställningsskyddslagens införande gällde detta även om tvist uppstått om uppsägningens giltighet enligt anställningsavtalet eller kollektivavtal. Eftersom en domstolsprövning kan dra ut på tiden, innebar detta att arbetstagaren kunde ha varit skild från anställningen under lång tid när domen meddelades. I de fall parterna tvistade innebar denna ordning att arbetsgivarens uppfattning gavs företräde. Detta ansågs vid införandet av anställningsskyddslagen utgöra en fara för anställningsskyddet, eftersom det "ligger i öppen dag" att det kan vara mycket svårt för en arbetstagare som redan lämnat arbetsplatsen att med stöd av en domstols dom, kanske långt senare, göra anspråk på att få komma tillbaka.³ Detta gällde särskilt om arbetsgivaren redan hade rekryterat en ersättare. För att komma till rätta med detta problem infördes i anställningsskyddslagen en regel om att anställningen, om det uppkommer tvist om en uppsägningens giltighet, som huvudregel inte upphör förrän tvisten slutligt har avgjorts (34 § andra stycket anställningsskyddslagen).

¹ Ann Henning, *Tidsbegränsad anställning* (1984).

² Kent Källström, SvJT 1986 s. 445 f.

³ Prop. 1973:129 s. 179.

2 Vid uppsägning består anställningen under tvist

Om det uppkommer en tvist om en uppsägnings giltighet, är alltså utgångspunkten att anställningen inte upphör till följd av uppsägningen förrän tvisten har slutligt avgjorts.

En första förutsättning för att anställningen ska bestå är att ”tvist om giltighet” uppkommer. Detta sker genom att arbetstagaren inom en kort tidsfrist underrättar arbetsgivaren om sin avsikt att yrka ogiltigförklaring av uppsägningen. Detta brukar, något oegentligt, beskrivas som att arbetstagaren ogiltigförklarar uppsägningen. Arbetstagaren behöver inte särskilt ange att anställningen ska bestå (AD 1976 nr 111). Arbetstagaren ska därefter inom viss tid väcka talan (om fristerna se 40 § anställningsskyddslagen).

Vidare är det en förutsättning för att anställningen ska bestå att det finns en pågående anställning som inte har upphört när tvisten uppkommer. Detta anses följa av att lagtexten anger att anställningen inte *upphör* om tvist beträffande uppsägnings giltighet uppkommer. En förutsättning för att bestämmelsen ska vara tillämplig är alltså att uppsägningstiden inte löpt ut – och anställningen därmed upphört – när tvisten uppkommer, dvs. när arbetstagaren underrättar arbetsgivaren om sin avsikt att yrka ogiltigförklaring av en uppsägning och därefter väcker talan (AD 2012 nr 56 och AD 1988 nr 120).

Enligt 34 § andra stycket upphör inte anställningen förrän tvisten har slutligt avgjorts. Tvisten kan avgöras t.ex. genom en dom som vinner laga kraft. Om domstolen avslår ett yrkande om ogiltigförklaring av uppsägningen, upphör anställningen när domen vinner laga kraft. Om yrkandet om ogiltigförklaring av uppsägningen bifalls, saknar uppsägningen rättsverkan och anställningen har inte till följd av denna upphört. Anställningen kommer därför att bestå efter domen, om den inte upphört eller upphör av annat skäl. En tingsrätts dom som överklagas vinner inte laga kraft, och anställningen består i sådana fall även under handläggningen i Arbetsdomstolen. Tingsrätten kan dock i domen förordna att anställningen ska upphöra i avvaktan på ett slutligt avgörande. Arbetsdomstolens domar kan inte överklagas och vinner omedelbart laga kraft. Tvisten kan också avgöras genom att parterna träffar en överenskommelse. Om arbetstagaren återkallar sitt yrkande om ogiltighet och t.ex. endast yrkar skadestånd, så upphör anställningen i samband med återkallelsen under förutsättning att uppsägningstiden har löpt ut (AD 1976 nr 128, jfr dock AD 1990 nr 25).

Om det uppkommer tvist om en uppsägnings giltighet, medför detta enligt bestämmelsen att anställningen *inte upphör till följd av uppsägningen*. Regeln

utesluter alltså inte att uppsägningen kan upphöra av annan orsak än uppsägningen, t.ex. därför att arbetstagaren under uppsägningstiden blir avskedad.

Regeln i 34 § andra stycket medför alltså normalt att anställningen består efter att uppsägningstiden löpt ut och fram till dess tvisten slutligt har avgjorts. Denna period kan kallas *förlängningstiden* (AD 1985 nr 55). Under förlängningstiden gäller reglerna 12–14 §§ om rätt till lön och andra förmåner under uppsägningstiden, och arbetsgivaren är enligt dessa i princip skylig att betala lön och andra ersättningar till arbetstagaren, under förutsättning att denne står till förfogande för arbete. I AD 1985 nr 55 fann Arbetsdomstolen att förbudet i 14 § första stycket semesterlagen att utan arbetstagarens samtycke lägga ut semesterledighet under uppsägningstiden även gäller under förlängningstiden. Detta gäller dock endast om den sammanlagda tiden inte överstiger sex månader.

Arbetsgivaren förutsätts under förlängningstiden erbjuda arbetstagaren arbete. Om arbetsgivaren inte gör det, kan detta agerandet utgöra en otillåten avstängning enligt 34 § anställningsskyddslagen som kan föranleda skyldighet att betala allmänt skadestånd. För det fall arbetsgivaren arbetsbefriar arbetstagaren med lön, utan att arbetstagaren ber att få arbeta, lär detta inte uppfattas som en avstängning utan som en överenskommelse om arbetsbefrielse. Om arbetsgivaren av skäl som inte hänför sig till arbetstagaren personligen, inte erbjuder några arbetsuppgifter lär detta inte uppfattas som en avstängning. Arbetstagaren har dock, oavsett den närmare innebörden av anställningsavtalet, i sådana fall rätt att behålla sin lön och andra anställningsförmåner (12 § och 34 § andra stycket), men kan genom avtal efterge den rätten sedan den aktualiserats.

För det fall arbetsgivaren inte betalar lön och andra förmåner under tvisten, trots att arbetstagaren eller dennes företrädare begär det, kan arbetsgivaren åläggas att betala allmänt skadestånd för detta lagbrott (AD 1982 nr 137).

Skulle domstolen vid sin slutliga prövning finna att uppsägningen var sakligt grundad, blir arbetstagaren likväl inte återbetalningsskyldig för de förmåner denne uppburit under förlängningstiden och kan till och med få domstolen att döma ut dessa förmåner om de inte har betalats.

2.1 Interimistiska beslut om anställningens upphörande

En arbetsgivare kan i en pågående rättegång begära att domstolen för tiden till dess målet är slutligt avgjort (interimistiskt) ska besluta att anställningen ska

upphöra vid uppsägningstidens slut eller vid den senare tidpunkt som domstolen bestämmer (34 § tredje stycket).

För att arbetsgivaren ska kunna framställa ett yrkande om interimistiskt beslut om att anställningen ska upphöra måste ett mål i huvudsaken ha inletts vid domstolen, antingen genom att arbetstagaren har väckt talan och begärt att uppsägningen ska ogiltigförklaras eller genom att arbetsgivaren har väckt talan och begärt att domstolen ska fastställa att uppsägningen är giltig. Yrkandet kan framställas när som helst under målet handläggning. Att ett sådant yrkande framställs under målets handläggning innebär inte en taleändring (AD 2008 nr 57).

Beslut enligt 34 § tredje stycket fattas utan huvudförhandling. Något utrymme för att hålla vittnesförhör finns inte. Däremot gäller förbudet mot vittnesattester i 35 kap 14 § rättegångsbalken inte vid prövningen (AD 1982 nr 28). En tingsrätts beslut enligt 34 § tredje stycket kan överklagas särskilt (och alltså inte bara i samband med dom, se 43 § anställningsskyddslagen). Om tingsrättens beslut överklagas, kan nya omständigheter eller nya bevis åberopas i Arbetsdomstolen (AD 1996 nr 88).

Ett interimistiskt beslut kan fattas när som helst under processens gång. Däremot kan det interimistiska beslutet inte gälla retroaktivt. Domstol kan inte förordna att en anställning ska upphöra från en tidpunkt som ligger tidigare än dagen för det interimistiska förordnandet (AD 1984 nr 7). Om domstolen efter att uppsägningstiden har löpt ut fattar ett interimistiskt beslut om att anställningen ska upphöra, kan beslutet gälla tidigast från tidpunkten för beslutet. En tingsrätt kan i sin slutliga dom, på yrkande av part, förordna att anställningen ska upphöra för tiden intill det slutliga avgörandet. Ett sådant förordnande bör lämpligen ha formen av ett beslut enligt 34 § tredje stycket anställningsskyddslagen, och inte ett förordnande om att domslutet ska gälla utan hinder av att domen inte vunnit laga kraft.⁴

Om domstolen interimistiskt har beslutat att anställningen ska upphöra, behöver arbetsgivaren för tiden därefter inte längre betala lön eller andra förmåner till arbetstagaren. Arbetstagaren behöver inte heller stå till arbetsgivarens förfogande. Om den slutliga domen innebär att uppsägningen ogiltigförklaras, har arbetstagaren rätt till den lön och de förmåner som han eller hon har förlorat under tiden som det interimistiska beslutet var gällande samt att tillgodoräkna sig den tid som han eller hon borde ha varit anställd som anställningstid. Från lönen ska avräkning göras med de arbetsinkomster arbetstagaren haft under förlängningsperioden (jfr 13 § och AD 1983 nr 29).

⁴ Jfr SOU 2012:62 s. 117.

I 13 §, till vilken 34 § andra stycket hänvisar, anges att arbetsgivaren också har rätt att avräkna inkomster som arbetstagaren under denna tid uppenbarligen kunde ha förvärvat i annan godtagbar anställning. Bestämmelsen förutsätter att arbetsgivaren har förklarat att arbetstagaren inte behöver stå till förfogande. I förarbetena framhålls dock att den sistnämnda regeln inte ska tillämpas i en situation när arbetsgivaren i strid mot 34 § avstänger arbetstagaren från arbete. Vidare sägs att det ligger i sakens natur att det inte kan krävas av arbetstagaren att han skaffar sig ett annat arbete under den tid tvisten pågår (prop. 1973:129 s. 278. Se även AD 1976 nr 128 och AD 1981 nr 131.).

2.2 Ramen för den interimistiska prövningen

Synen på vad som kan innefattas i en prövning av ett yrkande enligt 34 § tredje stycket om att anställningen ska upphöra har utvecklats över tid i Arbetsdomstolens praxis (se AD 2013 nr 73. Jfr t.ex. AD 1977 nr 200, AD 1983 nr 74, AD 1981 nr 131, AD 1990 nr 74 och AD 2008 nr 57). Numera följer av fast praxis att en prövning enligt 34 § tredje stycket i princip är begränsad till frågan om det föreligger saklig grund för uppsägning. Andra frågor av betydelse för om ett anställningsförhållande föreligger eller inte, om lagen är tillämplig eller inte eller om det skett en uppsägning från arbetsgivarens sida eller inte omfattas inte av det som kan bli föremål för interimistisk prövning enligt bestämmelsen. Det kan alltså finnas en rad tvistefrågor som vid prövningen på det interimistiska stadiet kommer att kvarstå obesvarade, såsom huruvida anställning föreligger, om uppsägning skett av arbetsgivaren etc.

Ett undantag är att frågan om arbetstagarens talan om ogiltigförklaring enligt anställningsskyddslagen är preskriberad kan prövas enligt 34 § tredje stycket (AD 2015 nr 34 och AD 1988 nr 120). Om det visar sig vara mer eller mindre klart att en ogiltighetstalan är preskriberad, ska ett yrkande om anställningens upphörande bifallas (AD 2008 nr 57, AD 2002 nr 64 och AD 2005 nr 65).

I övrigt ska andra frågor än om saklig grund för uppsägning föreligger inte prövas. Således har någon sådan prövning inte skett ifråga

- om ett anställningsförhållande förelegat eller inte (AD 1998 nr 1),
- om anställningsskyddslagen var tillämplig på en vd (AD 2010 nr 83, jfr AD 2011 nr 9),
- om ett anställningsförhållande gällt tills vidare eller för viss tid (AD 1998 nr 152),
- om arbetstagaren förmåtts att säga upp sig genom s.k. provocerad uppsägning (AD 2013 nr 73 och AD 2000 nr 90),
- om en arbetstagare blivit uppsagd vid viss påstådd tidpunkt och

– om anställning upphört på annan grund än genom uppsägning (jfr AD 1990 nr 74 och AD 1998 nr 34).

Om någon av de nyss nämnda frågorna är tvistig, är det oklart om anställningen över huvud taget består enligt 34 § andra stycket anställningsskyddslagen. Ett påstående om att en anställning har upphört till följd av någon av de nyss nämnda omständigheterna kan alltså inte bli föremål för interimistiskt beslut enligt 34 § tredje stycket anställningsskyddslagen. Ett yrkande om ett en domstol enligt 34 § tredje stycket anställningsskyddslagen ska förordna att anställningen ska upphöra t.ex. därför att arbetstagaren sagt upp sig själv ska alltså avslås.

Det måste dock understrykas att ett sådant avslag inte innebär något ställningstagande till om anställningen ska bestå under tvisten. Det innebär endast att domstolen inte tagit ställning till frågan. Det betyder i sin tur att en arbetsgivare själv måste bedöma om denne ska uppfylla de skyldigheter som kan följa av 34 § andra stycket anställningsskyddslagen eller inte.

Frågan om anställningens bestånd under tiden för tvisten kommer i stället att avgöras när målet slutligt avgörs och domstolen tar ställning till den tvistiga frågan. Om det då t.ex. skulle visa sig att arbetstagaren inte blivit uppsagd utan att anställningen har upphört av andra skäl, har inte 34 § andra stycket varit tillämplig. Anställningen har i så fall inte bestått under tvisten och arbetstagaren har heller inte rätt till lön under perioden (AD 2013 nr 73). Om, å andra sidan, den slutliga prövningen innebär att t.ex. arbetstagaren inte sagt upp sig själv utan att denne blivit uppsagd, ska regeln i 34 § andra stycket tillämpas och anställningen har därför bestått fram till det slutliga avgörandet med rätt till lön för arbetstagaren, som också kan få allmänt skadestånd för att arbetsgivaren inte följt regeln. Detta gäller även om arbetsgivaren som en alternativ grund åberopar att det förelegat saklig grund för uppsägning och denna grund vinner bifall. Anställningen upphör då när domen vinner laga kraft (eller om tingsrätten interimistiskt förordnar att anställningen ska upphöra).

Situationen kan bli en annan om arbetstagaren i en tvist gör gällande att en uppsägning är ogiltig och arbetsgivaren invänder i första hand t.ex. att något anställningsförhållande inte förelegat och i andra hand att det i vart fall förelegat saklig grund för uppsägning. I en sådan situation kan arbetsgivaren begära interimistiskt förordnande med stöd av 34 § tredje stycket anställningsskyddslagen av den senare frågan. Domstolens prövning kommer då att vara begränsad till frågan om saklig grund förelegat (AD 2000 nr 90. Jfr AD 1998 nr 152 och AD 1981 nr 131). Om det är tillräckligt säkert att saklig grund för uppsägning föreligger, ska domstolen förordna att anställningen ska upphöra

tidigast vid uppsägningstidens utgång. Om domstolen i den slutliga domen kommer fram till att ett anställningsförhållande förelegat men att det fanns saklig grund för uppsägning, har arbetstagaren till följd av domstolens interimistiska beslut inte rätt lön under förlängningstiden. Antag att domstolen i stället avslår yrkandet om interimistiskt förordnande och i den slutliga domen kommer fram till att ett anställningsförhållande förelegat men att det fanns saklig grund för uppsägning. I ett sådant fall har arbetstagaren rätt lön under förlängningstiden. Om domstolen kommer fram till att det inte funnits någon anställning, har arbetstagaren förstås inte rätt till lön.

Rättsverkningarna av interimistiska beslut kan illustreras ytterligare av följande två rättsfall.

I AD 1983 nr 29 hade följande inträffat. En uppsagd arbetstagare väckte talan vid tingsrätten. Tingsrätten fattade ett interimistiskt beslut om att anställningen skulle upphöra. I sin efterföljande dom fann tingsrätten att saklig grund inte förelåg och upphävde det interimistiska beslutet. Efter att domen överklagats förordnade Arbetsdomstolen i ett interimistiskt beslut att anställningen skulle upphöra viss angiven dag. I sin slutliga dom ansåg Arbetsdomstolen att saklig grund förelåg. I detta läge ansågs arbetstagaren ha rätt till lön för tiden fram till tingsrättens interimistiska beslut samt för tiden mellan tingsrättens dom och Arbetsdomstolens interimistiska beslut. Däremot hade arbetstagaren inte rätt till lön för tiden mellan tingsrättens interimistiska beslut och tingsrättens dom.

I AD 1994 nr 82 hade en tingsrätt interimistiskt förordnat att anställningen skulle upphöra en viss dag. Beslutet överklagades till Arbetsdomstolen som upphävde beslutet. Eftersom Arbetsdomstolen hade upphävt tingsrättens interimistiska beslut och beslutet därmed inte gällde, ansågs arbetstagaren vara berättigad till lön även för tiden mellan tingsrättens interimistiska beslut och Arbetsdomstolens beslut (trots att uppsägningen i den slutliga domen ansågs sakligt grundad).

2.3 Förutsättningarna för att meddela beslut enligt 34 § tredje stycket

För att domstolen enligt 34 § tredje stycket ska fatta ett interimistiskt beslut om att anställningen ska upphöra krävs att det är mer eller mindre uppenbart att uppsägningen är sakligt grundad. Arbetsgivaren har bevisbördan för att så är fallet. Om ett interimistiskt beslut begärs tidigt under processen, är det naturligt att det underlag som domstolen har för att fatta det interimistiska beslutet är bristfälligt. I förarbetena och i Arbetsdomstolens praxis har det särskilt poängterats att domstolen, om frågan framstår som tveksam, inte ska

meddela ett beslut om att anställningen ska upphöra innan tvisten har prövats slutligt.

I många fall är frågan om saklig grund förelegat beroende av bevisningen om vad som förevarit. Är bevisningen motstridig saknas normalt förutsättningar att interimistiskt förordna att anställningen ska upphöra (t.ex. AD 1996 nr 76).

Bestämmelsen är i princip tillämplig på uppsägningar som sker såväl av personliga skäl som på grund av arbetsbrist (AD 1977 nr 64). Vid uppsägningar som sker på grund av arbetsbrist får dock prövningen av om uppsägningen är sakligt grundad en annan inriktning. Detta sammanhänger med att arbetsbrist normalt utgör saklig grund för uppsägning. Det är ytterst arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra t.ex. en inskränkning eller omorganisation av verksamheten som får bli avgörande för frågan om arbetsbrist ska anses föreligga. Detta innebär att en domstol normalt inte har att gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i en av arbetsgivaren beslutad personalinskränkning.⁵ Situationen är emellertid en annan om arbetsgivaren visserligen har angett arbetsbrist som grund för uppsägningen, men i själva verket haft andra skäl för denna, s.k. fingerad arbetsbrist. I ett sådant fall har domstolen att pröva tillåtligheten av uppsägningen utifrån den verkliga grunden. Av rättspraxis framgår dock att om arbetsbrist faktiskt föreligger, dvs. om arbetsgivaren av verksamhetsskäl har minskat antalet anställda, saknar det betydelse om arbetsgivaren även ansett att anställningen borde avslutas av skäl som är att hänföra till arbetstagaren personligen (se t.ex. AD 2012 nr 11 och AD 2000 nr 31). Om utredning i målet är sådan att det framstår som mer eller mindre uppenbart att arbetsgivaren genomfört en verksamförändring som medfört att arbetstagaren sagts upp utan att ersättas av annan anställd och det funnits verksamhetsanknutna skäl för åtgärden, föreligger i princip saklig grund för uppsägning, även om det framkommer omständigheter som pekar på arbetsgivaren även ansett att anställningen bör avslutas av skäl som hänförs till arbetstagaren personligen.

För att saklig grund för uppsägning ska föreligga krävs dock också att det inte funnits annat ledigt arbete hos arbetsgivaren, vilket skäligen borde ha erbjudits arbetstagaren. Denna omplaceringsskyldighet gäller både vid uppsägningar av personliga skäl och vid arbetsbristsuppsägningar. Arbetsgivarsidan har i princip bevisbördan för att denna uppfyllt sin omplaceringsskyldighet. Vilket krav som ställs på arbetsgivarens utredning är dock beroende av vilka

⁵ Se prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65.

omständigheter som arbetstagarsidan åberopat, t.ex. om arbetstagarsidan framhållit vissa konkreta arbeten som arbetstagaren borde ha erbjudits eller om arbetstagarsidan bara i allmänna ordalag framhållit att det borde ha gått att omplacera arbetstagaren.

3 Vid avskedande upphör anställningen under tvist

Genom ett avskedande kan arbetsgivaren avsluta en anställning utan att iakttå någon uppsägningstid. En arbetsgivare får avskeda en arbetstagare om denne grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren (18 § anställningsskyddslagen). Om arbetstagaren har blivit avskedad under omständigheter som inte ens skulle ha räckt till för en giltig uppsägning, ska avskedandet förklaras ogiltigt på yrkande av arbetstagaren (35 § första stycket).

Vid avskedande upphör anställningen omedelbart (4 § fjärde stycket). Om det uppstår tvist om ett avskedande är ogiltigt, är utgångspunkten anställningen inte består under tvisten. På yrkande av arbetstagarsidan kan dock domstol besluta att anställningen trots avskedandet ska bestå tills tvisten har slutligt avgjorts. Utgångspunkten är alltså den motsatta mot vad som gäller vid uppsägning.

Om ett yrkande om interimistiskt förordnande avslås eller inte framställs, gäller i korthet följande. Om domstol i dom ogiltigförklarar avskedandet, har arbetstagaren rätt till lön och andra anställningsförmåner från avskedandet till domen (med avräkning för vad denne faktiskt tjänat på annat håll). Om domstolen avslår yrkandet om ogiltigförklaring, har anställningsförhållandet uppfört redan genom avskedandet.

Den rättsliga verkan av att domstolen beslutar att anställningen trots avskedandet ska bestå till dess tvisten har blivit slutligt avgjord är i första hand att arbetstagaren har rätt till lön och andra förmåner enligt 12–14 §§ så länge anställningen består. Rättsverkningarna av ett sådant beslut lär vara desamma som när anställningen består efter uppsägningstidens utgång enligt 34 § andra stycket (se ovan).

Prövningen vid interimistiska beslut om att anställningen ska bestå enligt 35 § andra stycket är i princip begränsad till frågan om avskedandet skett under omständigheter som inte ens skulle ha räckt till för en giltig uppsägning, dvs. om det förelegat åtminstone saklig grund för uppsägning. Således har Arbetsdomstolen i AD 1991 nr 75 ansett att ett interimistiskt beslut enligt 35 § andra stycket anställningsskyddslagen inte kan meddelas i frågan om det förelegat ett anställningsförhållande mellan parterna den dag det påstås att ett

avskedande har ägt rum. Samma sak gäller om det är tvistigt om en arbetstagare blivit avskedad eller om anställningen upphört på grund av en överenskommelse (AD 1998 nr 34). Domstolen har gjort samma bedömning i fall där det är tvistigt om anställningsskyddslagen är tillämplig på en viss arbetstagare. Domstolen framhöll dock att en prövning enligt den 35 § andra stycket ändå ska göras om domstolen finner att invändningen om att lagen inte är tillämplig är uppenbart ogrundad (AD 2011 nr 9).

I AD 2012 nr 37 hade en arbetsgivare hävt ett anställningsavtal och åberopat avtalslagens ogiltighetsregler. Arbetstagaren ansåg sig ha blivit avskedad och yrkade att detta avskedande skulle ogiltigförklaras. Han yrkade även att domstolen enligt 35 § anställningsskyddslagen skulle förordna att anställningen bestod. Arbetsdomstolen framhöll att frågan om en arbetsgivare haft rätt att häva ett anställningsavtal enligt avtalslagen, väsentligen ska bedömas på samma sätt som frågan om arbetsgivaren haft rätt att avskeda arbetstagaren enligt anställningsskyddslagen och att om utgången av domstolens prövning blir att arbetstagaren skiljts från anställningen utan att ens saklig grund för uppsägning föreläggat, anses arbetstagaren avskedad utan laga skäl på sätt som avses i anställningsskyddslagen. Domstolen ansåg därför att arbetstagarens yrkande om interimistiskt förordnande enligt 35 § andra stycket anställningsskyddslagen kunde prövas, trots att arbetsgivaren hävt anställningsavtalet och i första hand åberopat avtalslagens ogiltighetsregler.

Vid en prövning enligt 35 § andra stycket behöver domstolen inte ta ställning till om laga skäl för avskedande föreläggat, utan det är tillräckligt att det fanns saklig grund för uppsägning (AD 1981 nr 20). Domstolen har att på det föreliggande materialet göra en förhandsprövning i frågan om det har föreläggat saklig grund för uppsägning. För ett interimistiskt beslut om anställningen ska bestå under tvisten krävs, enligt förarbetena och rättspraxis, att domstolen på det föreliggande materialet finner att övervägande skäl talar för att omständigheterna varit sådana att saklig grund för uppsägning inte föreläggat. Resultatet blir detsamma om utredningen inte kan anses ge något försteg för endera parten (se AD 2004 nr 109. Se även AD 2009 nr 59. Jfr AD 1996 nr 88 och AD 1977 nr 197).⁶ Det brukar också framhållas att bedömningen bör göras med utgångspunkt i att det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att det har föreläggat saklig grund för uppsägning.

Av det sagda följer att ett yrkande om att anställningen ska bestå ska bifallas om de omständigheter för avskedandet som arbetsgivaren anför inte utgör

⁶ Se även prop. 1973:129 s. 280.

saklig grund för uppsägning, ens om de skulle vara bevisade. Ett exempel från rättspraxis är AD 2009 nr 59 där staten avskedat en tingsnotarie som dömts till villkorlig dom och dagsböter för en misshandel som begåtts ett knappt år före anställningen.

Om däremot domstolen bedömer att redan de omständigheter arbetstagarsidan vitsordat eller inte ifrågasätter, utgör saklig grund för uppsägning ska det intermistiska yrkandet avslås.

Hur frågan ska bedömas om de avgörande momenten är tvistiga belyses i AD 2004 nr 109.

En arbetstagare hade avskedats för en händelse där han under en ordväxling och ett handgemäng med en arbetskamrat tagit en kniv i handen. Arbetsgivaren gjorde gällande att arbetstagaren hotat arbetskamraten medan arbetstagaren bestred att något hot förekommit. Domstolen konstaterade att om arbetsgivarsidan kunde styrka sin version av händelseförloppet så förelåg saklig grund för uppsägning. Vid beslutet bestod utredningen i målet av parternas uppgifter om vad vissa vittnen skulle berätta. Arbetsdomstolen fann på grundval av den utredning som förelåg vid beslutet att övervägande skäl inte talade för att avskedandet hade vidtagits utan att det förelegat ens saklig grund för en uppsägning.

4 Prövning enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken

De tvistefrågor som inte kan bli föremål för prövning enligt 34 § tredje stycket respektive 35 § andra stycket kan i princip i stället prövas genom interimistiskt beslut enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken. Enligt den bestämmelsen får en domstol förordna om lämplig åtgärd för att säkerställa sökandens rätt, om denne visar sannolika skäl för att han eller hon har ett anspråk mot någon annan, som är eller kan antas bli föremål för rättegång eller prövning i annan liknande ordning, och det skäligen kan befaras att motparten genom att utöva viss verksamhet eller företa eller underlåta viss handling eller på annat sätt hindrar eller försvårar utövningen av sökandens rätt. Den som ansöker om en säkerhetsåtgärd enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken ska ställa säkerhet för skada som kan tillfogas motparten (15 kap. 6 § rättegångsbalken).

I AD 1990 nr 50 gjorde Arbetsdomstolen med stöd av 15 kap. 3 § rättegångsbalken en preliminär bedömning av frågan om anställningsskyddslagen var tillämplig för en person som genom ett av honom ägt aktiebolag hade utfört arbete som copywriter åt ett företag i reklambranschen. Mot bakgrund av uttalanden i förarbetena till 15 kap. 3 § rättegångsbalken uttalade domstolen att det vid denna bedömning krävs alldeles övervägande skäl för att det

föreligger ett anställningsförhållande för att domstolen genom ett interimistiskt förordnande ska kunna föregripa den slutliga prövningen av frågan.

Eftersom rättsverkningarna av ett beslut enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken är andra än enligt 34 § tredje stycket och 35 § andra stycket anställningsskyddslagen – bl.a. i fråga om ersättningsskyldighet för skada – görs en prövning enligt rättegångsbalkens regler bara efter uttrycklig begäran av part (AD 2011 nr 9 och AD 1991 nr 75). Vidare har det ansetts att en prövning bara komma till stånd på yrkande av käranden, eftersom 15 kap. 3 § rättegångsbalken rör åtgärder för att säkerställa ”sökandens rätt” (AD 2010 nr 83). Om arbetstagersidan väckt talan om ogiltigförklaring av en uppsägning, kan arbetsgivarsidan inte i detta mål yrka att domstolen ska förordna att anställningen ska upphöra enligt 15 kap. 3 § rättegångsbalken. Som redan nämnts kan dock arbetsgivaren väcka en fastställelse talan om att en anställning har upphört.

TITTI MATTSSON

EHEALTH, THE AGEING POPULATION AND THE LAW

1 Introduction

At the time that Ronald Reagan became president of the US in the 1980s, there was much discussion about whether he, having reached the age of 70 years, was too old to govern a country. Today the situation is quite different. The final candidates in the most recent US election campaign were around 70 years old. Advanced age no longer seems to be a problem in politics. We can see a similar development in other areas, such as sports. For example, an 87-year-old woman ran the Stockholm Marathon last year, and the oldest marathon runner in the world was 103 years old when he stopped running a few years ago.¹ Thus, it seems that the age when one is 'too old' for various activities or positions is increasingly being challenged.

One reason for this change of behaviour and attitude, of course, is that in many parts of the world we keep ourselves active and in relatively good health even as we get older; we are also living longer. One of the major achievements of the previous century was a dramatic increase in life expectancy in many parts of the world. Because of rising living standards, better working conditions and significant medical advances, the average age has increased and is expected to continue to do so. Obviously, this development brings many benefits to the individual and to society as a whole.

However, our ageing society also poses several challenges. The changing demographic structure in many parts of the world is expected to have substantial social and economic consequences as well. The increased life expectancy, combined with declining birth rates, is estimated to be a major economic, social and political challenge in the coming decades.² To meet these challenges, there is a need to find a variety of societal solutions. Many countries and institutions are trying to deal with the situation in different ways. For example, in Europe 2020 – the European Union's ten-year jobs-and-growth strategy, there is a strong emphasis on the need for 'active ageing' policies by

¹ <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-15330421>, retrieved 2 July 2016.

² K Scott, 'Demographic developments and economic challenges in an ageing Europe' in A Numhauser-Henning (ed.), *Evolving European Perspectives on Elder Law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming).

involving older people so they may contribute in different ways both within and outside the labour market.³ The idea is that older people need to stay active as workers, consumers, carers, volunteers and citizens, longer than they have ever done before.

The law plays a key role in achieving such change. As a consequence of this general need for further legal development in areas related to the demographic situation and the specific need for an integrated research platform for legal issues related to older people, in 2012 Professor Ann Numhauser-Henning initiated the Norma Elder Law Research Environment at the Faculty of Law in Lund.⁴ In this interdisciplinary research environment, different aspects of the legal conditions of ageing, on a national as well as an international level, have been studied very successfully since the start.⁵ Elder law is truly multifaceted and cover many areas of the law. One such area deals with the labour market, including age discrimination, compulsory retirement, workplace-related issues and pension and social security benefits related to work. Professor Ann Numhauser-Henning has made major contributions within this area, particularly within the areas of age discrimination and compulsory retirement on an EU level.⁶

Another central legal area for elder law deals with issues related to good healthcare and social support to ageing populations. Access to available healthcare is an important issue for older persons. Their consumption makes up a large part of total national healthcare production. As a consequence of larger populations of persons above 65 years of age, European societies are facing considerable and mounting pressure on their healthcare systems in the near future. Even though it is probable that most people will live not only longer but also in better health, it is also expected that falling mortality will be accompanied by an increase in morbidity and disability.⁷ So, at the same time that the general health situation for the population may continue to improve, different causes of morbidity and disability may become more common, demanding increasing efforts from the healthcare sector. For example, it is expected that the EU population will have much higher levels than today in

³ http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm, retrieved 30 June 2016.

⁴ The research has been funded by Ragnar Söderberg's Foundation and The Marianne and Marcus Wallenberg Foundation.

⁵ See further www.jur.lu.se/elderlaw.

⁶ See for example a selection of her publications at the Elder Law website, <http://www.law.lu.se/#elderlaw-publications>.

⁷ European Commission, 'The 2015 Ageing Report European Economy, Economic and Budgetary Projections for the 28 EU Member States (2013–2060)' *European Economy* 3 (2015), 118–119.

terms of disabling conditions such as dementia and musculoskeletal diseases.⁸ In Sweden, 16 000 persons suffer from dementia and this number is expected to become three times higher by 2050.⁹

In addition, it is a time of major changes in the healthcare sector due to the worldwide development of eHealth – considered to be the largest change in healthcare since the New Public Management wave between 1980 and 2000.¹⁰ The legal application of eHealth involves many different areas of the law. Within healthcare alone, the application may comprise various legal issues involving health data, administrative routines, commercial products or direct health services. However, eHealth also raises a range of more general legal issues, such as state obligations and duties of providing healthcare in relation to the individual's personal responsibility for his or her own health, and the relationship between the public and the private sector in terms of providing public services. But what is eHealth, and how is it relevant for elder law? In this contribution, I will map out some areas that concern eHealth, with particular focus on the ageing population. I will then give a couple of examples of how eHealth is being integrated in central developments in healthcare legislation and organization by briefly discussing the new EU data protection directive and some recent national efforts in Sweden to adjust to future healthcare scenarios. First, however, I offer a short description of eHealth and what it means.

2 Definition and background

'What is eHealth?' was a central question for 12 researchers from different disciplines that gathered at the Pufendorf Institute at Lund University from October 2015 to May 2016.¹¹ During this period, the group met once a week for internal seminars, seminars with invited guests, workshops and visits to eHealth research groups around Europe. Issues such as eHealth techniques and systems, law and regulation, equality and vulnerability, technological security, ethics, the work environment of health professionals and patient safety were highlighted. The introduction of smartphones, apps and cloud

⁸ Ibid.

⁹ <http://www.dn.se/nyheter/vetenskap/social-robot-ska-upptacka-demens-tidigare/>, retrieved 6 July 2016.

¹⁰ G Erlingsdóttir and H Sandberg, 'eHealth for better for worse in sickness and in health' in G Erlingsdóttir and H Sandberg (eds), *eHealth Opportunities and Challenges. A White Paper* (Lund, Pufendorf Institute for Advanced Studies, 2016) 4.

¹¹ See <http://www.pi.lu.se> for further information about the Pufendorf Institute.

services has completely changed the way technical systems are created and developed. In the healthcare sector, for example, we are facing a change in the entire diagnostics sector: many previously complicated procedures carried out by health professionals will soon be simple in-home tests.¹² The changes have implications for the whole healthcare market, where we see major initiatives from the private sector in the development of different types of eHealth solutions. Whereas the healthcare sector was previously closed to these development, the system is now being flooded with apps and different types of medical information systems which can be CE-marked as medical devices.

The following definition of eHealth by Eysenbach has been used by the group:

... an emerging field in the intersection of medical informatics, public health and business, referring to health services and information delivered or enhanced through the Internet and related technologies. In a broader sense, the term characterizes not only a technological development, but also a state-of-mind, a way of thinking, an attitude, and a commitment for networked, global thinking, to improve health care locally, regionally, and worldwide by using information and communication technology.¹³

The definition implies a connection between the local and the global – a notion that fits well with healthcare sector development as a whole. Even though eHealth to a large extent is a global concern, the local situation is the main platform for development and change. In Sweden, goal-oriented healthcare legislation, the organization of 20 autonomous county councils or regions and the high levels of Internet use among Swedish citizens create certain conditions that must be taken into account when discussing the country's eHealth development. eHealth first appeared as a concept in national policy-making in Sweden in 2010, when the Swedish National Board of Health and Welfare (Socialstyrelsen) published the strategy document 'National eHealth – the strategy for accessible and secure information in health and social services'.¹⁴ What marked the change in this document was the idea that IT systems are no longer something that should be developed as a separate entity of society;

¹² M Stridh, 'eHealth and the digital reinvention of healthcare' in G Erlingsdóttir and H Sandberg (eds), *eHealth Opportunities and Challenges. A White Paper* (Lund, Pufendorf Institute for Advanced Studies, 2016) 63.

¹³ G Eysenbach, 'What is e-health?'(2001) *JIMIR* 2001;3(2):e20, 1.

¹⁴ S2010.020.

instead they should be integrated in government activities and thus have the aim of benefitting and being used by the citizens in areas such as healthcare and social services.¹⁵

In 2016, the government adopted a new eHealth vision for healthcare and social services, which assumes that within 10 years Sweden will be a world leader in digitalization in these areas.¹⁶ According to this plan, the Swedish Association of Local Authorities and Regions (SKL) has a primary role in finding ways to get county councils and municipalities to organize, plan and develop in order to achieve the digitalization of public services within their communities. Thus, eHealth development is intended mainly to take place locally. The state's responsibility is primarily limited to legislation, supervision, equal distribution and allocation of resources.

With this in mind, I will now turn to the issue of the role of the law in eHealth development, and I will devote a few words to health and health law before discussing the connection between health law and eHealth.

3 Health as a human right and a cross-border issue

From the perspective of human rights law, one main issue is ensuring sufficient accessibility and quality of eHealth services for whole the population. In this context, it is relevant to refer to what the global community has agreed upon when it comes to the right to health, as well as some legal regional commitments to which Sweden is bound. An important landmark in health and human rights is the recognition of 'the right to the highest attainable standard of health' in the preamble of the 1946 Constitution of WHO.¹⁷ Thereafter, several human rights documents containing specific provisions on 'the right to health' were adopted.¹⁸ In Europe, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, 1950) and the EU

¹⁵ G Erlingsdóttir & C Lindholm, 'eHealth – strategies and actors in the Swedish context' in G Erlingsdóttir and H Sandberg (eds), *eHealth Opportunities and Challenges. A White Paper* (Lund, Pufendorf Institute for Advanced Studies, 2016) 5.

¹⁶ Vision eHealth 2025, <http://skl.se/download/18.7a7fd41d15350083b40280f4/1457946791981/Vision+ehälsa+2025.pdf> retrieved 3 July, 2016.

¹⁷ B Toebes, M Hartlev, A Hendriks and J Rothmann (eds), *Health and Human Rights in Europe* (Cambridge, Intersentia, 2012).

¹⁸ Specifically, the Universal Declaration of Human Rights (1948), the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights (1966), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), the Convention on the Rights of the Child (1989) and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006).

Charter of Fundamental Rights (2000)¹⁹ are two treaties that have prompted more regional actions to guarantee the right to protection of health. According to these agreements, any eHealth development in Sweden must take into account basic human rights principles, such as availability, accessibility, acceptability and quality (AAAQ) well as legal security, integrity, proportionality and non-discrimination in relation to Swedish state healthcare activities as well as in other European countries.

The development of healthcare as an increasing concern for EU is also of relevance for eHealth in Sweden. Traditionally, a common characteristic for European healthcare systems has been healthcare as a territorial right. Nowadays the Treaty provides that Member States' responsibilities include health management and allocation of the resources assigned to them.²⁰ This means that each Member State must offer a universal right to healthcare for those residing within the territory of the state. For eHealth, a consequence of this is that the health sector is no longer based solely on national legislation and that European law and cross-border issues must be taken into account. This means, for example, that eHealthcare providers from other European countries must be treated according to the same conditions as Swedish providers of care in Sweden, as the EU regulation does not allow potential obstacles to the free movement of healthcare service providers.²¹

4 Some legal perspectives on eHealth

4.1 *Health and medical law*

Examining eHealth from a national legal perspective requires the inclusion of different areas of the law. A central field is of course health and medical law, which becomes relevant for eHealth issues such as law and medicine, the rights of patients, the rights of healthcare providers and regulation of the healthcare system. The public healthcare sector in Sweden is founded on a goal-oriented framework legislation with the principle of good health for everyone under equal conditions: the Health and Medical Services Act (1982:763). Although the legislation states a right for the individual to healthcare and hospital care,

¹⁹ In December 2009, with the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Charter became legally binding on the EU institutions and on national governments, just like the EU Treaties themselves.

²⁰ Article 168.7 TFEU, Treaty on the Functioning of the European Union.

²¹ See further T Mattsson, M Axmin, E Holm, 'Perspectives on Solidarity, Social Security, Healthcare and Medical Research' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law: Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming).

this right is rarely legally enforceable. In other words, the legislation is based on stipulating duties for healthcare providers and professionals, and does not offer individuals justiciable rights. This means that the implementation of new healthcare systems must rely on forces other than rights-based claims from the individual patients, or even from the national government. Instead, autonomous local healthcare providers become central actors in this development. Thus, the design of the legislation gives regional and local governments considerable freedom in determining how to organize healthcare in the area overall.²² Private care providers also have a relatively free market to enter because of the flexibility that the national regulation offers in many areas of the health/healthcare sector. In addition, because freedom of movement in the healthcare sector is integral for EU citizens, there are several key European Directives that facilitate the free movement of eHealth services.

This legal structure for Swedish healthcare seems to have both advantages and disadvantages for the eHealth development. The positive aspect is the possibility of flexibility and unique solutions to meet local needs. The drawback is a disunited eHealth development from a national point of view. So far, the national legislation body has had a fairly passive role in this development. Instead of legislating, the national government has mainly taken on the task of developing overall eHealth visions and strategies as well as initiating other actors on the national level to implement these visions and strategies with semi-legislative tools. Two such bodies in particular have a leading role in this work: Inera and the Swedish eHealth Agency.²³ Except for this national policy-making work, local governments and private healthcare providers have shaped much of the eHealth landscape and it seems that they will continue to do so.

Although the private healthcare sector traditionally has been very small in Sweden, it has grown considerably during the last two decades. eHealth development adds significantly to this growth, as much of these services are

²² A-S Lind, 'The Right to Health in Sweden' in C M Flood & A Gross (eds.), *The Right to Health at the Public/Private Divide. A Global Comparative Study* (Cambridge, Cambridge University Press, 2016) 51–78.

²³ See further G Erlingsdóttir & C Lindholm, 'eHealth – actors and strategies in the Swedish context' in G Erlingsdóttir and H Sandberg (eds), *eHealth Opportunities and Challenges. A White Paper* (Lund, Pufendorf Institute for Advanced Studies, 2016) 10–11. Inera is private limited company that is owned by the Swedish county councils and regions, and governed by a politically appointed board. The main mission of the company is to coordinate and provide eHealth civic services in accordance with the national strategy. The task of the Swedish eHealth Agency (eHälsomyndigheten) is to lead and coordinate government eHealth initiatives, for example by developing the healthcare platform HealthForMe (Hälsa för mig); see further <https://www.ehalsomyndigheten.se/other-languages/english/>, retrieved 6 July 2016.

provided by the private sector. There are pros and cons with such a development. One advantage, of course, is the likelihood of creating a broader market, and thus an increased possibility to get individually suited healthcare according to one's own wishes and needs. However, a problem with the increased diversity of healthcare providers, products and services in different parts of the country is the difficulty of achieving quality assurance on a national basis and the subsequent risk that the national healthcare system will not live up to the main legislative goals for the whole country – good health and healthcare on equal terms for everyone.²⁴

The ageing population may be a group that risks a negative outcome from this regional diversity and the increasingly private healthcare sector – at least if eHealth producers focus more on the 'average' patient when producing eHealth products than on the patient with special needs. For example, current eHealth devices often require computer skills that many older people do not have, such as appointment booking online, medical records online, virtual doctor's appointments/meetings, apps or activity wristbands. In addition, people with different impairments (visual, hearing, physical, cognitive and language) risk being excluded in the development of each healthcare region in Sweden if the market is not forced to create alternative options for people that are not part of the larger (and thus more profitable) 'average' population.²⁵ Thus, demographic changes demand increased efforts to integrate the ability to deal with diversity in eHealth systems from the very start. Unfortunately, current legislative tools for pushing developments in that direction seem rather weak.

4.2 Administrative law and other relevant areas of the law

Another area of the law relevant for eHealth is administrative law – regulations that govern the activities and decision-making of administrative units of governmental agencies, such as municipalities and county councils. Here, as well, eHealth-related legal matters may emerge and require attention in a variety of ways. For example, eHealth development gives rise to the question of how e-services development affects the ability of people and groups to access health services and participate in healthcare delivery. In general, public e-services development seems to fulfil the basic legal goals of Swedish adminis-

²⁴ The Health and Medical Services Act, Section 2.

²⁵ Compare C Magnusson, 'eHealth for everyone?' in G Erlingsdóttir and H Sandberg (eds), *eHealth Opportunities and Challenges. A White Paper* (Lund, Pufendorf Institute for Advanced Studies, 2016) 27.

trative law: *transparency*, *accessibility* and *responsiveness*.²⁶ In this context, transparency means exposure to public scrutiny; e-services must also be accessible to anyone at any time or place, and responsive to new ideas and demands. Transparency is supported by sharing information with individuals, such as advice, decision-making, case status and health documentation. Health services can also be made accessible around the clock over the Internet. Responsiveness is increased by ensuring that health services are able to provide individuals with immediate answers and actions.

These goals are supposed to be accomplished through easier communication. This type of communicating focuses on quick sharing with and response to individuals, with the government or other agency supplying information, applications, grounds for decisions and other individual or public documentation without the physical presence of persons. Large parts of eHealth concern data sharing between health professionals, patients, companies and local governments. In 2016, approximately half of the county councils and region in Sweden had begun offering electronic health record systems for patient access.²⁷ Inera, mentioned above, has the responsibility for the medical records, as well as other healthcare information for patients and citizens and databases for storing health data. This makes the Public Access to Information and Secrecy Act (2009:400) and the Freedom of the Press Act highly relevant from an administrative law point of view. However, this regulation has been considered incomplete, and therefore Inera – in my opinion controversially – has generated complimentary regulations concerning aspects such as patients' digital access to their medical records, and these regulations are currently being implemented in local electronic patient records systems in Sweden.

In addition to health law and administrative law, there is a wide range of other legal issues relevant to eHealth, including contract law, consumer law, employment law, and sometimes even criminal law. In addition, because eHealth is frequently used in collaboration between different care providers (with varying funding and responsibilities), legal issues involving rules on liability for goods and services are another area of concern. Finally, trade and

²⁶ T Mattsson, 'Socialtjänst och e-förvaltning. E-tjänster för äldre och personer med funktionshinder,' (2010) 3 *Förvaltningsrättslig tidskrift* 255–270; T Mattsson & V Persson, 'E-tjänster och juridik' in J Helfrich & A Helfrich, *Öppna sociala e-tjänster. Ett Vinnovaprojekts slutrapport* (2011) 67–74.

²⁷ C Lindholm & G Erlingsdóttir, 'eHealth and the medical profession' in G Erlingsdóttir and H Sandberg (eds), *eHealth Opportunities and Challenges. A White Paper* (Lund, Pufendorf Institute for Advanced Studies, 2016) 42.

competition law on both national and international levels is relevant, such as the implications of EU-level competition law.

Paradoxically, although many areas raise potentially thorny legal problems, eHealth is still a relatively unregulated field. The legal system is not adapting very speedily to the rapid changes being experienced in healthcare. This is especially noticeable from a privacy point of view. Healthcare is one of the most sensitive and information-intensive sectors in society, and there is a significant need for legal safety net that is adapted for the supply of personal health information at different levels and fast information transfer between different eHealth providers. For example, eHealth tools and techniques need to be designed so that products and services can provide acceptable levels of privacy. Such development is crucial for eHealth development in general.²⁸ The coming EU data protection regulation is a good example of the current need for safeguarding integrity and privacy issues, and this will be discussed below.

5 Future developments relevant for eHealth and older people

5.1 *The General Data Protection Regulation*

Given that eHealth deals to a large extent with the collection and sharing of patient data, it is important to examine how data protection and privacy laws affect healthcare practices. First, some parts of eHealth – such as electronic health records and healthcare ‘big data’ – expand the possibility of collecting, analysing and displaying registry data. During recent years, Swedish and European public authorities and entities have developed public platforms and infrastructures that provide access to large amounts of healthcare information, including data from clinical trials and patient information. In addition, other actors such as pharmaceutical companies, healthcare providers, laboratories and insurance companies have accumulated years of health data in medical databases and have digitized their patient records. Thus, there is a tremendous potential for research and quality assessment based on this vast amount of healthcare information that has been compiled as a result of eHealth. At the same time, unresolved integrity and privacy issues remain. One such issue is

²⁸ Privacy engineering is an emerging cross-disciplinary field within software and information systems, with the aim of delivering electronic systems with an acceptable level of privacy.

the collection and use of patient data from older persons with cognitive impairments, who do not have the capacity to consent to the use of their data.²⁹

However, the EU data protection legislation – notably the General Data Protection Regulation (GDPR), which from 2018 and onward will govern the data protection of EU citizens – aims to create stronger data protection laws for EU.³⁰ This strengthened data protection regulation is the outcome of several years of work to modernize European data protection regulation, a product from the 1990s that is considered outdated due to rapid technological development and the increasing amount of personal data that is in circulation in society. The new regulation aims to strengthen the right to protection of personal data under these new circumstances³¹, relying on the protection of the processing of personal data as a fundamental right laid down in the Treaty on the Functioning of the European Union (Article 16)³² and in the Charter of Fundamental Rights of the EU (Article 8).³³ The Data Protection Regulation contains (similar to the current Swedish Data Protection Act) a principle forbidding the processing of sensitive personal data (Article 9.1). For some of the exceptions to be applicable, regulatory support for such treatments must be expressed in European Union law or national law. The possibility for Sweden to derogate from the ban is expected to come into national law largely through sector-specific legislation, which in the case of health data at present is primarily regulated in the Patient Data Act.

The new data protection regulation will provide the basis for the general processing of personal data within the EU. This means that the Swedish Personal Data Act and other regulations in connection with this regulation must be repealed. In addition to the EU regulation, there is a need to develop national complementary regulation, both where this is required and where the regulation permits additional national rules on certain issues. In February

²⁹ See further T Mattsson, 'Collecting data for quality improvement and research in Swedish health care, and the individual patient's right and ability to protect their privacy' (2016) 2 *The Int. J. Technology Policy and Law*, 160–168.

³⁰ This regulation will replace directive 95/46/EC.

³¹ GDPR Article 1.

³² According to the article, everyone has the right to the protection of personal data concerning them, and EU rules shall stipulate conditions relating to the protection of individuals with regard to the processing of personal data by Union institutions, bodies, offices and agencies, and by the Member States when carrying out activities which fall within the scope of EU law, and the rules relating to the free movement of such data.

³³ The article states: 'Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.'

2016, the government appointed a national commission for the task of analysing the need for revisions of national legislation; this commission shall propose provisions on a general level that can complement the Data Protection Regulation.³⁴ It is clearly stated in the Government's directive for the national commission that the legislative proposals must have an appropriate balance between the protection of privacy and authorities', companies' and individuals' need to process personal data.³⁵

The commission's investigative task does not include analysing the data protection implications of the Regulation in sector-specific areas, such as the area related to health including the Patient Data Act. Thus, the question of the extent to which the EU regulation will be considered to collide with or affect the Patient Data Act is still open for discussion. As the EU regulation contains rules stipulating when personal data processing may take place in healthcare, the framework of Swedish legislative processes needs further investigation to determine the extent to which the rules of the Patient Data Act must be further adapted to the EU rules.

5.2 Efficient care

Swedish healthcare regulation is an increasingly topic of discussion in politics, foremost due to the increasing costs, the changing needs due to the ageing population and the entry of eHealth in all the healthcare sectors. One reflection of this is a government commission that has analysed how healthcare can become more efficient and effective.³⁶ According the report a long series of strategic measures are needed. One challenge is inefficient and fragmented care. As mentioned earlier, the Swedish healthcare system is characterized by a decentralized structure in which 21 counties and 290 municipalities are responsible for the country's healthcare. The state has only an overall responsibility for the system, involving tasks of standardization, supervision and financial contributions.

According to the report, Swedish healthcare has major structural problems.³⁷ The assessment is that Sweden is in a worse position than many other countries to meet the demographic challenges in the form of multi-morbidity among the growing ageing population. Specifically, the problem of so-called hospital-heavy systems is emphasized in the report. Too much care takes place in

³⁴ Dir. 2016:15 Dataskyddsförordningen. The assignment is to be completed by May 2017.

³⁵ Ibid 6.

³⁶ Efficient Care - Final Report of the National Coordinator for the efficient use of resources in health care, SOU 2016: 2, with Goran Stiernstedt as special investigator.

³⁷ SOU 2016:2 p 119.

hospitals; this more expensive than primary care and, compared with other Nordic countries, has low productivity. Other problems mentioned include extensive duplication of documentation and an excessive administrative burden caused by outdated IT-based patient data systems that involve a lot of manual work.³⁸

It is suggested in the report that primary care should take on a considerably larger burden of healthcare in Sweden and should be available to the population on a 24-hour basis. The report also proposes new legislation that requires local governments to carry out joint activities for older people with comprehensive needs, so that each individual receives coherent healthcare and social services. The proposal aims to create a legal framework for an activity that is more cohesive than it is today.³⁹ Thus, not surprisingly, this critical report on the current state of Swedish healthcare highlights regulation as a central tool for change and improvement to cope with the challenges inherent in supplying the whole population with good healthcare – including to the increasing number of older people and people with cognitive impairments in need of extensive health and medical care.

6 Final remarks

The delivery of healthcare as a public service is a major undertaking in any society. It requires the state to make many decisions on issues such as resource distribution and priority setting in different health areas. In addition, it requires countries to balance various public and private interests in the course of service provision, especially when a country has given private actors the task delivering some of these services. The rapid implementation of eHealth solutions in various healthcare sectors in Sweden reflects all these issues, and challenges traditional ways of thinking about distribution of resources, priorities, regulation and the role of the private sector in providing public services. It also puts extra pressure on the system, demanding transformation to adapt to the changing needs of the population. I have highlighted two legal documents emanating from such discussions, i.e. the coming EU data protection directive and the national healthcare report about future healthcare in Sweden.

³⁸ SOU 2016:2 p 240.

³⁹ The proposal mainly concerns changes in the Health and Medical Care Act, in addition to some changes in the Social Services Act and the Patient Data Act. The changes are proposed to come into effect in June 2018.

Based on the discussion above, it can be concluded that eHealth development encompasses a broad spectrum of legal topics – from the relevance of the right to health, its practical implications, and health policy and practice, to its relevance from a patient perspective. As a consequence, discussions about eHealth range from human rights issues to perspectives of implementation, content and enforceability, as new issues arise in the national eHealth care arena. It can also be concluded that the general trend of increasing private influence in the public healthcare sphere in many welfare states is also relevant for eHealth development. eHealth represents a typical example of an intermixed relationship between the public and the private in public services. Another highly relevant factor is the rapidly growing ageing population, which puts pressure on the healthcare system in general and the development of eHealth in particular. If the whole population is to be truly included, eHealth development must take into account the needs and abilities of the elderly. This may be a difficult task. For example, producing useable eHealth technology that also works well for older people and people with varying cognitive and physical abilities is challenging.

There are good reasons to argue for proactive strengthening of legal protection in this new area of e-services. The idea is that public law can further strengthen the vulnerable individual's position in times of change. The EU data protection directive and the national legislative discussions concerning new healthcare regulation discussed above reflect this need for stronger legislative awareness and proactive legislation efforts; assertive legislative initiatives are needed to ensure that the state can fulfil its obligations and guarantee citizens' right to public services such as healthcare. However, the need for increased government control through national standards in healthcare must be balanced with the need for local variations and requirements. This is a delicate and difficult task for future legislation-making, yet it is crucial for a successful outcome.

LESZEK MITRUS

THE RIGHT TO WORK PART-TIME?
SOME REMARKS ON THE DEVELOPMENT OF PART-
TIME EMPLOYMENT

1 Introduction

The scope of Professor Ann Numhauser-Henning's scientific and research interests is wide and involves diverse subjects related to labour law, social security law, as well as the problems of broadly defined labour markets. There is no doubt that the Professor is among the most eminent European specialists in the field. I consider the invitation to take part in her anniversary book an honour and a privilege. I would like to seize this opportunity and discuss one of those aspects of labour law whose importance is growing and which affects the labour market more and more: part-time employment.

For a worker, the most advantageous situation is definitely an open-ended, full-time employment contract. At the same time, a fixed-term or part-time employment is better than no professional activity at all. A part-time contract can be beneficial to both parties as long as it is performed on a voluntary basis. From the employee's point of view, it allows combining gainful employment with learning or parenting. It also can help unemployed persons in returning to the labour market. Older workers can benefit from a possibility to combine professional activity with longer periods of rest or with receiving retirement benefits. Nevertheless, this form of employment may also have unwanted results. The situation of workers employed part-time may be regulated less favourably. A part-time position may mean worse conditions of employment, for instance as regards pay rates, lower benefits connected with employment, and limited training opportunities or limited opportunities of promotion to a higher position. Lower wages also mean lower pension-fund contributions with the resulting lower pension benefits. There is also a risk of abuse by an employer.

The situation on the present-day labour market is fundamentally different from that prevailing several decades ago. Its characteristic feature is a far-reaching diversity of the legal situation of workers. What's important is that more and more numerous groups of people cannot count on stability of their

professional situation, which then translates into uncertainty in other areas of their lives. This provokes a question about the importance and perspectives of part-time employment. Is it a second-class employment taken up for lack of an alternative, or do we have a chance here for a harmonious combination of professional and private life?

2 Part-time employment on the labour market

Labour law is the effect of the nineteenth-century Industrial Revolution and the related productive activity on a mass scale. Work was done collectively on an assembly line, where tasks were divided into a number of simple and repeated actions performed by individual workers under the supervision of their superiors. Therefore, labour law regulations concentrated on employment in industry. Industrial society reached the height of its development after World War II. In the period of economic prosperity in Western Europe between 1950 and the beginning of the 1970s, most employees worked in the production sector. In that period, the 'model' employee was a man, the sole breadwinner in the family, employed full-time on an open-ended contract. The standard open-ended contract guaranteed employment stability, as well as full protection under labour law and social insurance. It was not infrequent that an individual worker's career started and ended at the same company or in the same branch of industry, where he worked from leaving school to retirement. Part-time employment was not popular and it was not of interest to specialists. Of course, a reduction of the working time by the parties was allowed as part of the freedom of contract. On the national level, however, there were no regulations directly protecting the interests of part-time workers. We should note here that women gradually took up more and more money-earning activities. Just after the war, such situations were often considered exceptional, but the proportion of women who were taking employment increased gradually and consistently.

Processes of dynamic changes in the sphere of labour were started in the 1970s. New technologies were introduced, which translated into the requirements of flexibility, inventiveness and ingenuity. Pursuing the same job over the whole span of one's professional career became definitely less frequent. What is important is that the structure of employment was undergoing rapid changes, as the importance of activity in the services sector was growing. This type of activity requires more flexibility than industrial production, since it is necessary to satisfy individual customer's needs. The

work of women has become something normal and obvious, which often necessitates combining a career with parenting. The oil crisis that started in 1973 and the deteriorating economic conditions exerted a significant influence on the reality of that time. Bankruptcies and group lay-offs were more frequent. Unemployment became an important element of the economic situation. The quest for ways to overcome these difficulties obviously affected the regulations concerning employment.

Desires to improve the situation on the labour market started a tendency to liberalize labour law and make it more flexible. Forms of employment different from the standard open-ended employment contract became one of the areas of interest. These employment contracts, even with a reduced scope of protection, can be an alternative to unemployment. This was how fixed-term and part-time employment contracts began to be perceived. In other words, the new approach meant not only a will to ensure stabilization of a particular job, but also to make it easier for workers to adjust to changing conditions on the labour market.¹ In contrast with the open-ended contract, part-time contracts and fixed-term contracts began to be perceived as atypical employment. At the same time, the situation of part-time workers could be less favourable than that of 'standard' employees. For example, there were situations where workers employed below a certain time limit (e.g. less than 1/3 of the standard working time) were deprived of some employee rights, such as the right to minimum wage, the minimum amount of paid annual leave or participation in workers' representative bodies. In specialist literature it was noted that 'it was precisely the discrimination between full-time and part-time workers that explained the expansion of part-time work during the 1970s'.²

In other words, just like fixed-term employment, part-time employment gained popularity as a departure from the 'standard' contract of employment which had been the central category of labour law in the post-war period, and which fully corresponded with the needs of productive activity. Now, in the second decade of the second millennium, the situation in the labour market is much more complex. Most new jobs are not generated by large-scale employers, but by small and medium-sized enterprises, and work in the services sector is more and more important. Besides the employment contract,

¹ More in: B Veneziani, 'The Employment Relationship' in B Hepple and B Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945 – 2004* (Oxford and Portland, Oregon 2009) 114 ff.

² See A O Avilles and J García Vina, 'Regulation of the Labour Market' in Hepple and Veneziani, *The Transformation of Labour Law...* 75. The authors also describe the development of part-time employment in certain countries (74–75).

so called self-employment has become popular, and in those central European countries that belong to the European Union there are popular long-term civil-law contracts whose actual purpose is often the evasion of labour-law protection. In practice, there is a deep segmentation of the labour market. Besides workers employed on open-ended contracts, we have numerous groups whose situation is much worse, e.g. persons who are unemployed or whose employment is unregistered (so-called 'illicit labour'). A special case is the precarious employment, characterized by a reduced range of rights and an uncertain future.

That is to say, the patriarchal model of the sole breadwinner belongs to the past and the present-day market is essentially different from that of several decades ago. In addition, the ageing of societies is a permanent demographic trend which results in an increasing proportion of professionally active elderly persons. Legislation should provide more for the needs of older workers.³ That means, therefore, that the classic institutions of labour law often do not suit the requirements of the contemporary labour market. Specialists speak also about the crisis of labour law and the necessity to adjust it to present-day challenges. The problem of part-time employment should be considered in the light of this state of affairs.

3 International and European law

Dangers connected with the growing popularity of part-time employment and the risk that it might become a second-class form of employment were noticed by both the International Labour Organization and the European Community, the predecessor of the present European Union. On 24 June 1994 the International Labour Organization adopted Convention No. 175 concerning Part-Time Work. Its preamble stresses the importance of productive and freely chosen employment for all workers, the economic importance of part-time work, the need for employment policies to take into account the role of part-time work in facilitating additional employment opportunities, and the need to ensure protection for part-time workers in the areas of access to employment, working conditions and social security. The Convention concentrates on ensuring these workers protection comparable with that of full-

³ These conditions are extensively described by A Numhauser-Henning, 'Labour Law, Pension Norms and the EU Ban on Age Discrimination: Towards Ultimate Flexibilization?' in A Numhauser – Henning, M Rönnmär (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond* (Wolters Kluwer Law & Business, 2015) 115 ff.

time workers, in respect of the right to organize, the right to bargain collectively and the right to act as workers' representatives; occupational safety and health; and discrimination in employment and occupation. It also emphasizes part-time employees' protection as regards pro rata wages and the necessity to adjust social protection systems to their situation, and guarantees comparable protection in the fields of maternity protection, termination of employment, paid annual leave and paid public holidays, and sick leave.

Moreover, in the light of the Convention, measures shall be taken to facilitate access to productive and freely chosen part-time work which meets the needs of both employers and workers, provided that the relevant protection is ensured. These measures shall include: the review of laws and regulations that may prevent or discourage recourse to or acceptance of part-time work; the use of employment services, where they exist, to identify and publicize possibilities for part-time work in their information and placement activities; special attention, in employment policies, to the needs and preferences of specific groups such as the unemployed, workers with family responsibilities, older workers, workers with disabilities and workers undergoing education or training. Where appropriate, measures shall be taken to ensure that transfer from full-time to part-time work or vice versa is voluntary, in accordance with national law and practice. The abovementioned Convention 175 was also complemented with Recommendation No. 182, adopted on the same day, concerning part-time work, which additionally expands the scope of desired actions concerning this category of employed persons.⁴

The approach to part-time employment in European legislation looks a little different. In the 1980s, this issue appeared in the case law of the European Court of Justice in the context of equal treatment of men and women in employment. In practice, a problem of worse treatment of part-time workers arose if most of persons employed in this form were women. The European Court of Justice on many occasions recognized such practices as indirect discrimination based on gender.⁵ One of the directions of development of European labour law in the 1990s became the regulation of certain aspects of employment relationship and of forms of employment considered atypical. Moreover, coordination of actions of Member States addressing unemploy-

⁴ Both legal instruments can be found on www.ilo.org. The Convention No. 175 has been ratified by only a dozen or so countries. These are mostly European countries.

⁵ For more on the subject see e.g. E Traversa, 'Protection of Part-time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 19 (2) 2003, 29 ff.

ment became a priority of the European Union. As regards the area under discussion, Council Directive 97/81/EC concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC⁶ was adopted on 15 December 1997.

The shape of the regulation was agreed by trade unions and employers' organizations acting at European level. The preamble to the agreement emphasizes, among other things, that the Framework Agreement is a contribution to the overall European strategy on employment. Recognizing the diversity of situations in Member States and acknowledging that part-time work is a feature of employment in certain sectors and activities, this Agreement sets out the general principles and minimum requirements relating to part-time work. It illustrates the willingness of the social partners to establish a general framework for the elimination of discrimination against part-time workers and to assist the development of opportunities for part-time working on a basis acceptable to employers and workers. According to clause 1, the purpose of the Framework Agreement is twofold. First, to provide for the removal of discrimination against part-time workers and to improve the quality of part-time work. Second, to facilitate the development of part-time work on a voluntary basis and to contribute to the flexible organization of working time in a manner that takes into account the needs of employers and workers.⁷

A common feature of the ILO Convention No. 175 and Directive 97/81 is the fact that they treat part-time work as a problem connected with employment relationship, and not as an element of working time issues. Such approach is shared by the doctrine and is applied by national legislatures. However, with regard to protective regulations, a difference of emphasis in the above mentioned legal instruments can be seen. The ILO Convention emphasises primarily the rights of workers employed part-time (especially Articles 5 to 8), including, among other things, the right to organize, health and safety at work, discrimination in employment and in pursuing a profession, as well as a proper scope of rights concerning remuneration, maternity protection, cessation of employment, and annual leaves, and also the question of social security systems. Directive 98/71 prioritizes the principle of non-discrimination of part-time employees and possibilities of voluntarily taking up part-time work.

⁶ Official Journal L 14 (1998) 9.

⁷ For more on the directive see e.g. G. Thüsing, *Europäisches Arbeitsrecht* (München, 2008) 136 ff.

I think that differences between the indicated legal instruments result for the most part from the fact that both organizations pursue different goals and they also adopt different philosophies as regards employee rights. The International Labour Organization adopts employee rights protection standards in a global dimension, aiming at ensuring all workers decent working conditions. EU directives are embedded in the context of European integration. They can be enacted only in cases where primary legislation grants Union institutions the necessary legislative powers. The purpose of labour law directives is harmonization of national systems by setting the minimum standards of workers' protection and reduction in differences between protection levels in individual countries. Moreover, directives are a reflection of Union priorities and of a compromise of Member States. In the case under discussion they are the ban on discrimination in employment and the strategy of fighting unemployment. It is worth emphasizing that Directive 97/81 does not allude to the ILO Convention at all, though the preamble to the Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, adopted in 1989, *inter alia* directly indicates that in the field of workers' rights protection 'inspiration should be drawn from the Conventions of the International Labour Organization'.

Both the ILO Convention No. 175 and Directive 97/81 are essential for national legal orders. Countries which ratified the Convention are obliged to provide adequate protection for part-time workers. In addition, countries which have not ratified the Convention may draw inspiration from it in order to make suitable regulations.⁸ The responsibility for implementing directives and providing adequate protection for part-time workers rests with EU Member States. In other words, due to the requirements of international law and European law, national legislators cannot neglect the question of part-time employment. They are obliged to adopt regulations relating to this category of workers and to guarantee their adequate protection.

4 The legal situation of part-time workers

Part-time employment serves the interest of both parties more often than fixed term contracts. In the latter case, circumstances beyond the will of the parties, such as the objective availability of a job, e.g. the execution of a specific task or seasonal work, are of importance. The definition of a 'part-time employee' does not arouse serious doubts, as it is based on a comparison with full time

⁸ These questions are discussed e.g. by N Lyutov, *Effektivnost norm mezdunarodnogo trudovogo prava* (Moskva, 2014) 82 ff.

employment. On the national level, 'full-time employment' can be defined in quite a flexible way, because the definition can legitimately refer to working time reference periods which can be anything up to a few months or even a full year.⁹ Of fundamental consequence is here the element of freedom of choice on the part of the employee. The directive clearly stresses the possibility of a voluntary change in the amount of working hours, the necessity to provide adequate information by an employer, and also the lack of possibility to apply sanctions against workers who do not agree to a change in the amount of working hours (clause 5). These guarantees should be introduced in Member States implementing the directive. Also the International Labour Organization emphasizes the importance of actions that shall be taken to facilitate access to productive and freely chosen part-time work which meets the needs of both employers and workers (Article 9 of Convention No. 175) and the need for imposing relevant obligations on employers (Articles 17–20 of recommendation No. 182).

With reference to ban on discrimination, it is very important to define the notion of 'comparable full-time worker'. In principle, it is about workers having the same employment relationship, doing the same or similar type of work, taking into account factors such as seniority and possessed skills and qualifications, employed at a given employer or in the same branch of business.¹⁰ It is worth adding that the amount of working time is substantially different from other criteria covered by ban on discrimination. Regulations pertaining to equal treatment in employment concentrate on personality features that have no relation to employment (e.g. sex, age, race, religion, belief or sexual orientation). However, in the case under discussion we deal with an important element of the employment contract which has been agreed by the parties.¹¹ It has been also noted in the literature of the subject that with reference to atypical forms of employment

⁹ According to Article 1 of the ILO Convention No. 175 the term 'part-time worker' means an employed person whose normal hours of work are less than those of comparable full-time workers. The normal hours of work may be calculated weekly or on average over a given period of employment. Then, clause 3 of the Framework agreement provides that the term 'part-time worker' refers to an employee whose normal hours of work, calculated on a weekly basis or on average over a period of employment of up to one year, are less than the normal hours of work of a comparable full-time worker.

¹⁰ A comprehensive definition is contained in Article 1 (c) of ILO Convention No. 105 and in clause 3 (2) of the Framework Agreement on Part-Time Work.

¹¹ The question of a ban on discrimination based on fixed-term employment looks similar. More on this subject in e.g. H Pettersson, 'Discrimination of Part-time and Fixed-Term Workers' in A Numhauser-Henning and M Rönnmär (eds), *Fifteen Years with the Norma Research Programme. Anniversary volume* (Lund, 2010) 85 ff.

equal treatment is not sufficient. It ignores that employees in new forms of work are in different situation. For example, if it remains possible to reduce part-time work to minimal hours, equal treatment is not very helpful for an employee who wants to make a living by this kind of employment. Labour law has to react to the needs of people in new forms of work by providing tailor-made regulations which by necessity will be different from those for people in traditional employment. People in new forms of work are more vulnerable than those in traditional employment and, therefore, need more and not less protection.¹²

We should fully agree with that view.

The above described background provokes a question about the legal situation of the discussed category of persons. It should be emphasized in the first place that they have the employee status. Employer can demand that part-time workers be conscientious and careful in fulfilling their duties. On the other hand, they are entitled to employee rights comparable to those of full-time workers, which is very clearly stressed by the ILO Convention No. 175. At the same time, a lower amount of working time means a proportional reduction in their rights according to the principle of *pro rata temporis*. This rule may apply for example to the amount of remuneration and other benefits connected with employment, as well as the amount of annual leave. Although it does not follow directly from the Convention or from the Framework Agreement, it is evident that working time affects the job description which should include fewer tasks than for full-time workers. Moreover, the situation of part-time workers is more favourable compared with the status of self-employed persons or civil law contractors. This observation refers both to rights connected with employment and protection guaranteed under social security law.

National law regulations can take different shapes. The Netherlands is the pioneer in part-time employment, with more than average proportion of people working within this form of employment compared to other countries. In practice, this form of employment increases participation in the labour market, especially of young persons and women.

¹² Cf M Weiss, 'Re-inventing Labour Law?' in G Davidov and B Langille (eds), *The Idea of Labour Law* (Oxford, 2011) 47.

In 2000 Dutch employees gained an enforceable claim to work part-time. With that right, the legislator went beyond equal rights in employment and assumed responsibility for the division of work and care, a matter thus far left to individuals and families. By removing all barriers from part-time work, lawmakers wanted to promote a particular kind of society, based on what may be called a 'dual care' or 'combination' model in which both men and women assume responsibility for care for dependants. In this vision, the right to work part-time constituted the Dutch version of a 'soft' labour market, allowing the workers to assume responsibilities beyond the workplace.¹³

In addition, 'the Adjustment of Working Time Act came into force in June 2000. It represents a very high profile piece of legislation as it confers on employees the right, albeit it under certain conditions, to unilaterally alter the terms of an already existing employment contract. An employee's request for modification of his or her working hours must be granted, unless conflicting business interests apply. The burden of proof is on the employer.'¹⁴ As can be seen, an employee has great possibilities of making use of part-time employment, while an employer has a narrow margin for rejection of the employee's request.

In Germany, this form of employment is the subject of the Law on part-time employment and fixed-time employment of 2000.¹⁵ The purpose of the Law is to promote part-time employment and to define the admissibility of fixed-time contracts, as well as banning discrimination of workers employed under such contracts. The Law implements Directive 97/81 on part-time employment and Directive 99/70 on fixed-term contracts.¹⁶ In the light of the Law, employer should enable employees to work part-time, which refers also to employees on managerial positions, and should inform employees about the relevant options. An employee who has been employed for at least six months may demand a reduction in the amount of working time, and an employer may refuse only for important reasons concerning the enterprise. Furthermore,

¹³ Cf J Visser, 'Labour law and the "normalisation" of part-time work. How the Netherlands became "the first part-time economy in the world"' in L Mitrus (ed.) *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej. Liber Amicorum Prof. Andrzej Marian Świątkowski* (Kraków, 2009) 559–560.

¹⁴ *ibid* 561 ff.

¹⁵ Das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge of 21 December 2000, BGBl. I S. 1966, as later amended.

¹⁶ Official Journal L 175 (1999) 43.

employer has a duty to ensure that part-time workers can take part in training courses to upgrade their qualifications.¹⁷

Polish regulations addressing the situation of part-time workers are the consequence of the implementation of Directive 98/71.¹⁸ They are not a subject of separate piece of legislation or a separated part of the Labour Code. We are talking about regulations placed in various places in the Labour Code, which refer to specific institutions.¹⁹ Indicating the most important regulations in this area we should begin with Article 11³ and Article 18^{3a} para 1 LC, referring to the ban on discrimination in employment, including *inter alia* on the grounds of part-time employment. Article 29 para 1 clause 4 LC provides that the amount of working time is an important element of the contract of employment. Under Article 29² LC the conditions of work and pay of part-time workers must not be less favourable than those of full-time workers, while maintaining the principle of proportionality. Moreover, an employer should, as far as possible, accept a worker's request concerning a change in the amount of working time specified in the employment contract. Article 94² LC imposes an obligation on employer to inform employees about the possibility of employment on part-time and full-time basis. Article 151 para 5 LC requires the parties to fix in an employment contract the number of working hours above the amount of working time set in the employment contract of a part-time employee, which number, when exceeded, entitles the employee to additional pay for overtime in addition to normal remuneration. In accordance with Article 154 para 2 LC the amount of annual leave of a part-time employee is set in proportion to his or her amount of working time. Therefore, it must be said that Polish regulations do not go beyond the requirements of Directive 98/71. It is disputable whether an employee can effectively claim the reduction of working hours. Under Article 29 para 2 LC, an employer should, if possible, grant the employee's request for changing the amount of working time, but a refusal does not require to be justified.²⁰ To conclude, Polish legislation lacks

¹⁷ Para 6 et seq. of the mentioned law. See more at U Preis in R Müller-Glöße, U Preis and I Schmidt (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (15th edn corrected, München, 2015) 2271 ff.

¹⁸ Poland and the other central and eastern European countries which entered the Union on 1 May 2004 were obliged to adopt the relevant regulations upon the moment of accession as one of the conditions of the membership. For more see L Mitrus, 'The Influence of Community regulations on Polish labour law', *Archivum Iuridicum Cracoviense* Vol XLI 2008, 107 ff.

¹⁹ Labour Code of 26 June 1974, consolidated text in Dz U [*Official Journal*] of 2014 r item 1502, as later amended. For the English language version see *The Labour Code. Kodeks pracy. Bilingual edition*, translation by A Jamróly and CH Beck (2nd edn, Warsaw, 2014) 2 ff.

²⁰ A similar regulation can be found in the Hungarian labour code. See T Gyulavari and G Kartyas, *The Hungarian Flexicurity Pathway? New Labour Code after Twenty Years in the Market Economy* (Budapest, 2015) 110.

a comprehensive approach to part-time work and effective instruments assisting persons interested in this form of gainful employment.

A separate issue is the possibility of reducing the amount of working time by particular worker groups. A model example can be parenting workers. I would like to discuss this issue taking the evolution of Polish law as the example. Childcare leave was introduced in the 1990s. Beginning from 2004, an employee entitled to childcare leave may file a written application with the employer for a reduction in the amount of working time to an amount not less than half of the full-time amount for the period in which the employee could use such leave. The employer is required to grant the employee's request (Article 186⁷ LC). At present childcare leave can be granted until the child turns six, and both parents can use the leave. A practical limitation is the very low level of benefits from social security to which a parent is entitled during childcare leave.

The range of employee rights connected with parenthood has been broadened considerably in recent years. A new parental leave of 26 weeks which may be an extension of maternity leave was introduced in 2013.²¹ Employees entitled to parental leave were given the right to apply for a reduction in the amount of working time. Since 2016 the amount of parental leave can be up to 32 or 34 weeks, depending on the number of children born. Both parents are jointly entitled to it, and they can use the leave at the same time (Article 182^{1a} LC). An employee can combine parental leave with work for the employer who has granted the leave, at an amount not higher than half of the full-time employment. An employer is bound by such application, unless it is not possible due to work organization or type of work performed by an employee. The employer should inform the employee about the reason of refusal (Article 182^{1c} LC). The duration of the leave is increased in proportion to the employee's amount of working time, however not longer than 64 or 68 weeks (Article 182^{1f} LC). Apparently, caring for a little child does not need to mean a break in professional life, but can be combined with part-time employment, at the worker's discretion. The reduced income is compensated by maternity benefit.

De lege ferenda, we can also imagine that similar claims to a reduction in the amount of working time is granted to other worker groups. For example, it

²¹ Depending on the number of born children the amount of maternity leave ranges from 20 to 37 weeks (Article 180 para 1 LC). See also L Mitrus, 'Recent Developments of Polish Labour Law', *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* (3/2014) 417 ff. Further changes became effective at the beginning of 2016, see amendment to the Labour Code of 24 July 2015, Dz U of 2015 item 1268.

could be older workers above a certain age. It would be advisable to adjust employment conditions to their needs, for example by introducing longer periods of rest or possibility to refuse to do overtime. Without a doubt, their professional activity could be enhanced by the claim to a reduction in the amount of working time. Such possibility could even be an alternative to retirement. In addition, an increase in availability of part-time employment by older workers would be in keeping with the 'active ageing' policy promoted by the European Union, which is one of the aspects of the Europe 2020 Strategy.²² 'Active ageing means creating better opportunities and working conditions for the participation of older workers in the labour market, combating social exclusion through fostering active participation in society and encouraging healthy ageing.'²³

A reduction in the amount of working time of workers who are learning or raising their professional qualifications is an option worth considering. In a competence-based economy, a worker's skills determine his or her position on the labour market, and let him or her find new employment; therefore they are the best protection against unemployment. Specialists rightly noted that 'the rights to education and training – cleverly structured – may turn out to be much more effective, both for workers and management, than traditional employment protection. What we need is a "normative shift" as regards the employer's obligations, from an obligation to guarantee continued employment to an obligation to guarantee continued employability.'²⁴ I think that one of possible methods of achieving that goal is part-time employment, allowing combining gainful activity and improvement of qualifications. Appropriate learning or training courses could be organized by specialized institutions dealing with the labour market, and to a certain extent by employers whose obligation would be not only providing jobs, but to provide employees with possibilities of professional development. Such formation of the employment relationship could result both from employer's initiative and agreement of the parties, or from a binding application by an employee.

²² COM(2010) 2020 final.

²³ These issues are discussed comprehensively by A Numhauser-Henning, 'Labour Law in a Greying Labour Market – In Need of a Reconceptualisation of Work and Pension Norms. The Position of Older Workers in Labour Law', *European Labour Law Journal* 4(2) 2013, 84 ff.

²⁴ Like the shift described in A Numhauser-Henning, 'Flexible Qualification – a Key to Labour Law?', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 17 Spring 2001, 114.

5 Claim to part-time employment?

Work is not only a source of income and stable existence. Very often it is an indicator of social status, it is a method of self-fulfilment, it influences the model of life, and it determines long-term decisions. Nowadays, career and private life alternate with each other with a much greater intensity than a few decades ago. The present-day labour market requires mobility, including readiness to change employment. Working time can be formed flexibly, especially in small and medium enterprises. Child care is a responsibility of both parents who combine this sphere of life with professional activity. I think that the present-day labour law should be perceived in a broader, interdisciplinary context, as an element of social policy in a broad sense. At the same time, legislators are capable of freely charting the directions of development of regulations pertaining to gainful employment. The question about the significance and the future of part-time employment arises in this particular context.

When these issues are analysed from a historical perspective, a significant evolution can be seen. At first, worse conditions of part-time employment were accepted compared to the 'standard' contract of employment. Later, emphasis was placed on a ban on discrimination and the need to guarantee part-time workers employee rights while maintaining the principle of proportionality. In our times, at least in some countries, it is more and more widely believed that comprehensive legislative action to make this form of employment more easily available to interested workers is appropriate. I think that such an approach is correct and justified. Of course, part-time employment is not a remedy for all ills. Among disadvantages we might note lower income, less involvement in the life of the enterprise, limited promotion opportunities and limited chances to take up managerial positions. On the other hand, among existing legal instruments, this particular form of employment gives the greatest possibilities of combining a career with other areas of life.

It is my conviction that a part-time employment contract should not be treated only as an alternative to unemployment. What is more, only historical considerations could justify its continued perception as a 'atypical' or 'nonstandard' form of employment. In my opinion, such an approach is not justified any more. A part-time contract should be granted equal status with the 'traditional' employment contract as the reference point for the regulation of the labour market. This observation also applies to another form of employment perceived as atypical, namely a fixed-term contract.

The starting point for the regulation of the situation of an individual is human dignity – the basis of human rights, including rights of a social character. Labour law should be based on common axiology, with a view to protecting human dignity, as well as social justice.²⁵ In the sphere of employment, the starting point is the right of every individual to a freely chosen work – a starting point actually been included in many instruments of international law. At this point, the following instruments should be mentioned: Article 23 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the United Nations, Article 4 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, and also Article 1 of the European Social Charter enacted by the Council of Europe. National legislators should therefore ensure the possibility of earning one's living through a freely chosen work and guarantee appropriate employment conditions. As has already been mentioned, the past decades saw a rapid social, economic and technological development. It seems that in these new circumstances that the new variant of the right to work, i.e. right to work part-time, should also gain a rightful status.

Naturally, the right to work does not in itself have a claims character. As a rule, entering into a contract of employment requires the unanimous intention of the parties. Therefore, we cannot speak about a candidate's claim to entering into a part-time contract. However, we can consider when a worker remaining in an employment relationship could demand a reduction in the amount of working time. This could be surrounded with certain conditions. I suppose that the first such condition would be the employee's personal situation. There is no doubt that employees entitled to parental leave should have such a right. A question to be considered is whether such right should be given to employees of a certain age and to those combining employment with raising their professional qualifications. It is also worth considering the situation of all employees, as some would perhaps like to reduce their amount of working time. I think that, under some circumstances, every employee should enjoy this possibility. This entitlement could be subject to e.g. the employer's needs, the size of the enterprise or seniority. In my opinion, in national legal systems, the minimum should be the employer's duty to justify a possible refusal, which would eliminate arbitrary rejection of such requests. Another issue worth

²⁵ For more on this subject see F Hendrickx, 'Foundations and Functions of Contemporary Labour Law', *European Labour Law Journal* 3(2) 2012, 129; B Hepple, 'The Future of Labour Law', *Industrial Law Journal* 24(4) 305.

considering would be the possibility of returning to earlier conditions, i.e. full-time employment. The relevant regulations could be inspired by the instruments of international and European labour law discussed earlier, as well as the experience of other countries. There is no reason why every legislator could not adjust labour law regulations to specific national conditions.

6 Conclusion

The presented concept relates to an employee's claim to a reduction in the amount of working time, which in practice would mean a far-reaching competence to unilaterally shape the employee situation. Such regulation would accommodate the autonomy of the individual while taking into account the complex situation in the labour market and the necessity to combine career with private life. It would also reflect different needs and priorities at individual career stages. Thus in a broader context it could affect the quality of life and increase choice, allowing people to reach an appropriate work-to-life balance. To achieve this, it would be necessary to adopt at the national level such legal regulations which will not be limited to passive protection of part-time workers and concentration on the ban on discrimination. The goal is the adoption of regulations which would help interested persons change the amount of working time. The earlier indicated example of the Netherlands justifies the observation that appropriate legal framework is a necessary condition for popularizing this form of employment.

In my view, we can expect growing popularity of part-time employment and its promotion would be in line with the European strategy of flexicurity. Nowadays we hear a great deal about the crisis in labour law and its inadequacy in the face of contemporary challenges. My opinion is that part-time employment can become one of the possible methods of overcoming this crisis, and properly constructed legal regulations in this area may become one of the most important elements of the modern labour market in the twenty-first century.

CHRISTINA MOËLL

EN UNIONSRÄTTSLIG RAM FÖR TULLRÄTTSLIGA SANKTIONER

1 Inledning

Kompetensfördelningen mellan Europeiska unionen (EU) och dess medlemsstater regleras i de två grundläggande fördragen, fördraget om Europeiska unionen (FEU) och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Här sätts gränserna för unionens makt. Förhållandena ser olika ut inom olika rättsområden, alltifrån områden där unionen tilldelats en exklusiv kompetens till områden där medlemsstaterna fullt ut behållit sin suveränitet. Ett område där EU sedan länge har exklusiv kompetens är tullunionen. Såsom närmare behandlas i detta bidrag är det dock inte alltid självklart var gränserna för denna exklusiva kompetens går i förhållande till medlemsstaternas kvarvarande kompetens.

Tullrätten är ett rättsområde som blivit fullt ut harmoniserat. Detta har varit möjligt just genom att medlemsstaterna överlätit stora delar av sin kompetens till unionslagstiftaren. Harmoniseringen har huvudsakligen genomförts med hjälp av förordningar som är bindande och direkt tillämpliga i alla medlemsstater. Det finns nu ett förslag om att utvidga detta område ytterligare. Det gäller en unionsrättslig reglering av tullrättsliga överträdelse och sanktioner. Till skillnad från vad som hittills varit regel inom detta rättsområde är förslaget inte utformat som en förordning utan som ett ramdirektiv. Det ligger dock i gränslandet för vad som kan anses falla inom unionens exklusiva kompetens och det har också stött på patrull hos flera medlemsstater, däribland Sverige. Några frågor av principiellt intresse som härvid aktualiserats diskuteras i detta bidrag. Innan förslaget och de frågor det föranleder presenteras ska ämnet dock sättas in i det större tullrättsliga sammanhanget.

2 Bakgrund

Redan när den Europeiska ekonomiska gemenskapen kom till 1957 utgjorde tullpolitiken en av dess hörnstenar. Så snart Romfördraget hade trätt i kraft den 1 januari 1958 påbörjades arbetet med att harmonisera medlemsstaternas tullagstiftning. Detta skedde steg för steg och tio år senare, 1968, trädde

tullunionen i kraft. Härmed avskaffades medlemsstaternas nationella tulltaxor och merparten av deras nationella lagstiftning på tullområdet för att ersättas av en gemensam tulltaxa och en gemensam tulllagstiftning. Utvecklingen har fortsatt på denna väg mot en alltmer harmoniserad och integrerad tullrätt.

Även om den materiella tullrätten är harmoniserad saknas gemensamma regler för dess genomförande. Det finns därför fortfarande utrymme för och behov av viss kompletterande nationell lagstiftning. Eftersom det inte finns en för unionen gemensam tullförvaltning ankommer det på medlemsstaternas tullförvaltningar, domstolar och andra myndigheter att tolka och tillämpa EU:s tullrätt. Emellanåt inhämtas förhandsavgöranden från EU-domstolen men det stora flertalet beslut fattas på nationell nivå utan att EU-domstolen hörts. En oundviklig konsekvens härav är att denna tolkning och tillämpning kan komma att skilja sig åt mellan medlemsstaterna.

Olika rättskulturer och rättstraditioner har också satt sin prägel på medlemsstaternas kompletterande nationella tulllagstiftning. Ett sådant område, där de nationella kompletterande rättsreglerna uppvisar påtagliga skillnader, är den tullrättsliga sanktionslagstiftningen. Med tanke på hur viktiga dessa regler är för att kunna genomföra unionens tullrätt är det anmärkningsvärt att ansvaret för deras utformning fortfarande ligger hos varje enskild medlemsstat.¹ Möjligen är tiden nu inne för att överlåta ansvaret även för dessa regler till unionen. Behovet av en sådan reform och möjligheterna för dess genomförande bör ses inom ramen för den process som för närvarande pågår för att modernisera EU:s tullrätt.

3 En ny unionstullkodex

Den 1 maj 2016 började en ny unionstullkodex att tillämpas. Kodexen, som är den centrala unionslagstiftningen på området, är en rättsakt som beslutats av parlamentet och rådet i form av en förordning.² Den är därför direkt gällande i samtliga medlemsstater och kräver inga implementeringsåtgärder. En av ledstjärnorna för arbetet med den nya unionstullrätten har varit att skapa en modern papperslös tullhantering. Även om grundbulten i unionens nya tulllagstiftning således nu är på plats är förnyelseprocessen ännu inte fullt ut genomförd. Den bortre tidsramen för genomförandet är 31 december 2020

¹ T. Lyons, "A Customs Union without Harmonised Sanctions: Time for Change?", *Global Trade and Customs Journal*, Volume 10, Issue 4, 2015, 136–142.

² Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013 av den 9 oktober 2013, EUT L 269, 10.10 2013, s. 1 (unionstullkodexen).

vilket skapar utrymme för att införa bland annat nödvändig IT-infrastruktur och möjligen även ett system med enhetlig reglering av de tullrättsliga sanktionerna.

Arbetet med att ta fram en ny unionstullkodex har varit både långdraget och omfattande. Det övergripande syftet har som sagt varit att skapa en kodex som är än mer modern än dess föregångare den ”moderniserade tullkodexen”.³ En av de mer betydelsefulla ändringarna i sak är övergången till ett i det närmaste fullständigt papperslöst förfarande s.k. ”elektronisk kommunikation”.⁴

Redan 2008 beslutade Europaparlamentet och rådet om att en papperslös miljö skulle utgöra normen för tullen och handeln (det s.k. e-tullbeslutet).⁵ Genom beslutet fastställdes principen att all framtida tullhantering ska vara elektronisk med motiveringen att det är av grundläggande betydelse för att underlätta handeln och samtidigt sörja för effektiva tullkontroller. På detta sätt minskar företagens kostnader liksom riskerna för samhället. Unionstullkodexen utgör nu den rättsliga ram inom vilken e-tullbeslutet kan förverkligas. Det innebär närmare bestämt att alla utbyten av uppgifter dels mellan tullmyndigheterna, dels mellan företagen, de s.k. ekonomiska aktörerna, och tullmyndigheterna ska ske med hjälp av elektronisk databehandlingsteknik. Det understryks att det är viktigt att systemen för informations- och kommunikationsteknik på tullområdet erbjuder de ekonomiska aktörerna samma möjligheter i varje medlemsstat.

Som en konsekvens av att denna nya tullkodex har införts för unionen har Sverige liksom övriga medlemsstater tvingats att genomföra omfattande ändringar och kompletteringar av sin nationella lagstiftning. En ny svensk tulllag⁶ och en ny tullförordning⁷ trädde i kraft den 1 maj 2016. Dessutom har reformen föranlett ändringar i ett flertal andra svenska författningar. Till grund för den nya lagstiftningen ligger ett gediget utredningsarbete som involverat företrädare för ett stort antal olika intressen.⁸

³ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 450/2008 av den 23 april 2008 om fastställande av en tullkodex för gemenskapen, EUT L 145, 4.6.2008, s. 1. Denna ”moderniserade tullkodex” började dock aldrig att tillämpas.

⁴ Unionstullkodexen skäl 17.

⁵ Europaparlamentets och rådets beslut nr 70/2008/EG av den 15 januari 2008 om en papperslös miljö för tullen och handeln, EUT L 23, 26.1.2008, s. 21.

⁶ Tulllag (2016:253).

⁷ Tullförordning (2016:287).

⁸ Prop. 2015/16:79 En ny tulllag och SOU 2015:5 En ny svensk tullagstiftning.

4 Tullrättsliga sanktioner

4.1 Inledning

I den nya unionstullkodexen understryks att den effektivisering som är tänkt att uppnås med den elektroniska papperslösa ordningen förutsätter att medlemsstaterna tar ett gemensamt ansvar för dess genomförande. Det framhålls särskilt att det för hela den inre marknaden måste finnas effektiva, avskräckande och proportionerliga sanktioner på lämplig nivå.⁹

Varken i unionstullkodexen eller i den nya svenska tullagstiftningen har dock några mer genomgripande ändringar gjorts i fråga om de tullrättsliga sanktionerna. Parallellt med arbetet med att ta fram den nya tullkodexen har emellertid EU-kommissionen utarbetat ett förslag till ett direktiv om tullrättsliga överträdelse och sanktioner.¹⁰ Till grund för förslaget låg en rapport från en projektgrupp med representanter från 24 medlemsländer som under kommissionens ledning jämfört medlemsstaternas regelverk för överträdelse av tullagstiftningen och tillämpliga sanktioner.¹¹ Rapporten visade att det finns stora skillnader mellan de nationella sanktionssystemen. Till de mer betydelsefulla skillnader som identifierats hör indelningen i straffrättsliga respektive icke-straffrättsliga sanktioner, variationen av sanktionstyper samt sanktionernas stränghetsgrad. Det innebär att när en bestämmelse i unionstullkodexen överträds kan det få stor betydelse i vilken medlemsstat detta sker.

Behovet av en enhetlig reglering av överträdelse och sanktioner har blivit särskilt påtagligt i och med den ordning som införts i den nya tullkodexen och som innebär en möjlighet för ”pålitliga ekonomiska aktörer att åtnjuta ställning som godkänd ekonomisk aktör”.¹² Den som erhåller sådan status kan dra stor nytta av tullförenklingsprocedurer och förmånlig behandling när det gäller tullkontroller. En förutsättning för att beviljas status som godkänd ekonomisk aktör är bland annat att aktören i fråga inte gjort sig skyldig till någon form av allvarliga eller upprepade överträdelse av tull- eller skattelagstiftningen.¹³ Som ovan beskrivits innehåller den nya tullkodexen få regler om sanktioner, men det föreskrivs uttryckligen att om en medlemsstat tillämpar administrativa sanktioner får en sådan form av sanktion innebära att

⁹ Unionstullkodexen skäl 23 och artikel 42.

¹⁰ Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om en unionsrättslig ram för tullrättsliga överträdelse och sanktioner, KOM (2013) 884 final (direktivförslaget).

¹¹ Direktivförslaget s. 2. Sverige deltog inte i projektgruppen.

¹² Unionstullkodexen skäl 24 och 25 samt artiklarna 38–41.

¹³ Unionstullkodexen artikel 39 a).

ett tillstånd som godkänd ekonomisk aktör kan återkallas, tillfälligt dras in eller ändras.¹⁴ En dylik sanktion kan få förödande konsekvenser för en ekonomisk aktör. För den som bedriver handel med andra medlemsstater inom EU är det därför av stor betydelse att dessa nationella sanktionsregler och deras konsekvenser är enhetliga och förutsebara. Omvänt kan olikheter mellan medlemsstaternas sanktionsregelverk skapa möjligheter till s.k. portshopping, dvs. att aktörerna förlägger sin import till eller export från de länder som har de mildaste sanktionerna.

Men även i förhållanden med länder utanför tullunionen kan brister i samordningen av reglerna för överträdelser och sanktioner få konsekvenser. Som ett exempel kan nämnas en tvist som blev föremål för WTO:s tvistlösningsförfarande. USA hävdade att EU, på grund av de stora skillnaderna i de nationella reglerna avseende tullrättsliga överträdelser och sanktioner, inte uppfyllt sina förpliktelser enligt artikel X.3(a) GATT 94. Artikeln föreskriver att de fördragsslutande parterna på ett enhetligt, opartiskt och skäligt sätt ska förvalta och offentliggöra alla sina lagar, förordningar, beslut och domstolsutslag på tullområdet så att de blir tillgängliga för övriga WTO-medlemmar. WTO:s överprövningsorgan kom fram till att artikeln var tillämplig avseende de krav som kan ställas på EU när det gäller harmoniseringen av överträdelser och sanktioner inom tullrätten. I det aktuella fallet fann dock överprövningsorganet att det saknades konkreta bevis för att EU brustit när det gällde dessa WTO-rättsliga förpliktelser.¹⁵

Även om det synes råda enighet inom unionen om att de stora skillnaderna mellan de nationella sanktionssystemen är ett problem är det inte lika givet hur problemet ska lösas. Flera principiellt viktiga frågor behöver beaktas, däribland förslagets primärrättsliga grund samt huruvida det är förenligt med de krav som subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen ställer. Som närmare utvecklas i det följande skulle förslaget, om det antas, leda till stora utmaningar för svensk rätt.

4.2 Förslaget

Ett första förslag till direktivtext presenterades av kommissionen 2013. Direktivet är tänkt att träda i kraft den 1 maj 2017.¹⁶ Många av de synpunkter som framförts på förslaget har beaktats och under våren 2016 lämnade Europaparlamentet ett förslag till lagstiftningsresolution vilket innehöll ett

¹⁴ Unionstillkodexen artikel 42.2 b).

¹⁵ *European Communities – Selected Customs Matters*, WT/DS315/AB/R., 13 November 2006.

¹⁶ Direktivförslaget artikel 19.

flertal ändringar av det ursprungliga förslaget.¹⁷ Här redogörs kortfattat för den senaste versionen av de viktigaste delarna av förslaget till direktiv.

Direktivförslaget omfattar bland annat en för medlemsstaterna gemensam förteckning över överträdelse av tullagstiftningen samt gemensamma sanktioner. Avsikten var initialt att direktivet skulle reglera såväl straffrättsliga som icke straffrättsliga sanktioner, men förslaget omfattar numera endast icke straffrättsliga, administrativa sanktioner.

Överträdelserna delas in i två grupper, en grupp med överträdelse som betraktas som smärre förseelser och en grupp som omfattar allvarliga överträdelse. För samtliga överträdelse gäller att det krävs antingen oaktsamhet eller uppsåt.¹⁸ För att sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande ska härutöver såväl försvårande som förmildrande omständigheter beaktas i de enskilda fallen.¹⁹

Vidare ska medlemsstaterna inrätta ett förfarande så att de behöriga myndigheterna ska kunna avtala med den person som gjort sig skyldig till en överträdelse att ärendet ska lösas med hjälp av en överenskommelse mellan denne och myndigheten. En sådan överenskommelse ska utgöra ett alternativ till att ett rättsligt förfarande för påförande av en sanktion påbörjas eller slutförs.²⁰

Det kan noteras att EU-initiativet inte stannar vid att enbart reglera överträdelse och sanktioner. Reformen är tänkt att tas ytterligare ett steg längre. Avslutningsvis finns nämligen en artikel enligt vilken kommissionen senast vid utgången av 2017 ska lägga fram en rapport om ytterligare åtgärder för att genomföra unionens tullagstiftning. Härmed avses sådana åtgärder som övervakning, kontroll och utredning samt vid behov även nya lagstiftningsförslag.²¹

Den tänkta ordningen skiljer sig på flera viktiga punkter från vad som idag gäller enligt svensk rätt. De utmaningar som svensk rätt står inför om direktivet antas diskuteras närmare i avsnitt 5. Först ska emellertid frågan om vilken rättslig grund som direktivet bör vila på tas upp, liksom förslagets förenlighet med subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen.

¹⁷ Förslag till betänkande om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om en unionsrättslig ram för tullrättsliga överträdelse och sanktioner, Europaparlamentet, Utskottet för den inre marknaden och konsumentskydd ((COM(2013)0884 – C8-0033/2014 – 2013/0432(COD)) (Förslaget till betänkande).

¹⁸ Förslaget till betänkande skäl 7 och 8 samt artiklarna 3 och 5.

¹⁹ Förslaget till betänkande skäl 12 och artikel 12.

²⁰ Förslaget till betänkande artikel 12a med motivering.

²¹ Förslaget till betänkande artikel 18 punkt 1 a.

4.3 Rättslig grund

En grundläggande och viktig fråga är om det faller inom unionens kompetens att lagstifta om sanktioner av detta slag och i så fall enligt vilken primärrättslig bestämmelse. Inom området för tullunionen och handelspolitiken är EU:s behörighet exklusiv. Det är därför av central betydelse att avgöra var gränsen för denna exklusiva behörighet går. Bedömningen kompliceras av att tullrättsliga sanktioner i medlemsstaterna idag förekommer dels som straffrättsliga sanktioner, dels som, icke straffrättsliga, administrativa sanktioner. Det är främst tre primärrättsliga lagrum som eventuellt skulle kunna komma ifråga som rättslig grund för ett beslut om harmoniserade sanktionsregler på tullområdet, nämligen artiklarna 33, 114 och 83 FEUF.

Valet av rättslig grund för en rättsakt inom gemenskapen har stor betydelse. EU-domstolen har understrukit att det vid val av rättslig grund är viktigt att utgå från sådana objektiva kriterier som kan bli föremål för domstolsprövning. Hit hör bland annat rättsaktens syfte och innehåll.²² Utgångspunkten är att en rättsakt ska vila på endast *en* rättslig grund och att flera rättsliga grunder bara i undantagsfall kan komma i fråga. Så kan exempelvis vara fallet om det finns flera avsikter med rättsakten.²³

Enligt artikel 33 FEUF ska Europaparlamentet och rådet i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet vidta åtgärder för att förstärka tullsamarbetet mellan medlemsstaterna och mellan de senare och kommissionen. Mot denna bakgrund kan det argumenteras för att det endast är EU som kan utarbeta och besluta om hur tullagstiftningen på bästa sätt ska verkställas, innefattat sanktioner för överträdelse av lagstiftningen.²⁴ Att den EU-rättsliga tullagstiftningen ännu inte omfattar några sådana regler tyder dock på att det hittills inte funnits förutsättningar för att kunna anta en gemensam reglering för sanktioner på unionsnivå. Det faktum att man nu väljer direktivformen som rättsakt för en sådan reglering talar också för att ärendet berör områden där medlemsstaterna fortfarande anser sig ha kvar sin suveränitet.

Valet av primärrättslig bestämmelse föll också initialt på artikel 33 FEUF. Nyckelorden här är *samarbete på tullområdet*. Härutöver har emellertid även artikel 114 FEUF seglat upp som en viktig rättslig grund. Artikel 114 ska tillämpas vid beslut om åtgärder som syftar till att harmonisera medlems-

²² Mål C-45/86, kommissionen mot rådet, REG 1987, s. 1439, punkt 5, mål C-440/05, kommissionen mot rådet, REG 2007, s. I-9097, mål C-411/06, kommissionen mot parlamentet och rådet, REG 2009, s. I-7585.

²³ Mål C-411/06, kommissionen mot parlamentet och rådet, REG 2009, s. I-07585, punkt 47.

²⁴ Förslaget till betänkande s. 33.

ländernas lagstiftning och därmed skapa goda villkor för den inre marknads uppbyggande och funktion. Nyckelorden här är *tillnärmning av de nationella reglerna*. Förslaget har nämligen inte bara som syfte att stärka samarbetet på tullområdet utan är också avsett att komma till rätta med den snedvridning som gäller på den inre marknaden till följd av skillnader i medlemsstaternas interna rätt. Såväl artikel 33 som artikel 114 föreslås därför nu som rättslig grund för direktivet.²⁵

Flertalet medlemsstater har såväl straffrättsliga som administrativa sanktioner för överträdelser av tulllagstiftningen.²⁶ Även om direktivförslaget nu begränsats till att endast omfatta administrativa sanktioner innehåller det också bestämmelser som har inverkan på den nationella straffrätten. Det föreskrivs nämligen att medlemsstaterna under vissa förutsättningar, som ett alternativ till administrativa sanktioner, får tillämpa straffrättsliga sanktioner. Det kan vara fallet om en överträdelse begås med uppsåt och om den får ekonomiska konsekvenser i form av uteblivna tullintäkter på över 10 000 euro.²⁷

Att kombinera en unionsrättslig reglering av administrativa sanktioner med nationella straffrättsliga sanktioner kan förväntas innebära flera svårösta problem. Visserligen omfattar direktivförslaget numera inte uttryckligen några straffrättsliga sanktioner men som ovan beskrivits finns emellertid en bestämmelse som berör den nationella straffrätten i medlemsstaterna. Det är därför inte uppenbart att man enbart med stöd av artiklarna 33 och 114 FEUF kan anta ett direktiv som även innehåller bestämmelser som är av straffrättsligt slag.

För rent straffrättsliga lagstiftningsåtgärder på unionsnivå kan artikel 83 FEUF i vissa fall aktualiseras som den rättsliga grunden.²⁸ Men artikel 83 har en begränsad räckvidd och avser endast särskilt allvarlig brottslighet med ett gränsöverskridande inslag. Det kan nämnas att parallellt med förslaget om gemensamma sanktioner på tullområdet har ett annat förslag till direktiv

²⁵ Förslaget till betänkande, beaktandedel 1 och Yttrande över den rättsliga grunden för Europaparlamentets och rådets direktiv om en unionsrättslig ram för tullrättsliga överträdelser och sanktioner (COM(2013)0884) – C8-0033/2014 – 2013/0432(COD)), Europaparlamentet, Utskottet för rättsliga frågor, Ordföranden, 25 april 2106.

²⁶ "Analysis and effects of the different Member States' customs sanctioning systems", a study prepared for Policy Department A at the request of European Parliament's Committee on the Internal Market and Consumer Protection, 2016 s. 10 (Study for the IMCO Committee 2016). Se även direktivförslaget s. 2.

²⁷ Förslaget till betänkande skäl 6 och ändringsförslag i artikel 11 a.

²⁸ Tullrättsliga överträdelser och sanktioner, Regeringskansliet, Faktapromemoria 2013/14:FPM50 s. 8–9.

behandlats.²⁹ Det avser bekämpandet av bedrägerier mot unionens ekonomiska intressen. Även detta lagstiftningsförslag har väckt frågor om vilken artikel i funktionsfördraget som ska utgöra den rättsliga grunden.³⁰

Det har diskuterats om artikel 33 FEUF skulle kunna förläna EU straffrättslig kompetens på det tullrättsliga området. Föregångaren till artikel 33 FEUF var artikel 135 i fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen. Där föreskrevs, att rådet skulle vidta åtgärder för att förstärka tullsamarbetet mellan medlemsstaterna och mellan de senare och kommissionen. Det är dock värt att notera att den äldre bestämmelsen även innehöll en reservation som innebar att åtgärderna inte skulle gälla tillämpningen av nationell straffrätt eller den nationella rättsskipningen. Artikel 33 FEUF innehåller visserligen inte någon sådan begränsning men bestämmelsen har en något snävare utformning än artikel 135 i det äldre fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen. Den synes enligt Asp utsluta att bestämmelsen används som grund för straffrättsliga åtgärder.³¹ Motiveringen är att varken införandet av överstatliga straffrättsliga bestämmelser i en EU-rättsakt eller harmoniseringen av medlemsstaternas straffrättsliga lagstiftning i ett direktiv rimligen kan anses utgöra åtgärder att förstärka tullsamarbetet mellan medlemsstaterna och mellan de senare och kommissionen. Enligt Asp är det således utslutet att artikel 33 kan tolkas så att den förläna EU straffrättslig kompetens.³²

Argumenten för att låta direktivet vila på såväl artikel 33 som artikel 114 FEUF är starka. För de straffrättsliga inslagen är det däremot högt tveksamt om artikel 83 FEUF kan tillämpas. Det förefaller därför som om ingen av de tre nämnda primärrättsliga bestämmelserna – artiklarna 33, 83 eller 114 FEUF – skulle kunna utgöra rättslig grund för en bestämmelse som beskär medlemsstaternas rätt att införa straffrättsliga sanktioner för t.ex. överträdelser som begås med uppsåt och som skulle ha kunnat leda till uteblivna tullintäkter på 10 000 euro eller mindre.

²⁹ Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om bekämpning genom straffrättsliga bestämmelser av bedrägerier som riktar sig mot unionens ekonomiska intressen (KOM)2012 363 final. (PIF-direktivet).

³⁰ Se Justitiekommitténs utlåtande 2012/13:JuU8 samt riksdagens motiverade yttrande över förslaget i bilaga 4 till utskottets utlåtande.

³¹ Asp, Petter, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet 2012, s. 160–161. Man måste dock enligt Asp vara försiktig med att dra alltför långtgående slutsatser av att den tidigare reservationen tagits bort. Begränsningen måste ses i sitt sammanhang. Eftersom artikel 33 i EUF-fördraget och den tidigare artikel 135 i TEC gäller tullsamarbete kan syftet med reservationen inte rimligen ha varit att helt utsluta straffrättslig kompetens utan snarare att utsluta sådana åtgärder som påverkar tillämpning av straffrätten såsom att medlemsstaterna avstår från att beivra brott (abstain from prosecution) under vissa förutsättningar.

³² Asp s. 161.

Problemet bottenar här i de komplikationer som uppstår när man på olika sätt kombinerar en unionsrättslig reglering av administrativa sanktioner med nationella straffrättsliga regler och principer. De delar som berör medlemsstaternas nationella straffrätt diskuteras vidare i avsnitt 5.

4.4 Subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna

Frågan om vilken primärrättslig bestämmelse som skulle kunna utgöra grunden för regleringen hänger nära samman med subsidiaritetsprincipen, vilken i sin tur är förknippad med proportionalitetsprincipen.

Enligt artikel 5.3 FEU blir subsidiaritetsprincipen bara tillämplig på de områden där unionen inte har exklusiv befogenhet att vidta en åtgärd. Kommer man fram till att unionen har exklusiv befogenhet när det gäller att reglera tullrättsliga överträdelse och sanktioner blir således subsidiaritetsprincipen inte tillämplig. Några överväganden om huruvida tullrättsliga överträdelse och sanktioner bäst regleras på unionsnivå eller om det bör ske på nationell nivå behöver då i strikt juridisk bemärkelse inte göras. En annan sak är att det av politiska skäl torde vara strategiskt lämpligt att få ett förslag om en unionsrättslig reglering väl förankrat hos medlemsstaterna. Men om man i stället, som sagt, kommer fram till att den planerade åtgärden inte innefattas i EU:s exklusiva kompetens ska den vidtas endast om och i den mån som målen för den inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna utan bättre kan uppnås på unionsnivå.

Meningarna är delade om var gränsen för EU:s kompetens går i detta sammanhang. Förslaget om att på unionsnivå reglera överträdelse och sanktioner på det tullrättsliga området är, som tidigare nämnts, i flera avseenden kontroversiellt.³³ Av kommissionens årsrapport 2014 om subsidiaritet och proportionalitet framgår att direktivförslaget från 2013 var ett av de två lagstiftningsförslag som genererade flest motiverade yttranden från de nationella parlamenten.³⁴ Den svenska regeringen har också i flera avseenden ställt sig tveksam till en reglering på unionsnivå. Regeringen har visserligen förklarat att den ser fördelar med en sådan reglering. Samtidigt har den framhållit att den ifrågasätter om skälen för att på unionsnivå reglera utformningen av sanktionerna och nivåerna för dem är tillräckligt starka. Den svenska inställningen är att förslaget också, i vart fall i dess ursprungliga

³³ I skrivande stund har medlemsstaternas inställningar till Europaparlamentets omarbetade förslag ännu inte offentliggjorts.

³⁴ Kommissionens årsrapport 2014 om subsidiaritet och proportionalitet, COM(2015) 315 final s. 4.

utformning, i vissa andra avseenden är alltför långtgående.³⁵ Riksdagen har i ett motiverat yttrande över det ursprungliga förslaget som ju även omfattade straffrättsliga sanktioner, förklarat att den ansåg att den föreslagna rättsliga grunden, dvs. artikel 33 FEUF inte var korrekt. Riksdagen ansåg dessutom att kommissionen inte hade visat att en reglering av gemensamma sanktionsskalor var nödvändig för att uppnå ett förstärkt tullsamarbete.³⁶ Även det danska Folketinget ansåg att förslaget till direktiv var en onödigt långtgående åtgärd. Till kritikerna anslöt sig också Litauen som framhöll att det inte tillräckligt tydligt framgick om medlemsstaterna skulle tillämpa förvaltningsrättsliga eller straffrättsliga påföljder på överträdelsena.³⁷

Subsidiaritetsbedömningen är som sagt nära förknippad med proportionalitetsprincipen. Ett initiativ till en gemensam reglering på unionsnivå aktualiserar också en prövning enligt artikel 5.4 FEU som föreskriver att unionens åtgärder till innehåll och form inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen. Under processen med att ta fram direktivförslaget har särskilt frågan om nivåerna på sanktionerna varit föremål för proportionalitetsbedömningar. Ett ursprungligt förslag om att sanktionerna skulle beräknas på varornas värde ansågs oproportionerligt och ersattes med ett förslag om att de ska baseras på undandragen tull och annan skatt.³⁸ Vidare har det med hänsyn till proportionalitetsprincipen framhållits att det ska finnas goda möjligheter att beakta såväl förmildrande som försvärande omständigheter vid beslut om sanktioner.³⁹

4.5 Tullrättsliga sanktioner i svensk rätt

I svensk rätt finns både straffrättsliga och förvaltningsrättsliga sanktioner för överträdelse av tullagstiftningen. Bestämmelserna var föremål för viss översyn i samband med att en ny svensk tullagstiftning utarbetades. Av skäl som närmare beskrivs nedan genomfördes dock inga mer omfattande ändringar av sanktionslagstiftningen.

Straffrättsliga sanktioner finns i lagen (2000:1225) om straff för smuggling och gäller ansvar för gärningar som rör införsel till eller utförsel från landet av varor. För att dömas för vissa brott, såsom smuggling och narkotikabrott, krävs uppsåt eller oaktsamhet (3–6 §§) medan vissa andra brott, såsom olovlig

³⁵ Tullrättsliga överträdelse och sanktioner, Regeringskansliet, Faktapromemoria 2013/14:FPM50 s. 1.

³⁶ Motiverat utlåtande från Sveriges Riksdag, bilaga 2 till Skatteutskottets utlåtande 2013/2014 SkU:35.

³⁷ Kommissionens årsrapport 2014 om subsidiaritet och proportionalitet, COM(2015) 315 final s. 9.

³⁸ Förslaget till betänkande s. 35.

³⁹ Förslaget till betänkande skäl 12 och s. 34.

införsel eller olovlig utförsel, endast förutsätter oaktsamhet (7 §). För tullbrott döms den som genom vissa uppsåtliga handlingar ger upphov till undandragande av tull, skatt eller avgift (8–10 §§). Vidare finns en straffrättslig bestämmelse i 5 kap. 2 § tullagen (2016:253). Enligt denna bestämmelse döms den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot föreskrift i tullagstiftningen eller mot vissa beslut som Tullverket meddelat med stöd av tullagstiftningen för tullförseelse. I 5 kap. lagen (1998:506) om punktskattekontroll av transporter m.m. av alkoholvaror, tobaksvaror och energiprodukter finns också straffrättsliga bestämmelser. Dessa kan tillämpas vid bland annat olovlig förflyttning av punktskattepliktiga varor som förs in till Sverige från ett område som tillhör Europeiska unionens punktskatteområde.

I svensk rätt finns även administrativa sanktioner. Sådana sanktioner påförs som tulltillägg eller förseningsavgift och regleras i 5 kap. tullagen. För tulltillägg föreskrivs att det ska tas ut bland annat ”av den som är gäldenär och skyldig att inge tulldeklaration skriftligen eller med elektronisk databehandlingsteknik och som på något annat sätt än muntligen under förfarandet har lämnat en oriktig uppgift till ledning för fastställande av tull.”⁴⁰ Förseningsavgift tas ut i vissa fall om en deklaration inte getts in senast vid den tidpunkt då den skulle ha lämnats.⁴¹ Tulltillägg och förseningsavgift tas ut på objektiva grunder. Det krävs varken oaktsamhet eller uppsåt.

Det svenska systemet med både straffrättsliga och administrativa sanktioner har, som nämnts, nyligen varit föremål för utredning.⁴² Bakgrunden var att systemet med dubbla sanktioner i flera avseenden befarades strida mot det s.k. dubbelprövningsförbudet i artikel 4.1 i det sjunde tilläggsprotokollet till Europakonventionen. Förbudet – *ne bis in idem* – innefattar både att inte bli lagförd två gånger och att inte bli straffad två gånger för samma sak.

Resultatet av utredningen blev bland annat att en ny lag stiftades, lagen (2015:632) om talan om skattetillägg i vissa fall. I lagen har bland annat en spärregel införts som innebär att åklagaren inte får inleda en skattebrottsprocess om Skatteverket dessförinnan har beslutat om skattetillägg gällande samma fråga och samma person. Omvänt får inte Skatteverket besluta om skattetillägg om åklagaren har inlett en skattebrottsprocess. Vidare har ett samlat sanktionsförfarande i en domstol införts som innebär att allmän domstol ska kunna besluta om även skattetillägg i samband med skattebrottsprocessen.

⁴⁰ 5 kap. 5 § tullagen.

⁴¹ 5 kap. 15 § tullagen.

⁴² SOU 2013:62 Förbudet mot dubbla förfaranden och andra rättssäkerhetsfrågor i skatteförfarandet s. 217–284.

I enlighet med sina direktiv gjorde utredningen också en översyn av systemet med tulltillägg och tullbrott.⁴³ Syftet var att undersöka hur rättssäkerheten skulle kunna stärkas ytterligare utan att effektiviteten i kontrollverksamheten och den enskildes uppgiftslämnande minskade. Utredningen kom fram till att även på tullområdet borde ändringar motsvarande de som föreslogs avseende skattebrott och skattetillägg göras.⁴⁴ Regeringen instämde emellertid inte i denna bedömning varför några ändringar i detta avseende ännu inte genomförts på tullområdet.

Som skäl för sitt ställningstagande hänvisade regeringen bland annat till det ovan nämnda reformarbetet på EU-nivå med en ny tullkodex och förslaget till ett direktiv om sanktioner på tullområdet. Enligt regeringens bedömning kommer sanktionsreglerna på tullområdet att behöva ses över om förslaget till direktiv antas.⁴⁵

Vidare var det regeringens uppfattning att behovet av ändringar på tullområdet inte var lika trängande som på skatteområdet. Visserligen har man av likställighetsskäl ofta behandlat de administrativa sanktionerna tulltillägg och skattetillägg på samma sätt. Regeringen påpekade att det emellertid finns flera skillnader, vilka också beaktats i tidigare lagstiftningsärenden.⁴⁶ Ytterligare ett skäl till att i nuläget inte genomföra några förändringar avseende tulltilläggen angavs vara att Europadomstolen inte i något avgörande förklarat att tulltilläggen utgör ett straff. Regeringens bedömning var att det inte heller är säkert att domstolen, om tulltilläggen blev föremål för dess prövning, skulle komma fram till att de utgör ett straff i Europakonventionens mening.⁴⁷

Ytterligare ett argument som framfördes för att göra en åtskillnad mellan skattetillägg och tulltillägg var att fysiska personer sällan påförs tulltillägg. Det innebär att även om en fysisk person åtalas för brott på tullområdet är risken minimal att samma personer också påförs tulltillägg. Om så ändå skulle vara fallet finns dessutom bestämmelser som innebär att åtal i en sådan situation endast får väckas om det är påkallat av särskilda skäl.⁴⁸ Reglerna om företrädaransvar, enligt vilka en fysisk person kan bli ansvarig för en juridisk persons skatter, gäller dessutom inte för tulltillägg.⁴⁹

⁴³ Dir. 2012/14 Stärkt rättssäkerhet i skatteförfarandet.

⁴⁴ SOU 2013:62 s. 226.

⁴⁵ Prop. 2014/15:131 Skattetillägg: Dubbelprövningsförbudet och andra rättssäkerhetsfrågor s. 65–66.

⁴⁶ Prop. 2010/11:165 Skatteförfarandet s. 490 ff.

⁴⁷ Prop. 2014/15:131 s. 65–66.

⁴⁸ Lagen (2000:1225) om straff för smuggling 31 §. Se propositionen En ny smugglingslag m.m. (prop. 1999/00:124 s. 178).

⁴⁹ Skatteförfarandelagen (2011:1244) 2 kap. 1 § och prop. 2014/15:131 s. 65–66.

5 Några knäckfrågor i förhållande till svensk rätt

Sverige har sprattlat rejält inför utsikten att behöva implementera det föreslagna direktivet om en unionsrättsliga ram för tullrättsliga överträdelser och sanktioner i alla dess delar. En viktig förklaring är att direktivförslagets innehåll i flera avseenden rimmar illa med den nu gällande svenska regleringen.

I det omarbetade förslaget har visserligen en del av den kritik som framförts från svensk sida beaktats. Således föreslås inte längre att den aktuella regleringen på unionsnivå ska omfatta straffrättsliga sanktioner. Det lämnas åt medlemsstaterna att även fortsättningsvis besluta om sådana sanktioner. Men för svenskt vidkommande löses nog inte problemet så enkelt. Svårigheterna bottenar i den utmaning det innebär att förena den svenska ordningen, som består av såväl straffrättsliga som administrativa sanktioner, med den föreslagna unionslagstiftningen. En av stötestenarna är att det görs en tydlig åtskillnad i svensk rätt mellan administrativa och straffrättsliga sanktioner när det gäller användandet av subjektiva rekvisit såsom uppsåt och oaktsamhet.

Enligt direktivförslaget bör medlemsstaterna se till att överträdelser sanktioneras på basis av vilken grad av skuld som föreligger. Förslaget täcker därför endast överträdelser som begåtts med uppsåt eller av oaktsamhet. Det omfattar däremot ingen kategori för vilken strikt ansvar ska gälla.⁵⁰ De svenska administrativa sanktionerna tulltillägg och förseningsavgift utgår emellertid från ett i det närmaste strikt ansvar. Visserligen finns möjligheter till hel eller delvis befrielse av avgifterna i vissa fall, men de påförs på rent objektiva grunder. Vidare tillämpas de administrativa sanktionerna i praktiken endast för juridiska personer medan de straffrättsliga sanktionerna tillämpas för fysiska personer.

Att införa en ordning med bedömning av sådana subjektiva rekvisit som uppsåt och oaktsamhet för påförande av tulltillägg och förseningsavgift skulle rubba det svenska systemet i grunden. Vidare skulle det bli nödvändigt att genomföra en noggrann prövning av hur direktivets bestämmelser skulle kunna implementeras i den svenska rätten utan att detta strider mot dubbelprövningsförbudet. Som ovan nämnts har en sådan reform nyligen genomförts avseende skattetilläggen.

Det är inte bara det att det föreslås att straffrättsliga principer ska tillämpas för administrativa sanktioner. Som ovan beskrivits innehåller förslaget även en tydlig föreskrift om när medlemsstaterna som alternativ till administrativa

⁵⁰ Förslaget till betänkande artikel 2 punkt 1a och artikel 2 punkt b–d och motiveringarna.

sanktioner får tillämpa straffrättsliga sanktioner. Det betyder att EU de facto begränsar medlemsstaternas möjlighet att på denna punkt själva bestämma över sin straffrättslagstiftning. Här kan man ifrågasätta om inte EU överskrider sin kompetens, åtminstone om direktivet ska grundas på artiklarna 33 och 114 FEUF.

Till det som är svårast att förena med svensk rätt är förslaget om att tullmyndigheterna ska kunna träffa en överenskommelse med den som gjort sig skyldig till en överträdelse av tulllagstiftningen. En sådan möjlighet är idag helt främmande för svensk rätt. Det är oklart hur förfarandet i praktiken skulle kunna fungera utan att man gör våld på några av de grundläggande värderingar på vilka det svenska rättssystemet vilar, såsom bland annat principen om allas likhet inför lagen.

6 Avslutande ord

En naturlig utveckling av EU:s redan starkt harmoniserade tullrätt är att ta den ännu ett steg längre och säkerställa att medlemsstaternas regler för överträdelser och sanktioner blir enhetliga. Det finns flera goda argument för att så bör ske. Ett starkt skäl är att förbättra villkoren för de ekonomiska aktörerna. För dem som bedriver handel med andra medlemsstater inom EU är det av stor betydelse att dessa nationella sanktionsregler och deras konsekvenser är enhetliga och förutsebara. Samtidigt är det viktigt att minimera de möjligheter till missbruk som oenhetliga regler skapar.

Men om direktivförslaget antas kommer priset för dess implementering att bli högre för vissa av unionens medlemsstater än för andra. Detta förhållande avspeglas tydligt i medlemsstaternas bedömning av huruvida förslaget är förenligt med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Den officiella svenska bedömningen är att förslaget är alltför långtgående och att det inte visats att en reglering av gemensamma sanktionsskalor är nödvändig för att uppnå ett förstärkt tullsamarbete. Som ovan konstaterats kommer det att krävas mycket stora förändringar av svensk rätt om denna del av den större tullrättsliga reformen ska genomföras. Den främsta invändningen är dock att förslaget på vissa punkter inte är förenligt med grundläggande svenska rättsprinciper.

MICHIYO MOROZUMI

FAMILY CHANGE AND LABOUR LAW IN JAPAN

1 Introduction

Work and home are the basis of life for many people, and one's professional life is inseparably connected with his/her family life.

In Japan, a standard family model for leading a rich life was formed during the several decades following World War II, which includes the period of rapid economic growth. This model, having a close connection with the so-called Japanese employment practice, was based on the assumption that a husband worked for income, while a wife was engaged in maintaining the household. However, the social backgrounds that supported this standard model have been altered, and now both family and employment are undergoing profound changes.

Japanese labour law used to assume implicitly, under the strong influence of the employment practice, that the normal labour force consisted of the male regular employees, whose homes were entrusted to their wives. Now that the former family model and employment practice have proved unfit to fulfil their function as a standard, the legal system which was dependent on such model and practice needs a revision as well.

Since the 1990s, the Japanese government has been proactively promoting legal policy in the field of work-life balance as a countermeasure to the country's low birth rate and aging population. This resulted in a partial revision of the labour law, but many problems still remain to be solved. The present study attempts to consider the necessary revisions of Japanese labour law in view of the changes in family and employment, to evaluate the achievement of the recent legal policy, and to point out the future tasks.

2 Family changes

2.1 Construction of the 'post-war family model'

The family is a private domain that is bound by love and separated from the outside world, a unit where men and women divide the duties for a productive life, bear children and raise them. Family history scholarship has revealed that

this 'traditional' family image is not actually universal, and is only one of the historical family types that appeared in modern times.¹

There are various opinions about the period of the establishment of the modern family in Japan, but the elements comprised in our image of the 'traditional family', such as cohabitation of three generations, primogeniture, patriarchal rights and sharing of a common surname, prevailed in the Meiji era (1869–1912), were regulated through Meiji civil law and became the standard model.²

After World War II, the pre-war family model was replaced by the 'post-war family model', which 'aimed to achieve higher living standard through division of labour by gender role, i.e. the husband concentrated on paid work while the wife undertook housework and childcare'.³ The change in the composition of the population played a definitive role in the transformation of the family model. In the process of transition from a society of high birth and death rates to that of low birth and death rates, there appeared a period of high birth and low death rate, and this caused an increase in the number of children who grew to adulthood, resulting in a population explosion. The period of high birth and low death rates in Japan fell between 1925 and 1950, and the post-war family model became standardized through the 1950s to the 1970s, when the people belonging to this generation married and formed families.⁴ The firstborn son lived with the parents, but the other children left for the city, formed nuclear families in which the female spouses were housewives, and directed their energy and money to bringing up a small number of children. In addition, economic conditions contributed to the modification of the family model. Wages stabilized and increased through the post-war transformation in industrial structures and rapid economic growth, and this enabled the establishment and adoption of the one-income family model which aimed at producing a rich life.⁵

It should be noted that the post-war family model was different from the pre-war family model in nature.⁶ In the pre-war period, there were many family structures that differed from the standard model, and people were aware of and

¹ Y Senda, *Nibongata Kindai Kazoku: Dokokara kite doko he ikunoka* (Modern Family in Japan: Where did it come from and where is it going?), Keisoshobo, 2011 p 10.

² M Yamada, *Meisosuru Kazoku: Sengo-kazoku-moderu no keisei to kaitai* (A Stray Family: Establishment and Dissolution of the Post-war Family Model), Yuhikaku Publishing, 2005 p 109.

³ Yamada, *supra* note 2 p 118.

⁴ Yamada, *supra* note 2 p 141.

⁵ Yamada, *supra* note 2 p 138.

⁶ E Ochiai, *Kindai Kazoku No Magarikado* (The Modern Family at a Crossroad), Kadokawa Shoten, 2000 p 57.

approved of family diversity in accordance with the region and social class.⁷ The post-war family model, on the contrary, provided a goal attainable for all families in the social circumstance at the time, irrespective of their status, and carried out a function of the social norm which reflected the preferred family ideals for all people.

2.2 Disintegration of the family model

However, as Japanese society entered a period of low birth rate and low economic growth around 1975, the various conditions supporting the post-war family model disappeared. The changes started in the form of the part-time employment of wives and increases in late marriage, and by the second half of the 1990s, even more changes occurred in various ways, such as an increasing number of double-income households, an accelerated low birth rate, a higher divorce rate, greater difficulties in caring for elderly parents, increased disparity between households, an increased unmarried rate and changing norms related to love and gender.

Since the post-war family model is not universal, but merely one that is supported by specific social conditions, its disintegration is an unavoidable process which accompanies social change. Transformation in the family model took place in Europe and North America as well after the recession in the 1970s, and double-income families became common. Moreover, a variety of family ideals found approval, including cohabitation and parenting of children outside marriage.⁸ In contrast, Japan was not as seriously affected by the recession as Europe and North America, and the government continued to maintain a policy based on the post-war family model. Also, the full-scale entrance of women into the workplace was delayed. All these factors led to the survival of the revised old model until the 1990s.⁹ In this way, in modern-day Japan, families have become more diverse and more individualized, but there is no standard family model that is attractive and attainable for many people.

⁷ Yamada, *supra* note 2 p 112.

⁸ Yamada, *supra* note 2 p 210.

⁹ Yamada, *supra* note 2 pp 211–213.

3 Employment changes

3.1 Establishment of Japanese employment practices

From the period of economic growth to the 1980s, Japanese employment practices functioned as a standardized model in the labour market, as did the post-war family model. As is often pointed out, these two models were two sides of the same coin.

The model for Japanese employment practices has three components, i.e. lifelong employment, seniority-based wages and company-based unions, wherein companies simultaneously recruit new graduates as regular employees, provide long-term personnel training through practical training and reassignment, award pay rises and promotions based on age and years of service and guarantee employment until the age of retirement. Regular employees are ensured consistent treatment, whether they are white-collar or blue-collar workers, while in return they are obligated to be loyal to the company and unrestrictedly flexible in accepting, for example, transfers and overtime work.¹⁰ In reality, the target of long-term employment was largely regular male employees at major companies, and although there were many workers outside this category, Japanese employment practices functioned as social norms which reflected desirable employment ideals regardless of industry type or company scale.

Japanese employment practices, together with the post-war family model, exercised a massive influence on the development of the legal system for employment.

First, the principle of employment contracts was developed through legal precedents in which the employers' right to dismiss employees was strictly restricted, but the right of employers to engage in internal workforce adjustment (ex. transfers and overtime work) was widely recognized. This was an attempt to combine on a legal level both stable employment and the necessary flexibility for company management in accordance with Japanese employment practices.

Second, Japanese employment practices and the post-war family model determined the role of social security wherein family life was supported by income of male regular employees, complemented by a public social insurance

¹⁰ N Hisamoto, 'Seishain: Sono Gainen to Kigen' (Regular Employee: Definition and Origin), *Kikan Seisaku Keiei Kenkyu* 2010(2) p 25.

system.¹¹ In this way, while employment contracts were concluded between private parties, they took on the character of social promise, in which the state was also involved through the public social insurance system, to the effect that the economic stability of the family would be ensured through the earnings of men who would work without restriction for the sake of the company.

3.2 Deconstruction of Japanese employment practices as a standard model

Japanese employment practices were developed through the efforts of labour and management to find a system suited to the economic and social environment of the time. They were influenced by Japanese culture and national character, but at the same time equipped with an economic rationale.¹²

However, Japanese employment practices were also a relative model dependent on specific demographic and economic conditions. The 1980s witnessed the lower birth rate and aging population, change in the industrial structure and progress towards a globalized economy. After the burst of the bubble economy in the early 1990s, various changes in employment occurred, including increased unemployment, the deterioration of youth employment, an increase in the number of non-regular workers¹³, greater numbers of double-income households and the adoption of performance-based labour management. Recently, as the range of workers targeted for long-term stable employment inevitably decreased, people became conscious of such problems as inherent in the essential elements of Japanese employment practices, which include long hours of work, the male-centric system and the poor treatment of non-regular workers.

4 Locating the problems

4.1 What change signifies

In this way, Japan lost the post-war family model and the Japanese employment practices that functioned as a shared standard model.

Consequently, future labour law systems will need to have a design which,

¹¹ T Miyamoto, 'Seikatsu Hoshou: Haijo Shinai Shakai be' (Life Security: Towards a Society without Exclusion), Iwanami Shoten, 2009 pp 40–42.

¹² K Koushiro, 'Sanshu no Jingi' (Three Sacred Treasures of Japanese Employment Practices), The Japanese Journal of Labour Studies 1997(443) p 3.

¹³ According to the *Labor Force Survey* by the Statistics Bureau, Ministry of Internal Affairs and Communications, in 2015 non-regular employees accounted for 37.5 % of all employees, excluding executives.

rather than being a single model, presupposes the diverse forms of family and employment. In society today, people in all sorts of situations – regardless of their gender or family composition – need employment in order to support themselves and their families and obtain a connection with society. Also, it has become difficult to stereotypically predict individual life courses, and it is likely that everyone may have to deal with the difficulty of combining work and family at some point in his/her life. In such a society, instead of assuming male breadwinners to be standard workers, the labour law system must realize employment ideals in which workers in various types of life circumstances can ensure a work-life balance according to their own needs.

4.2 Challenges for labour law

4.2.1 *Discovering the family*

Labour law is a product of industrialization in the twentieth century. The popularization of factory work set up a clear divide in time and location between paid labour and other areas of people's lives, and legally, the home life of the worker was detached from the employment contract.¹⁴ This system protects the economic profit of the employer and, importantly, functions to protect the private domain of the worker from intervention by the employer. However, in reality, the workplace and the home have an integral connection in the lives of individuals, and in a society in which many people care for the home while also working, it is difficult to establish compatibility between work and home unless the employer pays due attention to family life of the employee.¹⁵

Under the modern legal system, the basis of labour relations is a contract agreed upon by the parties based on the free will. However, labour law has been imposing various protective restrictions on the contractual arrangement in order to secure the mental and physical health and safety of the workers.¹⁶ The development of labour law has its starting point in the factual discovery that workers are not abstract parties to the contract – as was assumed in classical theory of contract law – but living beings with flesh and mind, and that it is

¹⁴ M Asakura, 'Roudoubou ni Okeru' "Work-life Balance" no Ichizuke' (The Position of Work-Life-Balance in Labour Law), *The Japanese Journal of Labour Studies* 2009(599) pp 42–43.

¹⁵ M Morozumi, "Shigoto to Katei no Bunri" to "Shigoto to Katei no Chouwa" – Roudoubou ni Okeru Futatsu no Kiban to Haitenhouru? (Work-life Separation and Work-life Balance: Two Norms in Labour Law and the Rule of Transfer) in T Araki/R Yamakawa (eds), *Roudoubougaku no Tenbou*, Yuhikaku 2013 p 442.

¹⁶ A Supiot, *Critique du droit du travail*, 1994 Presses Universitaires de France pp 67–74.

impossible to detach the human mind and body from the labour that is traded in the employment contract. Just as it was once discovered that workers have minds and bodies, labour law today must acknowledge that workers have families, and that the individual has a limited amount of time and energy to give to both work and home. Therefore, labour law must include considerations for the home life of workers.

4.2.2 *Ensuring freedom to choose lifestyle*

Lifestyle related to family and work should be freely selected by the individuals, and the state is not permitted to force specific ideas on the people. However, this does not mean that the role of the state and of the law in this field should be denied.

First, it is necessary to revise those rules and systems in the existing law that prevent individual choice of lifestyle. Despite the significant changes that have taken place in the actual situations of family and employment, Japanese labour law contains many rules and systems based on the assumption that the image of workers in the previous model is valid. It should be noted, as some researchers point out warningly¹⁷, that the law in force itself contains rules and systems that generalize and fix definitive ideas of lifestyle. Thus it is imperative to revise the image of workers so that it can be utilized as a model in labour law today. This issue will be addressed in Section 5 below.

Second, in a society in which many people care for the home while also working, the law has an important role to play in *substantially* guaranteeing the freedom of the individual to choose a lifestyle for compatibility. In other words, the law should create a structure which provides every worker, whose situation differs from that of others, with a realistic – that is, achievable and acceptable – option for compatibility between work and home.

For this purpose, a wide variety of measures must be taken, including improvement of day care and nursing care services, but the major challenges for labour law are (1) ensuring the right of individual workers to flexibly adjust the forms of work, such as taking periods of leave and working shorter hours depending on the family situation, and (2) ensuring that workers who select flexible work styles are protected from unreasonably disadvantageous treatments. These challenges have been undertaken to a certain extent through legal policy in recent years. This point is further discussed in Section 6 below.

¹⁷ E Kasagi, 'Kazokukeisei to Hou', *The Japanese Journal of Labour Studies*, 2013(638) p 638–56.

5 Reconsideration of general rules in employment contracts

5.1 Employer's prerogatives as a fundamental principle

The essence of an employment contract is that the worker provides his/her labour to the employer in exchange for wages. The employer, based on the contract, has a unilateral right to decide on specific details of the work to be performed by the worker, provided that it does not violate compulsory provisions. This right plays an important role in terms of enabling the employer to avoid dismissing employees by adjusting the company's internal workforce (so-called 'functional flexibility').¹⁸

The problem is that the Japanese labour law system is so strongly influenced by the past family/employment models that the employer's prerogatives encompass being able to always demand that the employee work without temporal or locational limitations. Its most typical examples are the legal rules governing transfers and overtime work.

According to the court, as long as no explicit agreement that limits the work location or occupational type exists between the parties, the employer has a comprehensive right to order a transfer based on a general clause of the work rule, which constitutes a part of employment contract. Although an order of transfer is unlawful when the employer abuses the right, a 1986 Supreme Court ruling¹⁹ established that the order of transfer does not constitute an abuse of rights, except for (1) cases in which the transfer is not necessary for the job, (2) cases in which the objective or motivation of the order is unjustifiable, or (3) cases in which the worker is disadvantaged beyond the point which would normally be expected. Moreover, the Court's decision showed that separation from one's family because of relocation falls within the scope of disadvantage that is generally deemed acceptable for the worker, thereby taking a stance to acknowledge the employer's extensive right to order transfer. Such legal principles continue to be maintained today, but recent judgements in lower courts often state that employers are obliged to consider the family situation of the employee when ordering his/her relocation²⁰ and tend to view the order of transfer as an abuse of rights when issued to workers who look after family members with serious illnesses or disabilities.²¹

¹⁸ T Araki, '*Roudouhou*' (2nd edn) (Labour law), Yuhikaku, 2013 p 252.

¹⁹ Supreme Court Judging 1986.7.14 Rodouhanrei 477 -6.

²⁰ Osaka High Court 2006.4.14 Rodouhanrei 915 -60, Tokyo District Court 2002.12.27 Rodouhanrei 861 -69, Sapporo High Court 2009.3.26 Rodouhanrei 982 -44 etc.

²¹ Sapporo District Court 1997.7.23 Rodouhanrei 23 -62, Tokyo District Court 2002.12.27 Rodouhanrei 861 -69, Osaka High Court 2006.4.14 Rodouhanrei 915 -60 etc.

Next, with regard to overtime work, on the condition that the employer concludes and reports a labour management agreement (the so-called '36 Agreement') with the majority union or the majority representative at the workplace, the *Labour Standards Law* allows the employer to extend working hours based on the said agreement (Art. 36). The government has prescribed the maximum hours to be established in the 36 Agreement, but this standard is used only for administrative guidance and has no compulsory effect. In Japan, long working hours have been recognized as a serious social problem.²² However, in view of the fact that overtime work has contributed to flexible deployment of the labour force and prevention of dismissal under the long-term employment system,²³ Japanese labour law refrains from defining the upper limit of the overtime working hours with compulsory regulations, as has been adopted in the European countries. Also, a 1991 Supreme Court ruling²⁴ stated that, when the 36 Agreement is concluded and the work rules contain a general clause that permits the employer to order overtime work by the effect of the 36 agreement, this clause is deemed to constitute a part of the employment contract (*Labour Contract Act*, Art.7), and the employer has the right to force the employee to work overtime without consent. It is possible that overtime work that causes a severe disadvantage to the worker can be deemed an abuse of rights, but as a general rule, the employer may flexibly demand overtime work as a job requirement within the framework of the 36 Agreement.

5.2 Perspectives for reconsideration

The undertaking of childcare and nursing care is a long-term, changing process. Although support for workers with family responsibility is generously provided on the basis of special regulation such as the *Child Care and Family Care Leave Act* (hereafter *CCFCL Act*), the period and extent of the protection is limited. If workers can be required to work unlimitedly outside the scope of the protection, there is no realistic option for many people to make work and home compatible on a long-term basis. This is evident from a survey conducted in 2010²⁵ which showed that around 60 per cent of working

²² In the 2008 Labour Standard Law revision, in order to restrict overtime labour, the rate of additional wages paid for overtime work exceeding 60 hours per month was raised from 25 % to 50 % (Article 37 Item 1).

²³ Araki, *supra* note 18 p 147.

²⁴ Supreme Court Judgment 1991.11.28 Minshu vol 45 -8 -1270.

²⁵ National Institute of Population and Social Security Research, '14th basic survey on childbirth trend (survey of couples)' 2010.

women in Japan left their job when they got pregnant and gave birth to their first child.

To create structures that ensure workers a realistic option for the compatibility between work and home, it is essential for companies to review their labour management policies. And from a legal perspective, the image of workers and those rules that are generally applied to labour relationship must be revised according to the changes that have occurred in society. That is, the working style that is unrestricted in terms of time and location should no longer function as a standard, and a new theory for employment contract is required – a theory that presupposes that employees need time to spend with their families, and that workers are possibly prevented from working in an unlimited manner, due to certain circumstances, at some point in their working lives.

Some regulations of *the Labour Contract Act* which was enacted in 2007 provide a basis for creating new rules. Art. 3 [3] of the said Act states that the basic principle is that ‘a labour contract is to be concluded or changed between a worker and an employer while giving consideration to work-life balance’ (referred to hereafter as ‘the principle of consideration for work-life balance’). This article in itself does not establish specific rights and obligations, but the idea is deemed to be one of the considerations that should be taken into account when interpreting employment contracts and applying rights abuse laws.²⁶

‘The principle of consideration for work-life balance’ does not change the basic rule that assures the employer the unilateral right to decide on the details of the work to be performed, but it does demand a reasonable interpretation of the employment contract based on this principle. As stated above, Japan’s courts have conventionally tended to rule that the worker must work without restriction according to the orders of the employer, as long as there is no explicit agreement in place. However, in light of the intention of the above principle, interpretation of the scope of work required, based on the employment contract, should be limited in view of work-life balance. Also, as a worker’s life course cannot be predicted at the time of his/her recruitment, reasonable interpretation of employment contracts should presuppose adjustments and considerations in accordance with the changes which will likely occur in the worker’s future life. For example, it is not reasonable to interpret employment contracts as meaning that the worker has the duty to

²⁶ T Araki, K Sugeno and R Yamakawa, ‘*Shousetsu Roudoukeiyakuhou*’ (Commentary on the Labour Contract Act), Koubundou, 2008 p 75.

comply with any type of transfer throughout the entire period of the contract if there is no clear agreement restricting the work location at the time of the worker's employment.

There are numerous problems to be found in the working time regulations. Long working hours are a structural problem that is rooted in Japan's employment system, and it is not likely that the voluntary attempts by companies to solve the problem will achieve satisfactory success. Accordingly, serious consideration should be given to the introduction of legal control by stipulating rest time and the upper limit of working hours, as is adopted in European countries, in order to protect the health and work-life balance of workers.²⁷ Also, the scope of the right to demand overtime work based on employment contracts should be interpreted, just as in the case of the right to demand transfer, in accordance with the objective of 'the principle of consideration for work-life balance.'

6 Legal systems that support compatibility between work and home

6.1 Development of legal policy

6.1.1 *Maternity protection based on the Labour Standard Law*

Support for compatibility between work and home is both an old and a new problem.

In the *Labour Standard Law* enacted in 1947, protective regulations were established to restrict overtime work and night work only for women, in view of their perceived physical weakness and home responsibilities. However, with the enactment of the Law of *Equal Employment Opportunity between Men and Women* (hereafter *EEO Law*) in 1986, these earlier regulations were deemed contradictory to the concept of equal treatment of men and women and were sequentially annulled, except for protection for pregnancy and childbirth. The current *Labour standard law* guarantees pregnant women the right to maternity leave (Art.65[1] and [2]) and the right to request a transfer to light duties (Art. 65[3]). These provisions fulfil an important function in supporting the compatibility between work and home life, but the original

²⁷ A Kajikawa, 'Nihon no Roudoujikan Kisei no Kadai: Choujikan Roudou no Genin wo meguru Hougakuteki Bunseki' (What needs to be done to the working time regulations in Japan? A legal analysis of the cause of long working hours), *The Japanese Journal of Labour Studies* 2008(575) p 23.

objective is to protect the health of pregnant women and children²⁸, and the Law maintains the effectiveness of these provisions through penalties for failure to abide by the law in order to achieve this objective.

6.1.2 *Legal policy since the 1990s*

In the 1990s, work-life balance was recognized by the Japanese government as an urgent policy issue in response to the country's low birth rate and the aging population, and the government started promoting support for achieving compatibility between work and home. An overview of legal policy since the 1990s makes it possible to identify two major currents.

The first current is an attempt to increase possibility for compatibility by authorizing employees to adjust their own working style. *The CCFCL Act* was enacted in 1991 to ensure the right to childcare leave. It expanded the scope with each revision (in 1999, 2001, 2004, 2009 and 2016), and now it legally guarantees workers, both men and women, the right to adjust their working style, including the right to childcare leave (in principle for one year, which can be extended up to one year and six months), nursing care leave (up to 93 days), adjustment of work style by reducing work hours, and exemption from overtime or late-night work for the purpose of providing childcare or nursing care. The employer is not obliged to pay wages during the period in which the employee does not work owing to a leave or a reduction in working hours, but social insurance benefits (in principle, 67 per cent of the wage before the employee leaves) are provided on the basis of employment insurance law.

These provisions of *the CCFCL Act* have considerably restricted the employer's prerogatives to decide on the obligations of the employees – prerogatives which were widely recognized under Japanese labour law – and thus revised the basic principle of employment contract, as regards the employees who look after their small children or are engaged in providing nursing care to family members.

The second current is the development of the legal regulations concerning the disadvantageous treatment of workers who choose a work style that facilitates making home responsibilities compatible with work, such as taking maternity leave and childcare leave, limitations on work locations, and part-time work. The recent legal revisions clearly stipulate the prohibition of disadvantageous treatment by an employer owing to pregnancy, childbirth, taking maternity leave and so on (*EEO Law* Art. 9 [3] and [4]), and the

²⁸ K Teramoto, '*Roudou-Kijunhou Kaisetsu*' (Commentary on the Labour Standard Law), Shinzansha 1998 (original ver. 1948) p 301–305.

prohibition of disadvantageous treatment owing to an employee exercising his/her rights based on *the CCFCL Act* (Art. 10 and 16 etc.). Also, in 2006 a prohibition on indirect discrimination based on gender was laid out in a revision to *the EEO Law* (Art. 7). The enforcement regulations of the said law (partially revised in 2014) specify that, unless an employer provides a reasonable ground, the following items constitute indirect discrimination against women: (1) transfer accompanied by relocation as a requirement for recruitment, employment, promotion or occupational transfer and (2) transfer experience as a requirement for promotion. Furthermore, in the 2014 revision of *the Law on Part-time Workers*, a general prohibition on an *unreasonable* difference in treatment between part-time workers and 'general workers' (meaning in principle full-time workers in the same workplace) was introduced (Art. 8).

As a whole, the new rules prohibiting the unreasonably disadvantageous treatment of workers who select limited work styles for the reasons of family or other situations are gradually being adopted into labour law. These are new types of equal employment rules, which differ in nature from classic discrimination prohibitions that are based on a model of 'treating as equal that which is equal'.

In Japan's employment system, employers' expectation that employees continue to work in an uninterrupted and unlimited manner is taken to be the standard employment relationship. The structure, which is strongly influenced by past employment models, creates major disadvantages for employees who select a work style that is not 'standard'. Even if the employer does not have any intention to discriminate against those employees, following the previous method of personnel management often leads to a marked difference in wages and other working conditions between male and female employees and between regular and non-regular employees. In order to correct those structural differentiations, the new rules highlight the rationality of treatment for employees who choose 'non-standard' work styles, regardless of the subjective intent of the employer. These rules require employers to review wage systems and personnel management, so that amendments that are suited to social changes can be gradually introduced into employment systems.²⁹

The new rules are similar to the non-discrimination law in guaranteeing individual employees a legal right not to be treated disadvantageously without reason. However, as stated above, they are policy-oriented rules which aim for

²⁹ M Morozumi, '*Kazoku no Henka to Roudouhou*' (Family Change and Labour Law) in Y Hasebe et al (eds), *Shakai no Henka to Hou*, Iwanami Shoten 2014 p 147–148.

gradual achievement of substantial equality in the Japanese labour market; therefore they should be distinguished and interpreted differently from classical non-discrimination law.

6.2 The scope of prohibited disadvantageous treatment

The negative treatment of employees who select non-standard work styles takes various forms. What is a prohibited treatment under the new rules?

Some judgements from lower courts show certain rules regarding the legality of wage reduction and the non-payment of bonuses owing to not working as a result of taking maternity leave, childcare leave or working reduced hours based on the *CCFCL Act*. The starting point is that the employer is not obliged to pay wages for periods in which a worker does not work, unless there is a special agreement between the parties. However, the treatment becomes prohibited when the disadvantage the employee suffers exceeds the 'no work no pay' principle, such as not paying in full any end-of-year bonuses despite the worker's returning to work in the middle of the fiscal year, and failing to provide a pay rise in the following fiscal year owing to diminished work attendance.³⁰

With regard to transfer, demotion and other personnel changes, some judgements from lower courts have determined that, on the premise that the employer is afforded considerable discretion in connection with worker deployment, in cases wherein the job-related need for transfer or demotion is recognized and the reason of the treatment cannot be said to be *only* owing to taking maternity/childcare leave etc., such treatment does not correspond to prohibited disadvantageous treatment.³¹

In 2014, the Supreme Court made a notable decision that was largely unconventional with regard to the legality of a demotion of a pregnant worker.³² In this case, a physiotherapist working as assistant chief of an outpatient rehabilitation department at a hospital was demoted after requesting a transfer to lighter duties due to her pregnancy. The employer explained the demotion was a result of the personnel situation in the department to which she was transferred.

EEO Law Art.9 [3] prohibits disadvantageous treatment due to requests for a transfer to light duties based on the *Labour Standard Law*. The ruling showed

³⁰ Tokyo High Court 2011.12.27 Roudouhanrei 1042 -15, Osaka High Court 2014.7.28 Roudouhanrei 1104 -71, Tokyo District Court 2015.10.2 Unpublished.

³¹ Tokyo District Court 2011.3.17 Roudouhanrei 1027 -27, Nagoya District Court 2008.2.20 Roudouhanrei 966 -65, Hiroshima High Court 2012.7.19 Roudouhanrei 1100 -15 etc.

³² Supreme Court 2014.10.23 Minshu, vol 68 -8 p 1270.

that a demotion involving an employee being assigned to lighter duties during her pregnancy violates the law, with the exception of (1) cases in which the employee can be regarded as having consented to the demotion of her own and genuine volition, based on an objective recognition, taking into consideration (i) the content of the demotion (ex. scale of disadvantage) and its process (ex. whether the employer has properly explained the potential of returning to the original position) and (ii) the speech and conduct of the worker, or (2) cases in which not demoting said employee could create serious and specific job-related obstacles for certain reasons.

This ruling reverses the principles of and exceptions to conventional case law, and imposes the duty on the employer to prove the exception; it also specifies broad restrictions on employer's prerogatives based on employment contract. The framework demonstrated by this ruling relates to the legality of demotion of an employee who is assigned to light duties, but it can likely influence the interpretation of other disadvantageous treatments regulated in *EEO Law* Art. 9 and that of the disadvantageous treatments prohibited in the *CCFCL Act*. As a result the ruling has major significance, both theoretically and practically.³³

With regard to this ruling, there is criticism by some legal scholars, who understand *EEO Law* Art. 9[3] as a ban on discrimination on the ground of pregnancy and taking maternity leave etc., that the intention of the employer to discriminate should determine whether it is a violation of Art.9[3], and that exceptions owing to the consent of the individual and job-related obstacles should not be considered.³⁴ However, in my opinion, the Supreme Court is correct in differentiating between classical non-discrimination rules and Art.9[3], and the court establishes a suitable legal interpretation with consideration for the diverse situations of workers during pregnancy and childbirth as well as for the profit of the employer.³⁵

6.3 Challenges for legislating policy

As shown above, legal policy regarding work-life balance in Japan is undergoing remarkable development, but some challenges still remain. One challenge is how to ensure the rights of fixed-term workers. In the *CCFCL Act* in Japan, the objective of childcare leave and nursing care leave is to help the

³³ The Ministry of Health, Labour and Welfare has revised the interpretation of *EEO Law* Art. 9 [3] and *CCFCL Act* Art. 10, and has taken a position in which the scope of disadvantageous treatment prohibited by these regulations is determined by the standards of this ruling.

³⁴ Y Mizumachi (Precedents exegesis), *Jurist* 1477 (2015) p 106.

³⁵ M Morozumi (Precedents exegesis), *Jurist* 1494 (2016) p 113–114.

worker continue working at the same company (Art. 1 of the said Act), and fixed-term workers who do not expect to continue their employment with the company after the period of leave are excluded from the guarantee of these rights. Although these restrictions were relaxed in the 2016 revision, they continue to exist.

From a comparative perspective, such legislation is rare, and because the possibility to continue employment is not clear at the time an employee requests leave, there have been proposals to abolish the requirement related to the continuation of employment. Fundamentally, the objective of childcare leave and so forth is not limited to continued employment, and it should instead be positioned as a system related to the basic rights of workers so as to reconsider the ideals of the legal system.

7 Conclusion

The mission of the joint standard model for the post-war family and Japanese employment practices has come to an end, and Japan has entered an era of diversity. In a society where many people require compatibility between work and home, every individual should have substantial freedom to choose a lifestyle appropriate for the achievement of such compatibility, and the conditions required for this must be legally established.

Since the 1990s, the Japanese government has supported compatibility between work and home in order to raise the birth rate and utilize the female workforce. Considering recent legal policy as a whole, employees are legally guaranteed the right to modify their work style to fit situations such as childcare and nursing care, and more rules have been established to prohibit unreasonably disadvantageous treatment for workers who select a work style which entails interruptions and limited flexibility. On this basis, with regard to pregnant women and employees who engage in childcare or nursing care, considerable restrictions have been placed on the employer's prerogatives based on employment contracts – prerogatives which at one time were widely recognized.

Japan's employment system once offered few options for providing flexible work methods, and its structure is likely to cause disparity between the employees who take leave or work part-time and those who do not. But recent legislation and legal precedents demand that employers review conventional personnel management practices, and new rules have been developed which promote revised employment systems suited to the changes taking place in society.

On the other hand, outside the scope of protection provided in *the EEO Law* and *the CCFCL Act*, conventional rules are being applied to workers on the premise of unlimited-work. To ensure substantially the freedom of individuals to choose a lifestyle in which work and home are compatible, it is necessary to review the legal system, which maintains a close connection with past models, and propose general rules for employment relationships that are based on workers' diversity and the need for work-life balance. In other words, the family changes require us to reconsider the employer's extensive prerogatives, which have been one of the fundamental principles in Japanese labour law, and to attain a new balance between security and flexibility in labour market. From this perspective, it is significant that *the Labour Contract Act* has incorporated 'the principle of consideration for work-life balance' as its basic idea. Still, numerous challenges remain to overcome in the future.

TAEKO NAKANO

ELDERLY PEOPLE'S RIGHTS IN THE JAPANESE ELDER CARE SYSTEM

1 Introduction

Professor Ann Numhauser-Henning states the importance of elder law research against the background of the aging population and its socioeconomic impact in the European Union.¹ The situation is similar, or much worse, in Japan, where the population has been rapidly aging compared to that of other developed countries.² The fertility rate in Japan is very low – 1.42 in 2014.³ According to the projection by the National Institute of Population and Social Security Research, the total population of Japan was 128.06 million in 2010 and is now decreasing. It is estimated that the total population will decrease to around 116.62 million by 2030 and then to 86.74 million by 2060. The proportion of elderly (people aged 65 and older) is expected to increase from 23.0% as of 2010 to 39.9% in 2060. The share of the working-age population, those aged 15–64, will decrease from 63.8% in 2010 to 50.9% by 2060. The old-age dependency ratio, the percentage of the old-age population relative to the population of the working-age group, will increase from 36.1 in 2010 to 50.2 by 2022.⁴

Although 'elder law' is not yet established as an independent research area in Japan, many legal scholars recognize the importance of studying law and regulations related to the elderly and legal questions raised in the aging society. As concerns social law, the aging society will bring many difficulties for the social security systems. On one hand, the growing number of elderly people rapidly increases social security expenditures, especially in public pension, health insurance and elder care. On the other hand, the decline of the working-age population, those who pay taxes and social security contributions, will

¹ A Numhauser-Henning, 'An Introduction to Elder Law and the Normative Elder Law Research Environment' in A Numhauser-Henning (ed.), *Introduction to the Normative Elder Law Research Environment* (Lund University, 2013), 25.

² Ministry of Health, Labour and Welfare, *Heisei-27nen-ban Kosei-rodo-hakusho* [Annual Health, Labour and Welfare Report 2015] (Nikkeiinsatsu, 2015), 26. The English summary is available: www.mhlw.go.jp/english/wp/wp-hw9/index.html, last accessed 2016-07-11.

³ Ministry of Health, Labour and Welfare, *Heisei-27nen-ban Kosei-rodo-hakusho*, 28.

⁴ www.ipss.go.jp/site-ad/index_english/esuikei/econ2.html, last accessed 2016-07-11.

make it difficult to maintain the social security systems financially. The government has already carried out several reforms to improve the sustainability of the social security systems.⁵

Also, from the view point of social law, it is important that the elderly people's right to live with economic, social and cultural dignity should be guaranteed through the social security systems. Article 25 Paragraph 1 of the Constitution of Japan⁶ guarantees people's right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living. Paragraph 2 of the same article requires the state to promote social welfare and security to realize its purpose. Article 25 is not specific for the elderly, but is of course applicable to them.

In the Norma Elder Law Research Environment, elderly citizens' social rights in marketized elder care comprises an area of study.⁷ The elder-care system in Japan also experienced marketization in the late 1990s. Here, I want to introduce the recent trend of the elder-care system in Japan and how elderly people's rights are secured or not secured in the system.

2 Long-Term Care Insurance in Japan

2.1 *The principle of public responsibility in social welfare*

Until 1999, elder care in Japan was mostly provided and financed by the municipalities. The essential principle in the social welfare system in post-war Japan was the principle of public responsibility. Public authorities – mainly the municipalities – had responsibilities for determining the services that were to be provided, carrying out these services and financing them. Welfare services were financed by taxes for the most part, while only a small portion was paid by service recipients.

However, due to the significant shortfall in public service provision, it was impossible to improve social welfare operations without involving private

⁵ For example, through the amendment in 2004, the idea of defined-contribution was introduced into the public pension system in Japan. From 2004 the contribution rate to public pension insurance was raised and from 2015 the level of old-age pension benefit was lowered. The reductions in pension benefits were planned to start in 2007, but were delayed for eight years because of deflation. As concerns the public health insurance, the Late-Stage Medical Care System was established in 2008. This system is specific for people aged 75 and older, and is operated separately from the systems for younger people. The introduction of the Late-Stage Medical Care System entailed increases in contributions for many elderly people.

⁶ Unofficial English translations of selected Japanese laws are available on the website operated by the Ministry of Justice: www.japaneselawtranslation.go.jp/?re=02.

⁷ M Katzin, 'Citizens as Customers – Social Rights and the Marketization of Elder Care' in Numhauser-Henning, *Introduction*, 109.

service providers. Thus, it was generally approved for the municipalities to entrust welfare service operations to private entities – social welfare corporations. The social welfare corporation is a special corporation which is strictly regulated by the Social Welfare Act.⁸ Because social welfare corporations had a highly public nature, and as far as the municipalities took the initiative in managing service operations, the entrustment of welfare service operations to social welfare corporations was not regarded as a deviation from the principle of public responsibility. In 1997, 3,713 intensive care homes for the elderly⁹ operated in the whole country, of which only 306 were operated by public bodies. The majority, 3,407 homes, were run privately.¹⁰ In this context, the Japanese elder-care system was quite privatized already at its early stage.

2.2 *The introduction of Long-Term Care Insurance*

Japan experienced rapid economic growth from the mid-1950s, and with this background, the post-war social welfare system improved steadily. However, after the oil crisis in 1973, the Japanese economy entered a period of low growth. At the same time, the country experienced changes in demographic and other social situations. The declining fertility rate and aging population raised the problem of how the shrinking younger generation should support the increasing needs of nursing care for the elderly. The trend toward nuclear families and the increasing working rate of women lowered the care-giving capacity within families. In 1980s, so called 'social hospitalization', which means that elderly people are hospitalized for a long time for non-medical reasons – such as family circumstances and a shortage of nursing care facilities – became a social problem.

Meanwhile, the conventional social welfare system was not fully adaptable to the socioeconomic changes. Scholars criticized the following problems about the system.¹¹ 1) Because the municipalities often decided types of services and their providers unilaterally, people could not choose services or

⁸ The Social Welfare Act regulates matters common to the whole social welfare system.

⁹ The intensive care home for the elderly is a facility which admits persons aged 65 or older, who require full-time nursing care due to substantial physical or mental disabilities and who have difficulty receiving such care at home, and provides them with nursing care. This is currently regulated in Article 20-5 of the Act on Social Welfare for the Elderly (ASWE).

¹⁰ Ministry of Health and Welfare, 'Heisei-9nen Shakai-fukushi-shisetsuto-chosa' [Annual Report on Social Welfare Facilities 1997], Table 1–1. www.e-stat.go.jp/SG1/estat/List.do?lid=000001051001, last accessed 2016-07-14.

¹¹ T Kato, and others, *Shakai-hosho-ho Dai-6han* [Social Security Law, 6th ed.] (Yuhikaku, 2015), 257–258.

their providers. 2) Laws at that time stated municipalities' authority to provide welfare services for people, but there was no text about application procedure for recipients to use welfare services.¹² Thus, court cases denied recipients' right to apply for and receive welfare services.¹³ 3) With the background of the shortage of care facilities, municipalities had considerable discretion in the distribution of welfare services.¹⁴ The waiting lists to receive services were often very long and people had to wait for many months before being admitted to care homes. 4) Because municipalities generally provided welfare services directly or via entrustment to social welfare corporations, there was very little competition between service providers. Also, the minimum standards for care facilities were set by the national government and this made the welfare services uniform and low-quality throughout the country.

To solve these problems, in the late 1990s, the national government launched a drastic reform, which is called the Basic Structural Reform of Social Welfare. The reform covered not only elder care, but also child care and welfare for handicapped people. The reform brought deregulation and marketization into welfare service provision and enabled profit-making organizations and other business operators to enter the welfare market. It aimed to increase volume of service provision and offer service recipients a wider choice of services, as well as to promote competition between service providers so as to enhance the quality and efficiency in welfare service provision. Moreover, the framework to provide welfare services changed from the system based on the administrative decision to a new system based on contracts directly concluded between service users and providers. As concerns elder care, the Long-Term Care Insurance Act (LTCIA) was enacted in 1997 and put in force in 2000. It was

¹² For example, Article 10-4 paragraph 1 of ASWE before the amendment of 1997 stated that 'a municipality *may* implement the following measure as the necessity arises: (i) in cases where the municipality finds that, a person who is 65 years of age or older suffers difficulty with activities in his/her daily life due to any physical or mental impairment, a measure to provide such person with the services prescribed by Ordinance of the Ministry of Health and Welfare at his/her own home...'

¹³ In the case from Osaka High Court, June 21, 2001, *Hanrei-chihōjichi*, No. 228, 72, an elderly woman requested Osaka city to dispatch in-home helpers to her seven times a week in the year of 1996, but the city decided to dispatch in-home helpers three times a week. The woman made a claim against the city for her mental anguish. The Osaka High Court confirmed that Article 10-4 of ASWE at that time did not stipulate an individual person's right to apply for in-home service, and thus the decision made by the city was not unfavourable for the elderly woman. A similar idea about child care can be observed in Tokyo High Court, March 28, 1989, *Tokyo-koto-saibansho (Minji) Hanketsu-jihō*, Vol. 40, No. 1-4, 31.

¹⁴ Osaka High Court, June 21, 2001, *supra* note 13, confirmed that municipalities had discretion over how to dispatch in-home helpers among elderly people, taking into consideration the shortage of financial and human resources.

considered that the relationship between contributions and service provision is clearer in a social insurance than in a tax-based system, and that such clarity could facilitate public understanding regarding financial burdens for long-term care services.

2.3 Overview of the Long-Term Care Insurance system

Each municipality operates Long-Term Care Insurance in its area. People aged 40 and above are insured and have to pay insurance premiums.

Elderly persons who wish to receive long-term care service must apply to municipalities for certification on long-term care need (Article 19, LTCIA).¹⁵ Article 27 of LTCIA clearly states the application procedure for certification on long-term care need and thus it guarantees elderly people's right to apply for the services. In addition, the standards for certifying long-term care need are set in an ordinance of the Ministry of Health, Labour and Welfare,¹⁶ and are uniform nationwide. Municipalities have to certify long-term care need based on physical and psychological conditions of elderly persons and cannot consider other circumstances such as the family situation or municipalities' financial resources. Compared to the system before the Basic Structural Reform of Social Welfare, under LTCIA, municipalities now have no discretion as to whether or how much service should be provided to an elderly individual.

The certification on long-term care need consists of seven levels: two levels of 'Requiring support' and five levels of 'Requiring long-term care'. The certified level determines the kind of care service and how much service an elderly individual can receive from the insurance. For example, the monthly limit of in-home care service is set up according to the levels of long-term care need. Another example is that only people who have received certification of 'Requiring long-term care' are eligible for facility services.

Elderly persons who have received certification choose service providers from among providers designated by a prefectural governor, and conclude service contracts with the chosen providers. Restrictions on private service providers were significantly deregulated by the Basic Structural Reform of

¹⁵ Persons aged 65 or older are eligible to receive long-term care service through the insurance regardless of the cause of their care need. However, persons aged between 40 and 64 are eligible for long-term care service only when they need such care due to specified disease caused by aging, such as pre-senile dementia.

¹⁶ Ordinance of the Ministry of Health and Welfare No. 58 of 1999. The Ministry of Health and Welfare merged with the Ministry of Labour and became the Ministry of Health, Labour and Welfare in 2001.

Social Welfare. Basically, any private entities meeting standards set up by a prefecture can participate in in-home service operation (Article 70, LTCIA). In 2014, there were 33,911 home-help service operators in the whole country and 64.4% of them were profit-making companies.¹⁷ On the other hand, in principle only municipalities or social welfare corporations can administer facility services (Article 60, Social Welfare Act). This is because people staying in welfare institutions are highly dependent on the service they receive, and such welfare facilities are greatly needed to ensure stability in their operation. In 2014 the number of intensive care homes for the elderly was 7,249, with 93.8% of these operated by social welfare corporations.¹⁸

When elderly persons receive long-term care services from the chosen service providers, they have to pay basically 10% of the expenses for services. The remaining 90% of the expenses is paid by Long-Term Care Insurance as insurance benefit (Article 41, LTCIA). Thus, under LTCIA, municipalities are responsible for providing money for service expenses. They are no longer responsible for providing care services by themselves. This means that the meaning of the principle of public responsibility in social welfare has changed.¹⁹

Long-Term Care Insurance is a social insurance, but it is not fully financed by insurance premiums. The insurance is financed half by insurance premiums paid by insured persons and their employers, and half by national and local taxes.

3 Protection for elderly people's rights in the contract-based system

With the introduction of Long-Term Care Insurance, as I wrote above, the provision of elder care has been marketized and care services are now provided based on contracts concluded between elderly people and service providers.

¹⁷ Ministry of Health, Labour and Welfare, 'Heisei-26nen Kaigo-sabis-shisetsu-jigyosho-chosa' [Annual Report on Long-term Care Facilities 2014]. www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/kaigo/service14/index.html, last accessed 2016-07-22.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Nagoya District Court, March 26, 2008, *Hanrei-jiho*, No 2027, 57 is a case relating to welfare service for handicapped people. A blind person was provided with in-home service directly by Nagoya city for 17 years, but the city closed down its in-home service in 2005 and annulled the service contract with the person. The person claimed that the discontinuance of the service was against the Constitution, the Act for the Welfare of Persons with Physical Disabilities and other related regulations. Nagoya District Court confirmed that it was not against the laws and regulations that the city had stopped its direct operation of in-home service, considering the fact that a sufficient number of private service operators provided in-home service in the area of the city.

Elderly service users have freedom of choice and their rights in using services are clearly defined by contracts. However, due to sickness or psychological problems, elderly people often do not have sufficient decision-making capacity. In addition, there is a gap between service providers and elderly people in terms of knowledge and information regarding service content, and elderly people have poorer negotiation abilities for concluding contracts than do service providers. In this context, the elderly must be provided with a variety of support measures in order to choose a service provider appropriately, and conclude a fair contract.

3.1 Support for people with insufficient judgment

According to the Chapter 2 of the Civil Code, a person whose ability to judge is not sufficient, his or her spouse, a close relative or a public prosecutor can request the family court to order the commencement of adult guardianship.²⁰ When a guardian of an adult is appointed, a guardian signs a contract on behalf of an adult ward, gives consent to a juristic act performed by an adult ward, and cancels an unfavourable act which is performed by an adult ward without consent of the guardian. The mayor of a municipality may also file a request for the commencement of adult guardianship when it is especially necessary for the welfare of a person who is 65 years or older (Article 32, Act on Social Welfare for the Elderly (ASWE)). This can happen for example when an elderly person has a severe mental disorder and has no relatives. At the end of 2015, 191,335 persons were under adult guardianship in the whole country, and most of them are the elderly.²¹

To commence adult guardianship, a ruling by the family court is necessary. 55.2% of cases relating to adult guardianship require more than one month to be settled and 23.8% take more than two months.²² In addition, a person in need has to pay all the costs relating to the guardianship, for example costs relating to procedures at the family court, costs of medical examination and remuneration to the guardian. Thus, for persons in need or their families to use the adult guardianship system, a lot of time and expense is required.²³

²⁰ The Civil Code provides three kinds of adult guardianship system, i.e. guardianship, curatorship and assistance, depending on the insufficiency of a person's judgement.

²¹ Supreme Court of Japan, 'Seinen-koken-kankei-jikenno-gaikyo Heisei-27nen 1gatsu-kara-12gatsu' [Report on cases relating to adult guardianship, January to December 2015], 6, 11. www.courts.go.jp/vcms_lf/20160427koukengaikyou_h27.pdf, last accessed 2016-08-18.

²² Supreme Court of Japan, 'Seinen-koken-kankei-jikenno-gaikyo', 3.

²³ T Ohara, 'Jiritsu-shiento-kenri-yogo' [Support for independence and protection of rights] in Y Kikuchi (ed.), *Jiritsu-shiento-shakai-hosho* [Support for independence and social security] (Nihonkajoshuppan, 2008), 332.

As a result, the Social Welfare Act provides services to assist people with the utilization of welfare services, and this is easier and cheaper to use than adult guardianship. According to the act, persons who have difficulties in performing daily activities for psychological reasons are provided with consultation and advice about utilizing welfare services, logistical assistance with regard to the procedures that are necessary for receiving welfare services and with regard to payment of the costs of welfare services, and any other services to enable the appropriate use of welfare services – all free of charge or at low cost (Article 2, paragraph (3), item(xii), Social Welfare Act). A prefectural council of social welfare, an organization that aims to further the welfare in a local community, operates this service in each prefecture. The service is provided under a contract between a person in need and a prefectural council of social welfare. Compared to adult guardianship, a council does not have authority to consent to or cancel a juristic act performed by a service user. A council can help a service user to administrate his or her financial tasks in daily life, but cannot administrate his or her property.

The number of people who take advantage of assistance in use of welfare services is increasing every year. In 2017, 11,513 people used the service in the whole country and 59.0% of them were elderly.²⁴ However, according to the Ministry of Health, Labour and Welfare, in 2010 there were 2.8 million elderly people who had dementia and 1.4 million of them lived at home.²⁵ It can be said that only small numbers of elderly people use the service, despite the potential need of many more people. Scholars point out the following problems relating to the service. First, to use the service, a person must enter into a contract with a prefectural council of social welfare. If a person suffers from severe dementia and is not capable of entering into a contract, he or she must commence the adult guardianship before using the service. Second, the Social Welfare Act states that the service should be provided ‘free of charge or at low cost’, but on average, the service costs JPY 1,200 per service delivery. Therefore, especially the elderly who have severe psychological problems and less economic strength – the very people who really need the service – hesitate to use it.²⁶

²⁴ Ministry of Health, Labour and Welfare, *Heisei-27nen-ban Kosei-rodo-bakusho*, Shiryohen [Data] 208.

²⁵ Ministry of Health, Labour and Welfare, ‘Ninchisho-koreishasuni-tsuite’ [About the number of elderly people with dementia], 2012. www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000002iau1.html, last accessed 2016-08-08.

²⁶ Ohara, ‘Jiritsu-shiento-kenri-yogo’, 338–340.

3.2 Service operators' obligations through the Social Service Act

To reduce the gap of information and negotiation ability between service users and service providers, Chapter 8 of the Social Welfare Act provides the following obligations with which service operators must comply. 1) A service operator must endeavour to provide information about the welfare services he or she administers so that persons who seek to use welfare services can do so properly and smoothly. 2) When a service operator has received an offer from a person who wishes to use the operator's welfare services, the operator must endeavour to explain to the person the content of the contract for using the services. 3) When a service contract has been concluded, the service operator must provide the user with documents that explain important matters relating to the contract. 4) If a service operator advertises a welfare service, the operator may not make a representation that leads people to believe that the service is much better or more advantageous than it is in reality.

If a service operator does not fulfil the obligation to deliver documents upon the conclusion of a service contract or violates the prohibition against misleading advertising, the prefectural governor may restrict the operator's administration of social welfare services, order suspension of its administration, or revoke the permission of its administration (Article 72, paragraph (2), Social Welfare Act). However, regarding provision of information and explanation upon the offer of a service contract, service operators are obligated only to make a sincere effort and the law does not establish any penalty. Thus, it is questionable whether these provisions are sufficient to protect service users from unfavourable contracts.²⁷

3.3 Support measures for elderly people in Long-Term Care Insurance

The adult guardianship through the Civil Code and the regulations in the Social Welfare Act is not limited to the elderly, but common for all adults who need support.

With regard to the elderly in particular, the LTCIA uses the Care Management system to assist elderly users in making proper contracts with proper service providers and being able to use long-term care service appropriately. In the system, qualified professionals called Care Managers assess elderly persons' needs, make plans for providing them long-term care services, communicate with service providers and monitor to ensure that the

²⁷ Kato, and others, *Shakai-hosho-ho*, 261.

services are provided as planned. All the costs relating to Care Management are covered by insurance benefits from Long-Term Care Insurance, and thus the LTCIA encourages people to use the Care Management system – because Care Management is essential to ensure appropriate service provision for elderly people. However, a problem did emerge: some Care Managers had a cosy relationship with specific service providers and introduced elderly users only to those providers' services. Through the amendment in 2005, several obligations for Care Managers were introduced into LTCIA, such as the obligation to operate their business correctly and faithfully, the prohibition of actions that would damage impartiality of their business and so on (Subsection 3, Section 1, Chapter V, LTCIA). Cultivating moral and quality among Care Managers remains an issue.

Also, as stated in 2.3, under LTCIA elderly people can conclude a service contract only with service providers designated by a prefectural governor. This means that only entities meeting standards set up by a prefecture can participate in the market for long-term care services. Each prefecture determines standards in its ordinances, concerning the number of employees, facilities and management of service providers, in accordance with nationwide standards determined by the Ministry of Health, Labour and Welfare. Standards set up by ordinances are very detailed.²⁸ The service provider designation system aims to maintain the sufficient quality of long-term care service and increase the quantity of service.

3.4 The responsibility of municipalities in exceptional cases

The Long-Term Care Insurance system depends on the supposition that an elderly person chooses service providers and concludes contracts with them with the help of the various support measures described above. There is no 'no-choice alternative' for an elderly person who just does not want to choose service providers. It is expected that Care Managers help an elderly person, or his or her guardian, to make an appropriate choice.

However, it can happen that an elderly person cannot choose service providers or conclude a contract with them, for example when an elderly person with severe dementia needs care services but is abandoned by his or her family. A guardian of an adult should be appointed for such an elderly

²⁸ For example, the ordinance of the Ministry of Health and Welfare concerning standards of intensive care homes for the elderly (Ordinance of the Ministry of Health and Welfare No 39 of 1999) stipulates the minimum floor area of rooms for elderly persons, the minimum width of corridors, the minimum number of employees, the minimum frequency of bathing, and so on.

person, but it takes time to commence adult guardianship. In such an exceptional and urgent situation, a municipality is responsible for supporting an elderly person. According to Articles 10–4 and 11 of ASWE, a municipality shall either arrange care services for an elderly person who has an extreme difficulty in using Long-Term Care Insurance, or entrust him or her to other service providers. It is expected that a guardian will be appointed, who will conclude service contracts with service providers for the elderly person once the urgent situation is settled.

As stated above in 2.3, under LTCIA municipalities are responsible for providing money for service expenses, but not for providing care services on their own. However, municipalities are required to complement Long-Term Care Insurance in cases where the contract-based system cannot function well.

4 Right to utilize services and the limitation of services

In the Long-Term Care Insurance system, elderly service users have strong freedom of choice and rights to utilize services – theoretically. When elderly persons need long-term care services because of their physical or psychological difficulties, they can receive certification of long-term care need and acquire the right to care services. Municipalities cannot refuse to certify long-term care need, even if families can take care of elderly relatives or there are not enough service providers available.

However, a different question is whether elderly persons really can choose and receive the long-term care services they want. For the elderly in Japan to secure real freedom of choice and rights to utilize services, sufficient numbers of service providers and care facilities are necessary. The national government and local authorities are responsible for improving the system of providing care services and ensuring the efficient implementation of Long-Term Care Insurance. The number of service providers has rapidly increased after the enforcement of LTCIA. But, at the same time, the number of persons who have received certification of long-term care need has dramatically increased – from 2.2 million in 2000 to 5.6 million in 2014.²⁹ In particular, the demand for facility services exceeds the supply, because the system of supporting elderly persons' lives in their own homes is still insufficient. According to the Ministry of Health, Labour and Welfare, in 2014 524,000 elderly people in the whole country were waiting to be admitted to intensive care homes for the elderly and

²⁹ Ministry of Health, Labour and Welfare, *Heisei-27nen-ban Kosei-rodō-hakusho*, Shiryohen [Data], 233.

87,000 of these were in serious need of facility services.³⁰ Therefore, according to an ordinance of the Ministry of Health, Labour and Welfare and prefectural ordinances, care homes are requested to prioritize elderly applicants considering their need of long-term care, their family situation and other circumstances.³¹ Eventually, circumstances other than physical and psychological conditions of elderly persons are taken into account because of the limited supply of care facilities.

It is expected that the current situation will continue or become worse, while the population will continue to age and the number of elderly people in serious need of long-term care will increase. As a result of the LTCIA amendment in 2014, from the spring of 2016 only elderly persons who have been certified as 'Requiring long-term care' with Level 4 or higher are eligible for admission to intensive care homes for the elderly. This amendment aims at distributing limited care facilities efficiently among elderly persons in serious need of care services. However, there are still long queues to be admitted to care homes.³²

5 Conclusion

In Japan, until the late 1990s, municipalities took responsibility of providing welfare services based on the principle of public responsibility. In those days, laws and court cases were negative to the concept of admitting service users' rights for welfare services, and municipalities had considerable discretion in the distribution of welfare services, while still taking their human and financial resources into consideration. The Basic Structural Reform of Social Welfare and the establishment of Long-Term Care Insurance have marketized welfare service provision: now, long-term care services for the elderly are provided based on contracts concluded between service users and service providers. Municipalities no longer have discretion in the distribution of services and must certify elderly persons' need of long-term care based on their physical and psychological conditions. In addition, the laws and regulations provide various support for elderly service users who have insufficient judgement and weak negotiation capacities. As a result elderly service users currently enjoy stronger

³⁰ Ministry of Health, Labour and Welfare, 'Tokubetsu-yogo-rojin-homuno-nyusho-moshikomishano-jokyo' [Situation of applicants for admission to intensive care homes for the elderly]. www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000041418.html, last accessed 2016-08-17.

³¹ Article 7 Paragraph (2), Ordinance of the Ministry of Health and Welfare No 39 of 1999.

³² For example, in August 2016 an intensive care home for the elderly in Nagoya city, with a capacity of 90 persons, had around 300 people on its waiting list – and some had been in the queue for more than five years. Interview, 2016-08-04.

freedom of choice and rights to utilize care services. Nevertheless, it is another question altogether whether their rights are actually secured. The number of elderly people who have been certified as requiring long-term care has rapidly increased and the demand for long-term care services greatly exceeds the supply.

It can be said that in the social welfare system that existed before the Basic Structural Reform of Social Welfare, supply controlled demand. After the reform, municipalities lost this control and now the demand controls the supply in the welfare market. The growing number of elderly people receiving long-term care services has increased both the cost of providing services and the expenses from Long-Term Care Insurance.³³ The insurance premiums paid by people aged 65 or older should be raised, and this will be a weighty burden on elderly who subsist mainly on old-age pension. The increasing expenses from the insurance has also resulted in a heavy financial burden on the national and local governments, because the half of this insurance is financed by national and local taxes. The burning – and difficult – question is how to maintain Long-Term Care Insurance financially while also ensuring that elderly people receive necessary care services as the aging population of Japan continues to increase.

³³ The total expenditure of Long-Term Care Insurance increased from JPY 3.6 billion in 2000 to JPY 9.4 billion in 2013, and it is estimated to reach JPY 21 billion by 2025. Ministry of Health, Labour and Welfare, *Heisei-27nen-ban Kosei-rodou-hakusho*, 412.

RUTH NIELSEN

KRYDSFELTET MELLEM ALDERS- OG KØNSDISKRIMINATION I EU-RETEN

1 Indledning

I dette bidrag undersøges alders- og kønsdiskrimination i den EU-retlige regulering. Det hovedspørgsmål, jeg stiller, er, i hvilken udstrækning EU regulerer alders- og kønsdiskrimination på samme måde og i hvilken udstrækning alders- og kønsdiskrimination reguleres på forskellig måde, og hvorfor? Jeg ser også på, om det påvirker en sags udfald, at både alder og køn er relevant, fx den gennemsnitlige forskel i kvinders og mænds levealder.

2 Generelt om retskildegrundlaget for forbud mod alders- og kønsdiskrimination

2.1 Reguleringsniveau: folkeret, EU-ret, national ret

Der findes praktisk taget intet folkeretlig diskriminationsværn mod aldersdiskrimination. Vedrørende kønsdiskrimination beskytter CEDAW (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) kvinder mod kønsdiskrimination. CEDAW blev vedtaget af FN's generalforsamling i 1979. Konventionen definerer diskrimination mod kvinder som:

... any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

Der findes intet folkeretligt værn mod kønsdiskrimination af mænd. På EU-niveau findes der omfattende regulering af både køns- og aldersdiskrimination, se nedenfor i afsnit 3.

I alle EU-lande findes omfattende diskriminationslovgivning, som i betydeligt omfang har karakter af implementering af EU-direktiver. Mange anser Danmark for et land med en høj grad af juridisk ligestilling ikke mindst mellem mænd og kvinder, men da Danmark trådte ind i EU pr 1.1.1973 var der ikke desto mindre meget vidtgående juridisk frihed for private arbejdsgivere til at forskelsbehandle næsten efter forgodtbefindende, dog med visse begrænsninger for så vidt angik usaglig afskedigelse og personale-administration i tilknytning til de kollektive overenskomster. Det var fx tilladt at fyre gravide kvinder pga. graviditet.

Aldersdiskrimination har været tilladt på det danske arbejdsmarked indtil implementeringen af det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesdirektivet¹ i 2004. Danmark har således været nødt til fuldstændig at ændre sin diskriminationsregulering grundlæggende af hensyn til EU-regulering. Det gælder både køns- og aldersdiskrimination.

2.2 Anvendelsesområde: beskæftigelse, handel med varer og tjenester, andre samfundsforhold

Som det nærmere gennemgås nedenfor i afsnit 3 er kønsdiskrimination på EU-niveau reguleret i forhold til beskæftigelse og erhverv, i forhold til handel med varer og tjenesteydelser og i et vist omfang i forhold til social sikring. Der findes således regler om kønsdiskrimination for et meget bredt felt. Anvendelsesområdet for reglerne om aldersdiskrimination er langt snævrere. Det er kun reguleret på EU-niveau i forhold til beskæftigelse og erhverv. Ved handel med varer og tjenesteydelser er der ingen EU-regler, der forbyder aldersdiskrimination og fx i den finansielle sektor (banker mv.) er aldersdiskrimination almindeligt forekommende.

3 Historisk udvikling: Hvornår begyndte EU at interessere sig for henholdsvis køns- og aldersdiskrimination?

I Rom-Traktaten, hvorved EF/EU blev grundlagt, har der altid været en regel om ligeløn til mænd og kvinder, oprindeligt art 119 EØF, nu art. 157 TEUF. Den blev oprindeligt indsat i traktaten for at undgå nationalitetsdiskrimination, idet Frankrig mente, at der var nationale forskelle i reguleringen af ligeløn. Efter fransk opfattelse var der mere ligeløn i Frankrig end i Belgien, således at belgiske tekstil- og skotøjsfabrikker ville få en konkurrencefordel ved

¹ 2000/78/EF.

at have adgang til billigere kvindelige arbejdere end franske tekstil- og skotøjsfabrikker havde, hvis ikke EF/EU tvang Belgien til at respektere ligelønsprincippet lige så meget som Frankrig mente, at det gjorde.

3.1 1970'erne, Ligestillingdirektiver vedrørende arbejdsmarkedet, Defrenne-sagerne, navnlig Defrenne II

I 1970'erne tog EF/EU-lovgiver kønsligestilling op som et selvstændigt problem og vedtog 3 direktiver om emnet:

Ligelønsdirektivet fra 1975²

Ligebehandlingsdirektivet fra 1976³

Direktivet om ligestilling i social sikring⁴

EU-Domstolen afsagde i 1970'erne vigtige domme om kønsligestilling. I Defrenne I-sagen⁵ fastslog den, at en alderspension, der er indført inden for rammerne af en lovmæssig ordning for social sikring, ikke er løn i den betydning begrebet har i ligelønsreglen i art 119 EØF [nu art. 157 TEUF].

I Defrenne II sagen⁶ fra 1976 fastslog EU-Domstolen, at princippet i ligelønsreglen i art. 119 EØF [nu art. 157 TEUF] om lige løn til mænd og kvinder har horisontal direkte virkning, dvs. det kan påberåbes ved de nationale domstole i sager mellem private. De nationale domstole har pligt til at sikre beskyttelsen af de rettigheder, som art. 119 EØF tillægger borgerne, navnlig i tilfælde af diskrimination, som umiddelbart skyldes lovbestemmelser eller kollektive overenskomster, og i tilfælde af forskellig løn til kvinder og mænd for samme arbejde, når dette udføres i samme private eller offentlige virksomhed eller tjeneste.

Art. 119 EØF skulle gennemføres fuldt ud af de gamle medlemsstater fra den 1. januar 1962, indledningen af overgangsperiodens anden etape, og af de nye medlemsstater (Danmark, UK og Irland) fra den 1. januar 1973, tidspunktet for ikrafttrædelsen af tiltrædelsestraktaten.

Ligelønsdirektivet⁷ er ikke en hindring for art. 119 EØF's direkte virkning, og den i direktivet fastsatte tidsgrænse har ingen virkning for de frister, som er opstillet i henholdsvis art 119 og tiltrædelsestraktaten.

² 75/117/EØF, nu ophævet og afløst af det omarbejdede direktiv om kønsligestilling i beskæftigelse og erhverv 2006/54/EF.

³ 76/207/EØF, nu ophævet og afløst af det omarbejdede direktiv om kønsligestilling i beskæftigelse og erhverv 2006/54/EF.

⁴ 79/7/EØF, der stadig gælder.

⁵ Sag C-80/70, Defrenne I, EU:C:1971:55.

⁶ Sag C-43/75, Defrenne II, EU:C:1976:56.

⁷ 75/117/EØF.

Selv på områder, hvor art. 119 EØF ikke måtte have direkte virkning, kan man ikke fortolke denne bestemmelse således, at den forbeholder den nationale lovgiver en enekompetence med hensyn til at gennemføre princippet om lige løn, da denne gennemførelse om nødvendigt kan ske gennem et samspil mellem fællesskabs- og nationale bestemmelser.

Bortset fra tilfælde hvor arbejdstagere som allerede har anlagt retssag eller rejst en tilsvarende administrativ klage, kan den direkte virkning af art. 119 EØF ikke påberåbes til støtte for krav vedrørende lønperioder, der ligger forud for Defrenne II dommens dato, dvs. 8. april 1976.

Defrenne III sagen⁸ handlede om afskedigelse pga. alder og køn. I 1951 blev Gabrielle Defrenne ansat som stewardesse i Sabena. Den 1. oktober 1963 blev hun fastansat ved en ny ansættelseskontrakt, hvorefter hun skulle arbejde som stewardesse med status som kabinechef. Defrenne ophørte med dette arbejde den 15. februar 1968 i henhold til artikel 5, stk. 6, i ansættelseskontrakten for Sabena's flyvende personale, hvorefter arbejdsforholdet for det kvindelige personale uden videre ophører den dag, den ansatte fylder 40 år. Det var ubestridt under sagen, at ansættelseskontrakter for mandlige flyassistenter, som antages at udføre samme arbejde, ikke indeholdt en sådan termin.

På det tidspunkt, Defrenne blev fyret, fandtes der ikke andre skrevne EU-regler om kønsligetilling end ligelønsreglen i art. 119 EØF [nu art. 157 TEUF] og der fandtes ingen skrevne EU-regler om aldersdiskrimination. EU-Domstolens fastslog, at art. 119 EØF [nu art. 157 TEUF] ikke kan fortolkes således, at den ud over lige løn også foreskriver lighed med hensyn til andre arbejdsvilkår for mandlige og kvindelige arbejdstagere. EU-Domstolen tog også stilling til, om forbud mod kønsdiskrimination er et almindeligt EU-retligt princip, og besvarede det bekræftende, se nærmere nedenfor i afsnit 5.

I Marshall I sagen⁹ antog EU-Domstolen, at ligebehandlingsdirektivet¹⁰ skal fortolkes således, at generelle afskedigelsesvilkår, hvorefter en kvinde afskediges alene med den begrundelse, at hun har nået eller overskredet den alder, som giver hende ret til en pension fra staten, og som efter national ret er forskellig for mænd og kvinder, er en i henhold til direktivet forbudt forskelsbehandling på grundlag af køn.

Art 5, stk. 1 i ligebehandlingsdirektivet, som forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af køn for så vidt angår arbejdsvilkår, herunder

⁸ Sag C-149/77, Defrenne III, EU:C:1978:130.

⁹ Sag C-152/84, Marshall I, EU:C:1986:84.

¹⁰ 76/207/EØF, nu ophævet og afløst af det omarbejdede direktiv om gennemførelse af princippet om lige muligheder for og ligebehandling af kvinder og mænd i forbindelse med beskæftigelse og erhverv, 2006/54/EF.

afskedigelsesvilkår, kan påberåbes direkte over for en statslig myndighed, der optræder som arbejdsgiver, til støtte for, at enhver national bestemmelse, der ikke er i overensstemmelse med nævnte art 5, stk 1 ikke kan finde anvendelse.

Som det ses af ovenstående, er de hidtidige sager, hvor både alder og køn har været relevante blevet behandlet alene ud fra reglerne om kønsdiskrimination, som var de eneste der eksisterede på tidspunktet for faktum i sagerne.

3.2 Unisex-princippet og erhvervstilknyttet social sikring

Art. 157 TEUF om ligeløn blev i midten af 1980'erne på pensions- og socialsikringsområdet suppleret af direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger fra 1986.¹¹ Direktivet tillod i en vis udstrækning forskelsbehandling pga. køn, når det var begrundet i alder. Direktivet tillod fx forskellige ydelsesniveauer i det omfang, det er nødvendigt som følge af aktuarmaessige faktorer, der er forskellige for de to køn i forbindelse med ydelser, som er bidragsdefinerede og medlemsstaterne kunne vælge i en periode at fastsætte kønsbestemte regler om indtrædelsesalder. Direktivet skulle have været gennemført senest 30. juli 1989, men da der blev rejst tvivl, om flere bestemmelser i direktivet stred mod EF-traktaten, og EU-Domstolen i Barber-sagen kendte dele af direktivet i strid med ligelønsreglen i den nuværende art. 157 TEUF, blev den lovgivningsproces, der var i gang i Danmark, sat i bero. Man nåede dog forinden at afgive en sagkyndig betænkning om gennemførelse af direktivet i dansk ret.¹²

EU-Domstolen underkendte i Barber-dommen fra 1990¹³ art. 9 i direktivet om ligebehandling af mænd og kvinder inden for de erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger fra 1986, idet den slog fast, at kønsbestemte pensionsaldre strider imod art. 157 TEUF.

I Barber-sagen¹⁴ blev Douglas Harvey Barber afskediget af driftsmæssige grunde med virkning fra den 31. december 1980, da han var 52 år. Arbejdsgiveren udbetalte ham de i afskedigelsesvilkårene fastsatte kontantydelse, den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse samt et gratiale. Han ville have været berettiget til arbejdsophørs pension fra det tidspunkt, hvor han fyldte 62

¹¹86/378/EØF. Nu ophævet ved og afløst af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet 2006/54/EF.

¹²Betænkning 1228/91 om pensionsmæssig ligestilling.

¹³Sag C-262/88. Se for en gennemgang af dommen Juristen nr. 6, 1993 s. 264 Bork Petersen og Norrbom: Ligestilling og private pensionsordninger.

¹⁴ Sag C-262/88, Barber, EU:C:1990:209.

år. En kvinde i samme situation som Barber ville have fået udbetalt aktuel arbejdsophørspension ud over den lovbestemte fratrædelsesgodtgørelse, og den samlede værdi af disse ydelser ville have været større end det beløb, Barber fik udbetalt.

EU-Domstolen fastslog, at ydelser, som en arbejdsgiver udbetaler til en arbejdstager i forbindelse med dennes afskedigelse af driftsmæssige grunde, er omfattet af lønbegrebet i ligelønsreglen i art 119 EØF, stk 2, [art 157 TEUF] uanset om ydelserne udbetales i henhold til en arbejdskontrakt, i henhold til lovbestemmelser eller på frivilligt grundlag.

EU-Domstolen fandt videre, at det strider mod art 119 EØF, at en mand, der afskediges af driftsmæssige grunde, kun er berettiget til opsat pension ved den normale pensionsalders indtræden, mens en kvinde i samme situation er berettiget til aktuel arbejdsophørspension, når dette skyldes anvendelsen af forskellige aldersbetingelser for de to køn, som svarer til den forskel, der gælder efter den nationale lovbestemte pensionsordning.

Det tog derefter mere end 6 år at få ændret direktivet i overensstemmelse med Barber-dommen.¹⁵ Det omarbejdede direktiv om ligebehandling og lige muligheder i beskæftigelse og erhverv¹⁶ indeholder i kapitel 2 (art. 5–13) regler om ligebehandling i forbindelse med erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, som har afløst ændringsdirektivet fra 1996. Det fastholder reglen fra 1986-direktivet om aktuarmæssige faktorer, der indebærer, at kvinder pga. gruppen af kvinders gennemsnitlige højere levealder end mænds, kan få lavere pensionsydelse end en mand, der har indbetalt samme pensionsbidrag. I Danmark indførte art. 8, stk. 1 i loven om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med forsikring, pension og lignende finansielle ydelser¹⁷ unisex-princippet i arbejdsmarkedspensioner for medlemmer, der er indtrådt i en arbejdsmarkedspensionsordning efter den 1. juli 1999. I forhold til medlemmer, der er indtrådt før 1. juli 1999, kan pensionskasse efter loven vælge at lade være. Det strider efter min vurdering mod art. 157 TEUF.

3.3 Efter år 2000, beskæftigelsesdirektivet

Ved beskæftigelsesdirektivet, der blev vedtaget i år 2000, indførte EU forbud mod aldersdiskrimination i beskæftigelsesforhold.

¹⁵ Ved direktiv 96/97/EF. Nu ophævet ved og afløst af det omarbejdede kønsligestillingsdirektiv vedrørende arbejdsmarkedet 2006/54/EF.

¹⁶2006/54/EF.

¹⁷ Lovbekendtgørelse nr. 950 af 14. august 2015.

3.4 Kønsdiskrimination ved handel med varer og tjenesteydelser

Kønsdiskrimination vedrørende tjenesteydelser blev først forbudt i EU i 2004 og kun ved et direktiv om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser¹⁸. Tjenesteydelser, herunder forsikringer og frivillige pensionsordninger med aktuarmæssige kriterier, der tager hensyn til den forskellige forventede levetid for mænd og kvinder, er således reguleret i dette direktiv. Art. 5, stk. 2 i direktivet tillod oprindeligt forskellighed i forsikring under henyn til aktuarmæssige beregninger. Denne bestemmelse erklærede EU-Domstolen ugyldig i *Test Achats*-sagen.¹⁹ Art. 5, stk. 2 er en undtagelse fra hovedreglen i art. 5, stk. 1, hvorefter der normalt skal anvendes ikke-kønsrelaterede præmier og ydelser. EU-Domstolen udtalte:

Direktiv 2004/113 er således baseret på en forudsætning om, at med henblik på anvendelsen af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i chartrets artikel 21 og 23 er kvinders og mænds situationer, for så vidt angår forsikringspræmier og forsikringsydelser, som de har indgået en aftale om, sammenlignelige.²⁰

EU-Domstolen fastslog på denne baggrund, at en sådan tidsbegrænset undtagelse som den i art. 5, stk. 2, var i strid med det formål om ligebehandling af mænd og kvinder, som forfølges i direktivet og uforenelig med artikel 21 og 23 i Chartret om grundlæggende rettigheder.²¹

EU-Domstolen slog således fast, at forsikringsselskaber ikke fremover må anvende køn som en faktor, der afgør prisen på private forsikringsydelser. Domstolen konkluderede, at unisex-reglen, dvs. reglen om kønsneutrale præmier og ydelser, skal finde anvendelse uden undtagelse i nye forsikringsaftaler efter 21. december 2012. Afgørelsen betyder, at prisen på fx en bilforsikring eller en pensionsforsikring for en kvinde og en mand ikke må afvige på grund af deres køn, selv om unge mænd statistisk set har flere skader end unge kvinder, og selv om kvinder statistisk set lever længere end mænd.

Afgørelsen betyder derimod ikke, at kvinder altid vil komme til at betale de samme bilforsikringspræmier som mænd. De præmier, som forsigtige bilister – såvel mænd som kvinder – betaler, vil kunne nedsættes fx på grundlag af deres

¹⁸ 2004/113/EF.

¹⁹ Sag C-236/09, *Test-Achats*, EU:C:2011:100.

²⁰ Præmis 30.

²¹ Præmis 32.

individuelle køremåde. Dommen påvirker således ikke anvendelse af andre legitime faktorer ved risikovurderingen, herunder faktorer som indirekte er relateret til køn, og prisen kan således fortsat afspejle risikoen. For en bilforsikring kan det fx være bilens motorstørrelse, og for en pensionsforsikring kan det være alder og sundhedstilstand. Men den afskaffer en prissætning, som fx betyder, at en forsigtig ung mandlig bilist betaler mere for sin bilforsikring, udelukkende fordi han er en mand.²²

Kommissionen offentliggjorde i maj 2015 sin rapport om medlemsstaternes gennemførelse af direktivet, herunder gennemførelsen af Test-Achats-dommen.²³ Kommissionen nævner i den forbindelse, at nogle medlemsstater har besluttet også at anvende unisex-princippet på arbejdsmarkedspensioner, herunder Danmark bortset fra visse undtagelser.

4 Er begreberne direkte og indirekte diskrimination de samme?

Forskelsbehandling (diskrimination) består efter fast retspraksis i, at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer, jf. Schumacker-sagen.²⁴ Begrebet forskelsbehandling (diskrimination) er i dag (2016) stort set ens på tværs af direktiverne om handel med varer og tjenester, beskæftigelsesdirektivet og ligebehandlingsdirektivet.²⁵ Der er dog særlig fri adgang til at fravige forbuddet mod aldersdiskrimination, se nedenfor. Alle tre direktiver definerer begrebet forskelsbehandling som omfattende:

- direkte forskelsbehandling,
- indirekte forskelsbehandling,
- chikane,
- seksuel chikane (kun i relation til kønsligestilling) og
- instruktion om at forskelsbehandle.

²² MEMO/11/123, Pressemeldelse: "Europa-Kommissionen vejleder forsikringssektoren i EU for at sikre, at mænd og kvinder ikke forskelsbehandles ved fastsættelsen af forsikringspræmier. Nordisk Forsikringstidsskrift 1/2013; Mai-Brit Campos Nielsen: EU-dom ændrer grundlaget for forsikringspræmier og – ydelser til mænd og kvinder.

²³ Rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg. Rapport om anvendelse af Rådets direktiv 2004/113/EF om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder i forbindelse med adgang til og levering af varer og tjenesteydelser, COM (2015) 190 fin.

²⁴ Sag C-279/93, Schumacker, EU:C:1995:31.

²⁵ Se generelt Agnete L. Andersen, Ruth Nielsen, Kirsten Precht & Christina D. Tvarnø (2015): Ligestillingslovene med kommentarer, Bind I, Kbh og Andersen, Agnete L., Trine Hougaard, Ruth Nielsen, Kirsten Precht, Maria Rasmussen & Christina D. Tvarnø (2016): Ligestillingslovene med kommentarer, Bind II, Kbh.

I det følgende vil direkte og indirekte diskrimination blive behandlet lidt nærmere.

4.1 Direkte forskelsbehandling

De tre ovennævnte direktiver indeholder følgende definition af direkte forskelsbehandling. Det foreligger, når en person på grund af alder eller køn behandles ringere end en anden bliver, er blevet eller ville blive behandlet i en tilsvarende situation.

Direktivernes definition af direkte diskrimination åbner op for sammenligning med hypotetiske sammenligningspersoner ved at bruge formuleringen ”ville blive”. Det vil sige, at en overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling ikke behøves at blive påvist ved en sammenligning mellem den diskriminerede arbejdstager og en faktisk sammenligningsperson.

Det væsentlige ved direkte diskrimination ifølge definitionen i såvel beskæftigelsesdirektivet som i de andre direktiver er begrundelsen for arbejdsgiverens handling. Hvis en arbejdsgivers handling begrundes i biologisk køn eller alder, foreligger der direkte forskelsbehandling, hvad enten arbejdsgiveren åbent indrømmer det diskriminerende motiv eller forsøger at skjule det.

Fleere EU-domme om direkte forskelsbehandling slår fast, at det beskyttede kriterium ikke behøver at være den eneste grund til arbejdsgiverens handling for at gøre handlingen direkte diskriminerende. Det er tilstrækkeligt, at det forbudte kriterium spiller en rolle i arbejdsgiverens handling eller beslutningsproces. Denne opfattelse af direkte forskelsbehandling blev først slået fast i Dekker-sagen,²⁶ hvor en arbejdsgiver nægtede at ansætte en kvinde, der havde oplyst, at hun var gravid, da hun søgte om stillingen. Arbejdsgiveren begrundede beslutningen om ikke at ansætte hende i, at virksomheden ikke vil kunne få refusion fra de sociale myndigheder for hendes løn under barselsorloven. Domstolen fastslog, at de driftsøkonomiske hensyn i en sådan situation er forbundet med graviditet, som er en kønsbestemt faktor. Derfor var der tale om direkte forskelsbehandling pga. køn. Domstolen har efterfølgende gentaget denne opfattelse af direkte forskelsbehandling i flere sager om diskrimination mod gravide kvinder.²⁷

Den traditionelle opfattelse er, at direkte diskrimination ikke kan retfærdiggøres på anden måde end at påvise, at den diskriminerende handling er omfattet af en undtagelse, der fremgår af det pågældende direktiv. Den

²⁶ Sag C-177/88, Dekker, EU:C:1990:383.

²⁷ Se, f.eks., Sag C-109/00, Tele Danmark, EU:C:2001:513.

omstændighed, at en arbejdsgiver vil pådrage sig meget besvær og omkostninger, hvis han undlader at diskriminere en gravid ansat, kan fx ikke legitimere forskelsbehandling.

Beskæftigelsesdirektivet indeholder i relation til alder en undtagelse i art. 6, der bestemmer, at:

1. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige.

Der kan bl.a. være tale om følgende former for ulige behandling:

a) tilvejebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbejdstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervs-mæssige integration eller at beskytte dem

b) fastsættelse af minimumsbetingelser vedrørende alder, erhvervs-erfaring eller anciennitet for adgang til beskæftigelse eller til visse fordele i forbindelse med beskæftigelse

c) fastsættelse af en maksimal aldersgrænse for ansættelse, som er baseret på uddannelsesmæssige krav til den pågældende stilling eller nødvendigheden af at have tilbagelagt en rimelig periode i beskæftigelse før pensionering.

2. Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at fastsættelse af aldersgrænser for adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, herunder fastsættelse af forskellige aldersgrænser for ansatte eller grupper eller kategorier af ansatte, og anvendelse af alderskriteriet til aktuarberegninger inden for rammerne af disse ordninger ikke udgør forskelsbehandling på grund af alder, for så vidt dette ikke medfører forskelsbehandling på grund af køn.

I præambelen til beskæftigelsesdirektivet er der i betragtning 14 en bestemmelse om, at direktivet ikke berører nationale bestemmelser vedrørende fastsættelse af pensionsalder. I forhold til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (arbejds-løshedsforsikring, arbejdsmarkedspensioner og lignende) er der ret fri adgang til at benytte alderskriterier i direktivets art. 6, stk. 2. Efter art. 6, stk. 2

kan medlemsstaterne bestemme, at forbuddet mod forskelsbehandling ikke skal gælde for så vidt angår aldersgrænser i forbindelse med adgang til erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger (fx arbejdsløshedsforsikring og arbejdsmarkedspensioner), ligesom alderskriteriet vil kunne anvendes til aktuarberegninger indenfor rammerne af disse ordninger, forudsat at dette ikke indebærer forskelsbehandling på grund af køn.

4.1.1 *Legitime formål i relation til art. 6 i beskæftigelsesdirektivet*

Som det ses, er de lovlige formål, der nævnes i art. 6 litra a) erhvervsmæssig integration og beskyttelse. Arbejdsmiljøreglerne indeholder en række særegler om børn og unge med henblik på at beskytte dem. Litra b) og c) vedrører adgang til arbejdsmarkedet. En meget stor del af den eksisterende retspraksis vedrører fortolkningen af art. 6 i beskæftigelsesdirektivet. Som nævnt foran i afsnit 2 er det et generelt træk ved de EU-retlige diskriminationsforbud, at adgangen til at retfærdiggøre direkte diskrimination er meget begrænset og langt snævrere end adgangen til at retfærdiggøre indirekte diskrimination. Begrundelsen for denne forskel er, at EU-lovgiver har ønsket at sikre, at alle borgere har ret til at blive bedømt på grundlag af egne fortrin og mangler og ikke ved at få tilskrevet evt. gennemsnitlige fortrin og mangler ved en gruppe, den pågældende kan henføres til. Som fremhævet af generaladvokaten i det foran citerede, fremgår det af EU-Domstolens praksis, navnlig Age Concern-sagen²⁸ og Hütter-sagen,²⁹ at art. 6 i direktivet skal fortolkes sådan, at kun almene socialpolitiske formål, ikke økonomiske hensyn til arbejdsgiveren, er legitime i relation til art. 6. I betragtning 46 i Age Concern-sagen udtalte EU-Domstolen (min kursivering):

Det fremgår af artikel 6, stk. 1, i direktiv 2000/78, at de formål, der kan anses for »legitime« i bestemmelsens forstand ...er *socialpolitiske formål* såsom beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål. Disse legitime formål er af almen interesse og adskiller sig herved fra rent individuelle begrundelser, der er særegne for arbejdsgivere, såsom *omkostningsbegrænsning* eller forbedring af konkurrenceevnen, uden at det dog kan udelukkes, at en national regel, hvorved de nævnte legitime formål forfølges, kan indrømme arbejdsgivere en vis fleksibilitet.

²⁸ Sag C-388/07, Age Concern England, EU:C:2009:128.

²⁹ Sag C-88/08, Hütter, EU:C:2009:381.

I Hütter-sagen³⁰ udtalte EU-Domstolen sig tilsvarende.

Arbejdsgiverbeslutninger og overenskomstaftaler beror formentlig typisk på en samlet afvejning af modstående interesser. Det indebærer, at der normalt varetages en flerhed af formål, herunder ofte økonomiske hensyn til arbejdsgivernes interesse i omkostningsbegrænsning. Hvis direkte aldersdiskrimination forfølger en flerhed af formål, hvoraf nogle er lovlige og mindst et ulovligt, fx hensyn til arbejdsgivernes interesse i omkostningsbegrænsning, er forskelsbehandlingen ikke retfærdiggjort, selv om der er et lovligt islæt i diskriminationen.³¹

4.1.2 Proportionalitetsprincippet

Det generelle princip, der er bestemmende for, om der kan ske undtagelse fra forbuddet mod forskelsbehandling pga. alder, er proportionalitetsprincippet. Efter EU-Domstolens praksis er det ved vurderingen af, om en foranstaltning er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet afgørende, om den forfølger et lovligt formål, og at de midler, der bringes i anvendelse, er egnede til at virkeliggøre det tilstræbte mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre dette. Fortolkning af art. 6 indgår i flere af de sager, EU-Domstolen har fået forelagt om aldersdiskrimination.

4.2 Indirekte forskelsbehandling

Der foreligger indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer [af det ene køn, en bestemt race eller etnisk oprindelse, med et bestemt handicap, en bestemt religion eller tro, en bestemt seksuel orientering, eller som tilhører en bestemt aldersgruppe,] særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.

Udformningen af begrebet indirekte forskelsbehandling er bygget op således, at det stemmer med eller kan ses som udslag af proportionalitetsprincippet. Den ledende dom er Bilka-dømmen,³² hvor EU-Domstolen fastlagde en treleddet test vedrørende indirekte forskelsbehandling, som den

³⁰ Se præmis 41. I Hütter-sagen blev en variant af direkte diskrimination mod unge under 18 år i Østrig anset for direktivstridig. Det er ikke ved Hütter-dømmen afgjort hverken, at den danske variant af direkte diskrimination mod unge under 18 år er lovlig eller ulovlig.

³¹ Sml. Ligebehandlingsnævnets praksis om fyring af gravide, hvor det er fast antaget, at diskriminationsforbuddet er overtrådt, blot graviditeten delvis har været en medvirkende årsag til afskedigelsen.

³² Sag C-170/84, Harz, EU:C:1986:204.

har henvist til i en række senere sager. Den indebærer, at en arbejdsgiver, der benytter et tilsyneladende neutralt kriterium, der *de facto* har en skæv effekt på et køn eller en bestemt aldersgruppe, etnisk gruppe, handicappede personer, en seksuel orientering, osv., skal bevise,

- 1) at det valgte kriterium forfølger et lovligt formål,
- 2) at det er nødvendigt for at nå dette mål, og
- 3) at der er en rimelig proportion mellem mål og middel.

Det væsentligste ved begrebet indirekte forskelsbehandling er, for det første, betingelsen om, at en tilsyneladende neutral bestemmelse eller kriterium i praksis får en uforholdsmæssig stor indvirkning på medlemmerne af en gruppe, som kan identificeres på baggrund af et eller flere af de beskyttede kriterier, f.eks. mænd eller kvinder, bestemt etnicitet, handicap, aldersgruppe, seksuel orientering, osv. For det andet, er indirekte diskrimination ikke forbudt, hvis det er tilstrækkeligt objektivt begrundet og proportionalitetsprincippet opfyldes.

I Seymour-Smith-sagen³³ underkendte EU Domstolen rene generaliseringer som utilstrækkeligt til at legitimere brug af indirekte kønsrelaterede kriterier, jf følgende (min kursivering):

Selv om socialpolitikken på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin i det væsentlige henhører under medlemsstaternes kompetence, står det ikke desto mindre fast, at det skøn, som medlemsstaterne råder over på dette område, ikke kan have til virkning, at gennemførelsen af et så grundlæggende princip i fællesskabsretten som princippet om lige løn til mænd og kvinder gøres illusorisk.

76. *Generelle udsagn om en bestemt foranstaltnings egnethed* til at fremme ansættelse er hverken tilstrækkelige til at godtgøre, at formålet med den anfægtede regel intet har at gøre med forskelsbehandling på grundlag af køn, eller til at støtte den konklusion, at der var rimelig grund til at antage, at de valgte midler var egnede til at opfylde dette formål.

Sammenlignet med direkte diskrimination er der væsentlig større mulighed for at legitimere indirekte diskrimination, idet forbuddet mod indirekte diskrimination er en afvejningsnorm. Indirekte diskrimination er kun forbudt, hvis der ikke er tilstrækkelig tungtvejende grunde til at tillade det.

³³ Sag C-167/97, Seymour Smith, EU:C:1999:60, præmis 75 og 76.

5 Er forbud mod køns- og aldersdiskrimination almindelige EU-retlige principper

EU-Domstolen har flere gange fastslået, at såvel forbud mod kønsdiskrimination som forbud mod aldersdiskrimination er almindelige EU-retlige principper. I Defrenne III sagen³⁴ udtalte EU-Domstolen:

26. Domstolen har allerede flere gange statueret, at menneskets grundlæggende rettigheder omfattes af fællesskabsrettens generelle principper, som Domstolen skal sikre;

27. det kan ikke betvivles, at fjernelsen af forskelsbehandling på grundlag af køn hører til disse grundlæggende rettigheder;

EU-rettens almindelige principper skal kun respekteres i national ret på EU-regulerede områder. Da kønsdiskriminerende afskedigelse ikke var EU-reguleret på det tidspunkt, hvor Defrenne blev fyret, jf. foran i afsnit 2, kunne det almindelige EU-retlige princip om fjernelse af kønsdiskrimination ikke kræve overholdt i belgisk ret i Defrenne III sagen.

I Ajos-sagen³⁵ spurgte Højesteret³⁶EU-Domstolen, om det er muligt at afveje retssikkerhedshensyn og hensynet til arbejdsgiverens berettigede forventning over for det almindelige princip om forbud mod aldersdiskrimination med det resultat, at arbejdsgiveren får lov til at aldersdiskriminere. Det er EU-Domstolen helt afvisende overfor,³⁷ hvilket der ikke er noget nyt i. Det følger allerede af EU-Domstolens praksis i Küçükdeveci-sagen,³⁸ der bekræfter EU-Domstolens dom i Mangold-sagen,³⁹ hvorefter en national domstol, hvis det er umuligt at opnå overensstemmelse med EU-retten ved EU-konform fortolkning, skal lade være at anvende den nationale regel, der strider mod EU-ret på grundretlighedsniveau. Resultatet i disse domme fastholdes i Ajos-dommen. Højesteret havde i sin forelæggelseskendelse argumenteret for at foretrække retssikkerhedshensyn til arbejdsgiveren. EU-Domstolen afviser muligheden uden at gå ind i en nærmere diskussion med Højesteret, se nedenfor i afsnit 5.2.

³⁴ Sag C-149/77, Defrenne III, EU:C:1978:130.

³⁵ Sag C-441/14, Ajos, EU:C:2016:278. Nielsen, Se om Ajos-sagen Nielsen, Ruth og Christina D. Tvarnø: Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination, U 2016 B 269.

³⁶ Se Højesterets forelæggelseskendelse H.K. 22. september 2014 i sag 15/2014 (1. afdeling), U 2015, 3668 H.

³⁷ Se præmis 28–43 i Ajos-dommen.

³⁸ Sag C-555/07, Küçükdeveci, EU:C:2010:21.

³⁹ Sag C-144/04, Mangold, EU:C:2005:709.

I Test Achats-sagen⁴⁰ erklærede EU-Domstolen som nævnt foran, at art. 5, stk. 2 i direktivet om handel med varer og tjenesteydelser⁴¹ var ugyldig, fordi den stred mod det almindelige EU-retlige princip om forbud mod kønsdiskrimination, som efter Lissabon-traktatens ikrafttræden den 1. december 2009 er kodificeret i art. 21 og 23 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

6 Konklusion

Kønsdiskrimination er det 'gamle' emne i EU's ligestillingsregulering. Det gælder både direktivregulering og udvikling af grundlæggende rettigheder og almindelige principper, som går tilbage til 1970'erne. Forbud mod kønsdiskrimination har været anerkendt som et almindeligt retsprincip i EU-retten siden Defrenne-III-dommen fra 1979. I de sidste ca. 45 år har EU-Domstolen afsagt mange domme om kønsdiskrimination, således at reglerne herom efterhånden er ved at være nogenlunde afklarede. Reglerne om kønsdiskrimination har i betydeligt omfang tjent som forbillede for udformningen af de senere udviklede regler om forbud mod diskrimination af andre grunde end køn.

Aldersdiskrimination er først blevet reguleret efter år 2000. Der er væsentlig større mulighed for at retfærdiggøre aldersdiskrimination end kønsdiskrimination i art. 6 i beskæftigelsesdirektivet. Både forbud mod køns- og aldersdiskrimination er almindelige EU-retlige principper og begge er nu kodificeret i art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder. EU-rettens almindelige retsprincipper gælder internt i EU-retten som en gyldighedsbetingelse og skal respekteres i national ret på EU-regulerede områder. EU-Domstolen har underkendt art. 5, stk. 2 i direktivet om ligebehandling af kvinder og mænd ved handel med varer og tjenesteydelser om brug af kønsdifferentierede aktuarmæssige faktorer, fx forskellen mellem kvinders og mænds gennemsnitlige levealder, i forsikring som ugyldig, fordi den stred mod art. 21 i EU's Charter om grundlæggende rettigheder.

⁴⁰ Sag C-236/09, Test-Achats, EU:C:2011:100.

⁴¹ 2004/113/EF.

ANNIKA NILSSON

RÄTTEN TILL NATURRESURSERNA

1 Introduktion

Äganderätt är en rättsfigur som diskuterats ingående av många, i många sammanhang och ur många olika perspektiv.¹ Den allmänna uppfattningen torde numera vara att äganderätten inte är naturgiven utan består av olika befogenheter och skyldigheter enligt det vid varje tidpunkt gällande regelsystemet. Detta gäller naturligtvis också äganderätten till fast egendom.

Detta lilla bidrag har fått titeln *Rätten till naturresurserna*. Det handlar inte om äganderätten i sig utan om något som ibland framhålls som en central del av äganderätten till fast egendom, nämligen rätten att disponera över egendomen och de resurser som finns på den. Den tes som ligger till grund för och belyses i framställningen är att ett ur det allmännas perspektiv rationellt utnyttjande av resurserna – vilket i allmänhet innebär exploatering – är ett betydligt mer centralt intresse för lagstiftaren än skyddet för ägarens dispositionsrätt, och för den delen även miljöskydd och andra motstående intressen, åtminstone när det gäller naturresurser som har stor betydelse för samhällsutvecklingen och samhällsekonomin.

Jordbruksmark är en sådan central naturresurs. Ann Numhauser-Henning gjorde 1988 en analys av jordförvärvslagstiftningens samhälleliga funktioner.² Hon konstaterade bl.a. att lagens huvudsyfte har varit att förhindra att jordbruksmark kommer ur den jordbrukande befolkningens händer, men att utformningen av regleringen har skiftat över tid för att svara mot olika problembilder.³ Den tidigare jordförvärvslagstiftningen var närmast föranledd av konkurrensen om jorden från den industrialiserade produktionen och dålig lönsamhet i alltför små jordbruksenheter. Efter 1979, menade Ann Numhauser-Henning, innebar den pågående sysselsättningskrisen att ökat fokus lades på problemet med en ökande andel passiva jordägare.⁴

¹ I det aktuella sammanhanget kan det vara tillräckligt att hänvisa till Ann Numhauser-Henning, *Rätten till fäderneslandet. Om jordförvärvslagen och dess funktioner mot bakgrund av jordbrukets utveckling i det svenska samhället.* (Juristförlaget i Lund 1988) Avsnitt 1.3 med referenser.

² Numhauser-Henning, *Rätten till fäderneslandet*.

³ Numhauser-Henning s. 12.

⁴ Numhauser-Henning s. 147 f och s. 157.

Jordförvärvslagstiftningen innebär ett begränsat ingrepp i äganderätten; den reglerar inte hur jordbruksmark skall skötas eller hur avkastningen skall nyttogöras, utan endast vem som får köpa sådan mark.⁵ Den påverkar alltså endast fastighetsägarens rätt att avyttra marken. Men det är tydligt, genom Ann Numhauser-Hennings analys och studier av nuvarande regelverk, att en viktig funktion för regelverket varit och fortfarande är att motverka ett ur samhällets perspektiv olämpligt utnyttjande av resursen.

Det finns flera andra exempel på lagstiftarens ambitioner att viktiga resurser skall utnyttjas på sätt som anses rationella ur ett samhällsperspektiv, med större eller mindre ingrepp i ägarens frihet att nyttja egendomen beroende på vad som behövs för det övergripande syftet. Här behandlas två naturresurser som också har kopplingar till fast egendom, som under lång tid har varit och fortfarande är av central betydelse för Sveriges välstånd: Skogen och mineralerna. Min ambition var inledningsvis att även behandla rätten till vattnet, den fjärde traditionellt viktiga svenska naturresursen. Detta visade sig tyvärr ta alltför mycket såväl utrymme som tid i anspråk; jag uppfattar dock att rätten att utnyttja vattnet i huvudsak följer grundmönster motsvarande dem som redovisas för skogen och mineralerna nedan.

De närmare frågeställningar som behandlas nedan är ”Vilket intresse uttrycker staten/lagstiftaren för resursen ifråga som ett ”samhällsintresse”, hur regleras hushållning med och nyttogörande av resursen, vem får exploatera den och vilken hänsyn tas till fastighetsägarens intressen?” I den avslutande diskussionen går jag också något in på hur andra, motstående intressen beaktas.

Fokus ligger alltså på rätten att utnyttja resursen, i förhållande till fastighetsägarens rätt. Jag vill betona att mitt syfte inte är att uttrycka kritik mot ”statens ingrepp i äganderätten”. Mina forskningsintressen ligger främst inom miljö-rätten där det ofta, enligt min mening, är befogat med långtgående inskränkningar i enskildas rätt att förfoga över egendom, till skydd för vår gemensamma miljö. Jag har valt detta perspektiv delvis för att i någon mån ansluta till Ann Numhauser-Hennings ovan nämnda undersökning men framförallt för att fastighetsägarens intressen under överskådlig tid funnits med i diskussionen

⁵ Den nuvarande jordförvärvslagen (1979:230) är tillämplig på köp, byte, gåva och vissa andra typer av förvärv av fast egendom som är taxerad som lantbruksenhet. Förvärvstillstånd krävs bl.a. om fastigheten ligger i glesbygd eller om förvärvaren är en juridisk person som förvärvar egendomen av en fysisk person eller ett dödsbo. Den som är folkbokförd i området får förvärva egendom utan tillstånd. Tillstånd kan nekas om egendomen behövs för att främja sysselsättningen eller bosättningen på orten. Om förvärvstillstånd inte söks inom viss tid, eller om tillstånd nekats, blir köpet ogiltigt.

medan t.ex. miljöskyddsintresset tillkommit först på senare år. – De ambitioner som statsmakten uttrycker rörande exploatering av ”samhällsviktiga” resurser har också betydelse för vilken tyngd miljöskyddsintresset tillmäts i en konkurrenssituation: Det är tydligt att nyttogörande av naturresurserna fortfarande ofta är det intresse som tillmäts störst tyngd.

Framställningen gör på intet sätt anspråk på att vara en uttömmande analys av de studerade områdena: Syftet är begränsat till att ge en översiktsbild över hur lagstiftningen rörande hushållning med och nyttogörande av naturresurserna ser ut och har utvecklats i modern tid i Sverige. Undersökningen är också begränsad till vissa centrala rättsakter inom respektive område. Det material som använts är i huvudsak lagtext och vissa förarbeten. Den som är insatt i området kommer snart att inse att det finns ett stort antal författningar rörande skog och mineraler som inte behandlas, och en mängd spännande frågor rörande dessa resurser som lämnats utanför framställningen.

2 Skogen

2.1 Inledning

Skogen har varit viktig för människan så långt tillbaka i tiden vi kan se. Skogen som livsmiljö bidrar med mat, och skogen som råvaruresurs ger byggnads- och konstruktionsmaterial, pappersprodukter och energi, textilier och en mängd andra cellulosaprodukter.⁶ Så har skogen också en mycket stor betydelse för Sveriges ekonomi och för sysselsättningen. Totalt ca 57 % av Sveriges yta består av produktiv skogsmark.⁷ Branschorganisationen Skogsindustrierna anger att skogsindustrin svarar för ca 10-12 % av den svenska industris produktions- och förädlingsvärde,⁸ och att den ger direkt sysselsättning till ca 100 000 människor (2014).⁹

Inställningen till hur rätten att disponera skogens resurser skall se ut har varierat i olika tidsepoker. Under 1700-talet var skogsbruket i det närmaste totalreglerat. Men restriktionerna avskaffades efterhand, och i början av 1800-

⁶ KTH; Skolan för Kemivetenskap: Mars – Cellulosa: Från makro till mikro www.kth.se/che/archive/arkiv/matmar-1.82408 (2016-08-31).

⁷ Skogsstatistisk årsbok, www.skogsstyrelsen.se/Myndigheten/Statistik/Amnesomraden/Skog-och-skogsmark/Skog-och-skogsmark/ (2016-08-31).

⁸ Skogsindustrierna; Ekonomi, www.skogsindustrierna.org/branschen_1/fakta/ekonomi (2016-08-31).

⁹ Skogsindustrierna; Anställda i skogen, www.skogsindustrierna.org/branschen_1/branschstatistik/branschstatistik/ekonomisk-betydelse/anstallda-i-skogsnaringen (2016-08-31).

talet var det enskilda skogsbruket istället i stort sett avreglerat. Vid denna tidpunkt började också efterfrågan på skogsråvara att öka, i samband med skogsindustrins expansion.

Skogen är en förnybar resurs, men om den skall ge hög avkastning i ett långsiktigt perspektiv behöver den skötas på ett bra sätt. Detta gjordes i allmänhet inte, utan avverkning skedde med ett kortsiktigt vinstintresse utan hänsyn till behovet av återväxt. Vid mitten av 1800-talet var misshushållningen så omfattande att det uppstod farhågor för virkesbrist, och attityden till reglering av skogsbruket började svänga.¹⁰

Vid tiden för 1903 års lag fanns det ett stort antal olika regleringar av skog och skogsmark, regionala såväl som avgränsade till vissa ägarkategorier eller på annat sätt. Sådana särregleringar fanns kvar långt in på 1900-talet. Här behandlas endast några mer allmänna skogsvårdsregleringar, nämligen 1903 års lag angående vård av enskildes skogar och skogsvårdslagarna 1923, 1948 och 1979, den senare även i 1993 års lydelse.¹¹

De frågor som tas upp är hur lagstiftaren uttrycker sitt intresse för skogen som samhällsviktig resurs, hur detta intresse tillvaratas med regler om hur skogen skall skötas genom avverkning och återplantering och en ytterligare fråga som har betydelse i sammanhanget, nämligen vad som i olika tider har ansetts utgöra skogsmark. Eftersom fastighetsägaren är adressat för reglerna speglar diskussionen om dessa frågor också i viss mån fastighetsägarens rättsställning.

2.2 Målen för skogsbruket

I förarbetena till 1903 års lag redogjordes översiktligt för de bestämmelser för att skydda skogen mot misshushållning som fanns i befintliga regleringar.¹² Föredraganden framhöll att staten måste anses vara såväl berättigad som förpliktad att se till att den skogsmark som var i enskild ägo inte behandlades så att den blev oduglig till skogsbörd och således upphörde att fylla sin uppgift

¹⁰ Se Karl-Göran Enander; *Skogsbruk på samhällets villkor. Skogsskötsel och skogspolitik under 150 år*, Sveriges lantbruksuniversitet, Institutionen för skogens ekologi och skötsel, Rapport 1 (Umeå 2007) för en detaljerad och nyanserad skildring av Sveriges skogshistoria från 1800-talets mitt fram till omkring år 2000. http://pub.epsilon.slu.se/8483/1/Enander_K-G_111130.pdf (2016-08-31). Se även prop. 1903 no 46, s. 55 ff.

¹¹ Lagen 1903 Nr 79 angående vård af enskildes skogar (cit. skogsvårdslagen 1903), skogsvårdslagen 1923 Nr 212 (cit. skogsvårdslagen 1923), skogsvårdslagen 1948 Nr 237 (cit. skogsvårdslagen 1948), skogsvårdslagen 1979:429 (cit. skogsvårdslagen 1979) och skogsvårdslagen 1979:429 i lydelse enligt SFS 1993:553 (cit. skogsvårdslagen 1993).

¹² Prop. 1903 No 46, s. 55 ff.

i nationens hushållning. Lagen inleddes med ett stadgande om att avverkning inte fick ske så att återväxten äventyrades.¹³

Syftena bakom 1923 års skogsvårdslag får delvis tolkas mot bakgrund av de lagar med tillfälliga åtgärder mot skövling av skogsfastigheter som antogs 1918-1921.¹⁴ I förarbetena till 1923 års lag anfördes att frågan om vården av enskildas skogar krävde en snar lösning. ”Det kan givetvis icke vara tillfredsställande att på ett så viktigt, för hela landets ekonomiska förhållanden betydelsefullt område en provisorisk kristidslagstiftning skall vara gällande år efter år.” Lagens inledande bestämmelse slog fast att skogsmark skulle användas till skogsbörd.¹⁵

I förarbetena till 1948 års skogsvårdslag angavs att målet med skogspolitiken var att skogsmarkens virkesalstrande förmåga skulle utnyttjas effektivt, för att vidmakthålla och såvitt möjligt utvidga skogsbruket och därmed också de industrier som var beroende av skogen för sin råvaruförsörjning. Skogsbruket skulle drivas som ett ekonomiskt företag inriktat på att uppnå en tillfredsställande lönsamhet. Vid sidan av dessa kortsiktigt ekonomiska synpunkter poängterades också skogens värde för sysselsättningen i skogsbygderna och behovet av en jämn råvaruförsörjning till skogsindustrin. I lagens inledande bestämmelse slogs fast att skogsmark borde skötas så att den gav tillfredsställande ekonomiskt utbyte och i huvudsak jämn avkastning.¹⁶

I propositionen till 1979 års skogsvårdslag uttalades en avsikt att ompröva skogspolitiken mål och medel. Likväl framhölls uttryckligen även här att skogen skulle betraktas som en nationell tillgång som skulle utnyttjas för samhällets bästa. Det framhölls som självklart att skogsnäringen måste verka i överensstämmelse med de övergripande samhällsekonomiska målen och i samspel med andra samhällssektorer. Näringen skulle bidra till att uppfylla målen om full sysselsättning, ekonomisk tillväxt, regional balans och balans i utlandsbetalningarna. Nytt är dock att också miljövårds- och naturvårdsaspekter nämns i sammanhanget. En bestämmelse om att hänsyn skulle tas även till naturvårdens intressen hade införts 1974.¹⁷ Föredraganden konstaterade att skogsbruket måste präglas av en ekologisk grundsyn om skogsmarkens produktionsförmåga inte skulle försämrats. Men härefter framhölls åter att produktionsförutsättningarna skulle utnyttjas på bästa sätt, att stor vikt skulle läggas vid hög volymproduktion av värdefullt virke och att kopplingen mellan

¹³ A.a. s. 109 och s. 141, 1 § skogsvårdslagen 1903.

¹⁴ Se t.ex. skogsvårdslagen 1921 och prop. 1921 Nr. 119.

¹⁵ Prop. 1923 Nr. 104 s. 19, 1 § 1 st skogsvårdslagen 1923:212.

¹⁶ Prop. 1948 Nr. 34 s. 57 ff., 1 § skogsvårdslagen 1948.

¹⁷ Prop. 1974:166.

skogspolitiken även i fortsättningen. I lagens inledande paragraf formulerades att skogsmark skulle skötas så att den varaktigt gav en hög och värdefull virkesavkastning. Vid skötseln skulle hänsyn tas till naturvårdens och andra allmänna intressen.¹⁸

1993 skedde en relativt omfattande omarbetning av 1979 års skogsvårdslag. I förarbetena anfördes att miljöhänsyn skulle utgöra en integrerad del i skogspolitiken, och att miljömålet skulle tillmätas lika stor vikt som produktionsmålet. Den nya politiken skulle också innebära en betydande avreglering, som skulle möjliggöra ökad mångfald i skogsbruket.¹⁹ Även här framhölls dock också skogens stora betydelse för Sveriges ekonomi och välbefinnande. Skogen sades vara en nationell tillgång som inte endast var av betydelse för den enskilde skogsägaren utan för hela samhället. Den vid den aktuella tiden rådande lågkonjunkturen hade inneburit ett visst överskott på skogsråvara, men föredraganden betonade skogsnäringens utvecklingspotential och att skogen och skogsmarken fortsatt skulle utnyttjas effektivt och ansvarsfullt så att den gav en uthålligt god avkastning. Skogen utgjorde en nödvändig grund för sysselsättning och försörjning och därmed för möjligheterna att upprätthålla en levande landsbygd. Huvuddelen av skogsmarken skulle brukas genom ett aktivt skogsbruk, och dess virkesproducerande förmåga skulle utnyttjas väl på all skogsmark där inte andra intressen, t.ex. naturvårdsintressen, väge tyngre. I målparagrafen sägs numera att skogen är en nationell tillgång som skall skötas så att den uthålligt ger en god avkastning samtidigt som den biologiska mångfalden behålls, och att hänsyn skall tas också till andra allmänna intressen.²⁰

2.3 Om ”skogsmark”, avverkning och återväxt

Nedan beskrivs översiktligt hur lagarnas tillämpningsområde preciseras, och de bestämmelser angående avverkning och återplantering som formuleras. Begreppet ”skogsmark” definierades inte förrän 1948 men diskuterades även i tidigare förarbeten. Reglerna om avverkning och återväxt anger i huvudsak vilket resultat som skall uppnås, men är allmänt hållna när det kommer till de konkreta åtgärder som skall utföras. Läsaren skall dock inte förledas att tro att

¹⁸ Prop. 1978/79:110 s. 13 ff., 1 § skogsvårdslagen 1979.

¹⁹ Prop. 1992/93:226 avsnitt 3.2. Den som vill fördjupa sig i resultatet av denna avreglering och dess effekter för miljön och naturvården kan t.ex. ta del av Maria Forsbergs avhandling *Skogen som livsmiljö* (Uppsala universitet 2012), särskilt avsnitt 4.6. Avhandlingen är tillgänglig på www.diva-portal.org/smash/get/diva2:544926/FULLTEXT01.pdf (2016-08-31).

²⁰ Prop. 1992/93:226 avsnitt 3.2–3.3 och s. 47 f., 1 § skogsvårdslagen 1979 i nu gällande lydelse.

fastighetsägaren har, eller har haft, mandat att fritt avgöra hur resultatet skall uppnås; Skogsvårdsstyrelserna instiftades som tillsynsmyndighet i samband med 1903 års lag, och Skogsstyrelsen har sedan 1941 meddelat föreskrifter och råd om hur skogsbruket skall bedrivas. Tyvärr finns inte utrymme att här gå närmare in på dessa föreskrifter.²¹

Inledningsvis skall också nämnas att inget av regelverken hindrar omläggning från skogsmark till annan användning, men de är mer eller mindre tillåtande beträffande förutsättningarna.

1903 års lag innebar en ganska begränsad reglering av skogsbruket. Stora skogsarealer som användes till betesmark undantogs från lagens tillämpningsområde, liksom försumpade skogsmarker.²² Det ställdes inga krav på aktiva åtgärder för skogens återväxt. För avverkning och markarbeten i samband därmed gällde det tämligen modesta kravet att sådant inte fick ske så att återväxten *uppenbarligen* äventyrades.²³ Det är dock tydligt att ambitionen var att skogsbruket skulle stramas upp i linje med vad som ansågs vara ”det allmännas bästa”.

Reglerna skärptes och preciserades i 1923 års lag. En tydligare avgränsning gjordes mellan skogsmark och betesmark,²⁴ och lagens tillämpningsområde utvidgades till att också i viss utsträckning gälla försumpad skogsmark.²⁵ Ett uttryckligt förbud mot avverkning av yngre skog syftade till att främja återväxten i skogen. Avverkningsförbud på nyförvärvad skogsmark skulle motverka att markområden köptes upp för att kalavverkas. Kraven på hur avverkning skulle gå till var liksom tidigare begränsade till att den inte fick ske så att skogens återväxt äventyrades. Nu hade dock uppenbarhetsrequisitet slopats, vilket måste uppfattas som en skärpning.²⁶ En visserligen vag men ändå aktiv skyldighet att se till att ny skog växte upp efter avverkning infördes också: skogsägaren skulle vidta åtgärder för att trygga nöjaktig återväxt. Detta gällde även när skogen skadats genom insektsangrepp, brand eller liknande.²⁷

I 1948 års lag utvidgades lagens tillämpningsområde genom en definition av begreppet ”skogsmark”: *All* mark som var lämplig för skogsbruk skulle nu användas för skogsodling, om det inte kunde motiveras varför marken skulle

²¹ För närvarande gäller SKSFS 2011:7 med preciserade föreskrifter och anvisningar om bl.a. avverkning och anläggande av ny skog.

²² Prop. 1903 No 46 s. 12 f., 12 § 3 st. skogsvårdslagen 1903.

²³ 1 § skogsvårdslagen 1903, min kursivering. Se även Enander kap. 8.

²⁴ 23 § skogsvårdslagen 1923, prop. 1903 No 46 s. 43 och s. 116 f.

²⁵ 22 § skogsvårdslagen 1923.

²⁶ 3–5 §§ skogsvårdslagen 1923. Några undantag fanns, bl.a. för husbehovsavverkning i vissa fall.

²⁷ 9–11 §§ skogsvårdslagen 1923.

användas för andra ändamål.²⁸ Förbudet mot avverkning av ungskog, nu kallad ”utvecklingsbar skog”, kvarstod. Skog ansågs vara utvecklingsbar så länge det var mer lönande att låta den stå än att avverka den. Avverkning av ”icke utvecklingsbar” skog skulle liksom tidigare ske så att skogens återväxt inte avsevärt försvårades. Nu skulle avverkning också utföras så att inte större rubbningar i avkastningens jämnhet uppkom. Bestämmelsen motiverades huvudsakligen med sysselsättningskäl och industrins behov av råvaruförsörjning. Samtidigt motverkade den uppköp i kalavverknings syfte varför någon särskild sådan bestämmelse inte längre behövdes.²⁹ Skyldigheten att vidta aktiva åtgärder för ”skogens nöjaktiga återväxt” utvidgades, till att nu också omfatta skogsmark där skogstillståndet av andra skäl än avverkning och skador var ”uppenbart otillfredsställande”. Mark skulle bearbetas om det behövdes, genom dikning eller på annat sätt, dock med ett begränsat ekonomiskt ansvar. Eftersom begreppet skogsmark samtidigt preciserades till att i princip omfatta all mark som var lämplig för skogsbruk fick återväxtkravet en omfattande räckvidd. I propositionen anfördes att detta var väl motiverat eftersom det principiellt var befogat att samhället uppställde krav på den enskilde markägaren att den produktionsfaktor som marken utgör användes på ett ur det allmännas synpunkt rimligt sätt och sålunda bidrog till den allmänna välförhållanden-utvecklingen.³⁰

1979 års lag innebar i vissa avseenden en mindre långtgående reglering än tidigare, medan den i andra avseenden gick längre. Definitionen av ”skogsmark” begränsades genom en precisering: För att vara ”lämplig” skulle marken kunna producera i genomsnitt en kubikmeter virke om året per hektar. Improduktiva marker omfattades alltså inte längre.³¹ Däremot skärptes formuleringarna i andra avseenden. Nu räckte det inte med att tillväxten *inte försvårades* genom slutavverkningen, den skulle vara *ändamålsenlig* för anläggning av ny skog. Slutavverkning skulle normalt ske genom traktuggning.³² Lagen preciserade när slutavverkning tidigast fick ske: Inte förrän skogen nått sådan ålder att endast en mindre ökning av tillväxten kunde erhållas. Om skogen å andra sidan fick stå för länge, så att markens produktionsförmåga inte tillräckligt togs tillvara, kunde skogsvårdsstyrelsen besluta om slutavverkning och anläggning av ny skog.³³ Avverkningen skulle liksom tidigare fördelas över

²⁸ 2 § 1 st. skogsvårdslagen 1948.

²⁹ Prop. 1948 Nr. 34 s. 88 ff., 6–7 §§ skogsvårdslagen 1948.

³⁰ A.a. s. 61 ff., 14–16 §§ skogsvårdslagen 1948.

³¹ Prop. 1978/79:110 s. 34 ff., 2 § skogsvårdslagen 1979.

³² A.a. s. 48 och s. 66, 12 § skogsvårdslagen 1979.

³³ 13 § och 6 § skogsvårdslagen 1979.

tid för att få en jämn virkesförsörjning.³⁴ Skyldigheten att anlägga ny skog efter avverkning och vid skada sades motsvara tidigare bestämmelse. Återplanteringskyldighet inträdde när beståndets virkesförråd gått ner till ca hälften av det möjliga förrådet. Ny skog skulle också anläggas på skogsmark som låg outnyttjad, eller om skogens tillväxt av olika skäl var avsevärt lägre än vad som var möjligt. Detta tillstånd ansågs inträffa när tillväxten understeg hälften av den möjliga tillväxten.³⁵ Den 1974 antagna bestämmelsen om naturvårdshänsyn följde med in i 1979 års lag. Den hade dock begränsad inverkan på skogsproduktionen eftersom krav på naturvårdshänsyn inte fick medföra att pågående markanvändning avsevärt försvårades.³⁶

1993 kompletterades definitionen av vad som utgör skogsmark med ännu en precisering, av ”skogliga impediment”. Syftet med tillägget var att möjliggöra föreskrifter om naturvårdshänsyn även i sådana områden, vilka i många fall har höga natur- och miljövärden.³⁷ – Det skall dock konstateras att naturvårdsföreskrifter inte heller idag får medföra att pågående markanvändning avsevärt försvåras.³⁸ – Lagändringen sades, som sagt, syfta till en viss avreglering. Beträffande vad som är aktuellt här skall avverkning vara ändamålsenlig för skogens återväxt eller främja skogens utveckling. I propositionen sägs att även andra slutavverkningsmetoder än kalavverkning bör kunna godtas efterhand som de utvecklas och kan anses beprövade. Frågor om åldern på den skog som avverkas, över tiden jämn avverkning m.m. är alltjämt av intresse för lagstiftaren, men regleras nu genom myndighetsföreskrifter.³⁹ Skyldigheten att anlägga skog efter avverkning och på outnyttjad skogsmark gäller som tidigare. Vad gäller skog med för låg tillväxt inträder skyldigheten numera när skogens tillstånd är ”uppenbart otillfredsställande” vilket anses vara fallet när virkesproduktionen understiger en tredjedel av vad som är normalt, alltså en sänkning av det tidigare kravet. Föredraganden anförde att den tidigare bestämmelsen medfört att glesa skogar som ofta hade höga naturvärden avverkades och ersattes med högproducerande skog. När produktionsmålet och miljömålet nu skulle vara jämställda borde staten inte ställa specifika krav på aktiva skogsbruksåtgärder i områden med höga

³⁴ 14 § skogsvårdslagen 1979.

³⁵ Prop. 1978/79:110 s. 63, 5 § skogsvårdslagen 1979.

³⁶ 21 § skogsvårdslagen 1979. Begreppet ”pågående markanvändning” omfattar alla normala åtgärder i skogsbruket, d.v.s. även avverkning.

³⁷ Prop. 1992/93:226 s. 50 f. och s. 67, 2 § skogsvårdslagen 1993.

³⁸ 30 § skogsvårdslagen 1993.

³⁹ Prop. 1992/93:226 avsnitt 5.4, 10–11 § skogsvårdslagen 1993.

naturvärden. I viss utsträckning behövdes dock även i fortsättningen krav på återväxtåtgärder i områden med dålig skog.⁴⁰

2014 fick Skogsstyrelsen befogenhet att meddela undantag från huvudreglerna om avverkning och anläggning av ny skog, för försöksverksamhet och åtgärder för att bevara och utveckla natur- eller kulturmiljövärden.⁴¹ De nya bestämmelserna medför lite större handlingsutrymme för fastighetsägaren när det gäller att ta miljöhänsyn i skogsbruket. Men skogen skall alltjämt skötas så att den uthålligt ger en god avkastning.⁴²

2.4 Kort sagt...

Det är uppenbart, i alla de studerade lagarna, att staten har ett stort intresse i hur skogen sköts. Intensiteten i den statliga styrningen har dock varierat.

Under första delen av 1900-talet var regleringen av skogsbruket ganska begränsad. Stora skogsarealer undantogs, och de krav som ställdes var vaga. Jämfört med tidigare förhållanden för skogsbruket i Sverige är det dock tydligt att staten hade ambitionen att intervensera i produktionsförhållanden som inte ansågs förenliga med ”det allmännas bästa”.

1923 års lag innebar en tydligare styrning av skogsproduktionen, med en bättre precisering av tillämpningsområdet, ett uttryckligt förbud mot avverkning av yngre skog och en visserligen vag men ändå aktiv skyldighet att se till skogens återväxt.

Genom 1948 års lag tog staten ett bestämt grepp över skogsproduktionen. Skog skulle odlas och, i förekommande fall, anläggas på så stora områden som möjligt, avverkning fick inte ske förrän skogen var fullvuxen och avverkningen skulle ske etappvis så att det kontinuerligt skulle finnas fullvuxen skog att avverka.

Genom 1979 års lag drog sig staten en aning tillbaka såtillvida att samhällets intresse för skogsbruket nu koncentrerades till mer högproduktiva skogsmarker. Samtidigt skärptes kravet på att produktionsförmågan skulle tas tillvara på dessa marker. Eftersom definitionen av ”skogsmark” precisades med ett kvantitativt element fick man också ett kvantitativt mått på vad som, i olika situationer, skulle anses vara ett godtagbart skogsbruk.

Det skall erkännas att naturvårdshänsyn har fått något större utrymme i det svenska skogsbruket genom 1993 års reform. Men det är tydligt att

⁴⁰ A.a. s. 53 f., 5–6 §§ skogsvårdslagen 1993.

⁴¹ Några sådana föreskrifter synes dock inte ha meddelats ännu, se Skogsstyrelsens föreskrifter och allmänna råd, www.skogsstyrelsen.se/Myndigheten/Om-oss/Lag-och-ratt/ (2016-08-31).

⁴² SFS 2014:890, prop. 2013/14:141, SKSFS 2015:2 och 2015:3.

produktionsmålet fortfarande är det centrala. Även om alternativa avverkningsmetoder kan tillåtas är det fortfarande en förutsättning att de är ändamålsenliga ur tillväxtskympunkt. Och även om återplanteringskravet sänkts i glesa skogar med höga naturvärden gäller det bara tills de producerar mindre än en tredjedel av den möjliga tillväxten varje år.

Det är inte förvånande att den instans som har det yttersta ansvaret för landets ekonomi och välbefinnande intresserar sig för skogen, som har en så stor betydelse för såväl ekonomi som sysselsättning i landet. Men resultatet blir att skogsbruket är i hög grad reglerat, med bestämmelser om var skog skall växa, hur den skall skötas och hur och när den skall avverkas. Skogsvårdslagen reglerar inte *rätten att äga skog*. Däremot har den mycket att säga om *innehållet* i äganderätten. Fastighetsägaren är skyldig att så eller plantera skog, att sköta den så att den växer bra och, i grunden, att avverka den – visserligen i jämn takt – när den är avverkningsmogen. Någon uttrycklig skyldighet att avverka mogen skog finns inte, men om avverkning inte sker kommer skogens tillstånd så småningom att anses vara uppenbart otillfredsställande, och en skyldighet inträder att anlägga ny skog.

3 Mineralerna

3.1 Inledning

Järn och andra mineraler är ytterligare en naturresurs som genom århundraden varit viktig för Sveriges ekonomi. Flera av de svenska teknikföretagen har sitt ursprung i gruvindustrin och är idag världsledande på gruvutrustning och gruvteknik. Förutom metallgruvor finns också en stor industrimineralproduktion. I slutet av 1910-talet fanns nästan 500 gruvor, som producerade knappt 8 miljoner ton malm, i Sverige. För 50 år sedan producerades ungefär 20 miljoner ton malm i omkring 100 gruvor. Idag bryts omkring 80 miljoner ton malm. 2015 var 16 gruvor i drift. 2013 svarade Sverige för 91 % av EU:s totala järnmalmproduktion, 10 % av kopparproduktionen, 25 % av guldproduktionen, 17 % av silverproduktionen, 25 % av zinkproduktionen och nästan 40 % av EU:s blyproduktion.⁴³

Liksom skogen har malmen reglerats genom ett antal olika författningar, inriktade på olika typer av frågor rörande gruvnäring och mineralhantering.

⁴³ Sveriges Geologiska Undersökningar (SGU) www.sgu.se/mineralnaring/svensk-gruvnaring/svenska-malmgruvor/ och [www.sgu.se/mineralnaring/mineralnaringens-betydelse-for-samhallet/\(2016-08-31\)](http://www.sgu.se/mineralnaring/mineralnaringens-betydelse-for-samhallet/(2016-08-31)).

De grundläggande principerna för rätten att undersöka förekomsten av eventuella fyndigheter i markområden och att bearbeta mineralen synes inte ha förändrats i någon avgörande utsträckning sedan åtminstone mitten av 1800-talet.⁴⁴ Studien omfattar gruvlagarna 1938 och 1974, och 1991 års minerallag.⁴⁵

Framställningen fokuserar på frågor om statens intresse för mineralresurserna ur ett samhällsperspektiv, och hur detta kommer till uttryck i regleringen av rätten att tillgodogöra sig dem. Lagstiftningen begränsar fastighetsägarens dispositionsrätt över fastigheten och tilldelar staten vissa rättigheter, varför det är relevant att här också lyfta frågor om statens och fastighetsägarens intressen.

3.2 Målen för mineralresurserna

I förarbetena till gruvlagen 1938 framhölls bergsbrukets utomordentliga betydelse för Sveriges utveckling. I tillägg till en betydande ekonomisk avkastning sades bergsbruket ha medfört kolonisation av stora områden, bidragit till jordbrukets utveckling och en mer rationell skogshushållning, lagt grunden till viktiga industrier och skapat arbetstillfällen för en avsevärd del av landets befolkning. Ett syfte med den nya lagen var att staten skulle få ökat inflytande över gruvnäringen. I propositionen anfördes att den gällande gruvstadgan visserligen var föråldrad, men att det som till stor del påkallade en reform var den principiella frågan om en lämplig avvägning mellan de enskildas och folkhushållets intressen. ”Därvid bör naturligtvis tagas till yttersta ögonmärke, att de olika intressena avvägas på det sätt som bäst främjar hela landets ekonomiska välfärd.” Föredraganden menade att staten i äldre tid hade haft regalrätt till malmen. Denna tillgodosåg statens fiskala intressen men hade också näringspolitisk betydelse. ”På en tid då nödiga resurser för upptagande av gruvdrift knappast kunde påräknas hos de enskilda skulle mineralfyndigheterna ha kunnat förbliva outnyttjade. Att så ej skedde var emellertid ett allmänt intresse som det tillkom staten att tillvarataga. Enskilda jordägare, i vilkas mark mineralfyndigheter anträffats, kunde icke tillåtas förhindra, att dessa bearbetades och utnyttjades till förmån för hela landets ekonomi.”⁴⁶

⁴⁴ Ett så svepande uttalande kan naturligtvis väcka kritik, som också kan vara befogad om man syftar på detaljer. Här talar jag dock, som sagt, om de principiella grunderna. Se beskrivningen av äldre rätt i prop. 1938 nr. 40 s. 34–42 jämfört med den kortfattade redogörelse för dessa bestämmelser i de i not 56 angivna lagarna som görs nedan.

⁴⁵ Gruvlagen 1938 Nr. 314, gruvlagen 1974:342 och minerallagen 1991:45 (nedan benämnda gruvlagen 1938, gruvlagen 1974 och minerallagen 1991).

⁴⁶ Prop. 1938 Nr. 40 s. 33–34 och s. 99–110. Citat s. 34 och s. 99–100.

Målsättningen att främja upptäckt och bearbetning av nya fyndigheter var central även i gruvlagen 1974. Det framhölls i propositionen att upptäckten av nya fyndigheter var nödvändig för att gruvnäringen skulle leva vidare och utvecklas. Det var därför viktigt att malmetningen vidmakthölls på en hög nivå. Lagen skulle utformas så att enskilda stimulerades till malmetning, och till ett aktivt och ändamålsenligt utnyttjande av fyndigheterna.⁴⁷

Också i förarbetena till minerallagen 1991 framhölls gruv- och mineralindustrins betydelse för samhällsekonomin. Mineralutvinningen sades var viktig från såväl försörjnings- och sysselsättningssynpunkt som från industriell synpunkt. En konkurrenskraftig gruv- och mineralindustri framhölls som väsentlig för utvecklingen av svenskt näringsliv. Behovet att främja aktivitet inom gruvnäringen betonades även här, liksom behovet att i vissa avseenden öka samhällsinflytandet. Samtidigt framhölls också behovet av hänsyn till motstående intressen; detta tycks främst ha syftat på andra markanvändningsintressen.⁴⁸

3.3 Undersökning av fyndigheter och utvinning av mineral

Politiken och lagstiftningen har i stor utsträckning förlitat sig på enskilda initiativ för att hitta och effektivt utnyttja mineralfyndigheter. En genomgående diskussion har varit om ett inmutningssystem eller ett koncessionssystem är bäst ägnat att svara mot lagens syften. I princip innebär inmutningssystemet att den som först anmäler intresse för att undersöka ett område får rätt till de fyndigheter som upptäcks där, medan rätten att undersöka och bearbeta en fyndighet i ett koncessionssystem upplåts efter prövning av staten.⁴⁹ Inmutningssystemet anses ge större incitament för enskilda att söka efter fyndigheter, koncessionssystemet ett starkare samhällsinflytande över resurserna. Ett tredje alternativ är att fastighetsägaren har rätt till de fyndigheter som finns på fastigheten. Detta gäller, enligt svensk rätt, för ämnen som inte omfattas av gruv- och mineralregleringar.

I förarbetena till 1938 års lag konstaterades att inmutningssystemet var bäst ägnat att uppmuntra till sökande efter nya fyndigheter, och att det därför borde behållas.⁵⁰ Inmutningsrätten var begränsad i några avseenden; inmutning kunde endast ske för de i lagen angivna mineralerna, vissa subjekt hade inte rätt att söka inmutning och vissa typer av områden var undantagna.⁵¹ I övrigt

⁴⁷ Prop. 1974:32 s. 1 och s. 92 f.

⁴⁸ Prop. 1988/89:92 s. 35 och s. 45 ff.

⁴⁹ A.a. s. 39–40.

⁵⁰ Prop. 1938 Nr. 40 s. 101 ff.

⁵¹ 1 kap. 1 § och 2 kap. 5 § gruvlagen 1938.

kunde ”envar” ansöka om inmutning, och villkoren för att få inmutningsrätt synes ha varit i huvudsak formella. ”Mineralfyndighetens art” skulle uppges i ansökan, men någon utförlig bevisning om dess existens synes inte ha begärts. Redan ansökan om inmutning gav företrädare framför andra som sökte inmutning för samma område.⁵²

Om en fyndighet som ”sannolikt kunde göras till föremål för gruvdrift” påträffades inom området kunde ansökan om s.k. utmål, för bearbetning av fyndigheten, göras. I syfte att främja aktiv undersökning gällde att ansökan skulle göras inom tre år efter att inmutningen beviljats, med möjlighet till förlängning bl.a. om sökanden kunde visa att förhållandena på platsen var sådana att det var motiverat. I övrigt var även villkoren för att få utmål i huvudsak av formell art; ansökan skulle beviljas om den var fullständig och inget av de vid not 51 angivna hindren fanns.⁵³ Utmålet var obegränsat i tid. Enligt tidigare rätt gällde en skyldighet att ”försvara” gruvrätten genom en viss arbetsplikt, i syfte att motverka att utmål låg obearbetade under lång tid. Denna arbetsplikt omvandlades nu till en ”försvarsavgift” som till hälften tillföll kronan och till hälften fastighetsägaren.⁵⁴

Också i förarbetena till 1974 års gruvlag diskuterades för- och nackdelar med inmutnings- och koncessionssystemen. Inmutningssystemet konstaterades även nu vara mer effektivt när det gällde att stimulera sökande efter nya fyndigheter. Systemet behölls därför, med vissa modifieringar. En indirekt kompetensprövning sades ske genom att det inmutade området inte fick vara större än att det kunde antas att inmutaren hade möjlighet att undersöka det i sin helhet. Förlängning av undersökningstiden villkorades med att ändamålsenlig undersökning skedde. För att ge ytterligare incitament till aktiv undersökning infördes en inmutningsavgift.⁵⁵

För att få utmål gällde, liksom tidigare, att sökanden skulle påvisa en brytningsbar fyndighet. I propositionen talades om en ökad bevisbörda i detta avseende, dock utan synbart avtryck i lagtexten. Även när det gällde utmål infördes en indirekt kompetensprövning genom att fyndigheten inte fick vara sådan att det var olämpligt att sökanden fick den begärda koncessionen.⁵⁶ Det framhölls som problematiskt att utmålsrätten var obegränsad i tid; detta begränsade möjligheten att ingripa mot att utmål utnyttjades på sätt som inte

⁵² 1 kap. 3 §, 2 kap. 6 § och 9 § gruvlagen 1938.

⁵³ 1 kap. 2 §, 4 kap. 30 § och 3 kap. 19 § gruvlagen 1938.

⁵⁴ Prop. 1938 Nr. 40 s. 114 ff., 7 kap. 55 § gruvlagen 1938.

⁵⁵ Prop. 1974:32 s. 97 och s. 103 ff., 2 kap. 1 § och 6 §, 3 kap. 5 § gruvlagen 1974.

⁵⁶ Prop. 1972:115 ff., 1 kap. 5 § gruvlagen 1974 (jämfört med 2 § 3 st. gruvlagen 1938) och 4 kap. 26 § gruvlagen 1974.

var godtagbara från allmän synpunkt. En bestämmelse om 25 års giltighetstid infördes. Rätten till förlängning – 20 år i taget – gjordes beroende av att seriös verksamhet bedrevs. Om så inte var fallet skulle frågan prövas med hänsyn till det allmännas intresse av att främja ett ändamålsenligt utnyttjande av landets mineraltillgångar.⁵⁷

Även försvarsavgiften diskuterades. Funktionen att motverka obearbetade utmål fylldes nu av tidsbegränsningen. Avgiften sades dock fortsatt ha betydelse genom att gruvföretagen måste markera sitt intresse för utmälen. Dessutom täckte den en del administrativa kostnader. Några skäl till att fastighetsägaren skulle ha hälften av avgiften såg man dock inte. Försvarsavgiften behölls, men tillföll i sin helhet kronan.⁵⁸

1991 års lag omfattar betydligt fler mineraler än tidigare regleringar, ca 60 mot tidigare 25.⁵⁹ Några av dessa överfördes från annan lag,⁶⁰ men flertalet var tidigare jordägarmineral som nu övergick till att bli koncessionsmineral, som benämningen är i 1991 års lag. Föredraganden menade att sådan reglering av mineraltillgångarna, i överensstämmelse med det allmännas intresse, hade djupa rötter i svensk rätt och således var befogad. Fastighetsägarens intressen ansågs skyddade bl.a. genom företräde till koncession för de nya mineralen inom ett år efter lagens ikraftträdande.⁶¹

En förutsättning för undersökningstillstånd är, liksom tidigare, att det finns anledning att anta att undersökning kan leda till fynd av koncessionsmaterial. Nu gäller också ett visst kompetenskrav: Undersökningstillstånd nekas bl.a. om sökanden uppenbart saknar möjlighet eller avsikt att få till stånd ändamålsenlig undersökning. För olja, gas och diamant skall sökanden visa lämplighet.⁶² Undersökningstillståndet gäller alltså i tre år som huvudregel.⁶³

För bearbetningskoncession infördes genom 1991 års lag krav på att sökanden skulle visa lämplighet. Koncessionsrätten begränsades till 10 år, med rätt till 10 års förlängning så länge regelbunden bearbetning pågick.⁶⁴ Dessa bestämmelser ändrades dock 1993, tillbaka till vad som gällde enligt 1974 års

⁵⁷ 1 kap. 5 §, 4 kap. 8 § och 6 kap. 10 § gruvlagen 1974.

⁵⁸ Prop. 1974:32 s. 200 f. och 6 kap. 6 § gruvlagen 1974.

⁵⁹ 1 kap. 1 § minerallagen 1991 jämfört med samma bestämmelse i gruvlagen 1938 och gruvlagen 1974.

⁶⁰ Lagen 1974:890 om vissa mineralfyndigheter.

⁶¹ Prop. 1988/89:92 s. 51 och 73 f.

⁶² 2 kap. 2 § minerallagen 1991.

⁶³ 1 kap. 1 §, 2 kap. 2 § och 5 § minerallagen 1991.

⁶⁴ 4 kap. 2 § och 7–8 §§ minerallagen 1991.

lag, för att ge bättre generella förutsättningar för prospektering och gruvdrift.⁶⁵ Försvarsavgiften slopades genom 1991 års lag.⁶⁶

3.4 Statens rätt till kronoandel

I äldre rätt hade fastighetsägaren rätt att göra anspråk på s.k. jordägarandel i gruvföretag, omfattande hälften av företaget. Anspråk på jordägarandel skulle anmälas inom viss tid, annars förföll rätten. Genom 1938 års lag omvandlades denna rätt, i fråga om nya utmål, till en motsvarande andelsrätt för staten, kallad kronoandel.⁶⁷ Förändringen vållade naturligtvis en hel del debatt i lagens förarbeten. Diskussionerna rörde bl.a. vilket system som bäst skulle främja ett effektivt utnyttjande av mineraltillgångarna och huruvida ingreppet i jordägarandens intressen var berättigat.

Förändringen motiverades med att en andelsrätt skulle ge staten förutsättningar att utföra sina uppgifter inom gruvnäringen på ett smidigare sätt än genom speciella lagbud eller liknande åtgärder. För inmutarens del, ansåg föredraganden, torde det ofta vara en fördel att staten inträdde i företaget bl.a. eftersom staten hade möjlighet att bidra med en säker och relativt billig kapitalinsats. Att bibehålla jordägarandelen var inte motiverat eftersom den enskilde fastighetsägaren, till följd av den tekniska och ekonomiska utvecklingen av undersöknings- och utvinningsverksamheten, inte längre kunde antas göra några nämnvärda insatser för gruvnäringen.⁶⁸

Några remissinstanser framförde att borttagandet av jordägarandelen var ett obehörigt ingrepp i enskild äganderätt, och att äganderätten till mineralen principiellt tillkom jordägaren. Det anfördes att jordägarandelsrätt hade gällt i över tvåhundra år och att den således ingick i det allmänna rättsmedvetandet. Föredraganden svarade att dessa argument syntes bygga på en föreställning om äganderätten som en oföränderlig institution som står över lagens makt. ”Det torde knappast behöva framhållas att äganderätten i likhet med andra rättsinstitut inrymmer i den av staten instiftade och vidmakthållna rättsordningen och att dess närmare innehåll självfallet är underkastat de växlingar som utvecklingen vid varje särskild tidpunkt kan medföra. [...] Huruvida jordägarandelen bör förbli orubbade eller undergå förändringar är en fråga som får bedömas ur synpunkten av allmänt gagn.” Föredraganden menade vidare att jordägarandelsrätt inte hade sin grund

⁶⁵ Prop. 1992/93:238 s. 5 f., SFS 1993:690.

⁶⁶ Prop. 1988/89:92 s. 73.

⁶⁷ 5 kap. gruvlagen 1938.

⁶⁸ Prop. 1938 Nr. 40 s. 106–110.

i jordägarerätten utan hade blivit tillerkänd jordägaren som en förmån, i gruvnäringens intresse. Eftersom de sakliga grunderna för denna ordning fallit bort, och nya skäl tillkommit för en annan ordning, kunde hänsyn till traditionen inte få hindra genomförandet av en reform.⁶⁹

I förarbetena till 1974 års lag framhölls kronoandelen som en viktig del i argumentationen för att bevara inmutningssystemet, eftersom den bidrog till statens inflytande inom gruvnäringen. Enligt den nya lagen skulle kronoandelen inträda automatiskt, om staten inte aktivt avstod.⁷⁰

Kronoandelen fanns kvar i minerallagstiftningen ända in i 1991 års minerallag. I förarbetena till denna lag motiverades den med att samhället måste ha möjlighet till kontroll av att koncessionshavaren bedriver en ändamålsenlig bearbetning. Genom kronoandelen kunde staten mot övriga delägares vilja framtvunga undersökning och brytning.⁷¹ Kronoandelen avskaffades först 1993, med motivering bl.a. att den utgjorde en konkurrensnackdel för svenska gruvföretag, att den inte låg i linje med regeringens uttalade intresse att främja utländska investeringar i den svenska gruvnäringen och att det i en fungerande marknadsekonomi inte kunde ligga i statens intresse att ha spelregler som innebär att staten kan framtvunga gruvdrift som koncessionshavaren inte bedömde som lönsam.⁷²

3.5 *Andel i vinsten*

I tidigare rätt hade jordägaren, som sagt, en andelsrätt i fyndigheten. Som del i kompensationen för att denna togs bort infördes en bestämmelse i 1938 års lag om att jordägaren var berättigad till avgäld. Denna uppgick 1938 till 1 % av värdet av alla de inmutningsbara mineral som brutits, dock inte mer än 5,000 kr per år. Rätten till avgäld upphörde efter 20 års sammanlagd gruvdrift.⁷³

1974 ansågs skälen för att fastighetsägaren skulle kompenseras för den slopade jordägarandelen ha förlorat sin bärkraft, och något rimligt skäl till att fastighetsägaren på annan grund, utan egen insats, skulle vara berättigad till ersättning av gruvinnehavaren med betydande belopp kunde inte ses. Rätten till avgäld slopades följaktligen genom den nya lagen.⁷⁴ Även fastighetsägarens

⁶⁹ Prop. 1938 Nr. 40 s. 111–113, citat s. 112.

⁷⁰ Prop. 1974:32 s. 89, s. 130 ff, s. 187 ff. och s. 192 ff, 5 kap. 1 § minerallagen 1991.

⁷¹ Prop. 1988/89:92 s. 56 f., 11 kap. minerallagen 1991.

⁷² Prop. 1992/93:238 s. 10 f., SFS 1993:690.

⁷³ 6 kap. 53 § gruvlagen 1938.

⁷⁴ Prop. 1974:32 s. 129 f.

rätt till hälften av försvarsavgiften slopades, som tidigare sagts, genom 1974 års lag.⁷⁵

I förarbetena till 1991 års lag sägs överhuvudtaget ganska lite om fastighetsägarens intressen, och ingenting i fråga om eventuell andel i vinsten. 2005 kom dock en lagändring som innebar en klart förbättrad situation för fastighetsägaren ur ekonomisk synpunkt (se även avsnitt 3.6 nedan). En rätt till andel i vinsten återinfördes, nu benämnd mineralavgift. Denna skall motsvara 2 ‰ av det beräknade värdet på de mineral som brutits under året. Tre fjärdedelar av mineralersättningen tillfaller fastighetsägaren, resten går till staten. Lagändringen motiverades med effektivitetsargument; den skulle ge en bredare acceptans för att fastigheter tas i anspråk för gruvdrift, vilket skulle förbättra förutsättningarna för fortsatt framgångsrik gruvnäring i landet. Äganderättsargument sades däremot vara av underordnad betydelse.⁷⁶

3.6 Fastighetsägarens rätt till ersättning

Enligt 1938 års lag hade fastighetsägaren rätt till ”full ersättning” för mark som togs i anspråk för undersökning, och för skador eller intrång som undersökningen orsakade. Ersättning för inlösen samband med brytningsverksamhet utgick med ”markens fulla värde och hälften därutöver”, och annan ersättning med ”full gottgörelse och hälften därutöver”. Inmutaren skulle också betala en årlig avgift som ersättning för eventuell framtida skada.⁷⁷

1974 uttryckte lagstiftaren en betydligt mer restriktiv inställning i ersättningsfrågan. Undersökningsarbete enligt gruvlagen jämfördes med de undersökningar på enskild mark som kunde ske bl.a. med stöd av miljöskyddslagen och vattenlagen. Det konstaterades att undersökningsarbete enligt gruvlagen ofta innebar betydligt större intrång i markägarens rätt, men detta ansågs inte utgöra skäl för en särskild ordning. Fastighetsägaren gavs en principiell rätt till ersättning för skada och intrång p.g.a. undersökningsarbete, men lagen gav inga anvisningar om hur ersättningen skulle bestämmas. Tvister fick lösas i domstol, eller vid en eventuell senare utmålsförrättning.⁷⁸ Vid utmål utgick ersättning för skada och intrång, men enligt mer restriktiva principer än tidigare. Den generösa ersättningen enligt 1938 års lag sades utgöra kompensation för jordägarandelen. Någon anledning att bevara en sådan särregel ansågs inte längre finnas. Gruvlagen anpassades istället till ersättningsreglerna

⁷⁵ Not 58 ovan.

⁷⁶ Prop. 2004/2005:40 s. 61 ff. och ny 7 kap. 7 § genom SFS 2005:161.

⁷⁷ 3 kap. 17 § och 4 kap. 36–37 §§ gruvlagen 1938.

⁷⁸ Prop. 1974:32 s. 157 f. och 3 kap. 8 § gruvlagen 1974.

i den nya expropriationslagen, där intrångsersättning beräknades med utgångspunkt i hur åtgärderna påverkade fastighetens marknadsvärde. Värdeökning som berodde på förväntningar om ändrad tillåten markanvändning ersattes inte (den s.k. presumtionsregeln).⁷⁹ 1974 års lag innehöll inte någon bestämmelse om inlösen av mark, och den tidigare regeln om förskottsutbetalning för framtida skada slopades. Istället infördes en bestämmelse om att skada och intrång som skett efter utmålsförrättningen, och som inte kunnat förutses vid denna, inte ersattes enligt gruvlagen.⁸⁰

Bestämmelserna om ersättning till fastighetsägaren i 1991 års lag motsvarade i stort dem i 1974 års lag. Rätt till inlösen återinfördes dock om det uppkom ”synnerligt men” för fastigheten, med motiveringen att vissa av de ämnen som nu lades till listan av koncessionsmineral ofta bröts i dagbrott varför konflikterna med skogs- och jordbruksintressena kunde förväntas öka.⁸¹

En ganska radikal förändring av ersättningsreglerna, till fastighetsägarens fördel, skedde däremot genom de ändringar som gjordes i expropriationslagen 2010 och därpå följande ändringar i minerallagen.⁸² Ersättning utgår numera med marknadsvärdet plus 25 %, och presumtionsregeln har upphävts. Detta motiverades bl.a. med att fastighetsägarens ställning borde stärkas, och att expropriation och andra intrång i fastigheter numera ofta sker till förmån för andra privaträttsliga subjekt som ofta verkar i en konkurrensutsatt miljö. Fortsatt gäller dock att lagens bestämmelser om ersättning inte är tillämpliga på skada eller intrång som uppstår efter markanvisningen (tidigare utmålsförrättningen) och som inte kunde förutses vid denna.⁸³

3.7 Kort sagt...

De målsättningar som uttrycks i samband med de reformer som gjorts avseende minerallagstiftningen är i stort sett gemensamma från 1938 och framåt: Effektiv prospektering av mineralfyndigheter och ändamålsenligt utnyttjande av resurserna framhålls genomgående som ett viktigt samhällsintresse. De diskussioner som förts i förarbetena har rört *hur* prospektering och bearbetning bäst kan främjas, i det allmännas intresse, inte *att* så bör ske. Detta kommer inte minst till uttryck i 1991 års lag, då det antal ämnen som

⁷⁹ 4 kap. expropriationslagen 1972:719, i lydelse 1972:719.

⁸⁰ Prop. 1974:32 s. 178 f., och 4 kap. 4–5 §§ gruvlagen 1974.

⁸¹ Prop. 1988/89:92 s. 188 och 7 kap. 1–4 §§ minerallagen 1991.

⁸² Lagen 2010:827 om ändring i minerallagen och lagen 2010:832 om ändring i expropriationslagen.

⁸³ Prop. 2009/10:162 s. 45 ff., 7 kap. 5 § minerallagen 1991.

omfattades av lagen mer än fördubblades. I varierande utsträckning har också diskuterats om och hur motstående intressen bör tillgodoses inom ramen för det övergripande syftet.

Statens intresse att utöva inflytande tar sig allt starkare uttryck genom de olika regleringarna. Enligt 1938 års gruvlag var inmutnings- och bearbetningsrätten i allt väsentligt underkastad principen ”först till kvarn”. Samhällets intresse av att verksamheten inte bara bedrevs, utan också bedrevs rationellt, säkrades endast genom en tidsbegränsning för rätten att söka utmål och en viss arbetsplikt i området för att förlängning skulle beviljas. I 1974 års gruvlag skärptes kontrollen något. För beviljande av inmutning skulle sökanden kunna ”antas ha möjlighet att undersöka området”, och förlängning av undersökningstiden gjordes beroende av att ändamålsenlig undersökning bedrivits. Inmutningsavgiften skulle motverka att områden inmutades utan ambition att bedriva aktiv undersökning. Även vid utmål skedde nu en viss kontroll genom att utmålet skulle vara ”lämpligt” utformat. En tidsbegränsning av gruvrätten till 25 år infördes, med förlängning i 20-årsintervaller så länge seriös verksamhet bedrevs. Genom 1991 års lag togs ytterligare några steg mot ökad statlig kontroll av mineralbrytningen genom en uttrycklig grund att neka undersökningstillstånd och bearbetningskoncession om sökanden inte ansågs lämplig, och en begränsning av koncessionstiden till 10 år och förlängningen till 10-årsintervaller. Redan 1993 ändrades dock reglerna tillbaka till vad som gällde enligt 1974 års lag, utom för förlängning av koncessionstiden där intervallen ännu idag är 10 år.

Fastighetsägare och andra sakägare skall informeras om pågående förrättningar, men har inte, i någon av de studerade lagarna, något egentligt att säga till om i fråga om beviljande av undersökning och bearbetningskoncession.

Den möjlighet kronoandelen gav staten att genom ägande utöva inflytande över gruvföretagen har uppenbarligen setts som ett ändamålsenligt styrmedel eftersom kronoandelen behölls, och även utvidgades, ända fram till 1993. Att staten eventuellt skulle ha något fiskalt intresse i kronoandelen är inget som förarbetena fördjupar sig i.

Uppfattningarna har skiftat avsevärt genom åren beträffande vilken ersättning till fastighetsägaren som är rimlig för det intrång som undersökning och bearbetning av mineraltillgångar innebär: Från ”full ersättning och hälften därutöver” 1938, till ”skillnaden i marknadsvärde före och efter ingreppet” 1974, med en relativt snäv beräkning av marknadsvärdet och utan rätt för fastighetsägaren att få marken inlöst eller att få ersättning för oförutsedd skada,

samma snäva beräkningsgrunder 1991 men med möjlighet att få marken inlöst, och tillbaka till en generösare ersättning 2010, med marknadsvärdet plus 25 %. Fortsatt gäller dock att lagen inte är tillämplig på oförutsedda skador eller intrång.

4 Avslutande diskussion

Det övergripande målet med lagregleringen är gemensamt för skogsvårdslagen och minerallagen: Lagstiftaren gör anspråk på att resursen skall utnyttjas, på sätt som bäst anses gagna samhället i stort, vad gäller ekonomi, utveckling och sysselsättning. I skogsvårdslagen uttalas detta explicit; skogen skall skötas så att den uthålligt ger en god avkastning. I minerallagen framkommer målet mera implicit genom bestämmelser om att undersökning och bearbetning skall beviljas om det finns skäl att anta att det kan leda till fynd av utvinningsbara koncessionsmineral och, på senare år, sökanden inte är direkt olämplig.

Statens intresse i resurserna synes främst ha sin grund i deras betydelse för samhällsutvecklingen, ekonomin och sysselsättningen. Skogen och malmen (och vattnet) har under lång tid utgjort viktiga motorer för den industriella och ekonomiska utvecklingen i Sverige. Riksdagen och regeringen har ansvar för landets styre och uppfattar sig därmed, inte helt förvånande, också ha ett ansvar för hur landet utvecklas. Lagstiftningsmakten har utnyttjats för att så långt möjligt säkerställa att de samhällsnyttiga resurserna tillgodogörs på sätt som är förenliga med ”det allmännas bästa”, som detta uppfattats under olika tidsperioder.

Staten har inte något direkt fiskalt intresse i de skogsvårdslagar som studerats. I minerallagstiftningen har det däremot funnits ett tydligt sådant intresse genom kronoandelen, och i viss mån genom de olika avgifter som förekommit och förekommer. Det huvudsakliga syftet bakom kronoandelen har dock genomgående sagts vara att den gav staten konkret inflytande över hur gruvorna drevs och alltså var ett led i strävan efter rationellt utnyttjande. Avgifterna kan förmodas åtminstone delvis ha finansierat den administrativa prövningen och andra myndighetsinsatser till gruvnäringens fromma. Det finns, enligt min mening, skäl att tro att omsorgen om den allmänna samhällsutvecklingen och samhällsekonomin faktiskt utgjort, och utgör, den främsta grunden för statens engagemang i exploateringen av naturresurserna. I detta ingår naturligtvis att staten får betydande skatteintäkter om resurserna utnyttjas framgångsrikt.

Det går knappast att urskilja några tydliga politiska nyanser vad gäller

ambitionen att styra resursernas nyttiggörande. Skogen reglerades som mest intensivt och strikt mellan 1948 och 1993, synbart med kontinuerlig utgångspunkt i att det ansågs befogat att samhället uppställde krav på att skogsmarken användes på sätt som bidrog till den allmänna välfärdens utvecklingen (not 30). De partiella avregleringarna 1993 och 2015 antogs med borgerlig riksdagsmajoritet, men det gjorde även 1979 års skogsvårdslag som synes vara den mest långtgående vad gäller detaljerad styrning av skogsbruket. Och även om de senare årens lagändringar medger lite större flexibilitet beträffande *hur* målet skall uppnås ger de inte avkall på målet i sig. På motsvarande sätt gäller för mineralerna: Slopandet av kronoandelen och införandet av en generösare ersättning till fastighetsägaren beslutades under borgerliga regeringar 1993 respektive 2010. Syftet med den förstnämnda lagändringen var dock uppenbart att stärka gruvnäringen, och den senare innebar inte i något avseende ifrågasättande eller begränsning av vare sig ambitionen att mineralfyndigheter skulle utnyttjas eller rätten för prospektören att ta dem i anspråk på annans mark. Min slutsats är att nyttiggörandet av samhällsviktiga naturresurser har varit en central fråga för staten oavsett vilka politiska idéer i övrigt som haft majoritet i riksdagen. – Man kan naturligtvis spekulera i huruvida det skulle göra stor skillnad om riksdagsmajoriteten hade en utpräglad ”grön” profil, men det skulle inte vara annat än spekulationer.

Frågan är också intressant ur lagteknisk synpunkt. Skogsvårds- och mineralagstiftningen representerar två olika lösningar på hur nyttiggörande av naturresurser kan regleras, med till synes olika långtgående ingrepp i fastighetsägarens rätt. Enligt skogsvårdsagstiftningen har fastighetsägaren själv, och inget annat enskilt subjekt, rätt att förfoga över egendomen och resurserna – men också skyldighet att förfoga över dem i enlighet med lagens krav på hög och jämn avkastning. Rätten till mineralerna är framförallt kopplad till förmågan och viljan att utvinna dem, och endast i högst begränsad utsträckning till ägande av fastigheter. De olika lösningarna kan, åtminstone delvis, förklaras genom de olika produktionsförutsättningarna i skogen respektive för mineralutvinningen. Det krävs visserligen kunskap för att sköta skogen, men det är i normalfallet inte särskilt tekniskt komplicerat. De investeringar som behöver göras kan, om skogen är välskött, finansieras ganska snabbt genom avverkning. En normal fastighetsägare kan förväntas klara av att sköta skogen i enlighet med lagens övergripande syften. Således är det fullt tillräckligt för produktionsmålets uppfyllande att reglera *hur* skogen skall skötas, och låta fastighetsägaren behålla den formella dispositionsrätten över resursen. Att prospektera och bearbeta mineraler kräver däremot i allmänhet såväl teknisk

kompetens som stora ekonomiska investeringar, och eventuell avkastning kan ligga långt fram i tiden. Det kan inte förväntas att en enskild fastighetsägare framgångsrikt skall kunna genomföra sådana företag. Därför behövs regler som ger goda förutsättningar för aktörer med tillräckliga resurser att få tillträde till marken för att undersöka och bearbeta mineralfyndigheter, oavsett ägandeförhållanden, om dessa skall kunna nyttiggöras i den utsträckning som lagstiftaren/staten anser önskvärt.

Även om produktionsmålet är centralt i båda lagarna finns det naturligtvis motstående intressen som kräver varierande grad av hänsyn (det kan f.ö. noteras att motstående intressen betonas mer i senare års regleringar än i de tidigare):

Skogsmark skall, som huvudregel, användas för skogsbruk. Men lagen hindrar inte att skogsmark tas i anspråk för andra ändamål. Inga villkor ställs upp; konkurrerande markanvändningsintressen ges alltså i princip företräde. Enligt 3 kap. 4 § miljöbalken skall dock skogsmark så långt möjligt skyddas mot åtgärder som påtagligt kan försvåra ett rationellt skogsbruk. 3 och 4 kap. miljöbalken (tidigare lagen 1987:12 om hushållning med naturresurser) skall tillämpas enligt ett flertal lagar som bl.a. reglerar markanvändning. Skogsbruket skyddas därmed i någon utsträckning, åtminstone teoretiskt och om det konkurrerande intresset inte väger särskilt tungt. Internt i skogsvårdslagen skall hänsyn tas till naturmiljön, och även rennäringen och kulturmiljön nämns här och var som beaktansvärda intressen. Lagen innehåller några få mer konkreta bestämmelser, t.ex. ett förbud mot hyggesplöjning, ett påbud om hänsyn till vad som ”uppenbart påkallas” med hänsyn till rennäringen och några undantag från reglerna om ändamålsenlig avverkning och återväxt. Härutöver synes dessa intressen huvudsakligen tillgodoses genom regler om tillstånd eller samråd, utan närmare specificering av hur de skall tillvaratas. Möjligheten att kräva naturvårdshänsyn är också begränsad genom att pågående markanvändning inte får avsevärt försvåras. Det är uppenbart att produktionsmålet fortfarande väger tyngst. – Mer omfattande naturskydd får istället beslutas med stöd av miljöbalkens 7 kap. Det förutsätter dock ett högt kvalificerat, och prioriterat, naturvårdsintresse; inte vilket område som helst kan utses till naturreservat eller biotopskyddsområde. Ett naturreservat kan visserligen vara ganska stort till ytan men i ett övergripande naturvårdsperspektiv är det fråga om små punktinsatser. Dessutom har markägaren rätt till ersättning om pågående markanvändning avsevärt försvåras, vilket förutsätter att tillräckliga medel har budgeterats.

I minerallagen tas hänsyn till vissa konkurrerande markanvändningsintres-

sen. Naturvårdens intressen beaktas genom att undersökning inte får beviljas i nationalpark eller om det strider mot naturreservatsföreskrifter. För undersökning bl.a. i område som omfattas av detaljplan enligt plan- och bygglagen (2010:900) skall Bergmästaren ge sitt medgivande. Även beträffande mineralfyndigheter ger 3 och 4 kap. miljöbalken viss vägledning. Enligt 3 kap. 7 § skall områden som innehåller fyndigheter av ämnen eller material som anses utgöra riksintresse skyddas mot åtgärder som påtagligt kan försvåra utvinningen. Gruvverksamhet behöver dessutom ofta ha tillstånd enligt miljöbalken; 3 och 4 kap. tillämpas då endast vid den prövning som sker enligt minerallagen. Det innebär att det är Bergmästaren som avgör vilken markanvändning som är mest lämplig i området när mineralintresset konkurrerar med andra markanvändningsintressen. – Även i minerallagen är det alltså tydligt att intresset att utvinna naturresursen ges företräde framför andra intressen, om inte de senare väger mycket tungt.

PER NORBERG

ELEFANTEN I RUMMET –
ARBETSDOMSTOLEN, DEN SVENSKA MODELLEN OCH
DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNINGEN

1 Inledning

Ann har alltid visat ett stort intresse för lagstiftningens historiska utveckling och olika lagreglers funktioner i ett samhälle – i såväl hennes avhandling som boken *Rätten till fäderneslandet* är lagstiftningens funktioner även en del av böckernas undertitlar.¹ Jag ska försöka skriva detta i den andan och beskriva varför den svenska arbetsrätten och diskrimineringslagen är så svåra att förena samt belysa det med två mål från Arbetsdomstolen.

En elefant i ett rum är något som alla lägger märke till men ingen vill tala om. Det är inte en helt riktigt beskrivning av detta ämne. Flera bra arbeten har gjorts där detta varit en viktig del, exempelvis Laura Carlsons avhandling där hon jämför svensk jämställdhets- och föräldraledighetslagstiftning med amerikansk, brittisk och EU-rättslig lagstiftning och bland annat kommer fram till att:

From the perspective of the law, the discourse on discrimination has been dominated in Sweden as stated above by the Swedish Model, that the social partners are to regulate labor market issues and that the state is to maintain a neutrality....The discrimination legislation led to an environment characterized by a strong feeling of antipathy, nor directed solely at the legislation itself, but at the political interference within a model considered by the actors to function best.²

¹ A Henning, *Tidsbegränsad anställning – En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, (Lund, Juristförlaget i Lund, 1984) och A Numhauser-Henning, *Rätten till fäderneslandet – Om jordförvärvslagen och dess funktioner mot bakgrund av jordbrukets utveckling i det svenska samhället*, (Lund, Juristförlaget i Lund, 1988).

² L Carlson, *Searching for Equality – Sex, Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*, (Uppsala, Iustus förlag, 2007), s. 353.

Arbetsdomstolen har fått kritik för sin rättstillämpning³ och risken för att särskilt intresseledamöterna upplevs som partiska var så stor att man 2009 införde 3 kap. 6 a § i LRA som säger att i diskrimineringsmål ska intresseledamöterna vara i minoritet om inte parterna kommer överens om annat.⁴

I detta bidrag tar jag upp de två rättsfall där jag menar att Arbetsdomstolen gått längst för att skydda en arbetsgivare som handlat riktigt enligt den svenska arbetsrättsliga modellen från att bli fälld enligt diskrimineringslagstiftningen. Min tes är alltså att Arbetsdomstolen undviker att fälla en arbetsgivare som gjort rätt enligt den svenska modellen för diskriminering – även om rekvisiten i diskrimineringslagen är uppfyllda. Att göra rätt enligt den svenska arbetsrättsliga modellen kan vara att ingå kollektivavtal i frågan. Men det kan också vara – som i de två presenterade rättsfallen – att arbetsgivaren låtit arbetstagsidan få insyn och inflytande i processen och att arbetstagsidan därefter motvilligt låtit arbetsgivaren utföra den handling som sedan prövats av Arbetsdomstolen.

Jag menar alltså att utgången i dessa två mål bara kan förstås om man accepterar att Arbetsdomstolen tolkar rekvisiten i diskrimineringslagen annorlunda om den svenska modellen följts.

2 Den svenska arbetsrättsliga modellen

Det är svårt att överskatta styrkan i den svenska modellen som ett normativt värde. Den viktigaste funktionen för Arbetsdomstolen när den skapades som en del i 1928-års kollektivavtalslag var att säkra fred och ordning på arbetsmarknaden.⁵ Den historiska bakgrunden innefattade storstrejken 1909 där 11,8 miljoner personarbetsdagar gick förlorade,⁶ misslyckade försök att skapa en kollektivavtalslag och en arbetsdomstol 1910 och 1911, (de manliga) arbetarnas rösträtt 1912, nya stora strejker 1920 där 8,9 miljoner arbetsdagar gick förlorade,⁷ och slutligen ett nytt lyckat försök att skapa en kollektivavtalslag och en arbetsdomstol 1928.⁸ Den nya lagen blev inte en omedelbar

³ Se uttalande av Lena Svenaeus i artikel av Anna Danielsson, A Danielsson, ”AD klarar inte sin Uppgift” SvD 2004-09-21 och uttalande i artikel av Johanna Wreder, J Wreder ”Ingen kvinna är diskriminerad”, Arbetet 2013-09-13 om att lagen inte behöver ändras men rättstillämpningen (där även Susanne Fransson och Dan Holke är inne på samma linje), Arbetet 2013-09-13.

⁴ Lag (2008:932) om ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

⁵ Se t.ex. H Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument – de grundläggande förbudet mot stridsåtgärder i en historisk och internationell belysning, (Stockholm, Juristförlaget 1988), s. 224. Man skulle genom lagstiftning inränga kollektivavtalet och strejkvapnet i rättsordningen.

⁶ Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 202.

⁷ A.st.

⁸ Lagen (1928:253) om kollektivavtal.

framgång utan istället upplevde landet fortsatta perioder med oroligheter som kulminerade i byggstrejken 1933–34.⁹ Saltsjöbadsavtalet 1938 blev början på den svenska arbetsrättsliga modellen som kännetecknas av att regleringen av stora delar av arbetsmarknaden sker genom kollektivavtal och att relationerna mellan kollektivavtalets parter är goda.

De första decennierna av efterkrigstiden blev den svenska modellens storhetsperiod.¹⁰ Självreglering baserad på kollektivavtal och en Arbetsdomstol som genom intresseledamöter hade stor kunskap om arbetsmarknaden och kunde utveckla ett rättsligt ramverk baserad på avtalsrättsliga principer modifierade med de arbetsrättsliga principer som vuxit fram på just den svenska arbetsmarknaden var modellens grundbultar och Arbetsdomstolen var en medskapare av denna modell på ett sätt som skiljer den från andra svenska domstolar.¹¹

På 1970-talet påbörjades en utveckling där riksdagen tog rollen som förändrare av rättsläget. Arbetsmiljöbestämmelser, särskilda bestämmelser om skydd för äldre arbetstagare och 1974 en lag om anställningsskydd var viktiga delar här.¹² Arbetsrätten blev uppdelad i individuella rättigheter som kollektivavtalsparterna inte rådde över såsom exempelvis reglerna kring uppsägningar av personliga skäl och kollektiva rättigheter såsom reglerna vid uppsägning på grund av arbetsbrist där sist-in-först-ut principen (SIFU) gäller om annat inte avtalas på den kollektiva nivån. På samma sätt var det med arbetsmiljölagstiftningen. Den innehöll delar som inte var kollektivavtalsbara och delar (t.ex. stora delar av arbetstidslagen) som var det.

Lågkonjunkturen på 1970-talet var också en period med strejker inklusive storkonflikten 1980 och där utgången blev att arbetsgivaren förlorade.

⁹ Se P A Swenson, "Solidaritet mellan klasserna" i C Lundh (red), *Nya perspektiv på Saltsjöbadsavtalet*, (Stockholm, SNS, 2009), s. 56–60. Swenson beskriver en situation där LO centralt verkligen arbetar för att hålla tillbaka de höglönlade byggnadsarbetarnas krav på att slippa de lönesänkningar som drabbat andra grupper på ett sätt som liknar hur LO centralt agerat i 2016-års avtalsrörelse även om tvisten med byggnadsarbetarna då handlade om storleken på löneökningarna (jfr fotnot 21)

¹⁰ C Lundh, *Spelets regler 6 Institutioner och lönebildning på den svenska arbetsmarknaden 1850–2000*, (Stockholm, SNS, 2002), s. 171.

¹¹ Jämför man med andra specialdomstolar som Miljödomstolen, den gamla Bostadsdomstolen, Marknadsdomstolen osv, ser man att lagstiftningen spelar en långt större roll och de domstolsskapade rättsprinciperna en mindre roll i jämförelse med Arbetsdomstolen.

¹² Se t.ex. Arbetsmiljölagen (1977:1160), Lag (1974:12) om anställningsskydd, Medbestämmandelagen (1976:580) och lag (1971:202) om vissa åtgärder för att främja sysselsättning av äldre arbetstagare på den öppna arbetsmarknaden.

Saltsjöbadsandan försvann.¹³ En period med höga nominella löneökningar och hög inflation följde som Sverige löste genom att låta kronkursen sjunka.

I samband med att Sverige gick med i EU hade vi lovat de andra länderna att vi skulle ansluta oss till euron. Höga nominella löneökningar skulle då ha kunnat bli katastrofala när devalveringar inte längre är möjliga. Hela obalansen måste då korrigeras genom deflation (inklusive lönesänkningar) som skapar höga realräntor och mycket hög arbetslöshet. Sveriges löneökningstakt var cirka 1 % högre än våra viktigaste europeiska grannländer.¹⁴ Det hade inte behövts många sådana år för att skapa en allvarlig obalans. SOU 1998:141 handlade om nya spelregler för arbetsmarknadens parter. Den viktigaste delen av utredningen behandlade en förstärkning av det offentliga medlingsinstitutet. I utredningsdirektiven betonades statens nya och aktivare roll: ”Institutet skall ges ökade möjligheter att främja de övergripande samhällsintressena i avtalsförhandlingarna mellan arbetsmarknadens parter.”¹⁵

Utredningen föreslog att ett nytt och starkare medlingsinstitut skulle skapas. Den innehöll också regler om insamling av statistik, tvångsmedling och uppskjutande av stridsåtgärder. I propositionen ställdes det europeiska korporativa arbetsrättsliga systemet mot den svenska non-interventionsprincipen:

Tidigare handlade lönebildningen till stor del om fördelningen av det samlade produktionsresultatet mellan arbete och kapital. Idag handlar det dessutom i större utsträckning än tidigare om fördelningen mellan olika grupper av löntagare. Denna process har flera dimensioner. En dimension är den mellan privat och offentlig verksamhet, en annan är den mellan den konkurrensutsatta sektorn och verksamheter som inte utsätts för internationell konkurrens. En tredje dimension är den mellan kvinno- och mansdominerade yrken och en fjärde är den mellan låg- och höginkomsttagare.¹⁶

¹³ Jfr Lundh, *Spelets regler*, s. 256–260. Ett viktigt skäl till att de privata arbetsgivarna tvingades acceptera höga löneökningar var att den offentliga sektorns fackföreningar lyckades driva igenom sådana krav ofta genom att få in klausuler om kompensation för de privatanställda arbetarnas löneglidning i sina kollektivavtal. När arbetsgivarna satsade på lokal lönebildning så förlorade exportindustrin sin löneledande karaktär och olika grupper slogs om att få minst lika mycket som andra. År 1989 tog SAF ett viktigt principbeslut om att återgå till samordnade förhandlingar utifrån industrins behov och det ledde så småningom fram till 1997 års industriavtal.

¹⁴ SOU 1998:141, s. 227 och 229. Sveriges förväntade löneökningstakt 1998–2000 var 3,7 procent. Det var drygt en procent mer än det förväntade genomsnittet av Euro-länderna och 0,6 procent över det förväntade genomsnittet av samtliga EU-länder.

¹⁵ SOU 1998:141, s. 27.

¹⁶ A.a., s. 18.

Flera tunga remissinstanser var oroliga för vad statens nya roll skulle innebära. Idag vet vi vad den hittills inneburit men framtiden är (som alltid) svår att förutsäga. Industriavtalet från 1997 har skapat strukturer som gör det möjligt för parterna att ta samhällshänsyn på ett sådant sätt att statliga ingrepp kunnat undvikas. Man kan se denna period som en ny framgångsrik Saltsjöbadsanda.¹⁷ När det gäller den allmänna debatten kring olika lönerörelser så minns vi alla säkert inlägg från såväl fackföreningsföreträdare som ekonomer som föreslår högre löneökningar (men inte en återgång till 1970-talets tvåsiffriga löneökningar) och arbetsgivare samt andra ekonomer som föreslår lägre/inga löneökningar. Industrins ekonomiska råd¹⁸ har till uppgift att förmå parterna att nå en samsyn kring vad som är den bästa löneökningnivån för hela samhället som kollektiv.¹⁹ Ansvar ligger hos parterna och det skulle krävas något exceptionellt för att regeringen skulle tillsätta en utredning som skulle ge regeringen ett eget underlag för att bestämma den lämpligaste löneökningnivån och genomdriva den med lagstiftning.

Lika lön för likvärdigt arbete är en del av rättvisa löner i stort. Industriavtalets modell är utsatt för stora spänningar. Bör industrin sätta märket för hela arbetsmarknaden?²⁰ Förlorar industrins arbetare på att sätta märket? Blir det så att andra antingen får lika mycket eller mer? Hittills har det varit svårt för t.ex. byggnadsarbetare att driva igenom högre löneökningar än märket. De grupper som kunnat genomdriva högre löneökningar har gjort det genom låglönesatsningar och jämställdhetsargument. De har haft ett allmänt stöd för sina krav och i det sammanhanget är jämställdhetsargumentet betydelsefullt.²¹

Medlingsinstitutet för lönestatistik som ska underlätta jämställdhetsarbetet,²² de ska också ta hänsyn till lika lön för likvärdigt arbete i sitt övriga arbete. Men ytterst är detta en fråga för parterna. Löneskillnader beskrivs med

¹⁷ Se t.ex. B Rolfér, *Från röra till reda: tio år med Industriavtalet*, (Stockholm, Premiss, 2008).

¹⁸ Rådets verksamhet beskrivs på <http://www.industriradet.se>.

¹⁹ Se Industrins ekonomiska råd, *Inför 2016-års avtalsrörelse* (oktober 2015), s. 3. Rådets uppgift är att beskriva vilka ekonomiska förutsättningar som kan förväntas råda i Sverige de närmaste åren, men rådet skall inte ge en rekommendation om lämpliga löneökningnivåer. Det ska parterna själva komma fram till utifrån en gemensam bild av verkligheten.

²⁰ Se t.ex. Dag Klackenbergs artikel av Ylva Åkesson, Y Åkesson, Dag Klackenbergs: "Märket skaver mer och mer", *Dagens Handel* 2012-07-04. Som ordförande för arbetsgivarorganisationen Svensk Handel föreslog han att de stora handelsföretagen skulle slippa vara bundna av "märket". Svensk Handel fick backa på denna punkt.

²¹ Se t.ex. LO sätter ner foten i avtalsrörelsen, *Dagens arbete* 2016-04-04, där det beskrivs hur LO och Svenskt näringsliv på en presskonferens berättat att de tillsammans försöker förmå de fackföreningar som ännu inte tecknat avtal (6 F) att följa märket men där LO förbehåller sig rätten att stötta Kommunals kamp för att underskötterskorna ska få högre löner.

²² Se Medlingsinstitutet, *Löneskillnader mellan kvinnor och män 2015 – Vad säger den officiella lönestatistiken*.

stor exakthet av Medlingsinstitutet. Vi vet att den oförklarade löneskillnaden 2015 är 4,6 % men frågan om de utgör lönediskriminering eller ej lämnas obesvarad. Bland de löneskillnader som kan förklaras är olika yrkesval den viktigaste förklaringen. Kvinnodominerade yrken som undersköterska har lägre lön än mansdominerande yrken. Det finns ett statistiskt samband mellan antalet kvinnor i ett yrke och lönen. Men frågan om detta är diskriminering – om det är just för att kvinnorna jobbar i yrket som lönen är låg – eller om mäns arbete är värt högre lön objektivt sett, är en fråga som lämnas obesvarad.²³

I 2016-års avtalsrörelse fick undersköterskorna mer än andra. Idag skulle det vara politiskt omöjligt för riksdagen att tillsätta en utredning som skulle ha till uppgift att slå fast om undersköterskor som grupp är lönediskriminerade och hur stor lönediskrimineringen i så fall är samt inom vilken tidsperiod den skall åtgärdas.

Man skulle kunna sammanfatta det så att så länge parterna sköter lönebildningens alla dimensioner på ett sätt som ger tillväxt, arbetsfred och tillräckligt hänsynstagande till olika dimensioner av social rättvisa som t.ex. jämställdhet så ska parterna lämnas i fred.

3 Principen om icke diskriminering blir lag som viker för kollektivavtalen

När det gäller frågan om lönediskriminering så är den ett strukturellt problem där båda parter har ett ansvar och varit delaktiga i att skapa dagens situation. Öppen lönediskriminering där kollektivavtalade ackord var olika beroende på om arbetstagaren var man eller kvinna var tillåtna när ILO antog sin första likalönekonvention 1951.²⁴ Sverige kunde inte ratificera denna konvention förrän 1962. Då hade SAF och LO två år tidigare ingått ett kollektivavtal om att gradvis avskaffa öppen diskriminering av kvinnor och genomförandet påbörjades just 1962.²⁵ I förarbetena gör man en poäng av att parterna först avskaffat diskrimineringen genom nya kollektivavtal och att staten inte ratificerar en konvention som tvingar dem att ändra något.²⁶

²³ A.a., s. 9.

²⁴ ILO (konvention nr 100) angående lika lön för män och kvinnor angående arbete av lika värde.

²⁵ Diskussionerna kring ILO konventionen och riksdagens starka önskan att underteckna konventionen var sannolikt ett viktigt skäl till detta kollektivavtal. TCO hade redan 1959 röstat för att Nordiska rådet skulle rekommendera ratifikation, se prop. 1962:70, s. 4 f.

²⁶ Prop. 1962:70, s. 11. Detta hindrade inte arbetsmarknadens parter från att vara mycket kritiska, se S Fransson, Lönediskriminering, (Uppsala, Iustus förlag 2000), Del III kap. 2.3.

Jämställdhetslagen från 1979 är vår första diskrimineringslag och den gällde för diskrimineringsgrunden kön. Att enskilda personer – även arbetsgivare – kunde diskriminera kvinnor hölls för möjligt. Men den stora majoriteten diskriminerade inte kvinnor. Begrepp som strukturell diskriminering och värdediskriminering som utgår från att arbeten som är kvinnodominerade systematiskt nedvärderas av alla samhällsaktörer i förhållande till arbeten som är mansdominerade ansågs som helt världsfrånvända. Tvärtom kunde man i lagförarbetena slå fast en regel som sa att om en löneskillnad fastställdes i ett kollektivavtal så var den inte diskriminerande. Presumtionen för lönediskriminering skulle inte vara särskilt stark och det räckte att arbetsgivaren visade att lönen hade stöd i kollektivavtal eller på annat sätt visade att den hade stöd i gängse uppfattningar på arbetsmarknaden.²⁷ Det gällde även i anställningssituationen. Om en man anställdes framför en bättre meriterad kvinna så kunde arbetsgivaren försvara sig med att det stämde överens med gängse värderingar på arbetsmarknaden uttryckta i kollektivavtal eller på annat sätt.²⁸ Trots att jämställdhetslagen var nästan helt underställd kollektivavtalen så protesterade parterna mot den då lagen antogs för att man ville att denna fråga helt och hållet skulle lösas i kollektivavtalen.²⁹

När 1979-års jämställdhetslag ersattes av 1991-års lag var uttalandena i förarbetena lite mildare. Nu var inte längre varje kollektivavtalad arbetsvärdering automatiskt icke-diskriminerande – men det centrala var fortfarande vilka arbetsuppgifter som *betraktades* som likvärdiga på arbetsmarknaden.³⁰ Några objektiva kriterier som stod över arbetsmarknadsparternas värdering av olika arbetsuppgifter ville man inte veta av.

I EU-rätten framgår det tydligt, bland annat av *Enderby* målet, att om arbetstagaren visar en löneskillnad och ett likvärdigt arbete så måste arbetsgivaren hitta ett godtagbart försvar för löneskillnaden, t.ex. att marknadsförutsättningarna gör hela löneskillnaden nödvändig. Arbetsgivarens argument skall granskas i sak oavsett om löneskillnaden är kollektivavtalsförhandlad eller ej.³¹

Just denna fråga, om man verkligen ska granska kollektivavtalade lönesättningar och anställningsbeslut, lika hårt som andra arbetsgivarbeslut har sedan dess varit ”elefanten i rummet”. Ingen har velat säga att så här

²⁷ Prop 1978/79:175 s. 32.

²⁸ A.st.

²⁹ Se Fransson, Lönediskriminering, Del IV kap. 1.3.

³⁰ Prop. 1990/1991, s. 110.

³¹ C-127/92, *Dr Pamela Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, domslutet punkt 2.

diskriminerande beslut kan accepteras om parterna kollektivavtalat om det, men inte till följd av enskilda avtal eller enskilda arbetsgivarbeslut. Diskrimineringslagen är inte öppet semidispositiv.

Men även om diskrimineringslagen formellt sett gäller även för kollektivavtal har den stora majoriteten också velat låta parterna avgöra om undersköterskorna (främst kvinnor) är underbetalda i förhållande till andra yrkesgrupper. Diskrimineringslagens tankar ska inte störa den känsliga lönebildningsprocessen och den ilska Kommunal skulle möta om de drev en lönediskrimineringsvist för undersköterskorna efter 2016-års framgångsrika förhandlingar skulle vara massiv. Normen, att man skall acceptera det kollektivavtal man framförhandlat även om man inte är helt nöjd med de kompromisser som gjorts, är stark. Denna norm är en del av god sed på arbetsmarknaden och något som Arbetsdomstolen fäster stor vikt vid.

Den normen gäller också om fackföreningen inte skriver på något kollektivavtal. Om arbetsgivaren ger den lokala fackföreningen insyn och möjlighet att påverka och den lokala fackföreningen därefter motvilligt tolererar arbetsgivarens handlingsätt så kan inte en central fackförening eller en Diskrimineringsombudsman i efterhand angripa handlingsättet med stöd av diskrimineringslagen. Rekvisiten i diskrimineringslagen kommer då att ges en speciell tolkning utifrån att arbetsgivaren ändå följt den svenska arbetsrättsliga modellens anda.

4 AD 2005 nr 69 och AD 2013 nr 64

I centrum för konflikten mellan respekten för den svenska arbetsrättsliga modellen och respekten för diskrimineringslagen har olika bevisvärderingsregler funnits.³² Från 1979-års klara rättsläge där en överenskommen arbetsvärdering inte kunde ifrågasättas till dagens ganska oklara rättsläge avseende hur bevisbördan skall placeras och hur bevisvärderingen skall gå till. Teoretiskt sett så ska kollektivavtalade anställningsbeslut och lönesättningsbeslut prövas i sak enligt bevisregeln i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen och med hänsyn till dess EU-rättsliga bakgrund.³³

AD 2005 nr 69 handlade om en manlig präst som anställdes som kyrkoherde. En kvinnlig sökande menade att det var könsdiskriminering att

³² Det har varit ytterst svårt att bevisa likvärdigt arbete om kollektivavtal säger olika lön och skulle arbetstagarna klara detta så kan arbetsgivaren möta med andra sakliga argument som marknadsskäl och då inte behöva göra just mer än ett påstående.

³³ Direktiv 2000/43/EG artikel 8, direktiv 2000/78/EG artikel 10 samt direktiv 2006/54 artikel 19.

välja honom framför henne. Det avgörande var att arbetsgivaren bedömde att mannen hade bättre personliga egenskaper.

En utomstående människa kan aldrig veta vilken av de två som hade bäst personliga egenskaper. Det kan ha varit mannen. Skulle man kräva full bevisning skulle det aldrig gå att vinna ett sådant diskrimineringsmål. Det är därför diskrimineringslagen 6 kap. 3 § finns där det är tillräckligt att kvinnan visar likvärdiga meriter (jämförbar situation) och missgynnande för att diskriminering ska antas och arbetsgivaren ska behöva visa att beslutet grundas på sakliga skäl som helt saknar samband med diskrimineringsgrunden.

I detta fall hölls ett personalmöte när ansökningsförfarandet gått vidare så att tre personer återstod. På mötet uttalade en majoritet att man helst ville ha en manlig kyrkoherde. Detta uttalande stöddes av minnesanteckningar av en person S.N. Även om det inte undertecknats eller godkänts och trots att majoriteten på mötet ändå till slut röstade för en (annan) kvinna, så ansåg Arbetsdomstolen ändå att det visade att kön varit uppe som en fråga i anställningssituationen.

En ledamot i den helt manliga kyrkonämnden (som fattade anställningsbeslutet) hade i lokaltidningen uttalat att han och flera andra ledamöter ville ha en manlig kyrkoherde. I Arbetsdomstolen hävdade han att journalisten missförstått honom. Det han sa till journalisten var att: ”det passade bra med en man eftersom det fanns fler kvinnor än män i gruppen anställda med vagningsjänst” [alltså ett mindre långtgående uttalande än att man absolut ville anställa en man].

Journalisten hade inte sparat materialet men berättade att den typen av citat antingen byggde på noggranna anteckningar eller inspelningar. Arbetsdomstolen lade stor vikt vid att journalisten ”inte kunde utesluta” att det rörde sig om ett missförstånd. Arbetsdomstolen ansåg det därför bevisat att ledamoten endast sagt att en man passade bättre på tjänsten än en kvinna.

Någon formell förhandling enligt 11 § MBL ägde aldrig rum. Ingen kan veta varför lokala förhandlingar inte begärdes. Ett möjligt skäl är att kvinnoprästmotståndet länge var en känslig fråga och om man genom att utse en manlig chef kunde lugna de som blivit oroliga över att kvinnorna nu var i majoritet i de vanliga prästtjänsterna. Fackföreningen kan ha sett det som en rimlig eftergift för att undvika konflikter och oro. Det kan vara kostsamt för en fackförening att stå upp för icke diskriminering.

Ett annat möjligt scenario är att den lokala fackföreningen slogs hårt för jämställdheten. Vi ska komma ihåg att man trots kvinnoprästmotståndet ändå

i gruppen förordade en kvinna som kyrkoherde i första hand. Jag kan se en förhandling framför mig där positiva egenskaper hos den kvinnan ställs mot positiva egenskaper hos mannen och den tredje kvinnan glöms bort. När den man helst ville ha tackade Nej till jobbet kände fackföreningen kanske att den inte kunde slåss för en ny kandidat. Det hade kunnat se ut som att man varit mot mannen hela tiden.

Det är inte svårt att måla upp ett scenario som förklarar varför facket kände sig tvungna att tolerera att mannen anställdes, men att den lokala fackföreningen inte ville vara formellt medansvarig för beslutet.³⁴

Om man ska ställa sig i Arbetsdomstolens skor så får man nog anse att detta i praktiken uppfattas som att fackföreningen lokalt accepterade förfarandet. MBL uppställer inte några formkrav för medbestämmandet och personalmöte är en accepterad form av medbestämmande på samma sätt som lokala MBL-förhandlingar är det.

Den centrala fackföreningen menade däremot att detta var diskriminering och tog tvisten till Arbetsdomstolen. Det avgörande i Arbetsdomstolen blev att mannen under anställningsintervjun bedömdes ha bättre personlig lämplighet än kvinnan. Kvinnan menade att hon möts av en fientlighet under intervjun och att den påverkat resultaten till hennes nackdel. Arbetsgivaren menade att även om de helst sett att en man anställdes så hade det inte påverkat intervjun utan kvinnan hade haft samma chans som mannen att övertyga dem om sin personliga lämplighet.

Arbetsdomstolen skrev följande:

[S]amfälligheten får anses ha genomfört ett seriöst och ambitiöst rekryteringsförfarande, som det saknas anledning att kritisera. Intervjuer genomfördes i två omgångar. Både personal och förtroendevalda fick möjlighet att delta vid intervjuerna och därefter framföra sina åsikter före anställningsbeslutet. Den andra intervjuomgången genomfördes genom att personal och förtroendevalda indelades i tre grupper som alla intervjuade de tre kvarvarande sökandena, nämligen K.F., M.P. och B.S.J. Dessa intervjuer gjordes med hjälp av ett, som det förefaller, omfattande och väl genomtänkt frågeunderlag.

Med den utgångspunkten så bedömdes varje påstående om personlig lämplighet som ett uttryck för sanning. Mannen var till exempel mer ödmjuk än

³⁴ Detta är ett spekulativt antagande från min sida baserat på att motståndet mot en kvinna som kyrkoherde var ett sakförhållande som faktiskt bevisades i målet. Det finns naturligtvis många fler möjliga förklaringar än de två jag gett ovan.

kvinnan – inte för att han till skillnad från henne mötte en vänligt sinnad intervjugrupp – utan för att deras personligheter skiljde sig åt.

Ingen kan veta vem som verkligen var bäst lämpad för tjänsten. Diskrimineringslagen bygger på en bevisbörderegeln. Kan man någonsin presentera en starkare bevisning för diskriminering än denna kvinna gjorde? Om intervjuarna önskar att anställa en manlig kyrkoherde nog är det väl sannolikt att det påverkar både deras beteende i intervjusituationen och deras bedömningar av kvinnans svar? Om det finns ett starkt kvinnoprästmotstånd hos de som ska anställa hur viktigt är då att de formella delarna hanteras föredömligt som att intervjuprocessen sker i två omgångar och att andra omgången sker med tre intervjugrupper?

Hade fackföreningen på lokal nivå stöttat kvinnan då tror jag att hon fått jobbet. Hade hon inte fått jobbet så hade hon vunnit den efterföljande diskrimineringsvisten. Jag tror inte Arbetsdomstolen tyckte att hennes bevisning var svag – men arbetsgivaren hade agerat föredömligt i formellt hänseende inklusive att ge arbetstagarna medbestämmande i processen. I sådana situationer får diskrimineringslagen vika.

AD 2013 nr 64 handlade om en nyanställd manlig behandlingssekreterare som begärt en hög lön och fick cirka 2000 kronor mer i månaden än en kvinnlig redan anställd behandlingssekreterare. Eftersom kvinnan hade (minst) likvärdiga kunskaper och deras tjänster var likvärdiga förelåg en presumtion för diskriminering. Arbetsgivaren blev tvungen att presentera ett sakligt skäl för hela löneskillnaden.

Mannen var utbildad i ett nytt behandlingssätt kallat BBIC (barns behov i centrum). De kommuner som köpte behandlingstjänsterna av företaget krävde att den metoden skulle tillämpas. Arbetsdomstolen menade därför att företaget var tvungen att ge mannen den lön han begärde och att marknadsskäl förklarade hela löneskillnaden. Läser man bara domskälen verkar allt vara i sin ordning. Det verkar vara ett skolboksexempel på ett acceptabelt marknadssargument.

Men några viktiga sakförhållanden fastnar i parternas argumentation och letar sig aldrig in i domskälen. Marknadsskäl är bara acceptabla om det är nödvändigt att arbetsgivaren anpassar sig till lönekraven. I det här fallet var utbildningstiden kort, två dagars utbildning räckte för att ge en behandlingssekreterare BBIC kompetens och tre dagars ytterligare utbildning gav kompetens att utbilda andra i metoden. Alla företagets anställda – även kvinnan som eventuellt blivit lönediskriminerad – hade gått grundutbildningen (2 dagar). Det fanns 92 sökande till två tjänster. BBIC förordades av Socialstyrelsen så

det är rimligt att tro att alla landets kommuner gav sina behandlingssekreterare vidareutbildning i metoden. Det borde ha funnits många att välja på om man ville ha någon med arbetsvana i metoden.

Arbetsgivaren kan mycket väl ha velat anställa mannen för att denne trodde att mannen var jätteduktig och kan ha accepterat lönekravet av det skälet. Mannen kanske var jätteduktig. Men i en lönediskrimineringsvist ligger bevisbördan på arbetsgivaren sedan arbetstagaren visat likvärdigt arbete och mindre lön. Det arbetsgivaren åberopande – och som Arbetsdomstolen lade till grund för sitt domslut – var erfarenhet av arbete med BBIC och för en utomstående bedömare låter det helt osannolikt att det *både* skulle vara en så central egenskap som arbetsgivaren påstod *och* att det i så fall hade varit *nödvändigt* att ge mannen den lön han begärde eftersom man inte kunde anställa någon annan kompetent person till den gängse lönen.

I detta fall hade den lokala fackklubben kritiserat löneskillnaden men avstått från att utnyttja kollektivavtalets möjlighet att kräva löneöversyn i samband med lönesättningen av den nyanställda.³⁵

Återigen tvingas man spekulera i varför den lokala fackföreningen valde denna handlingsväg. En möjlig förklaring är att om mannen blir anställd till en högre lön än andra så kan hans lön användas som argument för högre lön till andra medarbetare i kommande års löneförhandlingar.³⁶ Även om mannens lön är diskriminerande så kan den vara till fördel för kvinnorna på arbetsplatsen på lång sikt.

En annan möjlig förklaring är att en fackföreningsföreträdare inte vill förklara för en medlem att arbetsgivaren ville betala dig lönen X men vi lyckades övertala arbetsgivaren att sänka sitt lönebud. Ett formellt protokoll där fackföreningen gör en diskrimineringsinvändning mot den lön arbetsgivaren vill erbjuda mannen, skulle ha kunnat tolkas just så av mannen.

Efter att mannen anstälts och fått sin höga lön gick den centrala fackföreningen in och stödde den kvinna som hävdade lönediskriminering. Det blev då utrett att de båda behandlingssekreterarna utförde likvärdigt arbete samt att kvinnan hade lägre lön. Skulle arbetsgivaren räddas så måste Arbetsdomstolen anse att marknaden tvingande arbetsgivaren att handla på detta sätt.

³⁵ S Fransson och E Stüber har beskrivit lönesättningsprocessen hos just denna arbetsgivare i S Fransson och E Stüber, Lönediskriminering i ett system med Normlösa avtal och individuell lönesättning, i A H Persson och L Ryberg Welander (red), Festskrift till Catharina Calleman, (Uppsala, Iustus förlag, 2014), s. 120 ff.

³⁶ Jfr A.a., s. 121. Fackföreningen arbetade för att få arbetsgivaren att göra en systematisk arbetsvärdering (se också domen och dess aktbilaga 26). Däremot är det mitt eget antagande att den lokala fackföreningen kan ha sett fördelar med att släppa in nyanställda till högre lönenivåer än den gängse.

Fackföreningen hade i den lokala förhandlingen (om de hade begärt en sådan) kunnat säga ”vi vill gärna att ni anställer mannen men ni inser att det är diskriminerande att betala honom mer än de kvinnor som utför samma arbete”. Om fackföreningen gjort det hade arbetsgivaren kunnat välja mellan att anställa honom och justera andra medarbetares löner eller istället se om det fanns någon lika duktig som de kunde kosta på två dagars utbildning (ifall de inte redan hade den) bland de 91 övriga sökanden och som var villig att acceptera gängse lön på arbetsplatsen. Nu fick inte arbetsgivaren denna chans att undersöka marknaden. I den stora lagkommentaren till diskrimineringslagen framhålls den fackliga passiviteten ”som en avgörande faktor för utgången”.³⁷

Jag tror inte för ett ögonblick att Arbetsdomstolen skulle våga skicka ett sådant här mål till EU-domstolen och be dem utreda hur stora krav man skall ställa på arbetsgivarens marknadsargument och om det faktum att fackföreningen inte krävt förhandling ska medföra att kraven på arbetsgivarens marknadsargument i praktiken bortfaller. Det handlar inte om bristande kunskap om vad EU-rätten kräver eller hur man egentligen gör en korrekt marknadsanalys i just detta fall. Alla (även domarna i Arbetsdomstolen) måste rimligen ha insett att någon marknadsanalys aldrig blev utförd av arbetsgivaren, eftersom den lokala fackföreningen avstod från att driva detta som ett formellt lönediskrimineringsärende.

Det avgörande för detta måls utgång är att mannens och kvinnans lönesättning var kända för den lokala fackföreningen utan att de ingrep. Om fackföreningen var missnöjd skulle den ha använt kollektivavtalsvägen först och lagstiftningsvägen endast om arbetsgivaren bortsåg från deras i en formell förhandling framförda diskrimineringsinvändning. Att protestera utan att begära förhandling är att acceptera och då får man leva med de kompromisser som gjorts även om man inte är nöjd med dem.³⁸

³⁷ S Fransson och E Stüber, *Diskrimineringslagen en kommentar*, 2 uppl. (Stockholm, Nordstedts, 2015), s. 196.

³⁸ Eva Schömer och Lena Svenaeus gör en liknande analys i E Schömer och L Svenaeus, ”AD:s lovsång till marknaden”, *Arbetet* 2013-10-02, där Kumlamålet (AD 1995 nr 158 som fackförening vann) jämförs med AD 2013 nr 64. ”En sak som inte sägs i klartext men som tillmäts stor betydelse är fackets agerande. I Kumlatvisten vägrade Akademikerförbundet SSR att träffa avtal om kvinnans lön. I Visions tvist kritiserade det lokala facket lönesättningen men utnyttjade inte kollektivavtalets möjlighet att förhandla i frågan om processen med löneöversyn skötts korrekt. I övrigt är målen ganska lika.”

5 Avslutande tanke

Jag tänker avsluta där jag började. Ann, du har alltid varit intresserad av lagstiftningens funktion. Jag tror att du håller med mig om att kollektivavtalen och den svenska arbetsrättsliga modellen fortfarande har så starkt stöd därför att en majoritet anser att den är bättre på att hantera lönebildningskonflikter och andra konflikter på arbetsmarknaden än alternativen. Ett av dessa andra alternativ är diskrimineringslagen. Tror du att den utredning³⁹ som nu skall försöka besvara bland annat varför det är så svårt att vinna diskrimineringsmål i Arbetsdomstolen jämfört med i de allmänna domstolarna vågar ta tag i problemet kring att diskrimineringslagstiftning faktiskt kan uppfattas som ett alternativ som i många fall kan stå i motsatsställning till den svenska arbetsrättsliga modellen och att Arbetsdomstolen av historiska skäl vill vårda den modellen.⁴⁰ Det är elefanten i rummet när det gäller diskrimineringslagens förhållande till den svenska arbetsrättsliga modellen. Många har försökt ta upp den frågan men mötts av tystnad. Man vill helst se andra förklaringar till att det är så svårt att vinna diskrimineringsmål i just Arbetsdomstolen.

Jag tror att Arbetsdomstolen inte hade vågat döma AD 2005 nr 69 och 2013 nr 64 såsom man gjort om det funnits en möjlighet att överklaga diskrimineringsfrågor till HD. Om det funnits kontroll från en högre domstol som inte var lika starkt bunden till den svenska arbetsrättsliga modellen så hade rekvisiten i diskrimineringslagen bedömts på ett annat sätt och arbetsrättsliga diskrimineringsmål blivit åtminstone lite lättare att vinna. Arbetsdomstolen är en neutral och opartisk domstol mellan parterna arbetsgivare och arbetstagare men inte i den normativa konflikten mellan diskrimineringslagen och den svenska arbetsrättsliga modellen. Den konflikten är inte utan betydelse för den fråga utredningen skall besvara – nämligen varför det är så svårt att vinna diskrimineringsmål i Arbetsdomstolen.

³⁹ Dir 2014/10 om bättre möjligheter att motverka diskriminering. Lagstiftaren har noterat att det är mycket svårt att vinna vissa typer av mål i Arbetsdomstolen och utredningen kommer att ge sin syn kring vad det kan bero på.

⁴⁰ Den 14 december 2016 presenterades SOU 2016:87; man valde att inte ta tag i detta problem.

BIRGITTA NYSTRÖM

DEN SVENSKA ARBETS RÄTTENS KOLLEKTIVA
INRIKTNING OCH LAGSTIFTNING OM DISKRIMINERING
— FINNS DÄR EN MOTSÄTTNING?

1 Inledning

En växande och allt viktigare del av arbetsrätten utgörs av diskrimineringslagstiftning.¹ Förbudet mot att diskriminera handlar om mänskliga rättigheter. Den svenska diskrimineringslagstiftningen vilar på internationella åtaganden gentemot FN, FN:s fackorgan ILO, Europarådet och – inte minst – EU. Sverige och de andra nordiska länderna var sena med att införa diskrimineringslagstiftning. Först 1979 kom en svensk lag om jämställdhet mellan kvinnor och män.

Det finns en underliggande konflikt när den individuellt inriktade diskrimineringslagstiftningen ska tillämpas inom ramen för den kollektivt inriktade svenska arbetsrätten. Diskrimineringsförbuden är utformade som individuella rättigheter. Individen har rätt att inte särbehandlas och kan väcka talan och påstå sig ha blivit diskriminerad i ett enskilt fall. Det fanns länge en tvekan - framför allt från arbetsmarknadens parter - inför lagstiftning mot diskriminering. Argument som anförts mot sådan lagstiftning har bl.a. varit att lagstiftaren här kom för nära arbetsmarknadsparternas självbestämmande och framförhandlade villkor i kollektivavtal samt att det vore helt främmande att svenska domstolar i mål om lika lön skulle komma att spela en roll i lönesättningen på arbetsmarknaden.

Under många år har Ann Numhauser-Henning hållit ett uppskattat seminarium om diskrimineringslagstiftning och kollektiv arbetsrätt på fördjupningskursen *Kollektiv arbetsrätt*, som ges varje höst inom juristprogrammet på juridiska fakulteten i Lund. I detta bidrag till Anns festskrift avser jag att diskutera hur synen på den svenska diskrimineringslagstiftningen och dess förhållande till kollektiva arbetsrättsliga värden utvecklas sedan de första förslagen till lagstiftning om jämställdhet mellan kvinnor och män framfördes på 1970-talet och fram till dagens situation. Merparten av materialet i det

¹ A. Numhauser-Henning, "Var står diskrimineringsrätten i dag?" i *Festskrift till Boel Flodgren* (Juristförlaget i Lund, 2011) 289.

följande rör sig kring diskrimineringsgrunden kön. På detta område kom lagstiftning först och denna lagstiftning har sedan tjänat som mönster för de andra diskrimineringsgrunder som senare införts. Framställningen är långt ifrån någon fullständig redovisning av diskrimineringslagstiftningens utveckling, den omfattande EU-rätten på området diskuteras inte särskilt. Detta är inte heller syftet. Bidragets fokus är diskrimineringslagstiftningens förhållande till och påverkan på den svenska kollektiva arbetsrätten.

2 Den svenska kollektiva arbetsmarknadsmodellen

Beteckningen ”den svenska modellen” används allt oftare för att beteckna lite olika saker som ska framhållas som ”typiskt svenska”. Begreppet är emellertid sedan länge väl inarbetat för att uttrycka vad som anses särpräglad för den svenska arbetsmarknaden. Det handlar om en förhandlings- och avtalsmodell som baseras på en långvarig tillit mellan arbetsmarknadens parter och staten.²

Det tidiga ömsesidiga erkännandet av föreningsrätten samt arbetsgivares företags- och arbetsledningsrätt genom Decemberkompromissen 1906, banade väg för en balanserad utveckling och ett samarbete mellan arbetsmarknadens parter.

Organisationerna på den svenska arbetsmarknaden är starka och välorganiserade. Organisationssplittringen är liten. Förhandlings- och kollektivavtalsystemet är sedan länge väl etablerat. Även om Sverige numera följer den internationella trenden mot lägre facklig organisationsgrad, så är organisationsgraden både på arbetsgivar- och arbetstagar sidan hög. Den fackliga organisationsgraden förefaller att, efter att tidigare legat på över 80 procent, numera ha stabiliserat sig kring 70 procent.³ Ett grundläggande antagande är att det är de fackliga organisationerna som företräder arbetstagarintresset och därmed alla arbetstagar. Statsmakternas inställning har sedan början av 1900-talet varit att arbetsmarknadens villkor i första hand ska regleras av självständiga arbetsmarknadsparter i kollektivavtal. Kollektivavtalsäckningen är hög, cirka 90 procent, och i stort sett alla arbetstagargrupper, både på den privata och den offentliga sektorn, har sina löne- och anställningsvillkor reglerade i kollektivavtal.

² För det svenska och de övriga nordiska ländernas arbetsmarknadssystem, se R. Fahleck, ”Industrial Relations and Collective Labour Law: Characteristics, Principles and Basic Features” i *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 43 (Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2002) 17–133; A. Adlercreutz och J. Mulder, *Svensk arbetsrätt* (Norstedts Juridik, 14 uppl., 2013) 24–36; T. Sigeman och E. Sjödin, *Arbetsrätten, En översikt* (Norstedts Juridik, 6 uppl., 2013) 21–25.

³ Medlingsinstitutets årsrapport 2015, 42, 45–48.

Lönebildningen är i Sverige en angelägenhet för arbetsmarknadens parter. Löner regleras i första hand genom kollektivavtal och minimilönelagstiftning saknas. Det är inte möjligt att utsträcka kollektivavtal för att de ska gälla även för andra än de avtalsslutande parterna. En arbetsgivare som slutit kollektivavtal anses dock skyldig att i princip tillämpa detta även på andra anställda än medlemmarna i den avtalsslutande organisationen. Stridsrätten är förhållandevis vidsträckt, särskilt genom rätten att vidta sympatiåtgärder. Övervakningen av det arbetsrättsliga regelverket sker genom parterna, främst de fackliga organisationerna.

Under 1970-talet tillkom en mängd arbetsrättsliga lagar i Sverige. Under loppet av några få år reviderades den befintliga lagstiftningen och en lång rad nya lagar introducerades. Lagarna är dock i stor utsträckning en kodifiering av regler som redan fanns i kollektivavtal, de är konstruerade som ramlagar ämnade att anpassas till olika typer av verksamheter i kollektivavtal och medger också i stor utsträckning att parterna avtalar om annat.

Sedan 1928 finns lagstiftning om en arbetsdomstol för arbetsrättsliga tvister. Denna domstol är i första hand en domstol för kollektivavtals- och andra arbetsrättsliga tvister där arbetsmarknadens parter är inblandade. Domstolen är sammansatt av oberoende ämbetsmän och representanter från arbetsmarknadens parter.

Sedan 1906 har det funnits ett förlikningsväsende i Sverige med uppgift att förordna medlare (förlikningsmän) i arbetstvister av intressekaraktär. Medlingsinstitutet, som 2000 ersatte Statens förlikningsmannae Expedition, fick utökade uppgifter. Medlingsinstitutet ska – förutom att ansvara för medling i arbetstvister – verka för en väl fungerande lönebildning och vara ansvarig för den officiella lönestatistiken. Att studera lönebildningen ur ett jämställdhetsperspektiv är en del av Medlingsinstitutets uppdrag och sedan 2009 publicerar man årligen en rapport om löneskillnader mellan kvinnor och män.

3 Diskrimineringslagstiftningens utveckling

3.1 Mot en jämställdhetslag⁴

Frågan om diskriminering på grund av facklig verksamhet, föreningsfriheten, behandlas i 7–9 §§ MBL. Dessa regler är hämtade från 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt, som var de första diskrimineringsbestämmelserna i svensk lagstiftning.

Sedan början av 1900-talet fanns i många kollektivavtal bestämmelser om särskilda kvinnlöner, som var lägre än de manliga arbetstagarnas löner. Anledningen till detta var en uppfattning om att mannen som familjeförsörjare skulle vara riktmärke för lönesättningen; behovlöneprincipen. 1925 års riksdag antog likalönsprincipen för statstjänstemän, men det skulle dröja länge innan denna princip fick genomslag.⁵ 1960 träffade LO och SAF en överenskommelse om att avskaffa de särskilda kvinnlönerna. Motståndet från arbetsmarknadens parter mot att ratificera ILO-konvention nr 100 (från 1951) angående lika lön för kvinnor och män för arbete av lika värde var hårt och Sverige ratificerade konventionen först 1962.⁶ Samtidigt ratificerades konventionen nr 111 (från 1958) angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning.⁷ Genomförandet av dessa konventioner skedde

⁴ Laura Carlson delar in den svenska diskrimineringslagstiftningen i tre perioder: Den första perioden börjar vid andra världskrigets slut, när flera internationella instrument på diskrimineringsområdet skapades, och slutar 1974 när den nya regeringsformen antogs. Under denna period fanns knappast någon diskrimineringslagstiftning alls. Den andra perioden börjar 1975 och slutar vid förberedelserna inför Sveriges medlemskap i EU 1995. Här kom lagstiftning om diskriminering, men parterna hade fortfarande möjlighet att avtala bort den. Period tre börjar 1994 och slutar 2007. Under denna period kommer lagstiftning mot diskriminering på andra områden än kön och etnicitet. Den fjärde och nu pågående fasen börjar med Diskrimineringslagen som träder i kraft 2009, vilket ger en mera sammanhängande diskrimineringslagstiftning som också ses som en mänsklig rättighet. Se L. Carlson, "Addressing Unlawful Discrimination: The Swedish Journey" i L. Carlson, Ö. Edström och B. Nyström (red.), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective* (Iustus, 2016) 140–152. Med mitt syfte med detta bidrag har en indelning i tre perioder befunnits tillräcklig. Allmänt om den svenska utvecklingen, se L. Roseberry, "Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia" i *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Scandinavian Studies in Law, Vol. 43 (2002) 234–241; SOU 1990:41 Tio år med Jämställdhetslagen, 55–60.

⁵ S. Fransson, *Lönediskriminering* (ak. avh.) (Iustus, 2000) 128–129.

⁶ S. Fransson, *Lönediskriminering*, 170–179.

⁷ Dessa ILO-konventioner är endast några tidiga exempel på internationella konventioner som förbjuder diskriminering. En genomgång av FN:s, ILO:s och Europarådets instrument på området finns i S. Fransson och E. Stüber, *Diskrimineringslagen. En kommentar* (Norstedts Gula Bibliotek, 2 uppl. 2015) 18–23. Se även L. Carlson "Addressing Unlawful Discrimination" (2016) 141–142, 146–147, 149–150; SOU 2006:22 En sammanhållande diskrimineringslagstiftning. Slutbetänkande av Diskrimineringskommittén, Del 1, s. 143 ff.

främst i kollektivavtal, i första hand genom att de särskilda lägre kvinnolönerna i kollektivavtalen försvann.

I början av 1970-talet började man i den svenska riksdagen diskutera eventuell lagstiftning mot könsdiskriminering, men det var vid denna tid en utbredd uppfattning att frågan skulle överlämnas till arbetsmarknadens parter.⁸

År 1973 förbjöds kvinno- och åldersdiskriminering vid tillsättning av statliga tjänster⁹ och 1976 kom en förordning om jämställdhet mellan kvinnor och män i statlig tjänst.¹⁰ Förbud mot diskriminering på grund av kön och etnicitet infördes i Regeringsformen (RF) 1976.¹¹ Förslag om en lag om jämställdhet på arbetsmarknaden mötte emellertid starkt motstånd från såväl arbetstagar- som arbetsgivarorganisationer. Parterna hävdade att diskriminering i arbetslivet inte skilde sig från andra anställningsvillkor som parterna reglerade i kollektivavtal. Den svenska modellen kunde användas också på diskrimineringsfrågor. Arbetsgivarna ansåg dessutom att lagstiftning om diskriminering kunde inskränka deras rätt att fritt anställa. Det befarades också att det skulle bli svårt för enskilda arbetsgivare att i praktiken tillämpa en sådana lagstiftning.¹²

1977 träffades mellan SAF och LO samt mellan SAF och PTK centrala överenskommelser om åtgärder för jämställdhet mellan kvinnor och män. I dessa överenskommelser förband sig parterna att verka för jämställdhet inom det gemensamma avtalsområdet och rekommenderade sina medlemsförbund att anta innehållet som kollektivavtal. Parterna ville avvakta resultaten av dessa kollektivavtalsåtgärder. 1976 tillsatte regeringen dock den parlamentariska Jämställdhetskommittén med uppdrag att utreda frågan om jämställdhet mellan kvinnor och män. Kommittén var inte enig, men man lämnade ett förslag om lagstiftning på området.¹³ Kommittén konstaterade att deras förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet inte skulle ersätta andra insatser för jämställdhet, utan i stället var ett av flera viktiga element i jämställdhetsarbetet. På grundval av kommitténs betänkande utarbetades ett omdiskuterat lagförslag.¹⁴ Den föreslagna lagen antogs i de delar som avsåg diskrimineringsförbud, men delarna om Jämställdhetsombudsman (JämO)

⁸ Se E. Schömer, *Konstruktion av genus i rätten och samhället* (ak. avh.) (Iustus Förlag, 1999) 73 ff; prop. 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m., s. 9; SOU 1990:41, s. 55 ff.

⁹ SFS 1973:279.

¹⁰ SFS 1976:686.

¹¹ Numera 2 kapitlet 12 § och 13 § RF.

¹² Prop. 1978/79:175, s. 9 och s. 24–26.

¹³ SOU 1978:38 Jämställdhet i arbetslivet. Betänkande av jämställdhetskommittén.

¹⁴ Prop. 1978/79:175.

och aktiva åtgärder antogs inte.¹⁵ Det rådde delade meningar om behovet av en särskild myndighet för att övervaka lagens tillämpning. Parterna var särskilt negativa till att kollektivavtal om jämställdhet skulle lyda under den föreslagna myndighetens (JämO:s) tillsyn. Från fackligt håll ansågs att det var tillräckligt med den traditionella fackliga övervakningen. De fackliga organisationerna hade emellertid inte visat sig särskilt aktiva i frågan om jämställdhet. Ett andra lagförslag om en jämställdhetslag kom 1979.¹⁶ Det var i stora drag utformat som det ursprungliga förslaget. Detta förslag antogs och blev till 1979 års Jämställdhetslag¹⁷, som innehöll tre delar; diskrimineringsförbud, aktiva åtgärder och övervakning av lagens efterlevnad genom att inrätta myndigheten JämO. I lagen ingick bestämmelser som möjliggjorde att arbetsmarknadsparterna kunde avtala om annat än lagen när det gällde aktiva åtgärder och att sådana kollektivavtal inte skulle stå under JämO:s tillsyn. Sådana avtal skulle i stället på sedvanligt sätt övervakas av arbetsgivarna och de fackliga organisationerna.

1977 års jämställdhetsavtal på den privata arbetsmarknadssektorn ersattes av 1983 års avtal där de aktiva åtgärderna enligt 1979 års JämL hade avtalats bort. (Det skulle dröja till 1994 innan möjligheten att i kollektivavtal avtala om annat än lagens regler om aktiva åtgärder togs bort.)¹⁸

1979 års lag blev kritiserad och ändrades några gånger. 1988 tillsattes en ny Jämställdhetsutredning och 1979 års JämL ersattes slutligen av en ny jämställdhetslag, 1991 års JämL.¹⁹ Den nya lagen var uppbyggd som den gamla, men fick ett breddat tillämpningsområde, reglerna om aktiva åtgärder byggdes ut och tillsynen över lagen förstärktes. I lagen infördes en regel som ålade arbetsgivare och arbetstagare att samverka för att uppnå jämställdhet. I propositionen noterades en ökad aktivitet under senare år hos arbetsmarknadens parter när det gällde jämställdhet mellan könen.²⁰ Åtgärder mot trakasserier är en del av det aktiva arbetet mot diskriminering. Redan kort efter att 1979 års JämL trätt i kraft ansåg JämO att det behövdes regler för att skydda den som påtalat diskriminering mot trakasserier.²¹ Men parterna önskade att

¹⁵ SFS 1979:503.

¹⁶ Prop. 1979/80:56 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m.

¹⁷ SFS 1979:1118 omtryckt efter justeringar SFS 1980:412.

¹⁸ S. Fransson, *Lönediskriminering*, 290; SOU 1991:41, 299–301.

¹⁹ SOU 1990:41, prop. 1990/91: 113 om en ny jämställdhetslag m.m., SFS 1991:443.

²⁰ Prop. 1990/91:113, s. 66 ff.

²¹ Se svar på JämO:s begäran i prop. 1984/85:60 s. 5–6, där det framhålls beträffande skyddet mot trakasserier att sådana problem inte i första hand bör angripas genom lagstiftning utan att det främst bör vara en uppgift för de fackliga organisationerna att se till att sådant inte inträffar.

andra vägar skulle prövas innan något förbud infördes i JämL. Förbud mot trakasserier infördes dock genom JämL 1991.²²

Genom 1991 års JämL togs en tidigare regel bort, som innebar att bedömningen av vad som är att betrakta som lika eller likvärdigt arbete i samband med lönediskriminering, skulle ske med utgångspunkt i kollektivavtal, praxis inom verksamhetsområdet eller en överenskommelse om arbetsvärdering. Anledningen till att denna avgränsning gjorts i 1979 års JämL var utgångspunkten att en tillämpning av diskrimineringsförbudet inte fick leda till något ingrepp i den värdering av olika arbetsuppgifter och de normer som i övrigt tillämpas på arbetsmarknaden, allt under förutsättning att normerna i sig själva inte var könsdiskriminerande.²³ Kollektivavtalet kom härmed att sättas i förgrunden för bedömningar angående lönediskriminering. I propositionen till 1991 års jämställdhetslag noterades att arbetsvärdering saknades på stora delar av den svenska arbetsmarknaden och därför borde den nya lagen vidga möjligheten att få frågor om lika lön för arbete av lika värde prövade. Det ansågs inte godtagbart att arbeten inte kunde anses likvärdiga endast av det skälet att det inte fanns någon i förväg överenskommen arbetsvärdering. Ändringen genom 1991 års lag innebar att vad som är lika eller likvärdigt arbete ska kunna prövas också när kollektivavtal, praxis på området eller en överenskommen arbetsvärdering saknas eller ger otillräcklig ledning.²⁴ Bedömningen ska vara obunden av kollektivavtalsbestämmelser, men de normer som finns för värdering eller lönesättning ska användas på ett icke diskriminerande sätt.²⁵ Sven-Hugo Ryman kommenterade denna ändring några år senare: "Ändringarna i lagtexten innebar att kollektivavtalet fick träda tillbaka för det enskilda arbetsavtalet som främsta grund för bedömningen huruvida könsdiskriminering förekommit."²⁶

Flera av 1988 års Jämställdhetsutrednings förslag blev dock inte genomförda när 1991 års JämL introducerades. Jämställdhetsutredningen hade i sitt slutbetänkande föreslagit att lagens föreskrifter om jämställdhetsplan skulle

²² SOU 1990:41, s. 193; prop. 1990/91:113, s. 68 ff., se även SOU 2006:22, s. 117 f.

²³ Prop. 1978/79:175, s. 76.

²⁴ Prop. 1990/91:113, s. 83 ff. Se även prop. 1993/94:147 Jämställdhetspolitiken: Delat makt – delat ansvar, s. 55–56 och SOU 1993:7 Löneskillnadsutredningen, s. 257 ff.

²⁵ Arbetsdomstolen uttrycker detta t.ex. i AD 1997 nr 68, där domstolen konstaterar att det är en vägledande princip för jämställdhetslagen att det på den svenska arbetsmarknaden i så stor utsträckning som möjligt överläts till de kollektivavtalslutande parterna att svara för utformningen av förhållandena på arbetsmarknaden, men att resultatet av parternas förhandlingar kan prövas i en diskrimineringsvist.

²⁶ S.H. Ryman, "Lönediskriminering på grund av kön", *JT* (1997–98) nr 3, 787. Juris dr. Sven-Hugo Ryman var bl.a. ämbetsmannaledamot av Arbetsdomstolen med särskild insikt i förhållandena på arbetsmarknaden enligt LRA 3 kap. 2 §.

vara tvingande och att kollektivavtal om aktiva åtgärder endast skulle få ersätta lagens regler om aktiva åtgärder om avtalet uppnådde lagens miniminivå. Utredningen konstaterade att förväntningarna på arbetsmarknadens parter vid införandet av 1979 års JämL inte hade infriats. Arbetstagarorganisationerna hade enligt utredningen i vissa fall visat påtaglig passivitet när det gällde att beivra brister i arbetsgivarnas jämställdhetsarbete.²⁷ Flertalet remissinstanser stödde utredningens förslag, men stark kritik kom också, främst från arbetsgivar sidan. Både arbetsgivar- och arbetstagar sidan var negativa till ökad tillsyn från JämO och att en myndighet skulle kunna överpröva kollektivavtal. I propositionen konstaterades att principen om att parterna själva övervakar efterlevnaden av sina kollektivavtal och disponerar över avtalets innehåll är djupt rotad på den svenska arbetsmarknaden. Regeringen fann att det även fortsättningsvis i första hand borde vara parterna som har ansvaret för att jämställdhetsarbetet drivs framåt. De skulle därmed själva svara för utformningen och efterlevnaden av avtal om aktivt jämställdhetsarbete och något förslag till förändringar av dessa regler gjordes inte.²⁸

1988 års Jämställdhetsutredning föreslog vidare införandet av en vites-sanktionerad regel om att ålägga arbetsgivare att utjämna löneskillnader mellan kvinnor och män när de ska utföra arbete som är lika eller av lika värde. Flera remissinstanser ifrågasatte om man kan ålägga arbetsgivare att verka för att utjämna löner, när löner i allmänhet bestäms av arbetsmarknadsparterna genom kollektivavtal. Regeringen delade denna synpunkt och förslaget lades inte fram.²⁹

1991 års JämL reviderades 1994.³⁰ Reglerna i lagen om det aktiva jämställdhetsarbetet blev obligatoriskt för alla arbetsgivare och kunde alltså inte längre avtalas bort. Kollektivavtal om jämställdhet kom vidare under JämO:s tillsyn. JämO:s tillsyn sträckte sig dock endast så långt som arbetsgivarens skyldigheter föreskrevs enligt lagen. I övrigt tillkom tillsynen parterna själva.³¹ Samtidigt infördes en bestämmelse om arbetsgivarens skyldighet att analysera löner.

²⁷ SOU 1991:41, s. 292 f och s. 297 ff.

²⁸ Prop. 1990/91:113, s. 77–78.

²⁹ Prop. 1990/91:113, s. 68.

³⁰ SFS 1994:292.

³¹ Prop. 1993/94:147, 42. SOU 1993:7 låg till grund för ändringen.

3.2 Mot ökad diskrimineringslagstiftning

Redan 1978 tillsattes en utredning om etnisk diskriminering, som i ett delbetänkande 1983 föreslog en lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet.³² Förslaget blev omdiskuterat, bl.a. framfördes att förslaget visade på bristande tilltro till kollektivavtalssystemet och det blev ingen lagstiftning denna gång. Den första, tämligen begränsade lagen om etnisk diskriminering antogs 1986 och en Ombudsman mot etnisk diskriminering inrättades.³³ 1994 antogs en ny lag om diskriminering på grund av etnicitet.³⁴ 1999 stärktes diskrimineringslagstiftningen genom en ny, mera kraftfull lag mot etnisk diskriminering³⁵, en helt ny lag om diskrimineringen på grund av funktionshinder³⁶ samt en helt ny lag mot diskriminering på grund av sexuell läggning³⁷. 1999 års lagar avsåg samtliga arbetslivet och hade 1991 års JämL som modell.

1995 blev Sverige medlem i EU.³⁸ Inför medlemskapet uttrycktes farhågor för att detta skulle kunna medföra försämrade förhållanden för kvinnorna i Sverige. Andelen förvärvsarbetande kvinnor var högre i Sverige än i de flesta EU-länderna och kvinnors genomsnittslön i förhållande till männens låg i Sverige något högre. De som varnade för en svagare ställning för svenska kvinnor genom ett medlemskap pekade på att i de flesta av EU-länderna fick kvinnor i högre utsträckning utföra de tjänster inom barn- och äldreomsorg som i Sverige finansieras via skatterna.³⁹ Debatten rörde alltså inte själva regelverket mot diskriminering, utan tog i stället sikte på de olika socialpolitiska och välfärdssamhälleliga åtgärder som i Sverige lett till ett i praktiken mera jämställt samhälle än som var fallet i flertalet EU-länder.

Den svenska diskrimineringslagstiftningen hade väsentligen redan anpassats till EU-rätten när Sverige blev medlem i EU 1995. Medlemskapet ledde dock till skärpt och utökad diskrimineringslagstiftning i vissa avseenden, bl.a. med hänsyn till EU-domstolens praxis och bevisbördan.⁴⁰

³² SOU 1983:18 Lag mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

³³ SFS 1986:442.

³⁴ SFS 1994:134.

³⁵ SOU 1997:174 Utredningen om översyn av lagen mot etnisk diskriminering, prop. 1997/98:177, SFS 1999:130.

³⁶ SOU 1997:176 Utredningen mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder, prop. 1997/98:179, SFS 1999:132.

³⁷ SOU 1997:175 Utredningen mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, prop. 1997/98:180, SFS 1999:133.

³⁸ Beteckningen EU används genomgående i bidraget, även för tiden före Unionen.

³⁹ B. Nyström, *EG och arbetsrätten* (Publica, 1992) 106–107.

⁴⁰ Se bl.a. SOU 1999:91 En översyn av jämställdhetslagen och prop. 1999/2000:143 Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

En särskild lag med förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning infördes 2002. Vid tiden för deltidssdirektivets genomförande i svensk rätt fanns i kollektivavtal regler som särbehandlade deltidsanställda. Ofta gällde det kollektivt avtalade försäkringsförmåner och ersättning för arbete utöver den avtalade arbetstiden. Sådana kollektivavtalsregler har efter hand utmönstrats.⁴¹

3.3 Diskrimineringslagen 2008 och utvecklingen därefter

2002 tillsattes en parlamentarisk utredning som skulle göra en nästan total översyn av alla regler i svenska rätt om diskriminering. Denna Diskrimineringskommitté presenterade sitt slutbetänkande 2006.⁴² 2008 ersatte diskrimineringslagen (DiskrL) sju diskrimineringslagar: 1991 års jämställdhetslag, lagarna från 1999 om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, funktionshinder och sexuell läggning samt lagen 2001 om likabehandling av studenter, lag 2003 om förbud mot diskriminering och lagen 2006 om förbud mot kränkande behandling av barn och elever.⁴³ De olika diskrimineringsombudsmännen slogs samman till en, Diskrimineringsombudsmannen (DO).

Den tidigare splittrade svenska diskrimineringslagstiftningen fick genom DiskrL 2008 en mera heltäckande och enhetlig grund. DiskrL innebar ytterligare anpassning till och genomförande av EU-rätten. En ny diskrimineringsgrund; ålder, infördes i svensk lagstiftning. Reglerna om aktiva åtgärder utvidgades och preciseras med syfte att bejaka den vilja till effektivt arbete mot diskriminering som kan finnas bl.a. bland enskilda arbetsgivare och fackliga organisationer.⁴⁴

När det gäller diskrimineringsgrunden ålder finns många kollektiva lösningar, t.ex. när det gäller avtalade pensionsförmåner och avgångsskyldighet. Diskrimineringsförbudet i DiskrL hindrar dock inte tillämpningen av åldersgränser för rätt till pensions-, efterlevande-, eller invaliditetsförmåner i individuella avtal eller kollektivavtal. Det finns bristande ekonomiska incitament för att arbeta längre upp i åldern med hänsyn till en del kollektivavtalade pensionslösningar. Pensionsåldersutredningen uttryckte oro över detta och

⁴¹ B. Nyström, *EU och arbetsrätten* (Norstedts Juridik, 4 uppl., 2011) 316.

⁴² SOU 2006:22. En sammanhållen diskrimineringslagstiftning. Del 1 och Del 2. Slutbetänkande av diskrimineringskommittén.

⁴³ SFS 2008:567, prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering.

⁴⁴ Diskrimineringsutredningen konstaterade att erfarenheter från tidigare jämställdhetslagstiftning talar för att kravet på aktiva åtgärder och årliga likabehandlingsplaner måste vara tvingande för att bestämmelserna ska fungera effektivt, SOU 2006:22 Del 1, s. 749–750, och där gjorda hänvisningar.

rekommenderade i sitt slutbetänkande trepartssamtal mellan regeringen och arbetsmarknadens parter i frågan. Det har uttryckts farhågor beträffande kollektivavtalsparternas vilja och möjlighet att lösa detta.⁴⁵

Arbetsrättsliga diskrimineringstvister förs till Arbetsdomstolen som första och sista instans, eller till tingsrätt som första instans med möjlighet att överklaga till Arbetsdomstolen. Fackliga organisationer har primär talerätt framför DO. Som inledningsvis framgått utses vissa ledamöter i Arbetsdomstolen efter förslag av arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. JämO påpekade länge att i mål som har karaktären av mänskliga rättigheter, så borde inte intresseledamöter vara med och döma.⁴⁶ Diskrimineringskommittén föreslog i sitt slutbetänkande att Arbetsdomstolen skulle ha en särskild sammansättning i diskrimineringstvister, men detta förslag återfanns inte i propositionen till 2008 års diskrimineringslag.⁴⁷ Utredningens skäl till förslaget var att det utåt sett inte får finnas några tvivel om att Arbetsdomstolen är opartisk. De flesta av arbetsmarknadens parter framförde i sina remissvar att det inte fanns någon objektiv grund för att ifrågasätta domstolens opartiskhet. Frågan om Arbetsdomstolens sammansättning i diskrimineringsmål fördes dock vidare och en proposition om ändrad sammansättning i diskrimineringsmål utarbetades.⁴⁸ Remissinstanserna vidhöll i huvudsak sina tidigare bedömningar och Lagrådet ansåg att frågan inte skulle föras vidare, eftersom det inte fanns skäl för att diskrimineringstvister skulle kräva en särskild sammansättning av domstolen. Regeringen vidhöll dock att det särskilt i löne-diskrimineringstvister fanns goda skäl för att vidta åtgärder för att domstolens opartiskhet inte skulle kunna ifrågasättas. Att reducera antalet intresseledamöter var en lämplig avvägning mellan säkerställandet av att domstolen utåt framstod som opartisk och intresset av att prövningen gjordes av en domstol med bästa tänkbara kompetens. 2008 infördes i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister en ny regel. I mål som helt eller delvis grundas på DiskrL är Arbetsdomstolen enligt 3 kapitel 6a § andra stycket domför med fem ledamöter och med endast en intresserepresentant från vardera arbetsgivar-

⁴⁵ SOU 2012:28 Längre liv, längre arbetsliv. Förutsättningar och hinder för äldre att arbeta längre, s. 19–20; SOU 2013:25 Åtgärder för ett längre arbetsliv. Del I och II, s. 163–164; A. Numhauser-Henning och M. Rönnmar, "Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective" i *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law*, 136; B. Nyström, "Active Ageing and Labour Law in Sweden" i F. Hendrickx (red.), *Active Ageing and Labour Law* (Intersentia, 2012) 243.

⁴⁶ Se SOU 2006:22 Del 2, s. 306 ff.

⁴⁷ SOU 2006:22 Del 2, s. 368 ff., prop. 2007/08:95, s. 424.

⁴⁸ Prop. 2008/09:4 Ändrad sammansättning i Arbetsdomstolen i diskrimineringstvister.

och arbetstagsarsidan, om inte parterna i målet begär att en ”ordinarie” sammansättning med sju ledamöter enligt 3 kapitlet 6 § första stycket.^{49 50}

Ett utmärkande drag för den svenska diskrimineringslagstiftningen är att den utöver diskrimineringsförbud också innehåller krav på aktiva åtgärder som t.ex. lönekartläggning. De aktiva åtgärderna tar inte som diskrimineringsförbudet sikte på enskilda individer, utan att mera allmänt och på gruppnivå komma åt t.ex. löneskillnader. Här har arbetsgivaren det yttersta ansvaret, men samspelet mellan arbetsmarknadens parter har en mycket viktig roll. (En regel om samverkan infördes redan i 1991 års JämL.) I nuvarande DiskrL kapitel 3 finns olika regler med krav på samverkan mellan arbetsgivare och arbetstagar/fack. Aktiva åtgärder gäller f.n. jämställdhet mellan kvinnor och män. I en proposition som lades fram våren 2016 föreslår regeringen att aktiva åtgärder ska förstärkas och utvidgas för att gälla alla diskrimineringsgrunder.⁵¹ Ett övergripande ramverk för arbetet med aktiva åtgärder föreslås införas i DiskrL, men utformningen av de konkreta åtgärderna i arbetslivet överlämnas till arbetsgivarna att utforma i samverkan med arbetstagarerna.⁵²

4 Kollektivavtal och diskriminering

4.1 Allmänt

Susanne Fransson konstaterade 2000 beträffande kollektivavtal om jämställdhet att det första steget i utvecklingen var att undvika att involvera lagstiftaren på området. Det andra steget var att undvika rättsverkningar av lagstiftningen (dvs. att undvika JämO:s tillsyn). Det tredje steget var att förhålla sig till den lagstiftning som sedan kom och som inte medgav fullständig pratsautonomi. Här har intresset för att sluta kollektivavtal i jämställdhetsfrågor svalnat och jämställdhet blivit en principiell fråga bland andra i kollektivavtalen.⁵³ I inledningen till Franssons och Stübers kommentar till diskrimineringslagen anger författarna dock att kollektivavtalen fyller ”en viktig kompletterande funktion i förhållande till gällande diskrimineringslagstiftning”.⁵⁴

⁴⁹ SFS 2008:932.

⁵⁰ Laura Carlson kritiserar de svenska domstolarna för att ha en mycket liberal tillämpning av diskrimineringslagstiftningen. Detta gäller inte bara Arbetsdomstolen, se Carlson, *Addressing Unlawful discrimination*, 152–153, 155–158.

⁵¹ Prop. 2015/16:135 Ett övergripande ramverk för aktiva åtgärder i syfte att främja lika rättigheter och möjligheter, SOU 2014:41 Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering.

⁵² Redan Diskrimineringskommittén föreslog att positiv särbehandling också skulle omfatta diskrimineringsgrunden etnicitet, SOU 2006:22 Del 1, s. 660 ff.

⁵³ S. Fransson, *Lönediskriminering*, 290–291.

⁵⁴ S. Fransson och E. Stüber, *Diskrimineringslagen*, 35.

4.2 Särskilt om lönediskriminering och kollektivavtal

Frågan om lönediskriminering är den enskilda fråga där diskussionerna om en konflikt mellan diskrimineringssynsätt och den kollektiva arbetsrättens värden varit som mest aktuella. En uppenbar svårighet när man kommer in på frågan om lönediskriminering är att lönesättningen i Sverige i stor utsträckning sker genom fackliga förhandlingar. Detta gäller även vid individuell lönesättning.

Ryman skrev 1998 att lönesättningen på den svenska arbetsmarknaden ”inte i huvudsak styrs av en abstrakt bedömning av arbetets värde utan av den vid varje aktuellt tillfälle föreliggande tillgången på efterfrågad kompetent arbetskraft”. Ryman menade vidare att domstolarnas möjlighet att jämföra olika arbeten för att se om de är likvärdiga innebär att domstolarna fått uppgifter som hör till den politiska sfären och att detta kan äventyra respekten för domstolarnas objektivitet. Lagstiftaren har överlämnat till Arbetsdomstolen att bedöma frågor i intressetvister, dvs. frågor som det ankommer på arbetsmarknadens parter att lösa i fria förhandlingar med rätt att använda stridsåtgärder för att hävda sina krav, menade Ryman.⁵⁵

Kent Källström kommenterade 2000 EU-domstolens avgörande i mål C-236/98 (barnmorskemålet): ”Det finns en uppenbar konflikt mellan kollektivavtalsparternas autonomi och reglerna om indirekt könsdiskriminering. EG-domstolen synes mena att proportionalitetsprincipen är överordnad partsautonomin ... domstolen är beredd att gå in i själva lönesystemet ... Lönediskrimineringsreglerna når in i kärnan av det område där marknadskrafterna och de förhandlande parterna av tradition haft fritt spelrum. ... Varje särbehandling i lönesystemet kan utgöra lönediskriminering och måste rättfärdigas av skäl som väger tyngre än jämställdhetsintresset.”⁵⁶

I prop. 1999/2000:143 om ändringar i JämL påpekas: ”Det kan framhållas att EG-rätten inte erkänner någon allmän presumtion om att ett förhandlingsresultat som rör löner är fritt från könsdiskriminering eller inte bör överprövas därför att det tillkommit i förhandlingar mellan parterna på arbetsmarknaden.”⁵⁷

Ruth Nielsen skrev 2002 att det i de nordiska länderna har varit en omdiskuterad fråga om arbetsmarknadens parter har möjlighet att genom

⁵⁵ S-H, Ryman, ”Lönediskriminering på grund av kön”, 789–790.

⁵⁶ K. Källström, ”Kollektivavtalsparternas autonomi och lönediskriminering – kommentar till Barnmorskemålet C-236/98” (ERT 2000) 655–660, citaten från sidan 659–660. Arbetsdomstolen avgjorde sedermera målet i AD 2001 nr 13.

⁵⁷ Prop. 1999/2000:143, s. 55.

kollektivavtal bestämma vad som ska anses vara lika lön. Hon konstaterar sedan att EU-domstolen tydligt avgjort detta 1995 i *Royal Copenhagen*⁵⁸, där domstolen säger att likalönsprincipen gäller också i situationer där de lönesättande omständigheterna avgörs genom förhandlingar och kollektivavtal. Men, den nationella domstolen kan ta hänsyn till att lönefaktorer är ett resultat av kollektiva förhandlingar, som en omständighet vid bedömningen av om skillnaderna i lön mellan två grupper beror på objektiva faktorer som inte har något med könsskillnader att göra.

Arbetsdomstolen hänvisar till *Royal Copenhagen* i AD 1997 nr 68. I målet fanns en kollektivavtalsbestämmelse om grundläggande principer om lönesättning, där kriterierna för lönesättningen angavs. Bestämmelsen avslutades med ”Samma principer för lönesättning ska gälla för kvinnor och män liksom för yngre och äldre arbetstagare”.⁵⁹ Det var i målet ostridigt att arbetet var lika eller likvärdigt och ändå hade en man som anställdes efter två kvinnor högre lön än dem. Arbetsdomstolen uttalade att ”Det är ytterst arbetsgivaren ... som enligt jämställdhetslagen är ansvarig för att de enskilda arbetstagarnas rättigheter enligt lagen inte kränks. Att löner bestäms i förhållandet mellan kollektivavtalsparter är dock en omständighet som även enligt EG-domstolen i sig kan ha betydelse för prövningen ...”.⁶⁰

En arbetsgivare kan inte skylla ifrån sig om fackliga förhandlingar resulterat i en diskriminerande lönesättning. ”Förklaringar av typ att man betalar enligt kollektivavtal ... ger inte svar på frågan, om det finns ett samband mellan lönesättning och kön.”⁶¹ Arbetsgivaren får ensam bära ansvaret för innehållet i ett kollektivavtal om löner som efter förhandlingar träffats med motparten. En arbetsgivare som har flera kollektivavtal kan få problem, även om dessa kollektivavtal avser helt olika arbetstagargrupper. Genom att följa kollektivavtalens regler om lönesättning kan en arbetsgivare tänkas komma i konflikt med lagens övergripande princip som gäller likvärdigt arbete hos samme arbetsgivare. I AD 1996 nr 41 (Barnmorskemålet I) uttalade domstolen att rättssäkerhetsaspekten är viktig då en arbetsgivare som slutit kollektivavtal på grund av lönediskrimineringsreglerna kan försättas i en besvärlig situation. Arbetsgivaren kan välja att tillämpa kollektivavtalet och riskerar då en talan om

⁵⁸ Mål C-400/93 *Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, acting for Royal Copenhagen A/S*.

⁵⁹ Detta är inte en ovanlig mening i samband med att lönekriterier anges i kollektivavtal.

⁶⁰ I AD 1984 nr 140 (blanketteknikermålet) uttalar domstolen att man inte kan bortse från de kollektivavtalsregler som gäller och något ingrepp i den värdering av arbetsuppgifter och de normer i övrigt som gäller på arbetsmarknaden inte bör tillåtas.

⁶¹ Prop. 1999/2000:143, s. 76.

otillåten diskriminering. Väljer arbetsgivaren i stället att betala någon arbetstagare en lön som avviker från vad som föreskrivs i kollektivavtalet, så kan arbetsgivaren riskera talan om kollektivavtalsbrott. Fransson kritiserar dock detta synsätt och menar att Arbetsdomstolen överdriver problemets räckvidd och pekar på att diskrimineringsförbudet inriktar sig på den individuella rättvisan, dvs. den enskilde arbetstagaren, och ett avgörande om diskriminering har i första hand rättsverkan mellan parterna i målet.⁶²

I AD 2001 nr 13 (barnmorskemålet II) väger Arbetsdomstolen in kollektivavtal på förbunds nivå som ett sakligt skäl som kan försvara en viss löneskillnad. ”Det bör i sammanhanget beaktas att förhandlingarna inför tillkomsten av de lokala kollektivavtalen har förts inom ramen för det löneutrymme som varit bestämt i en överenskommelse mellan centrala organisationer på ... arbetsmarknaden. Ytterst grundas lönesättningen för de tre arbetstagarna alltså på vad som avtalats mellan tongivande organisationer på arbetsmarknaden. Enligt domstolens mening bör den nu angivna kollektivavtalsbakgrunden tillmätas betydelse när man bedömer frågan om lönesättningen ...”, konstaterar Arbetsdomstolen.⁶³ Fransson och Stüber konstaterar här att med den decentralisering av löneförhandlandet som skett sedan början av 1990-talet har ”förutsättningarna för den enskilde arbetsgivaren att kunna ansvara för lönesättningen förändrats avsevärt”.⁶⁴ På den del av arbetsmarknaden som täcks av kollektivavtal (cirka 90 procent) omfattades 2015 mer än 90 procent av de anställda av centrala kollektivavtal som innehöll någon form av lokal lönebildning med olika grader av frihet för de lokala parterna att disponera över utrymmet.⁶⁵ I AD 2013 nr 64 prövades lönesättning vid s.k. sifferlösa avtal mot bakgrund av DiskL:s bestämmelser om diskriminering på grund av ålder och kön. Arbetsdomstolen fann att arbetet var lika eller likvärdig och att den yngre mannen och den äldre kvinnan befann sig i en jämförbar situation.

⁶² Fransson, *Lönediskriminering*, 344–345. Se också mål C-127/92 *Enderby*, där EU-domstolen uttalar att olika kollektivavtal i sig inte är ett objektivt skäl för olika löner.

⁶³ Arbetsdomstolen utvecklar i AD 2001 nr 13 att jämförelser kan behöva göras med arbetsuppgifter för två arbetstagare hos samma arbetsgivare, även om de båda arbetstagarnas löner bestäms i olika kollektivavtal. Även om det är uppenbart att domstolen har möjlighet att beakta andra värderingar än dem som gjorts i kollektivavtalen, så saknar kollektivavtalen inte betydelse i lönediskriminerings tvister, eftersom de uttrycker norm för lönesättningen på arbetsmarknaden. Med hänvisning till *Royal Copenhagen-* och *Enderby-domarna* kommer domstolen till slutsatsen att den omständighet att löner bestäms i kollektivavtal kan beaktas som en av flera omständigheter. I domen finner AD att med hänsyn till ålderskillnaderna, arbetsmarknadssituationerna och kollektivavtalsbakgrunder, så har löneskillnaderna i målet inte samband med kön. Tre av domstolens ledamöter var skiljaktiga men inte beträffande kollektivavtalets betydelse. Se även AD 1996 nr 41.

⁶⁴ *Diskrimineringslagen*, 195.

⁶⁵ *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2015*. Medlingsinstitutets årsrapport.

Arbetsdomstolen underströk att man i tidigare rättsfall och med beaktande av EU-rätten slagit fast att en lönesättning som styrs av marknadsskäl inte strider mot likalöneprincipen, om den är sakligt och rationellt motiverad. Att vid nyanställning ge mannen högre lön var ett sakligt skäl, varken förknippat med kön eller ålder. När det gällde senare lönerevisioner hade dessa skett med utgångspunkt i kollektivavtalet och enligt bolagets lönepolicy med beaktande av sakliga och objektiva skäl, som inte heller de var förknippade med kön eller ålder. Fransson och Stüber kommenterar fallet med att det enligt deras mening var en avgörande faktor för utgången i målet att det lokala facket förhållit sig passivt och i praktiken överlätit till arbetsgivaren att bestämma hur kollektivavtalets lönekriterier skulle tillämpas.⁶⁶

Vid en genomgång av lönekriterier i kollektivavtal konstaterar Medlingsinstitutet chefsjurist Kurt Eriksson 2007 att ”kollektivavtalen i stor utsträckning utmärks av detaljerade uppräknings av vilka faktorer som ska bestämma lönen för den enskilde arbetstagaren. I avtalen slås också fast att samma principer ska tillämpas för kvinnor och män.”⁶⁷

I Medlingsinstitutets årsrapport 2014⁶⁸ finns en längre analys av kollektivavtal ur ett jämställdhetsperspektiv.⁶⁹ Medlingsinstitutet konstaterar att förbundsavtalen har en dubbel roll eftersom friheten för de lokala parterna begränsas, dels av vad som kan vara föreskrivet i förbundsavtalen, dels av reglerna i diskrimineringslagen. Förbundsavtalen ska då dels slå vakt om likalönsprincipen för att undvika osakliga löneskillnader, dels underlätta för de lokala parternas arbete med jämställda löner.

Marknaden som kriterium för lönesättning nämns ofta i de centrala kollektivavtalen. I rapporten *Lönebildning och jämställdhet* konstaterar Medlingsinstitutet 2015 vid en analys av de centrala kollektivavtalens konstruktion, att kravet på saklighet löper som en röd tråd genom kollektivavtalen. Vidare konstateras att i takt med att kollektivavtalen öppnar för mer av lokal

⁶⁶ *Diskrimineringslagen*, 196. Fransson och Stüber gör en grundlig analys av rättsfallet i ”Lönediskriminering i ett system med normlösa avtal och individuell lönesättning. En kommentar till målet AD 2013 nr 64” i *Festskrift till Catharina Calleman* (Iustus förlag, 2014) 113–132.

⁶⁷ K. Eriksson ”Marknaden och kollektivavtalet” i S. Fransson (red.), *Marknaden – saklig grund för lönesättning* (Norstedts Juridik, 2007) 57.

⁶⁸ Avtalsrörelsen och lönebildningen 2014.

⁶⁹ Här hänvisas också till rapporterna 2007 och 2010. Se Avtalsrörelsen och lönebildningen 2007, 164–182, och Avtalsrörelsen och lönebildningen 2010, 190–206. I SOU 2004:55 Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering listas kollektivavtal som då innehöll regler om diskriminering, s. 81–84.

lönebildning har riktlinjerna för de lokala parternas jämställdhetsarbete utvecklats.⁷⁰

Medlingsinstitutet konstaterar 2016⁷¹ att arbetsmarknadens parter på olika sätt arbetar för jämställda löner, men att det inte råder någon samsyn när det gäller krav på låglönesatsningar eller jämställdhetspotter för att gynna lågavlönade kvinnodominerade avtalsområden. Enligt Medlingsinstitutet har det varit större enighet om vilka riktlinjer som bör anges i de centrala kollektivavtalen för hur lokala parter ska arbeta med lönefrågor ur jämställdhetssynpunkt. De största förändringarna i de centrala kollektivavtalen när det gäller riktlinjerna för lokal lönebildning ur jämställdhetssynpunkt genomfördes i avtalsrörelserna 2004 och 2007. Efterföljande avtalsrörelser har inte medfört några genomgripande förändringar, konstaterar Medlingsinstitutet.

Göran Söderlöf, arbetsrättsjurist vid Sveriges Kommuner och Landsting, konstaterade 2007: ”Mitt svar på frågan om hur samspelet mellan förhandlingssystemet och jämställdhetslagen fungerar är att förhandlingssystemet förmår att hantera lönebildningen ur ett jämställdhetsperspektiv. Förhandlingssystemet är också väl lämpat att korrigera eventuella förekommande diskriminerande löneskillnader ... Lagstiftarens förhoppning om att den fackliga tillhörigheten och kollektivavtalsområdet inte ska vara styrande vid lönekartläggning ... orealistiskt och inte rimmande med hur verkligheten ser ut och hur de fackliga organisationerna agerar. De ska ju, enligt sina stadgar, se till sina medlemmars intressen i förhållandet arbetsgivare – arbetstagare ... Här menar jag att lagstiftaren, i sin iver att motverka könsdiskriminering, valt en ur svensk synpunkt felaktig väg.”⁷²

4.3 Andra könsdiskriminerande bestämmelser i kollektivavtal

Efter sedvanlig kollektivavtalsstolkning kom domstolen i AD 1990 nr 34 fram till att ett jämställdhetsavtal inte innebar en skyldighet att i det enskilda fallet anställa en arbetssökande av underrepresenterat kön.

Att en arbetsgivare önskar ha ett gott samarbete med de fackliga organisationerna kan vara en saklig omständighet som får åberopas för att visa att ett

⁷⁰ *Lönebildning och jämställdhet*. En rapport från medlingsinstitutet 2015, 4. Se närmare om slutsatser vid en genomgång av förbundsavtalen ur jämställdhetsperspektiv *Löneskillnader mellan kvinnor och män 2015*, Medlingsinstitutet 2016, 43.

⁷¹ *Löneskillnader mellan kvinnor och män 2015*, 42–43.

⁷² G. Söderlöf ”Konflikt mellan förhandlingssystemet och lagen – om marknadskrafternas betydelse för lönebildningen i den kommunala sektorn” i *Marknaden – saklig grund för lönesättning?*, 77–78.

beslut inte är diskriminerande.⁷³ Arbetsgivaren är emellertid ansvarig för att beslutet inte är diskriminerande och får anses skyldig att närmare undersöka vilka uppgifter som ligger till grund för ett fackligt uttalande för eller emot en viss sökande.⁷⁴

Arbetsdomstolen har i några mål haft att bedöma om regler om föräldraleddighet i ett kollektivavtal är könsdiskriminerande. I AD 1985 nr 134 ansåg domstolen att det stred mot jämställdhetslagen att enligt kollektivavtal ge endast kvinnor löneutfyllnad i form av havandeskapslön under fyra månader. Det var inte förenligt med en modern syn på kvinnor och mäns föräldraroll. Parterna hade vid avtalslutet varit eniga om att bestämmelsen inte stod i strid med JämL. Detta saknade betydelse enligt Arbetsdomstolen. Avtalet skulle inte heller tolkas utifrån de vid överenskommelsen rådande omständigheterna. Tolkningen skulle ske mot bakgrund av de värderingar som rådde vid tidpunkten för tillämpningen av regeln. I fallet AD 1987 nr 132 rörde det sig om två månaders förmåner för kvinnor enligt kollektivavtalet och detta var godtagbart med hänsyn till att det tillgodosåg det särskilda behov av ledighet som en kvinna har i samband med barnafödande. Arbetsdomstolen hänvisar här till 1985 års dom och betonar att det för prövning huruvida diskriminering föreligger saknar betydelse hur avtalsparterna själva uppfattade en omtvistad bestämmelse när den ursprungligen tillkom. En avtalspart är oförhindrad att angripa en avtalsbestämmelse med hänvisning till diskriminering, oavsett att parten vid avtalsförhandlingarna accepterat bestämmelsen som icke diskriminerande. I AD 1987 nr 132 lägger domstolen dock till uttalandet från 1985 att detta inte utesluter att man vid tolkning av kollektivavtal fäster avseende vid att parterna har enats om en avtalsbestämmelse utan att den från någondra sidan påstods vara diskriminerade, och att detta bör tala till förmån för ett i övrigt tänkbart tolkningsalternativ som inte innefattar diskriminering.

I AD 2003 nr 74 prövades om en klausul i ett kollektivavtal, som gav rätt till föräldralön i samband med födelse av barn, men som endast gällde under en period av tre månader från barnets födelse, var indirekt könsdiskriminerande för män. AD fann att, eftersom män i betydligt större omfattning än kvinnor drabbades av den begränsning i uttaget av föräldralön som tremånadersgränsen innebar, förelåg ett missgynnande. Men, mot bakgrund av syftet med regeln – att i barnets intresse ge båda de nyblivna

⁷³ SOU 1990:41, 160. I mål C-427/11 *Kenny* uttalade EU-domstolen att intresset av goda relationer mellan arbetsmarknadens parter kan vara ett sakligt skäl, som den nationella domstolen kan beakta, men att detta liksom kollektivavtal är underordnat förbudet mot lönediskriminering.

⁷⁴ AD 1981 nr 169.

föräldrarna viss ekonomisk förstärkning under tiden närmast efter barnets födelse – så var den aktuella tidsgränsen försvarlig.

Laura Carlson gjorde en undersökning 2006 rörande föräldraledighetsregler i kollektivavtal.⁷⁵ Hon fann då stora skillnader mellan privat och offentlig sektor. Kollektivavtalen på den offentliga sektorn (där merparten av de anställda är kvinnor) erbjöd de högsta ersättningen och den längsta tidsperioden för förmånen, medan hon fann stora variationer och sämre förmåner i kollektivavtalen på den privata sektorn (där den stora majoriteten av anställda är män). Inte alla avtal på den privata sektorn hade några särskilda föräldraförmåner, men där den fanns var ersättningsperioden kort, ofta motsvarande längden av de s.k. pappamånaderna i föräldraförsäkringen. Carlsons slutsats är bl.a. att ”Grovt kan sägas att det nuvarande systemet för löneutfyllnad vid föräldraledighet återspeglar föräldrarnas uppdelning av ledigheten... Och i detta ser vi styrkan och svagheter i den svenska modellen. Det bestämdes i början av 1900-talet att kollektivavtal var det bästa sättet att reglera de problem som uppstod, eftersom arbetsmarknadsparterna bättre än lagstiftaren kunde se vilka problemen var, hur de borde hanteras och var bäst lämpade att övervaka reglernas efterlevnad.” Hon konstaterar att avtalsparterna i de kollektivavtal hon diskuterar i sin undersökning har tagit hänsyn till sina medlemmars behov och hittat de lösningar som verkar vara bäst för medlemmarna. Oliktigheterna i regleringen visar enligt Carlson på ”svagheter i den svenska modellen när det gäller sådana frågor som föräldraledighet, eftersom dessa olikheter (dvs. olikheter mellan lösningarna när det gäller föräldraledigheten, min anm.) kan antas ha bidragit till den könssegregering och brist på rörlighet som finns på den svenska arbetsmarknaden”.⁷⁶

4.4 Jämkning och ogiltigförklaring av kollektivavtal

Diskrimineringslagen är tvingande.⁷⁷ Regler i ett kollektivavtal som är diskriminerande enligt diskrimineringslagen kan på den diskriminerades begäran jämkas eller förklaras ogiltiga, DiskrL 5 kapitel 3 § första stycket. Bestämmelsen fortsätter: ”Har bestämmelsen sådan betydelse för avtalet att

⁷⁵ L. Carlson, ”Föräldraskap och regelverket på arbetsmarknaden” i D. Rauhut och B. Falkenhall (red.), *Arbetsrätt, rörlighet och tillväxt*, Institutet för tillväxtpolitiska studier, A 2005:016 (2006) 163–178. Se också L. Carlson, *Searching for Equality. Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparison to EU, UK and US Law* (ak. avh.), (Iustus förlag, 2007), kapitel 3 och bilaga 3.

⁷⁶ L. Carlson, ”Föräldraskap och regelverket på arbetsmarknaden”, 178.

⁷⁷ Det finns dock inget som hindrar att man i ett kollektivavtal kommer överens om mer förmånliga regler än vad som gäller enligt lagen, prop. 2007/08:95, s. 485.

det inte skäligen kan krävas att detta i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet förklaras ogiltigt.” Möjligheten att jämka könsdiskriminerande avtal infördes i jämställdhetslagen 2005.⁷⁸ Innan dess kunde könsdiskriminerande bestämmelser endast ogiltigförklaras.

I *Nimz* uttalade EU-domstolen att en indirekt diskriminerande bestämmelse i ett kollektivavtal ska åsidosättas av den nationella domstolen utan att den väntar på att parterna efter förhandlingar eller på annat sätt gör detta. Den nationella domstolen ska vidare tillämpa samma arrangemang för den diskriminerade gruppen som för andra arbetstagare.⁷⁹

I det ovan nämnda rättsfallet AD 1985 nr 134 fann Arbetsdomstolen att en regel i kollektivavtal om fyra månaders havandeskapslön stred mot den då gällande jämställdhetslagen. Att ogiltigförklara kollektivavtalet skulle också ha missgynnat kvinnor. Domstolen framhöll att det inte skulle vara en godtagbar lösning att avtalslöst tillstånd skulle gälla. Domstolen fyllde i stället, med stöd av motiven till jämställdhetslagen, ut avtalet så att det skulle tolkas så att även män skulle ha rätt till havandeskapslön. Avtalet fick på grund av lagen rättsenligt innehåll och de missgynnade arbetstagarnas anspråk grundades på avtalet.⁸⁰

5 Avslutande kommentarer

Den sena svenska utvecklingen på diskrimineringsområdet och den tidigare splittrade bilden kan i många avseenden förklaras av den svenska arbetsmarknadsmodellen och dess tonvikt på att det är arbetsmarknadens parter som bestämmer spelreglerna på arbetsmarknaden i fria förhandlingar och kollektivavtal. Längre avvisades lagstiftning som obehövlig med hänvisning till att parterna skulle lösa frågan själva enligt den svenska modellen. Fram till 1991 skulle bedömningen av lika eller likvärdigt arbete ske mot kollektivavtal som bakgrund. Fram till 1994 kunde JämL:s regler om aktiva åtgärder avtalas bort genom kollektivavtal och sådana jämställdhetsavtal stod inte under JämO:s tillsyn.

Utvecklingen har inneburit att diskrimineringsgrundernas antal ökat samt också att skyddet mot diskriminering i det enskilda fallet har förstärkts. Arbetsmarknadsparternas acceptans för och tillämpning av icke-diskrimine-

⁷⁸ SFS 2005:476.

⁷⁹ Mål C-184/89 *Nimz*, se även C-33/89 *Kowelska* och C-399/92 *Helmig*.

⁸⁰ SOU 1990:41, s. 169–170, SOU 2006:22 Del 2, s. 133 f., Schömer, *Lönediskriminering*, 227–229.

rande grunder har ökat. Frågan om diskriminerande lönesättning kontra avtalsparternas autonomi har tonats ner. I stort sett visar erfarenheter att domstolsvägen inte var rätt väg att gå när det gäller att komma till rätta med de löneskillnader som finns mellan manligt och kvinnligt dominerade yrkesgrupper. Löneskillnaderna mellan kvinnor och män har utjämnats sedan de särskilda kvinnolönerna upphörde, men det är ändå inte så att kvinnors löner är lika höga som mäns.⁸¹ Löneskillnaderna beror i stor utsträckning på att det finns olika arbetsmarknader för kvinnor och män. När det gäller diskriminerande lönesättning så verkar inte diskrimineringslagstiftning med sina individuellt utformade rättigheter vara ett bra instrument för att åstadkomma jämställda löner.

Spänningar mellan grundläggande rättigheter och grundläggande strukturer på arbetsmarknaden gör sig gällande i olika situationer, hur avvägningen mellan rättigheter och intressen ska göras har efter hand blivit mera utvecklad, bland annat genom Arbetsdomstolens domar. Detta är en av orsakerna till att oviljan och motståndet från arbetsmarknadens parter efter hand minskat. Samverkan mellan arbetsgivare och fackliga organisationer ute på arbetsplatser, som ett led i arbetet med aktiva åtgärder enligt diskrimineringslagstiftningen, har blivit en naturlig del av dagens arbetsliv. Därmed är det troligt att konflikterna mellan grundläggande kollektiva arbetsrättsliga värden och diskrimineringslagstiftningen tonats ner.

Carlson konstaterar 2016 "The discourse that has most affected the entirety of the discrimination law regime is the Swedish Model, where the social partners are to regulate labour market issues and the state to maintain neutrality by not legislating. This has led to discrimination legislation being introduced at a later stage than in other systems, in an environment characterized by a strong feeling of antipathy – not expressed solely at the subject of the legislation itself, but also at the political interference within a model structure of power considered by the main actors (at the time and still predominantly men) as well-functioning; remnants of this structure still remain. The discourse has also led to an attitude in Sweden towards legislation that is unique: employment legislation is not really legislation as in the other systems, is not generally mandatory nor effective or necessary."⁸²

⁸¹ Enligt Medlingsinstitutets rapport *Löneskillnader mellan kvinnor och män 2015. Vad säger den officiella lönestatistiken?* så fortsätter löneskillnaderna mellan kvinnor och män att minska. År 2015 hade kvinnor i genomsnitt 87,5 procent av mäns löner. Det är en minskning av skillnaden med 0,7 procentenheter jämfört med 2014.

⁸² L. Carlson "Addressing Unlawful Discrimination" 159. Se även L. Carlson, *Searching for Equality*, 226 ff.

Enligt min mening är den uppfattning som Carlson redovisar när det gäller den svenska kollektivavtalsmodellen och diskriminering alldeles för snäv och negativ. Den tar inte alls hänsyn till att det på den svenska arbetsmarknaden finns ett i grunden väl fungerande system för arbetsmarknadens funktionssätt, där lagstiftaren inte behövt ingripa i någon större utsträckning för att säkra skyddet för enskilda arbetstagare.⁸³ Den tar inte heller hänsyn till hur olika socialpolitiska åtgärder i praktiken förmodligen betyder minst lika mycket för resultatet som diskrimineringslagstiftningen.

De diskussioner som förs idag och som gäller hoten mot den svenska arbetsmarknadsmodellen har mera en inriktning mot en allmän kritik gentemot en ökad mängd EU-reglering – tidigare främst i form av EU-direktiv, men under senare år allt mer i form av avgöranden från EU-domstolen – än en kritik särskilt inriktad mot diskrimineringslagstiftningen. Den långtgående partsautonomi som finns i den svenska modellen bygger på ett förhandlings-system där arbetsmarknadens parter har vilja till och kunskaper för att finna kompromisslösningar och ta rimliga samhälleliga hänsyn. Förhandlingskulturen innebär ett förhållande med fortlöpande kompromisser mellan olika intressen. Hoten mot denna modell kommer emellertid inte i första hand varken från diskrimineringslagstiftningen eller från den ökade mängden regler från EU, utan från den sjunkande fackliga organisationsgraden. Det finns en gräns där det finns så få organiserade bland arbetskraften att den kan underminera legitimiteten i den kollektiva modell för arbetsmarknadsrelationer som finns i Sverige.⁸⁴

⁸³ A. Numhauser-Henning och M. Rönö konstaterar 2016 att det finns en relation mellan diskrimineringslagstiftningen och skydd för anställningen, där diskrimineringslagstiftning blir ett viktigt substitut för bristande skydd för anställningen, A. Numhauser-Henning och M. Rönö, "Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective" i *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law*, 125.

⁸⁴ Se också Ö. Edström "The Nordic Industrial Relations Model: Surviving the Impact from European Law?" i *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective*, 112.

ANTONIO OJEDA-AVILÉS

REFORMA Y RECTIFICACIÓN EN LA PRIVATIZACIÓN
DE PENSIONES.
EL CASO DE MÉXICO

1 El significado de las reformas a ambos lados del Océano
Atlántico

1.1 La vieja pretensión del sistema público bismarckiano

Cuando el canciller Bismarck puso en marcha el sistema público de pensiones en la década de 1880, la finalidad política y la social andaban bastante unidas en un momento en que los Estados germánicos caminaban a marchas forzadas hacia una unificación pero se hallaban inmersos en una intensa lucha de clases, con una clarísima división entre trabajadores y empresarios. Sindicatos y partidos obreros reivindicaban un sistema de protección ante los infortunios más graves, y su audiencia entre la población trabajadora crecía incontenible. Bismarck trató de garantizar el bienestar de los trabajadores mediante un seguro controlado por el Estado y financiado por las cotizaciones de los trabajadores y los empresarios. El Estado asumía de tal modo el papel de pagador de las prestaciones incluso en caso de descubierto, aunque también determinaba las cotizaciones, de manera que podía evitar los déficits por vía de incrementar los ingresos. Más allá de evitar la miseria de los inválidos, ancianos y viudas, y con ello restar impulso a las fuerzas políticas contrarias, el nuevo príncipe de Salina no pretendía capitalizar ningún fondo con el cual financiar sus proyectos, y se limitaba a transferir lo que ingresaba por cotizaciones a las cuentas de los pensionistas. El problema de este sistema consistía en que no estaba interesado en los no trabajadores, por lo que una amplia población de desheredados permanecía en la indigencia. Medio siglo más tarde, el profesor Beveridge planteó la conveniencia de un cambio copernicano en los objetivos de la seguridad social pública, y los Estados europeos, saliendo de una sangrienta Guerra Mundial, lo acogieron con benevolencia: había que proteger a toda la población que lo necesitara, aunque no fuera trabajadora, y para ello el ingreso por cotización de los asegurados

debía completarse con el ingreso procedente de los impuestos de todos los contribuyentes. Se establecía de tal forma un sistema a dos velocidades, o como se dice hoy día, con dos pilares, el de las pensiones universales no contributivas, para toda la población necesitada, y el de las pensiones profesionales contributivas, para los trabajadores, con una relación en unos países complementaria A+B, y en otros alternativa A/B. En cuanto a la gestión de los dos pilares, significativamente en un país de referencia, Estados Unidos, la Administración Federal se hizo cargo del pilar básico o universal, mientras que dejó a cada Estado miembro la regulación de los fondos de pensiones del segundo pilar.

En la actualidad la situación se ha complicado hasta el punto de que pueden distinguirse hasta cuatro pilares¹: el público universal no contributivo, que podríamos llamar del modelo Beveridge; el público profesional contributivo, que podríamos llamar del modelo Bismarck; el privado colectivo obligatorio (por convenios colectivos con fuerza erga omnes), o modelo holandés; y el privado individual o colectivo voluntario. En esa pirámide de cuatro placas tectónicas de difícil conexión entre ellas, la importancia del tercer y cuarto pilar ha ido aumentando a medida que la población envejecía.

1.2 La reforma chilena y la denominada re-reforma en América Latina

Entramos en la edad contemporánea de la seguridad social cuando Chile, en 1980 y por tanto en lo más álgido de la dictadura de Pinochet y la influencia de los *Chicago boys*, inaugura un sistema nuevo basado casi exclusivamente en la capitalización de cuentas individuales, el que equivaldría al cuarto pilar de la seguridad social en la estructura clásica, dejando un mínimo resquicio a la garantía del Estado de una renta básica para los necesitados o para los que hubieran cotizado al menos durante veinte años, el equivalente al primer pilar. El modelo chileno centraliza además la gestión, al unificar los 33 regímenes especiales existentes –todos, salvo los del ejército y la policía, privilegiados por el gobierno de Pinochet– en uno solo bajo el control del Instituto de Normalización Previsional². Y, quizá la medida más discutible, suprimió la cotización del empleador, dejando para las cuentas individuales solo la del trabajador titular de ellas.

¹ La distinción tradicional en tres pilares ha venido contestada por el Banco Mundial, que distingue los dos públicos, universal y profesional, que indico a continuación en el texto.

² C. Mesa Lago, "La re-reforma de pensiones en Chile", en U BECKER y otros, Re-reformas de sistemas de pensiones privatizadas en el mundo: estudio comparativo de Argentina, Bolivia, Chile y Hungría, monográfico de Revista de Trabajo 10 (2013), p. 58.

Chile sirvió de ejemplo para numerosos países³, no solo latinoamericanos, para reformar sus respectivos sistemas de pensiones en un orientación privatista aunque de control estatal, en última instancia inspirada vagamente en la legislación estadounidense, y con el aval del Banco Mundial⁴, que se empleó después a fondo en los países del Este europeo antes de publicar un segundo informe mucho más equilibrado.

Veinte años más tarde el modelo chileno presentaba importantes quiebras, en especial la insuficiencia de las pensiones y el elevado precio de las comisiones cobradas por las empresas administradoras de fondos, las AFP. Su aparente mayor rentabilidad frente al sistema de reparto se convirtió en falacia cuando la crisis y otros avatares y desequilibrios mundiales sometieron la moneda a vaivenes asimétricos, en la conocida como *paradoja de Aaron*, quebrando así el importe de los ahorros incluso antes de la crisis financiera de 2008⁵. Entre 2006 y 2010 procede a una amplia reforma, bajo el gobierno de Michele Bachelet, al mismo tiempo que la emprendida en Bolivia durante el mandato de Evo Morales y en Uruguay bajo el de Tabaré Vázquez, aunque un poco más tarde de la llevada a cabo en Argentina por Néstor Kirchner: una "re-reforma" de amplitud continental para fortalecer los pilares públicos que, a su vez, ha planteado una nueva problemática de incierta solución y nueva actividad legislativa en los últimos años. En todo caso, cabe hablar de una "reversión de la reforma liberal", y aludir a una variedad de motivos para explicarla, desde la fuerza de los actores sociales al bajo legado histórico, pasando por el difícil acceso de esos países a los mercados de capitales, o la mayor inestabilidad institucional⁶:

Por su parte, los diez países de la antigua Unión Soviética que ingresaron durante el trienio 2004–2007 en la Unión Europea implantaron previamente bajo las orientaciones del Banco Mundial un sistema de dos pilares mediante la creación de un pilar privado predominante, extraído del, y junto al, pilar

³ La impresionante cifra de 23 países seguidores de la reforma chilena en Europa y América es proporcionada por el máximo experto en reforma de pensiones en América Latina, C. Mesa-Lago, "Comparaciones de los aspectos legales y evaluación de los efectos socio-económicos de las cuatro re-reformas", en el monográfico de Becker y otros en *Trabajo* 10 (2013), p. 169. Algunos países aplicaron también la supresión, y otros desviaron la del empresario al pilar público y concentraron la del trabajador en el privado.

⁴ Banco Mundial, *Averting the Old-age Crisis*, Washington 1994.

⁵ Sobre la paradoja de Aaron y la incidencia del azar sobre la rentabilidad financiera, F. Serrano Pérez, "Sostenibilidad del Sistema español de Seguridad Social: posibles reformas paramétricas", (2009) *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número extraordinario 1 p. 149.

⁶ En este sentido, cfr. JM Busquets, "Las re-reformas de los sistemas de pensiones en Argentina, Bolivia, Chile y Uruguay", paper presentado en el IV Congreso Uruguayo de Ciencia Política, (Montevideo 2012), 8 ss.

público tradicional, y administrado por gestoras privadas con tutela de un órgano estatal⁷. Iniciaban en plena Europa el camino privatizador proclamado por Chile justo cuando los países latinoamericanos que habían entrado en el *reaganismo* principiaban a modificar sus proyecciones. También en los países europeos de la antigua URSS la cobertura y la suficiencia de pensiones han sufrido fuertes descensos, y la privatización del sistema mediante la prevalencia del segundo pilar no ha mitigado el intervencionismo del Estado en actuaciones discutibles, sobre todo con motivo de la gran crisis internacional de 2008⁸. Ha habido, en consecuencia, reformas posteriores para solventar los problemas advertidos, sin que por lo reciente de ellas quepa evaluar su profundidad –que no parece excesiva – ni su orientación.

En el fondo, tanto el modelo impulsado por el Banco Mundial como los sistemas establecidos por los Estados antevistos tienen un problema básico en el paradigma del que toman ejemplo, Estados Unidos, un país-región de la máxima capacidad adquisitiva que no puede parangonarse con ninguno de ellos. Por ejemplo, los costes de administración de los planes de pensiones son considerablemente más altos en los países miméticos por no disponer de una competitividad adecuada entre las empresas gestoras y por llegar éstas con facilidad a una administración débil que accede a sus indicaciones, y al cabo elevan los gastos indebidamente.

1.3 *Dos revisiones tardías*

Por último, varios países dentro del ámbito hispanoamericano han procedido a reformas de sus sistemas de pensiones y ahora anuncian una re-reforma aún no cumplida: México, España, Brasil. El primero, cuya reforma estructural acaeció en 1995 con el desmantelamiento parcial del pilar público y la creación de numerosos fondos privados de pensiones, en una dispersión y labilidad excesivas que ahora querría solventar. La segunda, con una reforma paramétrica y algunas pinceladas estructurales entre 2011 y 2015 que previsiblemente venga modificada con el cambio de gobierno. La tercera, con

⁷ Salvo Eslovenia y República Checa: fueron Hungría, Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Polonia, Letonia, Lituania y Rumanía. Hungría abandonó en 2011 el pilar privado. Cfr. al respecto A. Simonovits, "La re-reforma de pensiones en Hungría", (2013) 10 *Trabajo* 143–144.

⁸ El abandono por Hungría del segundo pilar, el privado, se debió en realidad a "la fuerte caída de activos en el segundo pilar" a causa de la crisis de 2008: el gobierno permitió el retorno voluntario al sistema público a los mayores de 52 años en 2009, y al año siguiente procedió al cierre de facto del segundo pilar: Simonovits, "La re-reforma de pensiones en Hungría", p. 159. Para este autor, en Hungría, tanto como en Argentina, la idea preconcebida de que las cuentas individuales y la gestión privada impedirían las intromisiones del gobierno quedó desautorizada por la experiencia (*ibidem*, p.159).

una reforma también paramétrica acabada de aprobar en medio de una situación política confusa, y que establece el mínimo de 85/95⁹. Veamos con detalle la primera de ellas.

2 La incógnita de México

2.1 *El alcance de la reforma de 1995*

La primera ocasión en que hallamos la mención a las pensiones se produce en la Constitución de 1917, y en ella el aspecto más importante será el continente antes que el contenido. En efecto, respecto a la sustancia el famoso artículo 123 solo previó un seguro social potestativo para los empresarios¹⁰, y en cuanto a la forma, al igual que para todos los derechos laborales que contemplaba, la regulación vino encomendada tanto a la Federación como a los Estados federados, en una competencia compartida de cuyo reparto funcional nada decía, por lo que abocaba a un conflicto permanente que inicialmente se saldó con una inhibición de los poderes federales y una rápida intervención de los Estados en Códigos y Leyes del Trabajo donde por lo común se preveía una incipiente normativa de seguro social¹¹. Paulatinamente el boceto pudo

⁹ Sobre la reforma brasileña, F. Bertranou y F. Grafe, *La reforma del sistema de pensiones en Brasil: aspectos fiscales e institucionales*, (Banco Interamericano de Desarrollo, 2007). La fórmula 85/95 exige alcanzar entre la edad y los años cotizados (al menos 30) la cifra de 85 a las mujeres y 95 a los hombres. La fórmula se aprobó en 2015 y es opcional a la del factor de seguridad social, sin haber conseguido contener el abultado déficit de las cuentas.

¹⁰ Art. 123, apartado XXIX: "Se consideran de utilidad social: el establecimiento de Cajas de Seguros Populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidentes y otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de Instituciones de esta índole, para infundir e inculcar la previsión popular".

¹¹ Código del Trabajo de Yucatán de 1917; Ley del Trabajo y Previsión Social de Sonora de 1919; Ley del Trabajo de Sinaloa de 1920; Código del Trabajo de Puebla de 1921; Ley del Trabajo de Jalisco de 1923; Ley del Trabajo de Colima de 1925; Ley de Riesgos Profesionales de Veracruz de 1924; Ley del Trabajo d Campeche de 1924; Ley del Trabajo Minero de Guanajuato de 1924; Ley del Trabajo d Tamaulipas; Leyes de Tabasco de 1917 y 1926; Ley del Departamento de Trabajo de San Luis Potosí de 1926; Ley de desarrollo del art 123 Const. de Chiapas de 1927; Ley del Departamento de Trabajo de Nayarit de 1929; Ley de Aguascalientes de 1928; y Ley reglamentaria del art. 123 Const. de Hidalgo de 1928. El desarrollo constitucional de la seguridad social puede verse en A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social y a la protección social* (México DF, Editorial Porrúa 2014) 48 ss. Previamente a la Constitución de 1917, la "Ley Cándido Aguilar" de 1914 había instaurado la cobertura sanitaria en caso de accidentes de trabajo por cuenta de los empresarios. Vid al respecto F. Remolina Roqueñi, *El artículo 123 constitucional* (IMS, México 2000), 662 ss.; JC Saldívar Reinoso, *El surgimiento del seguro social en México como un servicio público nacional obligatorio 1917-1943* (tesis doctoral digitalizada, Puebla 2001), 17; N. de Buen Lozano, *Seguridad Social* (México, ed. Porrúa 1999) 24 ss. Dicha "Ley Cándido Aguilar" nació en el contexto de la guerra civil revolucionaria y no parece haber logrado consolidarse en el tiempo y el espacio.

concretarse mediante una reforma del art. 123 en el año 1929 que "federalizaba" la legislación laboral al otorgar facultades al Congreso de la nación para legislar en materia laboral, y respecto a los seguros sociales declaraba de utilidad pública la expedición de una ley de seguro social. La intención del legislador consistía en centralizar la seguridad social mediante una fórmula de alcance nacional que integrara la multitud de seguros populares y pudiera repartir las responsabilidades derivadas de los riesgos, como indica Morales Ramírez¹². Una aspiración que resurge hoy día en la intención de los reformadores, hastiados de la fragmentación de los fondos de pensiones y del egoísmo de cada colectivo.

Nace así en 1943 la Ley del Seguro Social como un seguro público, cotización tripartita y gestión en manos del Instituto Mexicano del Seguro Social, para la cobertura de concretas contingencias y limitada a los trabajadores subordinados de la capital y las principales ciudades. Al margen de él se mantuvieron los seguros sociales de las fuerzas armadas y de los empleados civiles federales¹³. La Ley del Seguro Social de 1973 amplió el campo de aplicación subjetivo para generalizar la cobertura a todos los trabajadores subordinados del país e incluir a los necesitados no trabajadores mediante prestaciones de servicios sociales y asistencia social, en línea con el modelo Beveridge, por lo que según algunos autores rompió con ello la vinculación con el Derecho del Trabajo¹⁴. La ampliación, dirigida básicamente al sector rural e indígena, planteaba numerosas interrogantes financieras, pero no podía demorarse mucho tiempo en un país donde el sector de los trabajadores subordinados de la industria y los servicios era mínimo en aquella época¹⁵. Y a pesar de que la evolución posterior recortó considerablemente su alcance, esta sensibilidad para los humildes ha permitido al cabo que México pueda

¹² MA Morales Ramírez, *La recepción del modelo chileno en el sistema de pensiones mexicano* (México, UNAM 2005) 18–19.

¹³ De 1959 es la primera Ley del Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado, el ISSSTE. Hay también desde 1935 el Seguro Social de Petróleos Mexicanos, PEMEX. El Fondo de empleados de ferrocarriles y el Subsistema independiente de electricidad se integraron en 1980 y 1982 en el Instituto Mexicano de Seguridad Social. Así pues, en la actualidad los seguros públicos, o primer pilar en sentido general, se componen de los regímenes del IMSS, el de los funcionarios civiles de la Federación, ISSSTE, el de los funcionarios militares, ISSFAM, y el de PEMEX.

¹⁴ MA Morales Ramírez, *op. cit.*, p. 19. Se trataría de la ruptura en que consiste el enfoque de Protección Social respecto del de Seguridad Social.

¹⁵ El panorama ha cambiado drásticamente en México, pues la mitad norte del país ha visto brotar multitud de fábricas de todo tipo, no solamente las maquiladoras de la frontera con Estados Unidos, sino también grandes factorías de firmas automovilísticas norteamericanas, japonesas y coreanas, para fabricar a menor costo productos que revierten al mercado norteamericano. En Tijuana (Baja California), por ejemplo, hay instaladas unas 550 fábricas. De menor número pero mayor rentabilidad son las numerosas fábricas de automóviles de los Estados de Guanajuato, Puebla, etc.

presumir de una cobertura subjetiva más amplia de la habitual en América Latina. Junto a este rasgo, hay otro igualmente importante: las cotizaciones se reparten desde esa época entre los poderes públicos, los empresarios y los trabajadores, algo de lo que hoy día no podemos extrañarnos porque de una u otra forma los poderes públicos complementan en todas partes la sostenibilidad de los sistemas nacionales¹⁶, pero que en 1943, en su configuración como base principal de los subsidios a los necesitados, hallaba pocos ejemplos parecidos¹⁷. Un tercer rasgo importante del sistema mexicano radica en la importancia y heterogeneidad otorgada a los servicios sociales, al punto de que dentro de ellos se incluyen actividades que por su importancia y alto coste merecen atención diferenciada: me refiero a la construcción de viviendas y a los dos grandes Institutos encargados de ello dentro del IMSS y el ISSSTE, denominados respectivamente INFONAVIT y FOVISSTE, a los cuales van voluminosas partidas de gasto¹⁸. Junto a las viviendas para trabajadores, tienen asimismo alguna importancia la red de guarderías infantiles para hijos de trabajadores, calificada como prestación social y concede alimentación, salud, educación y recreación a los niños, financiada por los empresarios con el 1 por 100 de los ingresos básicos de sus

¹⁶ En la actualidad, la aportación del Estado a los gastos de la Seguridad Social en Suecia y Alemania suponen el 3 por 100 del Producto Interior Bruto, y en España es de menos del 1 por 100. El déficit de las pensiones en este último país se proyecta conjurarlo por el Partido Socialista, de llegar al gobierno, mediante un impuesto finalista inspirado en la experiencia francesa de la *contribution sociale généralisée*. Cfr. al respecto B. Suárez Corujo, "El compromiso con las pensiones públicas: un impuesto específico para su financiación", blog *Economistas frente a la crisis*, 6 de julio de 2016. El problema que plantearía dicho impuesto en España sería el de llegar en momentos en que la carga impositiva sobre los ciudadanos ha pasado en estos últimos cuatro años a estar por encima de la media europea, viniendo desde una posición muy por debajo de dicha media, dado que el gobierno conservador hizo aprobar para hacer frente a la crisis bancaria subidas muy rápidas y elevadas de los impuestos de todo tipo.

¹⁷ En algunos países europeos durante la primera fase de fines del siglo XIX y principios del XX, de promoción del seguro de accidentes entre los empresarios, el Estado contribuía con una ayuda o complemento a la cotización empresarial, pero siempre dentro de la estricta cobertura profesional de aquellos sistemas incipientes, sin ir más allá de los obreros industriales. Así ocurría, por ejemplo, con los seguros sociales españoles.

¹⁸ Por ejemplo, el presupuesto de gastos para 2016 del Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores calcula en el capítulo de pasivo unas aportaciones a favor de los trabajadores de 913.771 millones de pesos (45.688 millones de dólares): INFONAVIT, *Presupuestos de ingresos y egresos 2016*, s/f, gráfico Balance general comparativo presupuestado para el ejercicio 2016 y estimado al cierre de 2015, p. 9. El INFONAVIT se creó por una ley de 1972 como organismo de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio, dedicado a la adquisición y construcción de viviendas para los trabajadores con los ingresos derivados del 5% de los salarios de éstos como cotización de los empresarios. Después de diversas reformas derivadas de los problemas de liquidez y de solvencia del Instituto, la subcuenta de vivienda de cada trabajador individual pasó a integrarse dentro del sistema de pensiones: A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social y a la protección social*, cit., p. 95.

trabajadores¹⁹. Por lo demás, las contingencias cubiertas abarcaban enfermedad e incapacidad, vejez y muerte, y riesgos profesionales, con la significativa ausencia del desempleo, salvo el denominado retiro por desempleo.

La reforma privatizadora sobrevino con la Ley del Seguro Social de 1995, a cuya virtud entraron en el país los postulados neoliberales de la reforma chilena. En líneas generales, la reforma incidió en tres campos principales: en el primero, la Ley dio paso a las gestoras privadas en la administración de fondos de pensiones e inclusive en el otorgamiento de los servicios²⁰ y permitió una amplia autonomía de facto a esos fondos, que en pocos años adquirieron una vida propia y variada que el Estado federal fue incapaz de encarrilar. Probablemente quepa trazar un cierto paralelismo entre los fondos de pensiones de la reforma y las cajas de seguros populares que florecieron en la primera etapa antes de 1943, impulsadas por las leyes estatales de fomento; pero si bien miramos, ni el fin de lucro ni el poder financiero de una gestora moderna –filial de un banco o compañía de seguros en muchos casos– tienen mucho que ver con aquellas cajas organizadas por trabajadores y empresarios, cuya filosofía se encuentra también en el origen de varios sistemas europeos desde Francia a los países escandinavos. Pero tan importante como la privatización de hecho ha sido el segundo cambio introducido por la reforma, el paso al método de capitalización individual de las cuentas del sistema en la modalidad de los fondos, dejando el método de reparto *pay as you go* para los que se mantuvieran en el modelo anterior. Como es habitual en estas reformas drásticas, el coste de transición ha sido enorme, incluso a pesar de que se ha dado la opción a los ya asegurados en el sistema anterior para continuar en el mismo, prohibiendo en cambio a los nuevos incorporados a la vida activa el acceso a ese sistema²¹. Por último, el tercer campo ha consistido en pasar desde

¹⁹ Para los asegurados del IMSS, el Instituto presta servicios directamente o mediante concesión para los niños entre 43 días de nacido y hasta 4 años, con un total en 2011 de 250 estancias y 29.375 niños atendidos, de los 14 millones de trabajadores asegurados en el IMSS. Cfr. A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social*, p. 176.

²⁰ MA Morales Ramírez, *ibidem*, p. 20.

²¹ Los institutos bajo el método de reparto dejan de percibir las aportaciones de las nuevas generaciones, que entran en los fondos de pensiones y generan un enorme vacío a aquéllos, los cuales se quedan inicialmente con todos los pensionistas y ven mermar paulatinamente el número de los cotizantes activos. En el caso de México, una nueva Ley del IMSS de 1997 asignó al gobierno federal la garantía de las pensiones del IMSS, por lo que los costes de transición costaron al erario público en 2010 la suma de 106.000 millones de pesos y han ido incrementándose hasta que en 2040 alcancen los 209.000 millones, para a partir de ahí decrecer. El cuadro puede verse en Aguirre Farías, *op. cit.*, p. 38. En el conjunto de los Institutos públicos de reparto, dice el autor en p. 39, tanto el gobierno federal como los estatales gastaron en 2010 más de 267.000 millones de pesos en costes

el modelo de beneficio definido al de cotización definida, este segundo habitual en los fondos privados de pensiones por cuanto permite incorporar "pacíficamente" las fluctuaciones derivadas de cambios de ciclo, inflación, crisis de la divisa etc., puesto que la cuantía de la pensión no se especifica hasta el momento del rescate.

El resultado global semeja un cuadro del impresionismo puntillista, donde por doquier aparecen más de mil fondos de pensiones de los más diversos tamaños y regímenes, mientras que entre ellos se mueven majestuosos los antiguos institutos con método de reparto, con hondas diferencias entre ellos²². Aguirre Farías resume los problemas más importantes heredados del sistema público de 1943 de la siguiente forma²³:

En primer término, la reforma de 1995 fue incompleta, pues no afectó, o lo hizo en una mínima proporción, a los que ya trabajaban en el momento de promulgarse, para los cuales se arbitró una aplicación gradual.

Los sistemas de pensiones presentan una gran variedad que los hacen ingobernables e incluso previsibles, siendo el peor aspecto de dicha variedad la desigualdad que genera incluso entre empleados de una misma institución o empresa. Entre los casos más flagrantes de desigualdad se halla el de quienes transfieren la pensión a los derechohabientes al producirse el fallecimiento, y también el de quienes disfrutan de pensiones por encima del último salario percibido.

En relación con lo anterior, en los antiguos sistemas, con la excepción del de trabajadores de la industria y servicios (IMSS), el criterio básico de jubilación es el de antigüedad por años de servicio, y no el de la edad. Generan así la que algún autor denomina "pensión sin necesidad", la del jubilado de 45 años en plenitud de facultades laborales que incluso obtendrá una pensión superior al importe de su último sueldo.

El modelo nuevo de 1995 arrojó bien pronto algunas desviaciones de las proyecciones pensadas por sus promotores²⁴.

En primer lugar, la insostenibilidad crónica. En 2015 todos los fondos de

de transición, e irá aumentando hasta el año 2035, en que alcanzará el máximo de 539.000 millones de pesos, para descender a partir de ahí.

²² Indica FM Aguirre Farías, *Pensiones... ¿y con qué?* (México, Fineo 2012) 18–20, la insuficiencia de las pensiones del IMST representa un paraíso económico sobre un cementerio social, mientras que el Instituto de los empleados federales supone un paraíso social sobre un cementerio económico, ya que se pagan pensiones a personas de 45 años de edad al estar calculadas sobre los años de servicio, 25 o 30 años, lo cual resulta insostenible a largo plazo.

²³ Aguirre Farías, *Pensiones...*, p. 23.

²⁴ Sigo en el análisis las reflexiones de A. Sánchez Castañeda y MA Morales Ramírez, *El derecho a la seguridad social*, pp. 181 ss.

reserva, tanto el de Cumplimiento de Obligaciones Laborales, el de Reserva para Contingencias, el del Régimen de Pensiones, como, en fin, el del Seguro de Enfermedad y Maternidad, han quedado agotados por haber estado cubriendo los sucesivos déficits anuales de la seguridad social pública, y en concreto del Instituto Mexicano del Seguro Social. Si bien desde el inicio de la ampliación del sistema al sector campesino surge el déficit crónico, en 1964²⁵, la aceleración de la deuda parece tomar cuerpo con la reorganización de las pensiones al sistema de fondos individuales y los costes de transición progresivos que conlleva.

En segundo lugar, los Fondos de Pensiones incumplen diversos artículos del Convenio 102 Norma Mínima de Seguridad Social de la OIT²⁶, por cuanto no hay aportaciones patronales o estatales para la constitución de fondos de reserva, los asegurados no participan en la gestión por parte de las empresas administradoras de fondos, dichas gestoras perciben elevadas comisiones por su actividad, etc. La reforma ha introducido cálculos económicos que son también especulativos, como el de rentabilidad de los fondos, con una vacilante garantía del Estado.

En resumidas cuentas, por decirlo en palabras de Sánchez Castañeda y de Morales Ramírez, por el simple hecho de ser privado, el sistema de fondos de pensiones no puede ser considerado inadecuado; ”no obstante, lo es cuando se trata de un único mecanismo con que cuentan los trabajadores, es decir, no se trata de un instrumento complementario. La lógica de los fondos de pensión privados solo tiene beneficios para los administradores privados; los riesgos y menoscabos son para el trabajador y el Estado²⁷”.

En tercer lugar, la cobertura subjetiva y la tasa de sustitución continúan siendo escasas. Respecto a la primera cuestión, los fondos de pensiones abarcan a unos 22 millones de los 46 millones de ocupados²⁸ y en cuanto al pilar cero de pensión garantizada universal, la afiliación a los seguros sociales de los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios agrícolas es voluntaria mediante convenio²⁹. En resumidas cuentas, quienes no cuentan con ninguna esperanza de pensión representan aproximadamente el 50 por

²⁵ M. Gómez Morin, *Seguridad Social*, México (PAN 1966) 82–87.

²⁶ G. López Morales, ”Las normas internacionales del trabajo sobre seguridad social y las reformas de la seguridad social en América Latina”, en CISS, *III Congreso Interamericano Jurídico de la Seguridad Social en América Latina* (Santo Domingo 1996) 127 ss.

²⁷ *Op. cit.*, pp. 185–186.

²⁸ Datos de 2010. Formalmente las administradoras de fondos (AFORES) presentan 42 millones de cuentas individuales, pero de ellas hay unos 20 millones inactivas, en el sentido de que no han cotizado en los últimos tres años. *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo. Indicadores Estratégicos*.

²⁹ Ley del Seguro Social de 1995, arts. 13.2 y 235, y Capítulo X, ”De la seguridad social en el campo”.

100 de la población activa³⁰. En cuanto al segundo aspecto, la tasa de sustitución o reemplazo de la pensión sobre el salario solo garantiza a los afiliados una pensión que equivale a un salario mínimo³¹, lo que supone 3.5 euros al día o 105 euros al mes. Bajo tal premisa, la pensión garantizada prácticamente no supone ninguna cobertura aceptable para quien haya ganado y cotizado el equivalente a tres salarios mínimos (es decir, 10.50 euros diarios), pues percibirá el 33% de esa cantidad, así como quien hubiera percibido cuatro salarios mínimos (14 euros diarios) la pensión garantizada apuntaría al 25 por 100 del sueldo. Quizá por estas carencias, México no ha ratificado el Convenio OIT 102 Norma Mínima de Seguridad Social, y solo muy recientemente ha suscrito el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social.

Tal parece, para resumir, como si el modelo mexicano asumiera la figura de un Gollum de enormes pies de barro (el pilar cero) y gran cabeza (el pilar cuatro), con un cuerpo menudo y enfermizo.

2.2 Las propuestas de reforma actualmente a debate

En 2014 un iniciativa surgió del ISSEG, el Instituto de Seguridad Social del Estado de Guanajuato, apoyada por la Unión Europea³², que culminó en 2105 con una conferencia en donde se debatieron los problemas más acuciantes y se avanzaron soluciones. Al año siguiente, abril de 2016, el Senado de la República organizó un nuevo encuentro, auspiciado por la Unión Europea y la OIT, donde se alcanzaron soluciones parecidas a las de Guanajuato y a las planteadas asimismo por parte de la doctrina³³. Se trata de propuestas dirigidas a clarificar el caos dominante en el mar de los fondos de pensiones y articularlo con los grandes seguros públicos.

El punto de partida unánimemente sentido radica en la necesidad de establecer un modelo único de integración de los dos modelos que coexisten en México, el público y el privado, tal y como se practica en la Unión Europea, con relaciones complementarias y no excluyentes entre ambas clases de pilares y unas normas de coordinación (el Reglamento Europeo 883/2004 y su Reglamento de aplicación) que permiten tanto la portabilidad de las

³⁰ FM Aguirre Farías, *Pensiones...*, p. 19.

³¹ Su cuantía es de 73 pesos mexicanos diarios en 2016.

³² A través de SOCIEUX.

³³ En los debates de Guanajuato participó muy activamente FM Aguirre Farías, cuyas propuestas básicas coincidían con las debatidas en la conferencia. El Seminario Internacional de Pensiones de 24 y 25 de noviembre de 2015 en León de Guanajuato contiene trece resoluciones que han sido publicadas por SOCIEUX, *Iniciativa de la Unión Europea para la Protección Social en Cooperación al Desarrollo* (Bruselas 2015).

prestaciones³⁴ como el cómputo recíproco de cotizaciones. A tal fin sería imprescindible una base de datos homogénea para que pudieran realizarse las oportunas convertibilidades o adaptaciones. Téngase presente la dificultad para aplicar portabilidades entre instituciones que aplican el método de reparto y el de capitalización, por lo general con prestaciones definidas frente a cotizaciones definidas, si bien la operación no es imposible como lo demuestran las normas de coordinación europeas y también las de ciertos Convenios bilaterales y multilaterales de seguridad social, entre ellos prioritariamente el Iberoamericano.

A partir de ahí las proyecciones se tornan cautelosas. Los problemas financieros mexicanos son incluso más acuciantes, si cabe, que los sentidos en la mayoría de países con sistemas de seguridad social, y la audacia de las propuestas no va más allá de esa uniformización y coordinación de los regímenes para eliminar desigualdades flagrantes, sin pretender una reforma estructural que implique por ejemplo la desaparición de la multitud de fondos. Las conclusiones piden expresamente la mayor flexibilidad posible en la armonización, una variedad en lo accesorio plasmada en los reglamentos de desarrollo. Los debates actuales ni siquiera persiguen una reforma paramétrica, y menos una estructural, sino una reforma instrumental y de procedimiento que armonice y unifique la actuación de la selva de entidades gestoras y tipos de seguro. De esta forma, los dos aspectos de la futura reforma consistirían en una propuesta orgánica y otra funcional:

a) La propuesta orgánica mira a la creación de un Consejo Federal, Comisión o Comité de reforma donde deberían estar los agentes sociales, expertos independientes y técnicos gubernamentales, en cuyo seno quedarán claros los objetivos marcados³⁵. Las conclusiones de los debates apuntan a las siguientes dianas:

a.1. Coordinación y complementariedad de los regímenes de reparto y los de capitalización, a manera de pirámide y no de alternativa. Este punto contiene fuertes dosis de reforma estructural, aunque no pretende alterar lo existente, sino modificar su tipo de relación. Transformar en positivo la alternativa entre seguro público o fondo de pensiones significa sumar uno y

³⁴ Portabilidad institucional, y no solo geográfica: la posibilidad de transferir la propia cuenta individual desde una administradora a otra, y no solo a otro Estado o legislación nacional.

³⁵ Como se sabe, en la Unión Europea existe por una parte la Comisión Administrativa, donde se reúnen técnicos gubernamentales de cada Estado Miembro para resolver problemas aplicativos, y que a su vez se descompone en una Subcomisión de cuentas y una Subcomisión de Informática; y por otra la Comisión Consultiva, que reúne a una representación tripartita (un miembro gubernamental, otro sindical y otro empresarial) de cada Estado Miembro.

otro en cabeza de todo asegurado, lo cual implica un aumento de las cotizaciones, bien sea del Estado o de los implicados.

a.2. Base de datos unificada de toda la pensionística de la protección social. Un *continuum* informativo donde constara el historial de cada asegurado y de cada entidad gestora dentro del conjunto, y accesible por todo el conjunto, suprimiría la enorme incertidumbre de la fragmentación actual, donde los datos son incompletos.

a.3. Separación neta de los seguros de pensiones respecto de los otros seguros y de los aditamentos que no pertenecen a su esfera³⁶.

a.4. Protección suficiente y digna en el pilar básico. Se trata de una propuesta cuantitativa inexorablemente relacionada con la suficiencia del salario mínimo, al cual no puede sobrepasar³⁷.

a.5. Perseguir un sistema mexicano global y coordinado de pensiones.

a.6. Mecanismos de sostenibilidad vinculados a la expectativa de vida y al envejecimiento de la población. Dichos mecanismos, evidentemente, pueden asumir desde la forma de un Fondo de Reserva hasta la de un factor de sostenibilidad como los establecidos en varios países europeos.

Implícitamente parece admitirse el protagonismo de la Secretaría Ministerio de Trabajo y Previsión Social en la aplicación de la reforma. Sin embargo, la experiencia indica la conveniencia de apartar al poder político lo más posible de este tipo de actuaciones, o cuanto menos la creación de un Consejo donde se debatieran y aprobaran las líneas maestras de actuación de tan compleja evolución. Quizá sería el momento de aprovechar la propuesta de A. Sánchez Castañeda, de un Instituto Mexicano de Protección Social limitado a las personas sin recursos³⁸, y convertirlo en una superestructura que abarcara a toda la protección social, tanto contributiva como no contributiva, de cotizantes como de necesitados, profesional como universal, para dejar en un segundo escalón a los Institutos actualmente existentes.

³⁶ Vivienda y guarderías, pero también otras actividades comprendidas en el término "social" como las deportivas, culturales, de ocio y recreo, etc., de mejora del nivel del pueblo mexicano, y que en otros países configuran los Ministerios de Vivienda, Cultura, Sanidad, etc.

³⁷ A. Sánchez Castañeda, *La seguridad y la protección social en México: su necesaria reorganización* (México, UNAM 2012) 183 ss., alude en tal sentido a una protección social solidaria y contributiva con el sector informal, y a prestaciones solidarias para adultos mayores. En el primer caso ofrece algunas soluciones sobre contingencias de enfermedad y de vejez, y advierte que deberían estar muy articuladas para atender a la pluralidad que se presenta en el sector informal. En cuanto al segundo, señala cómo en México el número de pensionistas del trabajo –antiguos cotizantes por su relación laboral– es "infinitamente inferior" al número absoluto de ancianos, por lo que es necesario crear una prestación solidaria para los que no cuentan con pensión contributiva (p. 184).

³⁸ A. Sánchez Castañeda, *La seguridad y la protección social en México*, p. 176 ss.

b) La propuesta funcional alude a la elaboración de una norma de rango legal donde quedarán plasmados los objetivos perseguidos. Consistiría en un marco normativo básico, o ley marco, aplicable a todas las entidades de pensiones, con principios generales de cumplimiento necesario por todas ellas. Se trata, claramente, de una ley federal que sustituiría a la Ley del Seguro Social de 1995. El problema aquí viene planteado por las relaciones parlamentarias y el juego de partidos dentro de las Cámaras legislativas, materia en la que no vamos a entrar, pero que ya en los debates pudo expresar una contraposición de intereses y objetivos entre las diversas organizaciones políticas. El segundo nivel después de la Ley marco serían los reglamentos de desarrollo, que entiendo deberían ser pocos, breves y asimismo federales, donde la coordinación dejaría abiertas las variantes posibles a tenor de la naturaleza de las entidades gestoras, del tipo de seguro o de la clase de contingencia.

¿Qué podemos esperar de la reforma mexicana cuando esté culminada? La experiencia de las reformas anteriores en América y Europa nos enseña que el ideal está ahora en un sistema mixto de reparto y capitalización, no en uno puro de uno u otro signo. Los pasos más importantes podrán darse con relativa facilidad en las tareas de simplificación, unificación y coordinación del multisistema actual, y con ella lograremos un avance importante en la igualdad y la eficiencia. Con esos dos logros solo nos quedaría ya el último eslabón de la escala virtuosa: la suficiencia de las pensiones.

PETRA HERZFELD OLSSON

SPECIALISTER I MULTINATIONELLA FÖRETAG – FÖR ATTRAKTIVA FÖR LIKABEHANDLING?

1 Introduktion

Ann Numhauser-Henning har högst påtagligt bidragit till min goda arbetsmiljö. Genom hennes fenomenala förmåga att skapa livskraftiga och dynamiska forskningsmiljöer har jag sedan min doktorandtid fått förmånen att etablera värdefulla yrkesrelationer med några av de forskare som började sin yrkesbana som Anns doktorander. Utan Ann och dem skulle det vetenskapliga arbetsrättsklimatet i Sverige idag inte alls vara lika stimulerande. Tack Ann!

Ann har under sitt produktiva arbetsliv ofta berört frågor kopplade till det faktum att vissa arbetstagare hamnar innanför den cirkel där skydd och trygghet kan garanteras och andra utanför. Frågeställningen har angripits från både teoretiska och rättsdogmatiska perspektiv. I det här bidraget tänkte jag beröra en fråga som knyter an till dessa frågeställningar.

Möjligheten att få effektiv tillgång till arbetsrättsligt skydd är som Ann påtalat många gånger beroende av andra regelverk än det arbetsrättsliga. Detta gäller också för arbetskraftsinvandrare. Samverkan mellan utlänningslag och arbetsrätt spelar för denna grupp en avgörande roll. I det här bidraget ligger fokus på en särskild grupp arbetskraftsinvandrare – specialister i multinationella företag som temporärt förflyttas till en av företagets enheter i Sverige. Frågan är hur utlänningslagen bidrar till vilka anställningsvillkor dessa arbetstagare får tillgång till i Sverige och om det nya EU-direktivet om villkor för inresa och vistelse för tredjelandsmedborgare inom ramen för företagsintern förflyttning av personal (ICT-direktivet) kan förväntas påverka den rådande ordningen. I frågeställningen belyses spänningen mellan drivkraften att attrahera multinationella företag till Sverige och utgångspunkten att arbetskraftsinvandrare ska likabehandlas med inhemsk arbetskraft.

Bidraget är strukturerat enligt följande. I avsnitt två introduceras kort det svenska regelverket för arbetskraftsinvandring. Huvudreglerna presenteras liksom de undantag som rör specialister i internationella företag. I avsnitt tre diskuteras den betydelse de migrationsrättsliga tillträdesvillkoren spelar för upprätthållandet av en viss nivå på anställningsvillkoren för arbetskraftsin-

vandrare. I avsnitt fyra illustreras svårigheterna med att fastställa vilka anställningsvillkor som ska gälla för arbete med internationell anknytning. I avsnitt fem introduceras ICT-direktivet och de bestämmelser som är av särskilt intresse för detta bidrag. I avsnitt sex diskuteras vilka effekter direktivet kan tänkas få i svensk rätt och bidraget avslutas i avsnitt sju med några sammanfattande reflektioner.

2 Det svenska regelverket för arbetskraftsinvandring

Sverige tillämpar principen om reglerad invandring. Det innebär att staten strävar efter att kontrollera vilka utländska personer som ska ges tillträde till det svenska territoriet och på vilken grund.¹ En utlänning ska därför som huvudregel ha visering eller uppehållstillstånd för att resa in till och vistas i Sverige.² Upphållstillstånd krävs för vistelser längre än tre månader. Vissa länder är undantagna från krav på visering.³ Särskilda regler gäller också för bland andra nordiska medborgare och EES-medborgare.⁴

För att en tredjelandsmedborgare (dvs. andra än EES-medborgare) ska få arbeta i Sverige krävs dessutom arbetstillstånd.⁵ Före 2008 syftade arbetstillståndet bland annat till att säkerställa att den inresta arbetstagaren inte skulle konkurrera ut inhemsk arbetskraft. Arbetstillståndet föregicks då normalt av en arbetsmarknadsprövning som gjordes i samråd mellan Arbetsförmedling och arbetstagarorganisationer. Det var bara om det rädde brist på arbetskraft inom branschen som arbetstillstånd beviljades.⁶ År 2008 reformerades lagstiftningen och arbetsmarknadsprövningen togs bort.⁷ Det är i dag den enskilde arbetsgivaren som avgör om det föreligger behov av att rekrytera arbetskraft utomlands. För att få arbetstillstånd måste arbetstagaren visa att hen har fått ett arbetserbjudande från en arbetsgivare och att erbjudandet innehåller lön, försäkringskydd och övriga anställningsvillkor som inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Den erbjudna anställningen ska också göra det möjligt för

¹ Principen om reglerad invandring infördes år 1968 genom prop. 1968:142, SU 196, rskr. 405. Frågan om varför det inte är möjligt att till fullo utöva sådan kontroll är en fråga som ligger utanför detta bidrag.

² 2 kap. 3 § och 5 § utlänningslagen (2005:716) (UtlL).

³ 3 kap. 1 § utlänningsförordningen (2006:97) (UtlF).

⁴ 2 kap. 8a § och 8b § UtlL.

⁵ 2 kap. 7 § och 8 c § UtlL.

⁶ Prop. 1983/84:144, 62; prop. 2007/08:147, 16.

⁷ Prop. 2007/08:147.

⁸ 6 kap. 2 § UtlL.

arbetskraftsmigranten att försörja sig.⁸ Dessa krav avser att säkerställa att den nu gällande ordningen inte ska underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft genom att erbjuda anställningsvillkor som är sämre än dem som gäller för arbetstagare redan bosatta i Sverige.⁹

Vissa kategorier av utländsk arbetskraft undantas emellertid från dessa krav. Arbetsstillstånd får exempelvis ges till en utlänning som deltar i ett internationellt utbyte oavsett om arbetstagaren erbjudits ett arbete vars villkor motsvarar de krav som följer av huvudregeln.¹⁰ I utlänningsförordningen framgår dessutom att vissa grupper av arbetstagare helt är undantagna från kravet på arbetsstillstånd. Detta gäller exempelvis för artister och idrottsmän.¹¹ I de flesta fall gäller undantaget för en maxtid av tre månader. En grupp sticker dock ut, utlänningar som har specialistuppgifter inom en internationell koncern och som i denna egenskap arbetar tillfälligt i Sverige. Denna kategori har möjlighet att arbeta i Sverige i upp till ett år utan att ansöka om arbetsstillstånd.¹²

2.1 Undantagen från huvudregeln

2.1.1 Internationellt utbyte

Arbetskraftsinvandrare som är föremål för ”internationellt utbyte” har sedan länge särbehandlats i svensk rätt genom förenklade tillträdesvillkor.¹³ I förarbetena till 1984 års utlänningslag diskuterades frågan. Det ansågs där angeläget att underlätta förflyttningar av specialister och personer med ledande befattningar i internationella företag (som vid denna tidpunkt ingick i gruppen

⁹ Prop. 2007/08:147, 27.

¹⁰ 6 kap. 2 § 3 st. UtL; Enligt Migrationsverkets handbok för migrationsärenden (från 2015-10-26) under rubriken *Tillstånd för arbete – internationellt utbyte*, ska dock i avsaknad av uttryckliga regler och med hänsyn till att vissa grundläggande normer bör gälla vid alla former av arbete inom Sverige (krav på försörjning, likabehandling, godtagbara anställningsvillkor etc) till stora delar samma villkor som för anställningar i övrigt gälla även för internationellt utbyte. Därav följer enligt handboken att 6 kap. 2 § första stycket UtL bör tjäna som utgångspunkt för tillämpningen såvida inte någon särskild reglering säger annat, 458, (http://www.migrationsverket.se/download/18.5e83388f141c129ba63109a5/1445867195906/handbok_migrationsarenden.pdf).

¹¹ 5 kap. 2 § UtL.

¹² 5 kap. 2 § 10. UtL.

¹³ Från 1972 när organiserade överföringar av arbetskraftsinvandrare upphörde begränsades arbetskraftsinvandringen kraftigt. Under åren 1979–1982 rörde det sig om cirka 500 personer per år. Av dessa bedömdes 15 % bestå av personer med ledande befattningar vid utlandsägda företag. Ytterligare en grupp bestod av specialister som omfattades av normalt personalutbyte mellan olika enheter inom svensk- eller utlandsägda internationella företag. Denna grupp ansågs inte konkurrera med inhemsk arbetskraft och det skedde därför inte någon reell arbetsmarknadsprövning av dessa arbetskraftsinvandrare annat än att frågan om gränsdragning mellan ledande befattningar och annan befattning prövades, se översikten i prop. 1983/84:144, 56 ff.

internationellt utbyte). Två skäl lyftes fram. Sverige skulle vara berett att bevilja arbetstillstånd i samma utsträckning som man önskade att svenska medborgare skulle kunna ta anställning utomlands. Det ansågs vidare viktigt att undvika ett sådant handlande som kunde motverka lokalisering av internationella företag till Sverige.¹⁴ En utgångspunkt i resonemangen var att det var fråga om anställningar som inte stod öppna för arbetsmarknaden i övrigt.¹⁵ Det förelåg därför inget egentligt behov av arbetsmarknadsprövning. Dessa personer ansågs inte konkurrera med inhemsk arbetskraft. Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) förespråkade som remissynpunkt att det vid tillståndsprocessen skulle prövas att de aktuella positionerna verkligen var sådana att de skulle omfattas av den enklare tillståndsprocessen.¹⁶ Regeringen delade AMS uppfattning att en prövning skulle göras men poängterade också att det var viktigt att myndigheterna intog en flexibel hållning: ”Sådan lednings- och specialistpersonal, som.....med hänsyn till företagets normala verksamhet har ett godtagbart behov av tillfällig tjänstgöring inom ett företag i Sverige, bör regelmässigt ges ett på förut nämnt sätt begränsat AT” (AT (arbetstillstånd) förf. anmärkning).¹⁷ Tillståndspolitikerna skulle vara generös för denna grupp.¹⁸

Dessa utgångspunkter levde kvar när den nya utlänningslagen infördes 2006. Kategorin ”internationellt utbyte” fick då ett explicit erkännande i lagtexten och därmed fortsatt rätt till tillträde sidordnat den vanliga arbetsmarknadsprövningen. Till kategorin räknades bl.a. fortsatt lednings- och specialistpersonal inom internationella koncerner och personer som sysslade med forskning, undervisning, kultur och idrott. Även au-pairer räknades dit. Arbetstillstånden var för denna grupp begränsade, inte bara i tiden utan också till yrket och till en bestämd arbetsgivare.¹⁹ I övrigt krävdes samma villkor som för övriga anställningar, dvs. att arbetstagaren kunde försörja sig på anställningen och att villkoren inte var sämre än vad som följde av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen samt att facket skulle yttra sig över ansökan.²⁰

Sedan den nya regleringen för arbetstillstånd trädde i kraft 2008 har den grupp som omfattas av begreppet ”internationellt utbyte” begränsats. Gruppen

¹⁴ Se referat av Invandrarpolitiska kommittén (SOU 1982:49 och 1983:29) i prop. 1983/84:144, 58 samt föredragandens uppfattning, 62 f.

¹⁵ Prop. 1983/84:144, 62.

¹⁶ Prop. 1983/84:144, 60, referat av remissynpunkt.

¹⁷ Prop. 1983/84:144, 62 f.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Prop. 2004/05:170, 211.

²⁰ Migrationsverkets handbok, under rubriken *Tillstånd för arbete - Särskilda kategorier av arbetstagare* 434. En länk till handboken finns i fotnot 10.

består nu enbart av au pairer, idrottsutövare, artister och ungdomsutbyten. Specialister och ledningspersonal i internationella koncerner ingår inte längre.²¹ Skälet tycks vara att i och med att arbetsmarknadsprövningen slopats saknas anledning att särbehandla specialister och ledningspersonal i internationella företag eftersom alla kategorier anställda med stöd av ett anställningserbjudande kan få arbetstillstånd i upp till två plus två år oavsett om det råder arbetskraftsbrist eller inte.²²

2.2.2 Specialister undantagna från arbetstillstånd

Som nämnts är enligt nu gällande ordning vissa kategorier arbetstagare helt undantagna från kravet på arbetstillstånd. Detta gäller för specialister i internationella företag som vistas i Sverige i högst ett år. Undantag för andra grupper har funnits sedan åtminstone 1980-talet.²³ Först 2002 kom specialistkategorin att uttryckligen omnämnas bland undantagen i utlänningsförordningen.²⁴

Specialistundantaget bör mot bakgrund av att många AT-ärenden rör just specialister inom olika områden och att undantaget gäller för en längre tid (upp till ett år) vara tillämpligt förhållandevis ofta. Migrationsverket råder också sina medarbetare att tolka undantaget generöst eftersom det tillkommit för att förenkla och påskynda utbytet över gränserna.²⁵ För vistelser som överstiger tre månader kvarstår dock kravet på uppehållstillstånd.²⁶ I vilken mån undantaget faktiskt tillämpas och vad som avgör om en person utgör en specialist i utlänningsförordningens mening är dock högst oklart. Migrationsverket uppmärksammar normalt inte eller kommer inte i kontakt med de personer som utnyttjar undantaget. Arbetskraftsinvandrare som bedömer att de omfattas av ett undantag och som inte är viseringspliktiga reser in i Sverige utan att söka om någon form av tillstånd.²⁷ Det förs heller inte någon statistik över de viseringar eller uppehållstillstånd som beviljas en person som samtidigt avser att utnyttja undantaget från arbetstillstånd. Omfattningen är därför

²¹ Se definitionen av internationellt utbyte i Handboken (n 10) 363; Se också prop. 2007/08:147, 60.

²² Handboken (n 10) under rubriken *Tillstånd för arbete - Särskilda kategorier av arbetstagare*, 434.

²³ I regeringens förordningsmotiv 1989:3 diskuteras några undantag. Regeringens förordningsmotiv 1989:9, Ny utlänningsförordning.

²⁴ Förordning (SFS 2002:86) om ändring i utlänningsförordningen (1989:54), trädde i kraft 2002-04-01.

²⁵ Handboken (n 10) under rubriken *Arbetstillstånd för arbete - Anställning*, 5 f.

²⁶ Handboken (n 10) under rubriken *Arbetstillstånd för arbete - Anställning*, 5.

²⁷ E-post till författaren från Migrationsverket, Migrationsrättsenheten, 2016-03-04.

²⁸ En uppskattning från tjänstemannen vid Migrationsverket är dock att ansökningar om uppehållstillstånd på denna grund är få (n 27).

okänd.²⁸

En hel del av de arbetskraftsinvandrare som skulle kunna falla in under undantaget förefaller trots allt ansöka om arbetstillstånd. Bland dataspecialister som fick arbetstillstånd 2009 stannade så få som 10 procent längre tid än ett år. Majoriteten av dessa har bedömts vara cirkulära migranter och/eller tillfälligt överförd arbetskraft mellan arbetsplatser inom en och samma koncern.²⁹ Enligt Arbetsförmedlingen så stod stora multinationella företag för 35 procent av ansökningarna om arbetstillstånd mellan januari 2011 och juni 2012.³⁰ En förklaring kan vara det certifieringssystem för vissa arbetsgivare som Migrationsverket upprättat och som medför avsevärt förkortade handläggningstider.³¹

Utvecklingen av regleringen av tillträdeskraven för gruppen specialister i internationella företag illustrerar dock att synen på denna grupp delvis har förändrats. Utgångspunkten att de inte konkurrerar med den inhemska arbetskraften kvarstår i och för sig fast den i den nya ordningen inte spelar någon central roll. Före 2008 års reform undersökte myndigheterna om denna grupp erbjöds anställnings- och arbetsvillkor som minst motsvarade nivån i svenska kollektivavtal.³² Frågan om säkerställandet av en viss nivå på anställningsvillkoren har för andra kategorier arbetskraftsinvandrare fått en mer framskjuten roll genom 2008 års reform. Kravet har lagreglerats och successivt stärkts.³³ För specialister i internationella företag har utvecklingen gått i en motsatt riktning. I och med att kravet på arbetstillstånd slopats för vistelser i upp till ett år har inte myndigheterna någon som helst kontroll över vilka anställningsvillkor som ska gälla för arbetet. Några officiella motiv till detta förhållningssätt är svårt att finna. Ett rimligt antagande skulle kunna vara att dåvarande SAF:s krav från början av 1980-talet fått ett ökat genomslag – organisationen ansåg det då vara ”utomordentligt angeläget” och ett ”grundläggande svenskt intresse” att få till stånd liberalare regler för sådan arbetskraft-

²⁹ H Emilsson och K Magnusson (med referenser), ”Högkvalificerad arbetskraftsinvandring” i C Calleman och P Herzfeld Olsson (red), *Arbetskraft från hela världen – hur blev det med 2008 års reform* (DELM I 2015) 92 f.

³⁰ Arbetsförmedlingen 2012 uppgift från Emilsson och Magnusson, ”Högkvalificerad arbetskraftsinvandring”, 92 f.

³¹ Se Emilsson och Magnusson, ”Högkvalificerad arbetskraftsinvandring”, 92 f. Om certifieringsprocessen, se Migrationsverkets hemsida: <http://www.migrationsverket.se/Andra-aktorer/Arbetsgivare/Anstalla-fran-lander-utanfor-EU/Fragor-och-svar-om-certifiering-.html> (besök 2016-07-11).

³² Handboken (n 10) under rubriken *Tillstånd för arbete – Särskilda kategorier av arbetstagare*, 434.

³³ Nya regler för arbetskraftsinvandring prop. 2007/08:147, 26 ff.; Åtgärder mot missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring, prop. 2013/14:227, 10 ff.

sinvandring som utgjorde ett led i ett internationellt utbyte. Utgångspunkten var att det för internationella koncerner är nödvändigt med en nära samverkan, kommunikation och kunskapsöverföring mellan enheterna i olika länder. Redan dåvarande prövningsförfarande ansågs utgöra ett handikapp som påverkade utländska företags val av etableringsland.³⁴

3 Relationen mellan villkor för tillträde och rättigheter under vistelsen

Frågan om vilka anställningsvillkor som ska gälla för arbete i Sverige regleras i och för sig inte av utlänningslagen. Anställningsvillkoren regleras av arbetsrättslig lag, kollektivavtal och anställningsavtal. För arbete med utländsk anknytning aktualiseras lagvalsregler.³⁵ Tillträdesvillkoren kan dock indirekt påverka de anställningsvillkor som tillämpas. Utgör en viss nivå på anställningsvillkoren en förutsättning för att få rätt att arbeta i Sverige uppstår ett incitament för parterna att uppfylla denna nivå. Styrkan på detta incitament påverkas av vilka effekter brister i uppfyllelsen får. Riskerar arbetstagaren att förlora både arbetstillstånd och uppehållstillstånd vid bristande uppfyllelse minskar incitamentet att utkräva de överenskomna villkoren om de inte tillämpas i praktiken.³⁶ Denna risk blir särskilt stor om arbetsgivaren inte alls sanktioneras. Reglering och sanktionering av tillträdesvillkor kan därför få stor betydelse för vilka anställningsvillkor en arbetskraftsinvandrare kommer att få tillgång till. Denna insikt präglar också såväl annan svensk reglering av arbetskraftinvandring som EU-reglering på området.³⁷ Flera motiv ligger bakom viljan att säkerställa en viss nivå på anställningsvillkoren. Det ger arbetskraftmigranten trygghet och förutsebarhet, motverkar både en segregerad och uppdelad arbetsmarknad samt risken för låglönekonkurrens och utträngd inhemsk arbetskraft.³⁸

För arbete med utländsk anknytning finns det särskilt starka skäl att klargöra

³⁴ Prop. 1983/84:144, 60 f., referat från remissomgången.

³⁵ M Bogdan, ”Individuella anställningsavtal i den nya Rom I-förordningen” (2009) 1, *Europarättslig tidskrift*.

³⁶ För diskussion om detta samband se B Anderson, ”Migration, immigration controls and the fashioning of precarious workers” (2010) 24:2 *Work, Employment and Society*, 300; M Freedland och C Costello, ”Migrants at Work and the Division of Labour Law” i C Costello och M Freedland (red), *Migrants at Work*, (Oxford University Press, 2014) 1, 7.

³⁷ Prop. 2013/14:227 och i EU-direktiven om kriterier för inresa artikel 5 samt artikel 17.2 i direktiv 2014/36/EU (säsongarbetardirektivet), artikel 5 i direktiv 2014/66/EU (ICT-direktivet) och artikel 5 i direktiv 2009/50/EG (blåkortsdirektivet).

³⁸ Se t ex International Labour Migration, *A rights-based approach*, (ILO, International Labour Office 2010).

vilka villkor som ska tillämpas redan inför tillträdet. Osäkerheten kring vilka anställningsvillkor som ska tillämpas är nämligen stor för denna grupp. Som illustration ska frågan om hur lönen fastställs diskuteras.

4 Anställningsvillkor för arbete med utländsk anknytning

I Sverige saknas lag om lön. Lönen regleras i avtal. Kollektivavtalen spelar i detta avseende en central roll. Är arbetsgivaren bunden av ett kollektivavtal ska i regel kollektivavtalets lönevillkor tillämpas på alla arbetstagare på arbetsplatsen. Är arbetstagaren inte medlem i den kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationen måste lönebestämmelsen bli en del av anställningsavtalet för att kunna utkrävas. Är arbetsgivaren inte bunden av något kollektivavtal står det parterna fritt att avtala om lön. Uttryckligt avtalade anställningsvillkor som är oskäliga kan jämkas med stöd av 36 § avtalslagen.³⁹ Har inte avtal om lön träffats, har arbetstagaren rätt till skälig lön. Detta avgörs i första hand med stöd av närmast tillämpligt kollektivavtal.⁴⁰

För en arbetstagare med utländsk koppling är det emellertid inte givet att svensk rätt ska tillämpas på anställningsförhållandet. Lagvalsregler ska tillämpas och dessa kan peka ut ett annat lands lag. Lagvalsregler kan alltså aktualiseras för en specialist som förflyttas till Sverige inom ramen för ett internationellt företag. För EU:s medlemsstater finns särskilda lagvalsbestämmelser. Eftersom lönen regleras i avtal blir EU:s Rom I-förordning om tillämplig lag för avtalsförpliktelser tillämplig (Rom I).⁴¹ Förordningen är direkt tillämplig i Sverige.

Huvudregeln i Rom I är att domstolen ska tillämpa det lands lag som parterna har valt.⁴² Det finns undantag – om alla andra omständigheter av betydelse vid tidpunkten för lagvalet föreligger i ett annat land än det vars lag har valts, får inte parternas val hindra tillämpningen av sådana lagregler i det andra landet som inte kan avtalas bort.⁴³ Har inte något lagval gjorts är huvudregeln att avtalet ska vara underkastat lagen i det land där den part som ska utföra avtalets karaktäristiska prestation har sin vanliga vistelseort.⁴⁴ Om

³⁹ Lag (1915: 218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. K Källström och J Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 3e uppl. (Iustus, 2013) 186; se AD 1986 nr 78 och AD 1982 nr 142.

⁴⁰ Källström och Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 203.

⁴¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom 1).

⁴² Artikel 3.

⁴³ Artikel 3.3.

⁴⁴ Artikel 4.2.

det framgår av alla omständigheter i fallet att avtalet uppenbart har en närmare anknytning till ett annat land ska lagen i det landet tillämpas.⁴⁵ Om det inte går att fastställa tillämplig lag enligt föregående bestämmelser ska avtalet vara underkastat lagen i det land till vilket det har närmast anknytning.⁴⁶ Dessa lagvalsregler är tillämpliga på kollektivavtal.⁴⁷

För vissa avtalstyper finns dock särskilda bestämmelser i Rom I. I artikel 8 regleras vad som gäller för individuella anställningsavtal. Särregleringen syftar till att skapa ett starkare skydd för arbetstagaren, som anses vara den svagare parten i anställningsavtalet.⁴⁸ Även för artikel 8 är utgångspunkten att parterna själva kan välja vilket lands lag som ska tillämpas på anställningsavtalet. Från denna regel finns dock ett centralt undantag: Den anställde får inte genom lagvalet berövas det skydd som inte kan avtalas bort enligt den lag som skulle varit tillämplig om inte något lagval gjorts.⁴⁹ När parterna ska utforma en lagvalsklausul måste de därför ta reda på vilket lands lag som skulle bli tillämplig på anställningen om de andra lagvalsreglerna tillämpades. Enligt Rom I ska vid avsaknad av avtalat lagval avtalet vara underkastat lagen i det land där den anställde vanligtvis utför sitt arbete. Det land där arbetet vanligtvis utförs ska inte anses ändrat när arbetstagaren tillfälligtvis utför sitt arbete i ett annat land.⁵⁰ Ifall det inte går att fastställa var arbetet vanligtvis utförs ska avtalet vara underkastat lagen i det land där det företag som har anställt arbetstagaren är beläget.⁵¹ Om det framgår av omständigheterna att anställningsavtalet har närmare anknytning till ett annat land ska dock lagen i det landet tillämpas.⁵² Exempel på särskilt betydelsefulla anknytningsfaktorer är var den anställde betalar skatt och avgifter på sin inkomst, i vilket land hen är ansluten till olika trygghetssystem och hur anställningsvillkor som t.ex. lön fastställs.⁵³

För utstationerad arbetskraft gäller emellertid utstationeringslagen.⁵⁴ Lagen är tillämplig när en arbetsgivare etablerad i ett annat land än Sverige

⁴⁵ Artikel 4.3.

⁴⁶ Artikel 4.4.

⁴⁷ D Holke och E Olausson, *Medbestämmandelagen*, 5uppl. (Studentlitteratur, 2012) 28; T Seth, *Svensk internationell arbetsrätt* (Studentlitteratur, 2009), 122, 203.

⁴⁸ Skäl 23 och 35 i ingressen till Rom I-förordningen.

⁴⁹ Artikel 8.1.

⁵⁰ Artikel 8.2.

⁵¹ Artikel 8.3.

⁵² Artikel 8.4.

⁵³ Se vidare diskussion i E Sinander, "Om tillämplig lag för avtalsförpliktelser – i vilka situationer är arbetslandets lag inte tillämplig på ett individuellt anställningsavtal?" (2014) 2 *ERT* 331–341, 334 f.

⁵⁴ Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare (utstationeringslagen).

utstationerar arbetstagare här i landet i samband med att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster över gränserna.⁵⁵ I sådana fall är arbetsgivaren skyldig att oavsett vilket lands lag som annars gäller för anställningsavtalet tillämpa vissa bestämmelser om semester, föräldraledighet, diskriminering, arbetsmiljö och arbetstid.⁵⁶ Frågan om lön regleras inte särskilt i den svenska utstationeringslagen. Däremot är det förbjudet för arbetstagarorganisationer att vidta stridsåtgärder för att få till stånd en annan lön än minimilön som motsvarar ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.⁵⁷ Är de utstationerade arbetstagarerna uthyrda bortfaller begränsningen till minimilön.⁵⁸

Det står klart att det är inte helt enkelt att fastställa vilka lönebestämmelser som ska tillämpas på de specialister som kommer till Sverige i högst ett år för arbete i ett internationellt företag. För vissa gäller lagvalsreglerna fullt ut och för andra åsidosätts lagvalsreglerna genom utstationeringslagen. I en sådan situation kan ett tillträdesvillkor som klargör vilka anställningsvillkor som rätten att arbeta i Sverige vilar på främja förutsebarheten för parterna.

Den 30 november 2016 skulle ICT-direktivet ha varit genomfört i svensk rätt. I skrivande stund har detta inte skett. Direktivet tar bland annat sikte på företagsintern förflyttning av specialister. I nästa avsnitt ska det undersökas i vilken mån det direktivet kan komma att påverka tillträdes- och anställningsvillkor för specialister som förflyttas till Sverige av ett internationellt företag.

5 Direktivet om företagsinterna förflyttningar

EU:s politik för arbetskraftmigration från tredjeland har huvudsakligen varit inriktad på högkvalificerad arbetskraft.⁵⁹ Denna typ av migration bedöms ha en stor betydelse för att stärka den kunskapsbaserade ekonomin i Europa och främja ekonomisk utveckling och ökad konkurrenskraft.⁶⁰ ICT-direktivet

⁵⁵ 1 § utstationeringslagen.

⁵⁶ 5 § utstationeringslagen.

⁵⁷ 5a § utstationeringslagen.

⁵⁸ 5b § utstationeringslagen. Utstationeringskommittén föreslog att begränsningarna i rätten att vidta stridsåtgärder vid tredjelandsutstationering, SOU 2015:83, 285 f.

⁵⁹ S Carrera, E Guild and K Eisele, "The Attractiveness of EU Labour Immigration Policy" i S Carrera, E Guild and K Eisele (red), *Rethinking the Attractiveness of EU Labour Immigration Policies*, Centre for European Policy Studies 2014 1.

⁶⁰ För utvecklingen av dessa resonemang se översikt i Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om villkor för inresa och vistelse för tredjelandsmedborgare inom ramen för företagsintern överföring av personal (KOM(2010)378) 2 f.

utgör ett viktigt resultat av denna politik även om mängden personer som förväntas omfattas av direktivet är ganska begränsad.⁶¹ Kommissionen motiverade förslaget på följande sätt:

Till följd av näringslivets globalisering, den ökande internationella handeln, de multinationella företagens tillväxt och utbredning och den pågående omstruktureringen och konsolideringen av många sektorer har temporära överföringar av chefer och teknisk personal för kortare uppdrag vid andra enheter inom företagen ökat i betydelse under de senaste åren. Företagens förmåga att snabbt reagera på nya utmaningar, överföra know-how till nya chefer och harmonisera kvalifikationer i alla länder där företagen är verksamma, är oerhört viktigt. Utvecklingen i organisationen och fördelningen av arbetet inom företag kräver också ökad rörlighet.⁶²

Syftet med direktivet är att se till att efterfrågan på chefer och kvalificerad personal vid filialer och dotterbolag till multinationella företag kan mötas. Direktivet ska bidra till detta genom förenklade inreseregler och attraktivare villkor i EU för arbetstagarna och deras familjer samt regler som underlättar rörligheten inom EU för denna grupp.⁶³ Direktivet innehåller villkor för inresa till och vistelse i mer än 90 dagar på en medlemsstats territorium samt rättigheter för dessa tredjelandsmedborgare och deras familjer under vistelsen samt villkor för förflyttning till andra medlemsstater.⁶⁴

ICT-direktivet uppställer en lång rad inresevillkor. Vissa är relaterade till relationen mellan arbetstagaren och det aktuella företaget.⁶⁵ Andra avser att säkerställa att arbetstagaren har rätt kvalifikationsnivå och några är inriktade på resehandlingar, sjukförsäkring mm.⁶⁶ När det gäller frågan om vilka anställningsvillkor som ska gälla ställer direktivet krav på att ett anställningsavtal ska uppvisas som bland annat ska innehålla uppgift om ersättning samt övriga arbets- och anställningsvillkor under den period som förflyttningen varar.⁶⁷ När det gäller nivån på anställningsvillkoren ska medlemsstaterna

⁶¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/66/EU av den 15 maj 2014 om villkor för inresa och vistelse för tredjelandsmedborgare inom ramen för företagsintern förflyttning av personal; A Lazarowicz, *The Intra-Corporate Transferees Directive: times to break the deadlock*, EPC Policy Brief 8 April 2008, 1.

⁶² KOM(2010)378, 3.

⁶³ KOM(2010)378, 2, och skäl 3, 10, 25, 40 direktiv 2014/66/EU.

⁶⁴ Artikel 1.

⁶⁵ Artikel 5.1 a–c. Dir 2014/66/EU.

⁶⁶ Artikel 5.1 c–g.

⁶⁷ Artikel 5.1 b (iii).

säkerställa att de villkor som är tillämpliga på *utstationerade arbetstagare* i en liknande situation ska vara uppfyllda under den företagsinterna förflyttningen när det gäller andra arbets- och anställningsvillkor än ersättning (förf. kursivering). Ersättningen får dock inte vara sämre än den ersättning som betalas till en jämförbar arbetstagare enligt tillämpliga lagar eller kollektivavtal eller praxis i den medlemsstat där värdföretaget är etablerat.⁶⁸

I direktivets kapitel rättigheter anges vilka rättigheter som arbetstagaren ska tillerkännas när väl tillträde beviljats.⁶⁹ Rörande de villkor som ska gälla för arbetet förskriver direktivet i artikel 18.1 att oavsett vilket lands rätt som gäller för anställningsförhållandet, och utan att det påverkar tillämpningen av specialbestämmelsen om ersättning i inresevillkoren, ska de arbetstagare som träffas av direktivet åtminstone behandlas på samma sätt som personer som omfattas av utstationeringsdirektivet (direktiv 96/71/EG) när det gäller arbets- och anställningsvillkor i enlighet med artikel 3 i utstationeringsdirektivet i den medlemsstat där arbetet utförs.⁷⁰ Enligt artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet ska medlemsstaterna oavsett vilken lag som gäller för anställningsförhållandet, se till att arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium garanteras vissa arbets- och anställningsvillkor som fastställs i lag eller annan författning alternativt i vissa typer av kollektivavtal. De arbets- och anställningsvillkor som avses gäller minimivillkor avseende arbetstid och vilotid; betald semester; minimilön, inbegripet övertidsersättning; villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft; arbetsmiljö; skyddsåtgärder med hänsyn till arbets- och anställningsvillkor för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga och lika behandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling. Den närmare innebörden av dessa krav har diskuterats utförligt i många sammanhang.⁷¹ Här räcker det med att konstatera att det är fråga om ett skydd för en hård kärna av anställningsvillkor och inte fråga om likabehandling.

Artikel 18.1 i ICT-direktivet innebär således att för alla anställningsvillkor vid sidan av ersättningen utgör utstationeringsdirektivets skyddsnivå en miniminorm för de arbetstagare som är föremål för företagsinterna förflyttningar. När det gäller ersättningen hänvisas tillbaka till inresevillkoret. Det är som tidigare nämnts en förutsättning för att få tillträde till en medlemsstat

⁶⁸ Artikel 5.4 a och b.

⁶⁹ Kapitel IV, artiklarna 17–19.

⁷⁰ Artikel 18.1.

⁷¹ Se t ex M Rönmar med hänvisningar, ”Det svenska arbetsmarknads- och arbetsrättssystemet i EU – samspel och konflikt under 20 år” (2015) 2 *ERT*.

enligt direktivets artikel 5 att likabehandling i fråga om ersättning erbjuds. Det är dock upp till medlemsstaten att avgöra om brister ifråga om uppfyllelse av inresevillkoren ska leda till återkallelse av ett tillstånd att vistas i medlemsstaten.⁷² Denna något motsägelsefulla lösning är resultatet av en infekterad strid under förhandlingarna.⁷³ Relationen mellan tillträdesvillkor och den föreskrivna nivån på anställningsvillkoren kompliceras ytterligare av det faktum att artikel 18 till skillnad från artikel 5 (som reglerar inresevillkoren) är en miniminorm.⁷⁴ Det står alltså medlemsstaterna fritt att ställa krav på mer långtgående rättigheter för det arbete som utförs i landet enligt artikel 18. Hänvisningen till utstationeringsdirektivet i artikel 18 utgör en miniminorm som inte hindrar att en strikt likabehandlingsprincip kan tillämpas. En sådan likabehandlingsprincip kan dock bara backas upp med en motsvarande bestämmelse i fråga om tillträdesvillkor när det gäller ersättningen. Artikel 5 utgör ingen minimibestämmelse och det är förmodligen därför inte möjligt för medlemsstaterna att som tillträdesvillkor ställa krav på att det uppvisade anställningsavtalet, vid sidan av ersättningen, innehåller mer långtgående villkor än vad som kan krävas enligt utstationeringsdirektivet.

6 Tänkbara effekter av direktivet om företagsinterna förflyttningar i svensk rätt

Direktivets bestämmelser gäller för vistelser på medlemsstaternas territorium som är längre än 90 dagar.⁷⁵ För specialister kan den företagsinterna förflyttningen vara som längst i tre år.⁷⁶ Det förefaller därför som att direktivet kommer att föra med sig en förstärkning av skyddet för anställningsvillkoren för de förflyttade arbetstagare som avser att stanna i Sverige högst ett år. För dessa måste nu tillträdesvillkor införas som innehåller uppgifter om viss nivå på anställningsvillkoren. Dessutom måste utstationeringsdirektivets skyddsnivå också garanteras för förflyttade arbetstagare som inte har någon koppling till tillhandahållandet av tjänster. ICT-direktivet har ett vidare tillämpningsområde än utstationeringslagen.⁷⁷ Personkretsen är dock smalare eftersom

⁷² Artikel 8.5 (a).

⁷³ P Herzfeld Olsson, "The development of an EU policy on workers from third countries – adding new categories of workers to the EU labour market provided with new combinations of rights" i S Evju (red) *Regulating Transnational Labour in Europe – The quandaries of multilevel governance*, Skriftserie 196/2014, Universitet i Oslo, 2014, 308 f.

⁷⁴ Se artikel 4.2. Artikel 4.2 nämner inte artikel 5.

⁷⁵ Artikel 1a.

⁷⁶ Artikel 12.1.

⁷⁷ KOM(2010)378, 9. I detta avseende motsvarar det antagna direktivet kommissionens förslag se artikel 3 i direktiv 2014/66/EU.

direktivet enbart tar sikte på chefer, specialister och praktikanter. Utstationeringslagen tar sikte på alla typer av arbetstagare som under vissa förutsättningar utför en tjänst i ett annat land. För förflyttade arbetstagare som avser att stanna längre tid än ett år kan istället situationen bli försämrad. I dag ställer utlänningslagen krav på att dessa arbetstagare minst ska garanteras lön och andra anställningsvillkor som motsvarar aktuellt svenskt kollektivavtal eller annan branschpraxis. Genom ICT-direktivet tycks det som om detta krav enbart kan upprätthållas i förhållande till ersättningen. När det gäller övriga anställningsvillkor kan bara krav på utstationeringsdirektivets hårda kärna ställas. Väl i Sverige sätter dock ICT-direktivet lagvalsreglerna ur spel för en större grupp än vad utstationeringslagen gör i dag. Oavsett vilken lag lagvalsreglerna skulle peka ut kommer alltså de arbetstagare som omfattas av ICT-direktivet åtminstone att omfattas av utstationeringsdirektivets skyddsnivå.

7 Sammanfattande reflektioner

När multinationella företag under begränsade perioder vill stationera specialister i svenska enheter kopplade till företaget behöver de, till skillnad mot andra företag, inte förbinda sig att tillämpa kollektivavtalsenliga villkor. Undantagsregleringen medför att det i princip överläts till det multinationella företaget att avgöra vilken ersättningsnivå som ska tillämpas på den förflyttade arbetstagaren. Detta förhållningssätt går stick i stäv med övriga svenska ambitioner som under senare tid gått ut på att stärka likabehandlingsprincipen, dvs. att arbetstagare som utför likadana arbetsuppgifter ska ha samma villkor, oavsett om de är arbetskraftsinvandrare eller inhemsk arbetskraft.⁷⁸ Vid genomförandet av ICT-direktivet kommer Sverige att få överge denna undantagsbestämmelse och införa krav på anställningsvillkor i inresevillkoren. Detta kan komma att påverka frågan om svenska anställningsvillkor kommer att tillämpas på den förflyttade arbetstagaren. Direktivets svaga sanktionsbestämmelse tillsammans med det faktum att utgångspunkten ifråga om anställningsvillkoren är utstationeringsdirektivets artikel 3 gör dock att resultatet fortsatt är ovisst.

Det är tydligt att lagstiftaren på både nationell- och EU-nivå är ambivalent i förhållande till gruppen specialister i internationella företag. Viljan att attrahera företag till Sverige och EU är stark. På vilket sätt effektiva krav på

⁷⁸ Ordning och redan på arbetsmarknaden se regeringens websida: <http://www.regeringen.se/regeringens-politik/ordning-och-reda-pa-arbetsmarknaden/> (besök 2016-07-11).

likabehandling av vissa nyckelpersoner ska skrämja bort företagen är oklart.⁷⁹ Utgångspunkten är att de individer som ICT-direktivet tar sikte på, chefer och specialister, har unik kompetens som de ska föra över till ett företags olika enheter. Denna överföring kan dock pågå i upp till tre år. Varför dessa specialister och chefer inte ska kunna tillerkännas villkor som motsvarar deras kollegor i aktuella dotterbolag och filialer besvaras aldrig.

Oavsett hur den svenska lagstiftaren väljer att förhålla sig till det handlingsutrymme direktivet medger kan man hoppas att den motiverar sitt ställningstagande vid genomförandet av direktivet. Det är vidare av väsentlig betydelse att lagstiftaren beaktar det faktum att tillträdesvillkor och rättigheter i fråga om anställningsvillkor för arbetets utförande hänger intimt samman och att dessa system måste synkroniseras för att få till stånd den nivå på anställningsvillkoren som man faktiskt avser att uppnå. Genomförandet av ICT-direktivet sammanfaller med en översyn av den svenska lagstiftningen om arbetskraftsinvandring.⁸⁰ Syftet med denna översyn är att utvärdera systemet och föreslå åtgärder för att motverka missbruk av regelverket. Den grupp ICT-direktivet tar sikte på är inte den man i första hand kommer att tänka på när det gäller missbruk. Det finns dock uppgifter som pekar på att även högkvalificerade arbetskraftsinvandrare har lägre inkomster än motsvarande inhemsk arbetskraft.⁸¹ Frågan är om det verkligen finns någon motsättning mellan multinationella företags vilja att etablera sig i Sverige och en effektiv reglering för likabehandling av de till Sverige förflyttade specialisterna? Och om så är fallet vilka konsekvenser genomförandet av en likabehandlingsprincip skulle få? Detta är frågor som rimligtvis måste diskuteras i samband med genomförandet av ICT-direktivet.

⁷⁹ Om nyckelpersonsbegreppet se KOM(2010)378, 10.

⁸⁰ Dir. 2015:75, Åtgärder för att stärka arbetskraftsinvandrarens ställning på arbetsmarknaden. SOU 2016:91 Stärkt ställning för arbetskraftsinvandrare på arbetsmarknaden.

⁸¹ Emilsson och Magnusson (n 29).

ROSEMARY OWENS, ANDREW STEWART, ANNE HEWITT
AND
JOANNA HOWE

LABOUR REGULATION, WORK EXPERIENCE AND
YOUTH:
LESSONS FROM THE SCHOLARSHIP OF ANN
NUMHAUSER-HENNING

1 Introduction

In an Australian Research Council funded Discovery Project entitled ‘Work Experience: Labour Law at the Intersection of Work and Education’,¹ we are exploring the regulatory challenges relating to post-secondary unpaid work experience, such as internships, in the areas (amongst others) of labour law and anti-discrimination law. As part of the project we are undertaking empirical research to examine how Australian universities regulate various forms of unpaid work experience, and the way in which these ‘soft’ forms of regulation intersect with the law. Our goal is to locate this research in a global and comparative context, examining the theoretical and practical implications of law’s boundary between work and education.² In undertaking this work, the scholarship of Ann Numhauser-Henning provides a useful starting point. In Part 2 of this contribution we highlight her analytical methodology and concern with age discrimination as having particular relevance. The changing context of education and work is discussed in Part 3. This sets the scene for outlining in Part 4 the statistical approach adopted globally to differentiate learning and work. In Part 5 we examine some recent developments in the regulation of unpaid internships in the United States of America and in Australia, before a brief conclusion highlighting the role of age as a significant social stratifier.

¹ ARC DP #150104516.

² For a preliminary consideration, see Rosemary Owens and Andrew Stewart ‘Regulating for Decent Work Experience: Meeting the Challenge of the Rise of the Intern’ (2016) *International Labour Review* (forthcoming).

2 The scholarship of a global leader

Ann Numhauser-Henning's work is stamped by her commitment to 'understanding law as normative patterns in a normative field'.³ She has been particularly interested in how changing social and economic conditions are reflected in regulatory fields and the tensions between the various and different normative patterns at play.⁴ She acknowledges the methodological approach of Anna Christensen⁵ as a major influence, not least on the ground-breaking NORMA Research Programme.⁶ Indeed she has probably done more than any other scholar to alert global scholars to the importance of such an approach. Her leadership, not only in Sweden but more broadly across the EU and beyond, has brought a much wider international, comparative and conceptual focus to these ideas.⁷

Numhauser-Henning's work reminds us that the content of law is determined by various elements of social structure, such as material conditions, principles of organisation, modes of production and societal conflicts. Following Christensen, she has recognised that societies all have ideas about how social relations should be shaped and that these ideas are embedded in normative patterns or spheres: for example, those identified as the 'Market Functional', the 'Protection of Established Positions', and 'Just Distribution'.⁸ As Judy Fudge has noted, by examining the 'altered conditions for the functioning of the labour market and their significance for labour law and labour market policy', this approach places legal norms and institutions in a social, historical and comparative context.⁹ Those comments were made as part of an exploration of the way in which 'flexicurity' challenges existing policy domains, such as the separation of employment policy from social security, and so disrupts the traditional normative patterns in labour law. However, Fudge also

³ Ann Numhauser-Henning 'Understanding Law as Normative Patterns in a Normative Field' in Ann Numhauser-Henning and Mia Rönnmar (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimensions of the EU* (Hart, 2013).

⁴ Ibid.

⁵ See Anna Christensen, *Hemrätt i hyreshuset* (Juristförlaget, 1994).

⁶ See Ann Numhauser-Henning and Mia Rönnmar (eds), *Fifteen Years with the Norma Research Programme* (Lund, Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2010).

⁷ See esp Numhauser-Henning and Rönnmar, *Normative Patterns*; and Ann Numhauser-Henning and Mia Rönnmar (eds), *Age Discrimination and Labour Law: Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond* (Kluwer Law International, 2015).

⁸ Numhauser-Henning, 'Understanding Law'.

⁹ Judy Fudge 'Flexicurity and Labour Law: Labour Market Segmentation, Precarious Work, and Just Distribution' in Numhauser-Henning and Rönnmar (n 3), 211 citing Ann Numhauser-Henning 'Introduction' in Numhauser-Henning and Rönnmar (eds), *Fifteen Years* (2010), 15.

noted that the theoretical framework applied by Numhauser-Henning is a much richer analytical tool. In the context of flexicurity, she observed:

it also allows for multiple normative patterns, or discourses, that can conflict and combine in new ways. It takes seriously the claim that flexicurity is an attempt to create a new method of regulating the labour market that transcends the traditional dichotomy between flexibility and security in employment relations. Yet it also appreciates that there are a variety of normative patterns, not all of which align. Seeing flexicurity as a normative field constructed by actors and institutions through a range of processes allows us to appreciate the conflicts between normative patterns and differences in power relations that help to explain specific positions and understandings.¹⁰

Although our project is only in its early stages, substituting 'work experience' for 'flexicurity', and 'work' and 'education' for 'flexibility' and 'security' in that passage suggests how productive Numhauser-Henning's methodology might be as an analytical aid. For instance, parallels could be drawn in examining the phenomenon of work experience, especially as it may take various forms: as part of a formal education program, through what can be described as 'open market' internships, or through active labour market programs for the unemployed.¹¹

Numhauser-Henning's scholarship is particularly apposite to our project on the regulatory challenges relating to work experience for another reason. The phenomenon of work experience, while not restricted to youth, is one that impacts disproportionately on young people, and so raises the issue of discrimination on the basis of age.

As a topic of policy and law, and hence of scholarly discussion, the regulation of discrimination on the basis of age is a relative newcomer. But again it is one where Numhauser-Henning has been a global leader. Her own writing in this area has focused primarily on issues of particular relevance to the inclusion of older members of the community in the labour market. Contributions by others to a comparative study she has helped lead on the law regulating age discrimination have revealed that in most developed economies the issues arising from an ageing society and its impact upon the labour market have garnered most of the attention of policy makers and legislators, as well as courts

¹⁰ Fudge, 'Flexicurity', 213.

¹¹ See eg K P Hadjivassiliou et al, *Study on a Comprehensive Overview on Traineeship Arrangements in Member States: Final Synthesis Report* (European Commission, 2012), ch 3.

and other law enforcement bodies.¹² That has also been the case in Australia.¹³

In her analysis of age discrimination regulation in Europe, Numhauser-Henning pointed out the tension between the active ageing strategies of the global era and the more traditional use of age as a social stratifier. Integral to the latter in the industrial age were compulsory retirement practices, a crucial part of both labour law's standard employment contract and the welfare state's standard pension contract. These contracts were pillars of the economic system established after World War II to de-commodify work and erect worker protective institutions. They incorporated regulatory norms under which wages were calculated not on productivity but on deferred compensation and so rose consistently until retirement. The most important labour markets were internal to the firm and rewarded loyalty and provided incentives to workers. And all was supported by the state, so that concepts of unemployment and retirement as they developed in social welfare law were a mirror image of the notion of employment as a stable or permanent relationship enduring for workers between the ages, broadly, of 15–65 years.¹⁴

By contrast the active ageing policies that have come to the fore in more recent times promote ongoing and more flexible employment over a lifetime. One of Numhauser-Henning's insights was that anti-discrimination regulation was a 'natural companion' to flexible work: upholding a ban on age discrimination (and especially compulsory retirement) must imply a threat to traditional standard employment protection and its replacement with individualization and equal treatment. However, despite the dominance of market-based flexibility in the global era, age continues to be 'an acceptable – and maybe even a necessary – social stratifier'.¹⁵ Under Art 6.1 of the European Employment Equality Directive,¹⁶ for example, differential treatment does not amount to prohibited age discrimination if 'objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary'.¹⁷ Perhaps not surprisingly, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has ruled that compulsory retirement

¹² See generally chapters in Numhauser-Henning and Rönmmar (eds), *Age Discrimination* (2015).

¹³ Therese Mac Dermott and Joellen Riley, 'Age Discrimination and Labour Law in Australia: An Ambivalent Commitment to Equality in the Face of a Demographic Imperative' in Numhauser-Henning and Rönmmar (n 7).

¹⁴ See Numhauser-Henning 'Labour Law, Pension Norms and the EU Ban on Age Discrimination: Towards Ultimate Flexibilization?' in Numhauser-Henning and Rönmmar (n 7), 121.

¹⁵ *Ibid.*, 117.

¹⁶ OJ L 303/16, 2 December 2000.

¹⁷ Numhauser-Henning 'Labour law, Pension Norms', 121.

at 'normal pensionable age' is not contrary to the Directive. Numhauser-Henning argued that because the Directive has this 'weak' template, European regulation of age discrimination accommodates potentially contradictory normative patterns, providing protections based on age while at the same time supporting labour market flexibility. As she concluded, '[b]oth the ban on age discrimination and the acceptance of compulsory retirement bear intrinsic relationships with major economic and labour law developments, such as the fragmentation and flexibilization of work and production and welfare state reforms brought about by technological change and globalization.'¹⁸

This analysis helps explain why there has been such scholarly debate over the conceptual foundation of age discrimination laws. The debate is evident in the contributions to the collection of essays she edited, with Mia Rönömar, on the topic.¹⁹ Elsewhere, Aileen McColgan has made the point that age can work at any time as a positive and negative factor, with the overall package of advantages and disadvantages turning on its intersection with issues of wealth, class or economic status. Acknowledging this means questioning the idea of a conceptual symmetry to the protection of the various characteristics identified by anti-discrimination legislation.²⁰ McColgan went on to reject the idea that dignity is a useful unifying underpinning concept in understanding the law on equality.²¹ In so doing she referred to the Canadian Supreme Court's rejection in *Gosselin v Québec (Attorney-General)*²² of an argument that the dignity of people under 30 years was impaired, and so their right to equality under the *Canadian Charter* infringed, by certain provincial rules. These restricted their welfare payments to less than a third of the subsistence level paid to older claimants unless they participated in a work experience program. In *Gosselin*, as critics have noted, it was assumed that young people would be able to live with and be supported by their families, and furthermore that it was appropriate in effect to require this.²³ Regardless of the correctness of such reasoning, Numhauser-Henning's work reminds us that context and conflicting patterns are always significant in appreciating and understanding law's normative role. For this reason we have argued elsewhere that, considered in

¹⁸ Ibid, 116.

¹⁹ See especially the chapters by Colm O'Connell, Dagmar Schiek and Christa Tobler in Numhauser-Henning and Rönömar (n 7).

²⁰ Aileen McColgan, *Discrimination, Equality and the Law* (Hart Publishing 2014), esp 66–69.

²¹ Ibid, 23–33.

²² [2002] 4 SCR 429.

²³ See Denise Réaume, 'Dignity and Discrimination' (2002–2003) 63 *Louisiana Law Review* 645, 646. See also McColgan, *Discrimination*, esp 28–30.

context, the idea of dignity may have some advantages in linking anti-discrimination law with labour law's traditional understanding that 'labour is not a commodity'.²⁴

3 Changing normative patterns: Education and work

While Numhauser-Henning and many other labour law and anti-discrimination scholars have focused predominantly, albeit not exclusively, on the end of the work/life cycle,²⁵ its beginning also presents an important site where conflicting normative patterns can be observed.

The intersection of education and work is, for example, an important social marker of the transition from childhood to adulthood. That distinction has evolved over time and in ways that are context dependent. Marking the boundary depends on the normative field: the ages may vary at which one is 'adult' enough to drive a motor vehicle, or approve medical procedures for oneself, or vote, or be conscripted to fight for one's country. While the concept of childhood was established over an extended period of time through many social practices and legislation,²⁶ work and education have been important sites in this process.

Towards the end of the 19th century in most developed economies, the factory was created as a place for a normative worker, one not only male but also an adult.²⁷ The male adult 'breadwinner' was not just a critical feature of the gender contract separating the 'public' world of work in field and factory from the 'private' world of work in the home.²⁸ It was also the normative mechanism deployed to underpin the economic dependence of his family. The standard employment relationship generally entailed full-time employment, undertaken with a single employer over the period of a working lifetime, albeit this was not a universal template. In Australia, because the minimum wage for a man was calculated on the assumption he was a 'breadwinner', there was no

²⁴ See Anne Hewitt, Rosemary Owens, Andrew Stewart and Joanna Howe, 'At the Intersection of Education and Work: Young People, Equality and Regulation of the Labour Market' in John Howe, Anna Chapman and Ingrid Lansdau (eds), *The Evolving Project of Labour Law* (Federation Press, 2017, forthcoming).

²⁵ See the various chapters in Numhauser-Henning and Rönningmar (n 7).

²⁶ See eg, John Eekelaar, *Family Law and Social Policy* (2 ed, Weidenfeld & Nicolson, 1984).

²⁷ See Rosemary Owens, 'The Peripheral Worker: Women and the Legal Regulation of Outwork' in Margaret Thornton (ed), *Public and Private: Feminist Legal Debates* (OUP, 1995); Andrew Stewart and Natalie van der Waarden, 'Regulating Youth Work: Australia and the United Kingdom' in Robin Price, Paula McDonald, Janis Bailey and Barbara Pini (eds), *Young People and Work* (Ashgate, UK, 2011), 186–187.

²⁸ See, eg, Carole Pateman, *The Sexual Contract* (Polity Press, 1988).

need for a broad social welfare safety net for individuals and families prior to his retirement. Australia, it was said, was a 'wage earner's welfare state'.²⁹ The gradual dismantling of this system only commenced after the first tentative steps towards greater gender pay equity when, declaring itself to be "an industrial arbitration tribunal, not a social welfare agency", the national wage fixing Commission announced it would henceforth ignore the marital status of workers and the diversity of their family types in fixing a minimum wage.³⁰ Nonetheless, the vestiges of the breadwinner model continued to influence the assumption that the primary function of the social welfare system was restricted to providing an old age pension, itself justified as a deserved 'reward' for a lifetime of labour market participation.

At the social level these arrangements were bolstered in many countries by institutional arrangements erected in relation to education. The industrial era witnessed the introduction of a legislated requirement of compulsory attendance at formal educational institutions, first at the primary and then later the secondary school level. An integral aspect of this was a system of schools established by the state and to which there was free access. In the latter part of the nineteenth century in Australia free, compulsory education represented, as elsewhere, an important development in the evolution of the line demarking work as the world of adults and education as the world for children.³¹ As the industrial era progressed, transformations in education, especially post-secondary education, also saw much of the learning that had once occurred in workplaces being removed from them and formalised in educational institutions such as universities.³²

Although these reforms helped separate the worlds of childhood/education and of adulthood/work, the line demarking them was neither rigid nor total. Of course, learning at work may extend over an entire working lifetime, as many jurisdictions recognise in permitting employees to carry their accumulated 'know-how' with them to new jobs, rather than treating it as the property of their current or previous employer.³³ However, in relation to young

²⁹ See Francis G Castles, 'The Wage Earner's Welfare State Revisited: Refurbishing the Established Model of Australian Social Protection' (1994) 29 *Australian Journal of Social Issues* 120.

³⁰ See *National Wage Case 1974* (1974) 157 CAR 293. See also Rosemary Owens, Joellen Riley and Jill Murray, *The Law of Work* (2ed, OUP 2011), 353–356.

³¹ See Andrew Stewart and Natalie van der Waarden, 'Regulating Youth', 186–187.

³² Over time the influential idea that a university should provide a purely liberal education (see John Henry Newman, *The Idea of a University* (1852)) gave way to the view that they also offer professional practical training. See eg W Norton Grubb and Marvin Lanzerson, *The Education Gospel: The Economic Power of Schooling* (Harvard University Press, 2004).

³³ See William van Caenegem, 'Employee Know-How, Non-Compete Clauses and Job Mobility Across Civil and Common Law Systems' (2013) *IJLLIR* 219.

workers the need to learn at work may be even greater, something that came to be recognised both formally and informally. Thus, for instance, the formal system of apprenticeship, which originated in the craft guilds of mediaeval times,³⁴ gradually changed from an indentured relationship to one involving a formal contract of training. Apprenticeships became a mainstay in the development and supply of skilled tradesmen. On a less formal basis, it was also assumed that young people at the commencement of their working life would often be both learning and needing to practice work skills for the first time, and consequently they were likely to be less productive.

In Australia the regulatory system classifies both these formal and informal learning arrangements as work. Thus, for instance, for more than a century Australian law has treated apprentices as having a contract of employment,³⁵ bringing them within the scope of most labour regulation. For the employing business, the investment in training these young workers would be returned over their lifetime of service, with any lower productivity compensated by the payment of a lower wage. Australia, indeed, developed an elaborate system of lower minimum pay rates for junior workers. These were justified by the workers' more limited needs, as they were assumed to be not yet shouldering the familial responsibilities of a breadwinner, and a deferred longer term compensation assured through security of employment accompanied by a steadily increasing wage as they became older and more established.³⁶ In this way the beginning of the work/life trajectory was subject to a system of workplace regulation in which age was a definite social stratifier.

The social and economic arrangements typically found in the industrial era in relation to work and education thus assumed a certain linear progression over a life course: from participation in formal education for young people, through participation in the world of work in adulthood (which at the younger end of the spectrum, might involve more learning at work), and finally to retirement in old age. However, expectations of such a life-pattern have been massively disrupted in the global era. Developments in digital technologies, including in robotics and communications, have heralded a transformation in the production and delivery of goods and services in many sectors.³⁷ The

³⁴ See eg SR Epstein, 'Craft Guilds, Apprenticeship, and Technological change in Preindustrial Europe' (1998) 58 *J Ec Hist* 684.

³⁵ See Mark Irving, *The Contract of Employment* (LexisNexis Butterworths, 2012), 117, 169.

³⁶ See Productivity Commission, *Workplace Relations Framework*, Final Report (Productivity Commission, 2015), 251–262.

³⁷ See eg Thor Berger and Carl Benedikt Frey, 'Structural Transformation in the OECD: Digitalisation, Deindustrialisation and the Future of Work', OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No 193 (OECD Publishing, 2016).

opening up of national economies and the growth of international trade have brought not only a massive expansion in global supply chains, but the creation of global labour markets, including through an unprecedented increase in the number of people moving across borders to work on a temporary basis.³⁸ Productivity and flexibility have become the watchwords in a world where the old security of 'lifetime' employment has all but disappeared. Labour markets have become increasingly fragmented and segmented with precarious, casualised forms of work relations becoming the new norm. At the same time, work arrangements have become more individualised. In many instances, digital platforms and new technologies are facilitating new ways of structuring work relations – such as through Airtasker, Freelancer or Uber – in which individuals compete against each other for work. In this world, regulatory arrangements for the protection of workers may fail to keep pace,³⁹ while conventional modes of collective organisation likewise struggle to make a mark.⁴⁰

Although changing attitudes to gender roles and the demands for flexibilization in labour markets have led to the increasing feminisation of public workplaces, there is also now global acknowledgment of the importance of childhood as a time of learning, in turn seen as a necessary precursor to successful and sustainable participation in the adult world of work. Today the rights of children to be educated and, as a corollary, not to work have been placed at the very heart of internationally accepted labour norms.⁴¹

Nonetheless, the changes accompanying globalisation that have impacted on the world of work have also consolidated earlier, and prompted some new, developments in education and training where they intersect with work. At one level, there has been a renewed emphasis on the importance of education as a pathway to sustainable development. In developed economies greater numbers than ever before are undertaking tertiary education, and for longer

³⁸ See Joanna Howe and Rosemary Owens (eds), *Temporary Labour Migration in the Global Era: The Regulatory Challenges* (Hart Publishing, 2016).

³⁹ See Valerio De Stefano, 'The Rise of the "Just-in-time Workforce": On-demand Work, Crowdwork and Labour Protection in the "Gig-economy"', *Conditions of Work and Employment Series No 71* (ILO, 2015).

⁴⁰ See eg Susan Hayter (ed), *The Role of Collective Bargaining in the Global Economy: Negotiating for Social Justice* (Edward Elgar/ILO, 2011).

⁴¹ See the ILO *Convention concerning Minimum Age for Admission to Employment* 1973 (No 138) and ILO *Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst forms of Child Labour* 1999 (No 182). See also the UN *Convention on the Rights of the Child* (1990).

periods.⁴² Education has itself become part of a global service industry, attracting large numbers of highly mobile students crossing borders.⁴³

Most significantly, changing forms of work patterns and the new norms of productivity and flexibility have had an impact on the relationship between education and work. Rather than experiencing work/life transitions as a linear progression – from education, through lifelong employment, and then retirement – there is for many workers a new normal of multiple transitions in and out of different jobs in the labour market across their life course.⁴⁴ In such a world a new emphasis on ‘life-long learning’ references both a perceived need to develop generic employability skills that are transferable between particular jobs and enable the worker to adapt to changes in production as well as recognising the need for many to learn entirely new specific skills at different times across their work/ life course. ‘Employment security’, it has been said, must replace ‘job security’ in the new world of work,⁴⁵ However, in a world of non-standard work, employability by itself may say nothing regarding the quality of the jobs attained or the relevance of prior learning to accessing the labour market.⁴⁶ The resulting skills mismatch and graduate underemployment indicate an imbalance between the numbers of graduates and the needs of the labour market.⁴⁷

Perhaps as importantly, the changes in the world of work wrought through globalization have precipitated different attitudes to learning-at-work. In Australia, for instance, the numbers of apprentices has dwindled in recent years. While there are no doubt myriad reasons, they include changing employer attitudes. Rather than the old industrial era ‘investment model’, a ‘production model’ has come to the fore, in which apprenticeships are seen merely as providing a form of cheap labour and in which there is at best a weak

⁴² See Craig Holmes and Ken Mayhew, ‘The Economics of Higher Education’ (2016) 32 *Oxford Review of Economic Policy* 475, 476–80; ILO, *World Employment Social Outlook: Trends for Youth 2016* (ILO, 2016).

⁴³ Simon Marginson, Chris Nyland, Erlenawati Sawir and Helen Forbes-Mewett, *International Student Security* (CUP, 2010); Shanthi Robertson, *Transnational student-migrants and the state: the education-migration nexus* (Palgrave, Macmillan, 2013). See also Holmes and Mayhew, ‘The Economics of Higher Ed’, 481 Table 3.

⁴⁴ See Alain Supiot, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe* (OUP, 2001), esp Ch 2.

⁴⁵ See eg Hugh Collins, ‘Regulating the Employment Relation for Competitiveness’ (2001) 30 *ILJ* 17, 18.

⁴⁶ See Gabriella Berloff, Eleonora Matteazzi, Alina Sandor and Paola Villa, ‘Youth Employment Security and Labour Market Institutions: A Dynamic Perspective’ (2016) *International Labour Review* (forthcoming).

⁴⁷ Francis Green and Golo Henseke, ‘Should Governments of OECD Countries worry about Graduate Underemployment?’ (2016) 32 *Oxford Review of Economic Policy* 514.

commitment to worker retention.⁴⁸ While such views are also attributable to other issues (such as workplace relations regulation, taxation structures and funding incentives), the changing global context of the modern workplace is prompting a policy debate about ways to further transform the traditional apprenticeship model, including by disengaging training arrangements from the contract of employment.⁴⁹ It has also led to consideration of a new 'Prepare-Hire-Trial' scheme aimed at improving the employability of young job-seekers, by providing them with an unpaid internship, but no certainty of an offer of ongoing employment at the conclusion of the unpaid period.⁵⁰

Recent times have indeed seen an enormous growth in internships (or 'traineeships' as they are sometimes termed in Europe).⁵¹ In contrast to the structured combination of practical work experience and periods of classroom learning that typically characterise the modern apprenticeship, internships may see a student, graduate or job-seeker spending anywhere from days to months in an organisation, performing actual or mock tasks or assignments, shadowing or observing more experienced workers, or simply performing menial tasks. In the United States, half of all college students are reported to have completed an internship during their studies,⁵² while in Europe 46% of those aged between 18 and 35 were found in a survey to have completed at least one traineeship, more often than not without pay.⁵³ In Australia, a recent survey found that more than half of all young adults have undertaken an unpaid internship in the past five years.⁵⁴

There appear to be a number of reasons for the growing popularity of such arrangements.⁵⁵ They include government policy, which is particularly

⁴⁸ Harald Pfeifer, 'Firm's Motivation for Training Apprentices: An Australian-German Comparison' (NCVER, 2016). In this study, the Australian approach was found to be in contrast with an 'investment' approach still more dominant in Germany. See also, Supiot, *Beyond Employment*, 28–31.

⁴⁹ Commonwealth of Australia, *Apprenticeships Reform Advisory Group: Recommendation Review*, 2016.

⁵⁰ Department of Employment, 'Employability Skills Training', Consultation Paper, Commonwealth of Australia, 2016. See also Senator the Hon Michaelia Cash 'Next Steps on Work Pathway for young Australians', *Media Release*, 19 August 2016.

⁵¹ See Ross Perlin, *Intern Nation: How to Earn Nothing and Learn Little in the Brave New Economy* (rev ed, Verso, 2012).

⁵² Anthony P Carnevale and Andrew R Hanson, 'Learn & Earn: Career Pathways for Youth in the 21st Century' (2015) 4(1) *E-Journal of International and Comparative Labour Studies* 76, 82–83.

⁵³ Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion (2013), 'The Experience of Traineeships in the EU', Flash Eurobarometer 378 (European Commission, 2013).

⁵⁴ Damian Oliver, Paula McDonald, Andrew Stewart and Anne Hewitt, *Unpaid Work Experience in Australia: Prevalence, Nature and Impact*, Commonwealth of Australia, 2016, 24.

⁵⁵ See Andrew Stewart and Rosemary Owens, *Experience or Exploitation?*, Report for the Fair Work Ombudsman, January 2013, Ch 3.

important in the context of 'active labour market policies' designed, as in the Australian example just quoted, to help the long-term unemployed find jobs. In the educational context, a significant driver has been the increasing emphasis placed upon the value of 'work integrated learning', as a way both of improving the teaching of skills and meeting the demand from industry for graduates who are more 'job-ready'.⁵⁶ But more generally, the oversupply of graduates in many professional fields has led to fierce competition for employment. In such a context, it is understandable that many job-seekers will want to gain an edge on their rivals by using internships to hone their skills, gain contacts or simply pad out their resumes. For employers, there is in turn an obvious incentive to look to interns as a source of 'cheap dead-end labour, exerting downward pressure on the wages and opportunities of others who might otherwise be employed'.⁵⁷ But what is less clear is whether undertaking an internship actually improves a person's chance of gaining employment.⁵⁸

The significance of these issues is highlighted by the fact that around the world, the Global Financial Crisis had a disproportionate impact on young people, and after some initial recovery the outlook for young people has continued to cause concern.⁵⁹ This is also true in Australia, although it has not been as heavily impacted as other developed economies. However, since the early 1990s the Australian labour market witnessed a decline in youth employment, and it has not rebounded since that time. While still substantially favourable compared to other OECD countries, the trend has been downwards and a need to improve the quality of education and training to get young people into work has been noted.⁶⁰

4 Gathering statistics on learning and work

Given the significance of the intersection of learning/education and work in the lives of young people, the ways in which statisticians categorize these arrangements is important. The gathering of such statistics provides the factual

⁵⁶ See eg Debra D Burke and Robert Carton, 'The Pedagogical, Legal, and Ethical Implications of Unpaid Internships' (2013) 30(1) *Journal of Legal Studies Education* 99, 101–107; Georgina Atkinson, 'Work-based Learning and Work-integrated Learning: Fostering Engagement with Employers' (NCVER, 2016).

⁵⁷ Guy Standing, *The Precariat: The New Dangerous Class* (Bloomsbury Academic, 2011), 76.

⁵⁸ See Robin Price and Deanna Grant-Smith, 'What evidence is there that internships secure employment?', *The Conversation*, 17 June 2016, noting the limited and inconclusive evidence on this point.

⁵⁹ See eg ILO *World Employment and Social Outlook – Trends for Youth 2016* (ILO, 2016).

⁶⁰ OECD, *Investing in Youth: Australia* (OECD, 2016).

evidence which underpins, and so has consequences for, policy and regulation.

In this respect an important recent development is the passage of the 'Resolution concerning statistics of work, employment and labour underutilization' at the 19th International Conference of Labour Statisticians in Geneva, 2–11 October 2013 (the Resolution).⁶¹ As the Resolution demonstrates, statistics are not free from values and choices. For the most part, this Resolution is commendably broad. Work is defined as comprising 'any activity performed by persons of any sex and age to produce goods or to provide services for use by others or for own use', and specifically covers both formal and informal arrangements, and work performed in any kind of economic unit.⁶² As such it clearly encompasses, for example, unpaid work in the home. However, the definition of work also excludes certain activities: those not involving the production of goods and services; self-care (such as grooming and hygiene); and 'activities that cannot be performed by another person on one's own behalf'.⁶³ In relation to the latter category, the Resolution specifies by way of example 'learning', as well as 'sleeping' and 'activities for own recreation'.

The way in which the Resolution understands the intersection of learning and work is, therefore, critical. It sets out five mutually exclusive 'forms of work', distinguished by the intended destination of the goods and the nature of the transaction.⁶⁴ These are: own-use production work; employment work; unpaid trainee work comprising work performed for others without pay to acquire workplace experience or skills; volunteer work; and other work activities (not defined). More specifically, apprentices, interns and trainees who work for pay in cash or in kind are included in employment;⁶⁵ and, conversely, those who work as 'unpaid trainees' without pay in cash or in kind (although expenses may be reimbursed), are excluded from the category of 'employment work'.⁶⁶ The definition of an 'unpaid trainee' includes those who are in traineeships, apprenticeships, internships when unpaid,⁶⁷ but excluded are those who are undertaking a period of probation, general on-the-job learning, those in volunteer work, and those learning while engaged in own-

⁶¹ See http://www.ilo.org/global/statistics-and-databases/standards-and-guidelines/resolutions-adopted-by-international-conferences-of-labour-statisticians/WCMS_087481/lang-en/index.htm.

⁶² *Ibid.*, para [6].

⁶³ *Ibid.*, para [6(b)].

⁶⁴ *Ibid.*, para [7].

⁶⁵ *Ibid.*, para [30].

⁶⁶ *Ibid.*, para [33].

⁶⁷ *Ibid.*, para [34].

use production.⁶⁸ The Resolution also indicates that the acquisition of “workplace experience or skills’ may occur through traditional formal or informal arrangements whether or not a specific qualification or certification is issued’.⁶⁹

As the Resolution implicitly acknowledges work and learning are not mutually incompatible. In relation to ‘unpaid trainee work’ the Resolution concludes that: ‘Essential items that need to be collected to support analysis of the characteristics and conditions of work of persons in unpaid trainee work include industry, occupation, working time, programme time and length, contract characteristics and coverage, existence of participation fees and nature of certification.’⁷⁰ While such information is important in understanding the phenomenon of ‘unpaid trainee work’ and its relationship to the labour market, in using the fact of payment (whether in cash or in kind) to differentiate ‘learning’ from ‘work’ and learning-at-work, the Resolution is of no assistance in identifying the problem of sham arrangements and answering the normative question of whether or not such learning-at-work should be paid.

5 Regulating unpaid work experience – USA and Australia compared

The problem of work experience arrangements as shams for avoiding workplace regulation may be seen as a subset of a more general problem, common in the global era. This is to ensure that workers who are in substance ‘employees’ are not misclassified in a way that deprives them of the protection of labour regulation.⁷¹ In most countries a multi-factorial test is applied to determine the existence of the employment relationship.⁷² This is in line with the ILO’s *Employment Relationship Recommendation, 2006*, which stresses that the classification of the work relationship should be ‘guided primarily by the facts’ notwithstanding the parties own characterisation of it and that, amongst other things, a presumption in favour of employment should be facilitated where one or more relevant factors is present.⁷³

⁶⁸ Ibid, para [35].

⁶⁹ Ibid, para [33(e)].

⁷⁰ Ibid, para [36].

⁷¹ See eg Cameron Roles and Andrew Stewart, ‘The Reach of Labour Regulation: Tackling Sham Contracting’ (2012) 25 *AJLL* 258.

⁷² See eg Nicola Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship: Comparative Analyses in the European Context* (Ashgate Publishing Ltd, 2007).

⁷³ *Recommendation concerning the Employment Relationship, 2006* (ILO No 198), Arts 9 and 11(b).

In common law countries, this test has been elaborated predominantly in the context of the employment/business interface: that is, in the context of distinguishing between workers employed in another's business and those working in a business on their own account. However, in recent times several cases involving internships have highlighted some of the problems of legal categorizations at the intersection of education and work.

In the United States the 1947 decision in *Walling v Portland Terminal Co*⁷⁴ has been the leading authority on whether those undertaking training are to be regarded as employees for the purpose of the *Fair Labor Standards Act 1938*, and thus entitled to be paid the minimum wage. The Supreme Court referred to six different factors: the similarity of the training to that found in educational institutions; whether it benefits the trainee; whether the trainee does not displace employees, and works under their supervision; whether the employer derives any immediate advantage from the work done; whether there is an entitlement to a job at the end; and any understanding as to an entitlement to wages. On the facts of the case, a group of trainees were found not to be employed by a rail company. Despite this decision, American courts have struggled to identify a clear approach in determining the legal status of those undertaking work experience.⁷⁵ A number of recent test cases have been brought to challenge the legality of unpaid internships in the media and entertainment industries.⁷⁶ In an important recent ruling, however, the US Court of Appeal for the 2nd Circuit has rejected the suggestion that an intern should be regarded as an employee whenever an employer receives an immediate advantage from their work. In deciding that 'the proper question is whether the intern or the employer is the primary beneficiary of the relationship', the court stressed that the intern-employer relationship should not be analysed in the same way as the employee/employer relationship: 'because the intern enters the relationship with the expectation of receiving educational or vocational benefits that are not necessarily expected with all forms of employment'.⁷⁷ Although the test applied by the court admitted a flexible approach aimed at examining the economic reality of the relationship, nonetheless the judges outlined seven non-exhaustive considerations in the context of internships at for-profit enterprises. These all focused on the

⁷⁴ 330 US 148 (1947).

⁷⁵ See eg Gregory S Bergman, 'Unpaid Internships: A Tale of Legal Dissonance' (2014) 11 *Rutgers Journal of Law and Public Policy* 551.

⁷⁶ Many of these have been settled on the basis of substantial payouts: see eg Jonathan Stempel, 'US court approves Condé Nast \$5.85 million intern pay settlement', *Reuters*, 29 December 2014.

⁷⁷ *Glatt v Fox Searchlight Pictures Inc* (2016) 811 F 3d 528, 536.

educational aspects of the internship and its relationship to formal education.⁷⁸ Adding that its decision related only to internships and not to other training programs, the court opined: '[t]he purpose of a bona-fide internship is to integrate classroom learning with practical skill development in a real-world setting'.⁷⁹ In this way, the decision indicates some implicit acceptance of a separation of the learning-at-work experience of an intern from employment work.⁸⁰

In recent Australian decisions, by contrast, courts have been more willing to treat interns as employees, at least where they are performing productive work. In *Fair Work Ombudsman v Crocmedia Pty Ltd*⁸¹ a media company admitted not paying two young radio producers, who had sought work experience while they were studying at university. In accepting that the workers were entitled to pay and minimum standards under the *Fair Work Act 2009*, and in setting the penalty for breach, the court emphasised the functional similarity to employment of the unpaid work performed by the young people. It also highlighted the threat to the integrity of a system of workplace regulation where unpaid labour is regularly used instead of paid employees and the potential for exploitation of young, vulnerable workers.⁸² A similar approach has been taken in other recent cases.⁸³ Crucially, however, the *Fair Work Act* limits the definition of 'employee' by excluding those undertaking an unpaid 'vocational placement' required by a government-approved course of education or training.⁸⁴ Hence if an internship is required by an educational institution, or can be credited towards formal studies there, the worker concerned has no entitlement to wages, caps on working hours, leave entitlements, unfair dismissal protection, access to collective bargaining or any of the other benefits and protections accorded to employees.

The result is that in both jurisdictions there is a readiness, either at the policy or judicial level, to see young people excluded from basic protections accorded to others at work, especially when the work they do is part of a formal learning program and perhaps even (at least in the United States) when it can be even

⁷⁸ Ibid, 536–537.

⁷⁹ Ibid, 537.

⁸⁰ See also *Schumman v Collier Anesthesia PA* (2015) 803 F 3d 1199.

⁸¹ [2015] FCCA 140.

⁸² Ibid, [7]–[11], citing Stewart and Owens, *Experience or Exploitation?*.

⁸³ See *Fair Work Ombudsman v Devine Marine Group Pty Ltd* [2015] FCA 1365; *Fair Work Ombudsman v Aldred* [2016] FCCA 220; *Fair Work Ombudsman v AIMG BQ Pty Ltd* [2016] FCCA 1024.

⁸⁴ See Stewart and Owens, above n 55, 75–82; and see eg *Upton v Geraldton Resource Centre* [2013] FWC 7827.

more tenuously linked to such a program. This is despite the fact that both countries prohibit discrimination against workers on the basis of age, albeit only for workers older than 40 years in the United States,⁸⁵ and with specific exemptions for discrimination resulting from the operation of workplace laws in Australia.⁸⁶

6 Conclusion

In the global era, the regulatory treatment of unpaid internships and other forms of work experience, including exemptions where they are linked to formal post-secondary education, can result in young people being excluded from the protection of minimum work standards generally accorded to employees. This reflects an allocation of the costs and risks of learning-at-work onto workers, with implications for flexibility and productivity. While a general prohibition on age discrimination might be expected to protect against any such systemic discrimination, in most jurisdictions (including in the United States and Australia) restrictions in its scope mean protections are minimal or very weak. Clearly therefore age (youth) continues to be a significant social stratifier in workplaces in the global era.

⁸⁵ *Age Discrimination in Employment Act 1967* (US). See Gillian Lester, 'Age Discrimination and Labor Law in the United States' in Numhauser-Henning and Rönmar (n 7), 402.

⁸⁶ *Age Discrimination Act 2004* (Aust).

HANNA PETTERSSON

ALTHUSSER AND LABOUR LAW

1 Introduction

Ann Numhauser-Henning wrote her doctoral dissertation on fixed-term employment, taking departure from a view of law and society derived from famous French philosopher Louis Althusser.¹ Ever since then, Ann's work – regardless of the varying objects of study – has been directed towards the relationship between law and society, and towards different aspects of the social functions of law. This applies not least for her research contributions that have concerned the flexibilization of working life and the increased importance of discrimination law. Her work with the Norma research environment as well as the recent development of a research programme in elder law are other obvious examples.

In seminars, discussions and situations of supervision during doctoral education, many of us have been impressed by Ann's sharp, sometimes slightly cynical, observations and analyses of the connections between general social development and legal development, as well as the relationships between labour law and the interests of different social actors. On some of these occasions, Ann has explicitly referred to the Althusserian influences that she carries with her since the beginning of her research career.

Much has been written by legal scholars on Althusser and law.² Often, questions have revolved around the inherent pessimism in Althusser's structuralist analysis of law as part of an ideological machinery serving the interests of the ruling class. This text is an attempt to offer a personal contribution to an Althusserian reading of labour law, specifically.

I will take departure from Althusser's most famous text, 'Ideology and Ideological State Apparatuses', written in 1970.³ In this text, Althusser formulates his view of ideology, and presents the well-known analysis of subject formation as performed through interpellation. The concept of interpellation

¹ Ann Henning, 'Tidsbegränsad anställning: en studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner' (Juridiska föreningen 1984).

² See e. g. L. de Sutter (ed), *Althusser and Law* (Routledge 2013).

³ Louis Althusser, 'Ideology and Ideological State Apparatuses (Notes towards an Investigation)' in L. Althusser, *On the Reproduction of Capitalism* (Verso 2014).

has been extremely influential within different types of critical scholarship; one prime example is its significant contribution to Judith Butler's important writing on the construction of gender.⁴

Here, I will focus not primarily on interpellation, but rather on 'interpellators' and the result of the interpellation process – the subject – in the context of labour law. The well-known scene of interpellation in 'Ideology and Ideological State Apparatuses' features a police officer '(or other)' hailing an individual in the street, shouting, 'Hey you there!'.⁵ The individual becomes a subject by turning around, thereby confirming that s/he (he, in Althusser's account) 'is' indeed him/herself. The metaphor captures the notion that subjects are not natural, independent entities, but continuously constituted by being approached by 'state apparatuses', in the words of Althusser. I will now try to situate labour law within these state apparatuses, and then discuss the potential of labour law within the framework of an Althusserian understanding. The idea is that any constructive function of labour law that might be traced in Althusser's thought could be employed in any struggle for equality, and not only in the class struggle as developed by Althusser in his 1970 text.

2 State apparatuses, ideology and law

In 'Ideology and Ideological State Apparatuses', the notion of state apparatuses is intended as a key to understanding the reproduction of the conditions of production. The Marxist metaphor of ideology as a superstructure, arising from but also reproducing a material base consisting of the actual conditions of production, is thereby replaced with a more nuanced understanding of the distinction between the material and the ideological. However, Althusser aligns himself with Marxist classics in regarding the state first and foremost as an instrument working to reproduce the existing conditions of production. Quite simply, the state is an instrument for the ruling class.

The main contribution achieved by describing the reproduction of capitalist society in terms of 'ideological state apparatuses' is the identification of ideology as material. Ideology does not consist of abstract, esoteric ideas; it is continuously performed in a number of concrete ways, with institutions of the same concrete character playing central roles. This is the very reason for the power of ideology.

The term state apparatuses can be misleading, since it may bring to mind

⁴ Judith Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (Routledge 1990).

⁵ Althusser (2014) 264.

formal state institutions such as courts or public authorities. However, this is not what Althusser has in mind. He quickly dismisses conventional public/private distinctions, relying on Antonio Gramsci: 'The distinction between the public and the private is a distinction internal to bourgeois law, and valid in the (subordinate) domains in which bourgeois law exercises its "authority"'.⁶

State apparatuses are characterized by their function – which ultimately consists in reproducing the conditions of production – and not by their form. Therefore, the cultural sector can work as an ideological state apparatus even if culture is performed mainly by private organizations, just as the educational system can have the same function even if schools and universities happen to be run by private subjects.

Althusser divides state apparatuses into two main categories: the Repressive State Apparatus on the one hand, and Ideological State Apparatuses (ISAs) on the other. It should be observed that there is one single Repressive State Apparatus, within the formal limits of the public sector, whereas the ISAs are many, and diverse. The distinction refers to the *main* functions of different state apparatuses: Althusser makes clear that the different parts of the Repressive State Apparatus – such as the police – usually have ideological components, just as the ISAs – such as the educational system – have certain repressive traits. However, the Repressive State Apparatus works primarily through repression and violence, including physical violence, whereas the ISAs work first and foremost 'through ideology'.

We will, of course, return to the dynamics of ideology in the following. However, let us first think about the place of (labour) law within the system of state apparatuses. A legally oriented reader may immediately remark that there are public institutions that use different types of force, and sometimes violence, in activities that are clearly legal. Courts are the most obvious example – along with administrative public authorities of different kinds. Thus, using the terminology of Althusser, law must necessarily be described as a large part of the Repressive State Apparatus.

However, the power of law clearly does not stop there, as we are all aware. There are obvious elements of legal ideology in everyday life; in commercial affairs; in culture; and in political discussions. Legal arguments and perceptions are present to some extent in most – if not all – social contexts.

Of course, Althusser acknowledges this fact. It is explicitly stated in 'Ideology and Ideological State Apparatuses' that law belongs not only to the

⁶ Althusser (2014) 244.

Repressive State Apparatus but also to the system of the ISAs. Courts, the police and the administration perform 'repressive state work' of a legal character, but there is also a legal ISA.⁷ Law is the only phenomenon that is explicitly identified by Althusser as both part of the Repressive State Apparatus and a separate ISA.

Most of 'Ideology and Ideological State Apparatuses' is devoted to discussing the ISAs and their function. It is here that interpellation comes into the picture, as the main component responsible for the efficacy of ideology is the category of subject – the result of interpellation. Ideology has the constitution of concrete individuals as subjects as a defining function.

Legal ideology, as a specific part of what Althusser terms bourgeois ideology, is identified as having played a particularly important role in introducing the actual category of the subject. Althusser describes legal ideology as having appropriated the category of the legal subject to make the ideological claim that man is a subject by nature. However, even before bourgeois ideology, subjectivity was constitutive of ideology. The apparently universal experience of the obviousness of subjectivity – of course I am a subject, just like you, her or him; no need for discussion about that – is a mark of the fundamentally ideological and effective character of subjectivity.

The concrete effects of ISAs can be illustrated by Althusser's description of the educational system. The educational system is described as having replaced the church as the dominant ISA, along with the family, as this system plays an enormous role in constituting subjects. It teaches children and young people 'proper behaviour', as well as the necessity of finding and accepting their place in the chain of production. The school system has a universal character, affecting every child in developed capitalist countries during most of their childhood years; as a result, the educational system is able to effectively create the kind of subjects that are needed to ensure that the relations of production maintain their form.

2.1 Labour law as an Ideological State Apparatus

Taking departure from the example of the educational system, it can be concluded that labour law must be seen as an important part of the legal ISA, with the subject of the employee, and her/his duties, behaviour and rights, as the main cog in its machinery. The main features of labour law can be described as effectively performing the purpose of reproducing the conditions

⁷ Althusser (2014) 243.

and relations of production. In general, people probably regard themselves as employees without questioning that status in itself, and experience a personal duty to perform the tasks assigned to them and even act loyally towards their employers. This is what actual legal regulation and legal ideology require of the subject of the employee, and this is also what most people do.

It is then evident that labour law is an important part of the legal ISA – contributing very directly to the reproduction of the relations of production because it regulates the material and social events taking place within the process of production itself.

The specific significance of labour law is also clear on a more abstract, and perhaps also more fundamental, level. The importance of the subject in ideology is not related merely to its enabling the acceptance and obedience of subjects in relation to existing conditions, as the previous account might seem to indicate. Althusser also emphasizes the ambiguity of the category of the subject.

The term ‘subject’ refers simultaneously to a free subject, responsible for her/his actions and choices, and to subjection; that is, to be brought under the control or domination of another. In Althusser’s interpretation, interpellation results in subjects that are both free and subjected. Interpellation takes place to create free subjects, whose freedom serves the purpose of making subjects freely accept their subjection.

This paradox is also present in the contract of employment. Unlike most other contracts, the contract of employment has the free will of the person becoming an employee as a central object. When someone – presumably out of their free will – enters into a contract of employment, they agree to accept giving up their free will during certain hours of the day and during a certain, sometimes indefinite, period.

This is an inherent feature of the employment contract and labour law, and not only (or not even necessarily; of course there are employees who exercise a lot of freedom in their work, even though the concept of individual freedom is always deeply problematic within an Althusserian framework) a practical result. It follows from fundamental labour law rules and principles that the legal subject of the employee is obliged to follow orders, and to perform the work that s/he is assigned by the employer, using methods chosen by the employer. When entering into a contract of employment, the individual who is becoming an employee cannot possibly foresee every concrete result of the managerial prerogative.

However, it could be argued that labour law does in fact offer a remedy for

the particularly subjected position of employees: collective labour law. Does collective labour law not constitute a site of resistance towards the main traits of the legal (including labour law) ISA? Collective labour law relies on collective legal subjects, explicitly recognizing the common interests of employees and thus rejecting the notion that working life or society consists only of individual, free subjects. Labour law also provides legal tools to challenge the privileges and prerogatives of employers, in terms of both profits and power. The latter is at least true to varying extents in some legal systems – such as in Sweden, with a model of industrial relations where trade unions have rather far-reaching rights to influence the decisions of employers.

Althusser, at least from the temporal and geographical viewpoint where he found himself in the France of the 1970s, was not convinced. Rather the opposite is true; the trade union system was identified as an ISA in itself. This is not entirely surprising, as trade unions supported by legal recognition and legal rights may prevent radical and even violent protests against the conditions of production as such, and encourage cooperation with employers to a certain extent.

However, it would be difficult to agree completely with a claim that trade unions have never, or could never, change the conditions of production to some degree. The same thing applies for aspects of individual employment law. For example, employment protection regulation certainly does restrict the freedoms of employers, when compared to a system where any employment contract can be dissolved at any time. I will now reflect upon the potential of labour law to affect power relationships and subordination, from an Althusserian point of view.

3 Labour law and social justice

As we have clearly seen, it is a bleak picture of the potential and meaningfulness of (labour) law that Althusser paints in his famous text from 1970. This fact remains even if one does not share the presupposition that capitalist relations of production need to be completely and fundamentally altered. It is difficult to feel optimism about engaging with legal questions – or political, or cultural, or educational ones for that matter – if any social phenomenon ultimately serves the purpose of maintaining unequal power relationships and the *status quo*.

However, there is no need for complete pessimism. While the Repressive State Apparatus may provide little hope, the ISAs are sites of class struggle –

and probably other types of social struggle, if Althusser's analysis of the reproduction of capitalism is extended to other social systems. In accordance with 'Ideology and Ideological State Apparatuses', the exploited class is usually able to find means for its struggle in the ISAs. The diversity and plurality of the ISAs is one reason. It is possible for those exploited to achieve representation in the ISAs – here, the trade union ISA is a relevant example, because some trade unions are in fact composed of members of the exploited class, in the material sense referred to by Althusser.

Furthermore, inherent contradictions in ideology are mentioned in 'Ideology and Ideological State Apparatuses' as potentially useful in the class struggle. This is clearly relevant for labour lawyers, including labour law scholars, interested in trying to achieve greater equality and justice. We have seen how a potential contradiction lies at the heart of ideology, and therefore also at the heart of the ISAs: on the one hand there is the ideological freedom of the subject, and on the other is the subjection that is its result.

Even if the freedom of the subject is ideological – and thus ultimately of an imaginary character, for Althusser – it is in fact constantly presented as freedom. Critical labour law interventions inspired by Althusser could thus include critique of domination masked as freedom, but they could also draw inspiration from his work by demanding their own versions of freedom.

To sum up, Althusser's view of law and ideology is not simply characterized by determinism. There is also room for the realization that 'what makes law shameful is precisely what makes it grand'.⁸

⁸ de Sutter (2013) 3.

JOELLEN RILEY

REGULATING WORK IN THE ‘GIG ECONOMY’

1 Introduction

Of the many important topics addressed by Professor Ann Numhauser-Henning over the course of her distinguished academic career, one has been of particular interest to me, in my own contemplation of the role of law in the regulation of labour markets: the challenge presented by flexibilisation of work. In an early article on the regulation of fixed term work in Nordic countries,¹ Professor Numhauser-Henning embellished a model of the labour market involving firms with a central core of permanent employees, surrounded by a peripheral circle of temporary workers recruited ‘on demand’, and an even more remote periphery of ‘external or distanced workers . . . who are not even integrated into the employer’s organisation in the sense of being employed there’.² It is this third tier of ‘distanced workers’ that I would like to concentrate on in this contribution, because as rapid technological advances are changing the way business enterprises are structured and operate, this periphery of distanced workers is growing.

Just as Professor Numhauser-Henning’s work adopted a firm normative standpoint in advocating just and equitable treatment for workers engaged on fixed term and other atypical work arrangements, this contribution will interrogate distanced work from the perspective of worker protection. First, the contribution describes work in the ‘gig economy’, and how the working relationship is legally constructed so as to avoid the protections of employment laws. The contribution then proposes a more appropriate characterisation of these relationships, and concludes with a proposals for a form of regulation targeted at providing some basic labour rights for these kinds of distanced workers, without requiring them to be subsumed into the legal category of ‘employees’.

¹ A Numhauser-Henning ‘Fixed-term Work in Nordic Labour Law’ (2002) 18(3) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 429; http://works.bepress.com/ann_numhauser-henning/1/

² Ibid. The model draws on the work of John Atkinson, ‘Manpower Strategies for Flexible Organisations’, *Personnel Management*, August 1984. See too Ann Numhauser-Henning ‘Flexible Qualification – a Key to Labour Law?’ (2001) 17(1) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 101 at 105.

2 Working in the ‘gig economy’

Today, distanced workers are the fodder of what is benignly described as the ‘sharing’ or ‘collaborative economy’, although more appropriate appellations for this phenomenon are the ‘on demand’, or ‘gig economy’.³ The notion that the new businesses operating in this way are based on ‘sharing’ depends upon a characterization of their business model as one involving unlocking the unused value in assets owned by one person, so that they can ‘share’ the costs and benefits of that asset with others. In this characterization, participants in the business are collaborators gaining a mutual benefit from ‘sharing’ an asset. Another (and arguably more accurate) characterization of the business model is that it involves intermediation between customers seeking services, and the workers providing those services, by means of an ‘app-based’ communication system. At the core of this business model is an innovator who creates the computer application (the ‘app’) that is used to connect the worker and the customer, and to facilitate reliable electronic payment for work.

Some businesses (like the ‘ridesharing’⁴ business known around the world as ‘Uber’) control the pricing of services, and indeed in some jurisdictions have faced allegations that they exert sufficient control over the work to risk characterization as employers. (This has been the case in some jurisdictions in the United States.⁵) In the case of many of these apps, however, the intermediary simply provides a platform for communication and payment, and plays no role in settling a description or a price for the work. So in the case of an intermediary called ‘Airtasker’, and another called ‘Freelancer’, the app provides a platform for people who require jobs to be done to post tasks for which workers may bid.

Airtasker and Freelancer explicitly boast that their apps allow people – including business organisations – to acquire labour ‘efficiently’. According to a newspaper report praising these organisations: ‘This is a new wave of

³ The term ‘gig’ refers to the practice, common in the music and entertainment industries, of performing one-off shows, without any expectation of continuing engagement. In the digital age, it also reminds us of the ‘gigabyte’ of data required for the applications invented by digital economy entrepreneurs.

⁴ ‘Rideshare’ is the terminology adopted in Australian legislation for this new form of competition for the taxicab industry: see for example the *Road Transport (Public Passenger Services) Act 2001* (ACT) Part 5A Ridesharing, ss 60A–60Q, enacted in 2015.

⁵ See A Chen, ‘An Uber Labor Movement born in a Laguardia Parking Lot’, *New Yorker*, 8 February 2016, <http://www.newyorker.com/business/currency/an-uber-labor-movement-born-in-a-laguardia-parking-lot> (last visited 13 May 2016).

outsourcing micro tasks when you don't need to hire someone for a day, you just need them for an hour'.⁶

In many jurisdictions, Australia included, the labour laws developed over the past century or more have developed in response to this very kind of labour engagement practice. The Hungry Mile, notorious in Sydney, was the site of docklands, where labourers at the end of the nineteenth century, and up until World War I, gathered to bid for work on a daily basis when ships came in to be loaded or unloaded. The establishment of fixed rates of pay, and then weekly wages and secure employment, was a major challenge for the early trade unions, undertaken with the aid of extensive and destructive periods of industrial action.⁷

The problem for the new 'on demand' workforce is that the benefits secured by their ancestors' industrial efforts, such as minimum rates of pay, and minimum shift times, and more recently a measure of job security, are entitlements reserved to direct employees, working under a 'contract of service'.⁸ So-called 'independent contractors' are assumed to be capable of negotiating their own rates of pay and conditions. The workers who bid for work on these new digital apps are presently assumed to be independent contractors, running their own micro-businesses, and so fall outside of the protections enjoyed by workers who can point to a single employer as the one who engages and directs their labour.

Furthermore, the controllers of the platforms generally eschew any characterisation of their own relationship with the workers as any form of labour engagement. They claim to be providing communications services to the workers, to enable the workers to attract business directly from users. At the same time they claim to offer communications services to users, to enable users to access available services. This characterisation neglects the significance of the other crucial element of the transaction: payment. Typically, these services require electronic payment directly into an account managed by the app controller, who then disburses payment (after deduction of their own

⁶ C Waters, 'Outsourcing jobs frees up entrepreneurs', *Sydney Morning Herald*, 4 April 2016, at 24. According to this report, about one-third of the \$A13 million in tasks arranged by Airtasker in the space of one year were commissioned by business organisations, not households.

⁷ For a comprehensive study of the strikes of the 1890s and the history of Australian trade unionism, see L Bennett, *Making Labour Law in Australia: Industrial Relations, Politics and the Law* (Sydney, Law Book Company, 1994).

⁸ See J Riley, 'The Definition of the Contract of Employment and its Differentiation from Other Contracts and Other Work Relations' in M Freedland (general ed), *The Contract of Employment* (Oxford, OUP, 2016) pp 321–340.

substantial commission) to the worker. So the better characterisation of the role of the platform controllers is as labour hire intermediaries.

Another essential element of the relationship is that the kind of work involved is not ‘distanced’ work, in any realistic sense. Customers of ride share organisations such as Uber, would perceive that the provision of transport services is the core business of these enterprises, not some peripheral activity to the main game of computer app-management. In the language of the ‘organisational integration’ test for determining employment status,⁹ the drivers’ work is ‘an integral part of the business’, and is not merely ‘accessory’ to the enterprise.¹⁰ The app is a tool to enable an enterprise to make a lot of money in the passenger transport business. Nevertheless, the enterprise, wishing to distance these integral workers to avoid the legal responsibilities of an employer, has turned this construction on its head. They assert, through the terms of their contract (described below at 2.1.1), that the core business is app development and management. Only the computer software engineers are within the ‘core’ of the enterprise, so defined.

So we see that it is the easily manipulated legal construction of the commercial arrangements between the parties, that determine ‘distance’ in the relationship, and so deny the workers employment status.

On one view, the true nature of these relationships is the ‘commodification’ of labour¹¹ in a way abhorrent to a fundamental principle of the International Labour Organisation (ILO), that ‘labour is not a commodity’.¹² According to the ILO’s constitution, decent wages and working conditions are a fundamental right of workers in civilised societies. The app controllers profit (often extremely handsomely if reports of the billion dollar revenues of outfits such as Uber are reliable) from taking a ‘cut’ of the provision of labour. Given that these relationships manifest the fundamental characteristic of the hire of subjugated labour, it is appropriate to interrogate the treatment of these workers against the benchmarks of the labour standards now common in Scandinavia, Europe and Australia.

⁹ See J Riley above n 8 at p 327.

¹⁰ See *Stevenson, Jordan and Harrison Ltd v MacDonald & Evans* [1952] 1 TLR 101, 111 (Lord Denning).

¹¹ See A Aloisi, ‘Commoditized Workers: Case Study research on labour law issues arising from a set of “on-demand/gig economy” platforms’ (2016) 37(3) *Comparative Labor Law and Policy Journal* 653–690.

¹² See P O’Higgins, “Labour is not a Commodity” – an Irish Contribution to International Labour Law’ (1997) 26 *Industrial Law Journal* 225–234.

2.1 Conditions of work in the 'gig' economy

Arguably, the workers in the gig economy are in need of many of the same protections as are provided for employees, especially when they are undertaking this kind of precarious work as their main means of bread-winning. Advocates for the gig economy claim that these workers are not being exploited, because their participation in the gig economy provides a useful supplement to other sources of income (although whether this is income from labour market engagement, or social security payments is seldom discussed). However a study conducted by Janice Berg (under the auspices of the ILO) in late 2015 showed that almost 40% of those engaged in this kind of work relied upon it as their main source of income.¹³ This means that for a large complement of the gig economy labour force, the terms and conditions of their work are vitally important.

A number of studies have identified that low pay and exploitative conditions are common among the workers in these new app-based jobs.¹⁴ According to Berg's 2015 study of on-line clerical workers engaged by an organisation called 'Amazon Mechanical Turk', the mean hourly rate of pay for a worker based in the United States of America was \$US5.55.¹⁵ For workers on the same platform in India, the mean hourly rate was even lower, at \$US3.17. Sometimes low rates of pay are caused by the workers themselves underbidding each other in desperation to secure work. On some of the major platforms, however, the platform controllers fix prices, and have been known to unilaterally cut remuneration to workers. In the United States, Uber drivers have protested against Uber for cutting fares without warning by 25%.¹⁶

Workers' freedom to complain, however, is constrained by a complete lack of job security. Each 'gig' is a one-of transaction. While they remain classified as independent contractors, workers in the gig economy have no legal entitlement to expect continuity of engagement. This can be a major problem for those who, like the Uber and Lyft rideshare drivers, are required to provide their own, late model motor vehicles to participate in the system. Stories have

¹³ J Berg 'Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers (2016) 37 *Comparative Labor Law and Policy Journal* 543–576.

¹⁴ See the special issue on *Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law* in (2016) 37(3) *Comparative Labor Law and Policy Journal*, for a number of academic studies on the need for labour protection in proliferating world of digitally-sourced work.

¹⁵ See J Berg, above n 13.

¹⁶ See A Chen 'An Uber Labor Movement born in a Laguardia Parking Lot', *New Yorker*, 8 February 2016, <http://www.newyorker.com/business/currency/an-uber-labor-movement-born-in-a-laguardia-parking-lot> (last visited 13 May 2016).

emerged of optimistic drivers taking on the significant financial burden of purchasing or leasing expensive motor vehicles, only to find that Uber has 'blocked' them from using the app in apparently unfair circumstances.¹⁷ The terms of the typical Uber contract permit such treatment of drivers. It is worth interrogating the contract terms to see how it is that drivers are denied the kinds of protections (for decent pay, and job security) that they would enjoy if they were employees.

2.1.1 *Uber's contract terms for drivers*

The author obtained a copy of a contract between the organisation behind Uber, Rasier Pacific V.O.F, an unlimited partnership established in the Netherlands, and its Australian drivers.¹⁸ According to the terms of this contract, all the expenses and risks of operating as an Uber driver fall on the driver. The driver is required to provide and maintain the vehicle and all relevant insurances, and must also provide the necessary telecommunication devices, and meet the substantial cost of the data package required to use the global positioning system essential to the app. As the contract itself warns (in clause 2.6.2), these devices use a lot of data.

Uber provides the use of its app to enable the driver to connect with potential customers but it doesn't guarantee that the app will always be working. The app may be 'unavailable at any time and for any reason' (clause 9.3).

Uber reserves the right to set maximum fares, but drivers can negotiate lower fares (cl 4.1). If a driver does negotiate a lower fare for a user, Uber still charges its percentage-based commission (of 25%) calculated on the full fare (not the lower negotiated fare). Uber also reserves a right to change maximum fares at any time without notice (clause 4.2), and it can also change its own percentage cut at any time without notice (clause 4.4). A driver who continues to drive after a fare cut, is taken to have accepted the change, so a driver's only means of objecting to any fare changes is to stop driving, and hence cease earning. Uber even reserves a right to change any of the terms in the contract, at its own discretion, at any time (clause 14.1).

Drivers are also vulnerable to the risk of discrimination by users. Customers rate drivers after each trip. If a driver's ratings fall below the minimum average, the driver may have access to the app 'deactivated', without necessarily receiving any warning or opportunity to respond to the poor rating. It was a disturbing feature of a recent Australian case of Mr Mike Oze-Igichon (yet to

¹⁷ See G Wilkins 'Driver Sues Uber after termination', *Australian Financial Review*, 19 May 2016, p 9.

¹⁸ Contract dated 23 December 2015, copy on file with the author: joellen.riley@sydney.edu.au.

be determined by the courts) that the driver who was excluded from the platform for allegedly poor customer service was a black migrant worker.¹⁹ In Australia, an employed hire car driver dismissed in the same circumstances would be able to bring a complaint before the Fair Work Commission, a specialist administrative tribunal empowered to reinstate or compensate employees who have been dismissed capriciously. The *Fair Work Act 2009* (Cth) requires employers to demonstrate a 'valid' reason for dismissal, and to follow fair procedures (including appropriate warnings) before they can dismiss employees.²⁰ As an independent contractor, Mr Oze-Igiehon enjoyed no such rights.

Several clauses of the Uber agreement are dedicated to disclaiming any employment relationship between Uber and the drivers. First, the contract declares at the outset that Uber is not providing transportation services, nor acting as an agent for the provision of transportation services. It claims that it is doing nothing but providing access to a communications tool. Given that much of the contract makes stipulations about the prices that customers can be charged for hiring the drivers, this claim is disingenuous, and the drafters of the agreement clearly included this statement in an attempt to anticipate claims that drivers may in fact enjoy the legal status of employees. Some commentators have argued that the level of control that Uber exercises over the performance of the work, and its exercise of an absolute prerogative to fix prices, do warrant a finding that Uber is an employer of drivers, but this argument has not yet been tested in any Australian court.²¹

The agreement also contains several clauses asserting that any driver who is found to be an employee must indemnify Uber for any costs (including legal penalties) that Uber incurs as a consequence of being found to be an employer. This clause would not be effective in Australia, nor in the United Kingdom, because in common law jurisdictions parties cannot contract out of the statutory obligations arising from an employment relationship. The assertion may, however, have an 'in terrorem' effect, dissuading a driver from pursuing

¹⁹ See the story of in G Wilkins, above n 17. J Berg recounts similar anecdotes of potentially discriminatory treatment of crowdworkers: see J Berg above n 13.

²⁰ See *Fair Work Act 2009* (Cth) Part 3–2.

²¹ See for example, a blog written by one of Australia's most active employee advocates, barrister Josh Bornstein: <http://joshbornstein.com.au/writing/the-great-uber-fairness-fallacy-as-a-driver-how-do-you-bargain-with-an-app/> (last visited 23 May 2016). In *Aslam, Farrer & Ors v Uber BV, Uber London and Uber Britannia Ltd*, Case Nos 2202551/2015 decided on 12 October 2016, it was held that Uber drivers are 'workers' for the purposes of the Employment Rights Act 1996, s 230 (3)(b).

an employment claim for fear of bearing the eventual costs of a successful suit him or herself.

In summary, the entire Uber contract is drafted to characterise the drivers as purchasers of a communications tool under a commercial contract which gives them no guarantee of work, no certainty of income, and no job security. If Australian drivers were characterised as employees, even if only as casual employees, they would enjoy minimum hourly rates of pay set by an industry wide award, minimum shift times, and protection from unfair dismissal (subject to meeting a minimum period of employment). And they would also be entitled to join a trade union and bargain collectively. (The Transport Workers Union of Australia would no doubt welcome them with open arms.)

2.2 Gig economy workers as independent contractors

Although there may be feasible arguments that the level of control over Uber drivers, in particular, does warrant a finding that they are employees of Uber, there are also features of the relationship that tend towards characterisation of these drivers as independent contractors. One such feature is the requirement that they provide their own vehicles, and the cost of providing and maintaining vehicles constitutes a significant part of what they bring to the relationship.²² When these costs are taken into account, it cannot be said that these are 'labour only' contracts. The workers can affect their own net incomes from the work by more skilful management of these capital assets. The opportunity to profit from the management of assets is a factor tending towards a finding that the worker is running his or her own business.

Another feature of the relationship is that the drivers are not required to commit to accepting any driving work. According to English employment law principles, this would mean that there was no 'mutuality of obligation' between the parties warranting a finding of an employment relationship.²³ Australian law has not adopted the concept of 'mutuality of obligation' as one of the 'irreducible minima' of an employment relationship and does recognise the notion of 'casual' employment. Nevertheless, only casual employees who can demonstrate a 'regular and systematic' pattern of work and a reasonable

²² See the significance of investment in substantial capital assets in the cases of *Vabu Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation* (1996) 33 ATR 537 and *Hollis v Vabu Pty Ltd* (2001) 207 CLR 21. Vabu Pty Ltd provided courier services, in the first case, drivers of vans and trucks were held to be independent contractors because they provided expensive vehicles. In the second case, bicycle couriers were held to be employees.

²³ See J Riley above n 9 at p. 328. See too Stephenson LJ in *Nethermere (St Neots) Ltd v Gardiner* [1984] ICR 612 (CA), 623.

expectation of continuing employment are able to access rights under the unfair dismissal protections in the *Fair Work Act 2009* (Cth).²⁴

Another peculiar feature of the relationship arising from the technology used to intermediate transactions between drivers and passengers is that the personnel management function generally accepted by an employer is relegated to a rating tool. The platform controller does not directly supervise the performance of work tasks, but relies instead on customer feedback posted through the rating system built into the app itself. The worker is 'blocked' from using the app if ratings drop below an acceptable standard, so drivers have a big incentive to do whatever they can to satisfy customers. (This could be why Uber users regularly report that Uber drivers cheerfully attest that they love chauffeuring passengers around: nobody 'likes' a depressed and grumpy servant.) Drivers with a record of poor scores are dismissed not by a human supervisor, but by a bloodless algorithm.

For these, and possibly other reasons, it is reasonable to conclude that workers in the gig economy are not employees of the platform owners, at least according to the current common law definitions of employment, devised to accommodate the labour engagement practices of the industrial era. However, it should not be necessary to squeeze the labour arrangements of 'on demand' workers in the new digital economy into the category of 'employment' in order to provide them with appropriately protective labour standards. Employment is, after all, a relatively new category of labour engagement, historically speaking.²⁵ Arguably the gradual accretion of protections for employees (particularly the introduction of protection from unfair dismissal) has contributed to the modern phenomena of employment avoidance. Many outsourcing strategies are driven by a desire by employers to avoid the costs and liabilities of employing staff directly. Professor Numhauser-Henning described this as the desire among employing enterprises for 'allocative flexibility'.²⁶ If we are to regulate gig economy work in a way that provides some appropriate protection from exploitation, but does not add to incentives to avoid regulation, what forms of regulation might we invent?

²⁴ See *Fair Work Act 2009* (Cth) s 384(2)(a).

²⁵ See J Howe and R Mitchell, 'The Evolution of the Contract of Employment in Australia: A Discussion' (1999) 12 *Australian Journal of Labour Law* 113.

²⁶ See A Numhauser-Henning above n 1 at 278.

3 Regulating the 'gig economy'

Let us accept that the gig economy workers are not like the employees of the Fordist era of industrial organisation.²⁷ It is more difficult to identify the 'master' who directs and controls their work; the means of their subjugation to the enterprise goals of others is more subtle. Rather than presume that they must fit into an existing regulatory model, let us begin afresh by identifying the nature of the relationship under which they provide their labour, and the ways in which this relationship may be regulated in order to protect against any intolerable exploitation of the worker.

We may make two essential observations about the way these relationships are presently created and managed. First, the parties themselves use commercial contracts to define their own relationship, and to govern terms. They are working on the assumption that commercial contracting permits the parties to define and regulate their own relationships. In practice, these contracts are not negotiated. They are contracts of adhesion, where the initiator stipulates terms on a 'take it or leave it' basis, and the worker accepts. So the first consideration in devising appropriate protective regulation of these 'on demand' working relationships is how we might regulate contracting behaviour. This is elaborated below at 3.1.

A second observation is that these relationships are framed as intermediated engagements between customers and workers. On one view, it is the customer or user of the service who engages the worker. If we want to make sure that customers treat workers properly by paying decent remuneration for work and treating them in a respectful, non-discriminatory manner, should we not impose responsibilities on those customers directly? This is, however, notoriously difficult. Fleeting transactions between individuals are difficult to regulate. A more effective focus of regulation would be on the intermediaries. The intermediaries deal with thousands, possibly millions of transactions, and – most importantly – the intermediaries profit most from the enterprise. The intermediaries have most control over the system through which the work is performed. They have the opportunity, and can be provided with adequate incentives, to make sure that engagements between customers and workers are not exploitative, and recognise fundamental labour rights of the workers. Even those organisations, such as Airtasker and Freelancer, who presently allow

²⁷ See, generally, K V W Stone, *From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace* (Cambridge University Press, UK, 2004) for an illuminating history of the evolution of labour market organisation.

workers themselves to bid down the price of their own labour in the competition for assignments, would be capable of setting a floor for contract prices, to ensure workers receive reasonable remuneration. So it is appropriate that the burden of meeting any new regulatory standards should fall upon the intermediaries. They can, and should, impose and police fair contract terms for the workers whose labour they on-sell at considerable profit to themselves.

We might also make a third and distinct observation, deriving from the initial rhetoric of this new economy as one based on 'sharing'. One way of ensuring that workers have a voice in their own wages and working conditions, and fully enjoy the fruits of their own labour, would be to reconstitute these enterprises as worker-owned cooperatives. Cooperatives are beginning to emerge in some industries. An area for further research (beyond the scope of this short contribution) is an interrogation of the present regulation of cooperatives to ensure that their governance structures are adequate to meet the needs of new enterprises in the digital economy.

3.1 Contracts review to promote fair-dealing for on demand workers

The assumption that contracting parties enjoy a complete freedom to define and determine their own terms of engagement is unwarranted in many fields. While the common law of contract, developed in the 19th century may assert 'pacta sunt servanda',²⁸ many statutes in the modern world have been enacted to control the risks of exploitative bargains, especially in contexts where experience has proven that stronger parties will take advantage of more vulnerable people. So, for example, there has been legislation for more than a century controlling predatory moneylending practices.²⁹

In Australia, and particularly in New South Wales, a form of unfair contracts review developed in the 1950s, in response to the labour engagement practices of enterprises in some industries who sought to avoid mandatory working conditions imposed by industrial awards applying to employees. The *Industrial Arbitration Act 1940* (NSW) s 88F, introduced in 1958, empowered an industrial tribunal to vary any contract or arrangement under which work was performed in industry, if those contracts were relevantly 'unfair'. Workers did not have to demonstrate the existence of an employment relationship, nor even an explicit contract, in order to apply for a review of their working

²⁸ 'Agreements must be kept'.

²⁹ See for example the *Moneylenders Act 1900* (UK).

arrangements under this jurisdiction.³⁰ Unfair contracts review provisions survived redrafting of the industrial legislation on a number of occasions, demonstrating an abiding commitment of governments of both conservative and left-wing political persuasion to maintain these protections.³¹ The essential elements of the state legislation were adopted in the federal *Independent Contractors Act 2006* (Cth), which applies nationally to all work contracts and arrangements involving incorporated parties.³²

Important features of this kind of contract review legislation are that it does not depend upon any particular characterisation of the work relationship before the worker can bring a claim; it allows review of contract terms against objectively determined benchmarks of fair terms, and empowers a tribunal to vary terms, to the extent necessary to make the contract fair; and it allows the worker to seek compensatory remedies, where the unfairness of the contract has already caused loss or harm. The ability to vary contract terms, and not merely permit the parties to rescind (and thereby escape from) the contract is important for workers who need to maintain their working relationships, but on more equitable terms.

Similar legislation, permitting the variation of contracts when terms are demonstrably unfair, has been introduced into general commercial law to protect the small business enterprises from exploitative practices.³³ Unfair contract terms legislation is already common in many jurisdictions (and has been for some time),³⁴ so it is a small step to recommend versions of contract review legislation adapted to the particular needs of on-demand workers.

3.1.1 *What kinds of provisions are needed to protect 'on-demand' workers?*

The aspects of gig economy working conditions (described above at 2.1) that cause most consternation are the risks of extremely low rates of pay for piecework, and the risk of capricious withdrawal of the opportunity to work and earn, especially in the case of workers who have made substantial

³⁰ See J Phillips and M Tooma, *The Law of Unfair Contracts in NSW* (Lawbook Co, Sydney, 2004) for a study on the New South Wales legislation, as it stood prior to the introduction of overriding federal laws.

³¹ See *Industrial Relations Act 1991* (NSW) s 275 and *Industrial Relations Act 1996* (NSW) s 106.

³² See J Riley, *Independent Work Contracts* (Thomson, Sydney, 2007) for a guide to this legislation.

³³ See the *Competition and Consumer Act 2010* (Cth), Sch 2 Australian Consumer Law ss 20–22, and a new provision s 250 introduced by the *Treasury Legislation Amendment (Small Business and Unfair Contract Terms) Act 2015* (Cth).

³⁴ See for example the *Unfair Contract Terms Act 1977* (UK) and the *EC Directive on Unfair Contract Terms in Consumer Contracts* 93/13, OJL 95/29, 5 April 1993.

investment in vehicles and equipment. Poor remuneration, and precarity of work, are chief concerns that need to be addressed by contracts review legislation.

One example of a special statute of this kind which may be of particular relevance to rideshare drivers, is legislation enacted in the Australian state of Victoria to regulate non-employed labour engagement contracts in the road transport industry.³⁵ The *Owner Drivers and Forestry Contractors Act 2005* (Vic) (ODFC Act), contains provisions that might be adapted to the particular needs of rideshare drivers, including provisions promoting decent remuneration, protection from capricious termination, and accessible and affordable dispute resolution mechanisms so that drivers are able to enforce their entitlements. The ODFC Act also provides a right to freedom of association and collective bargaining, so that drivers can assert an effective voice in determining their own working conditions.

As we saw above at 2.1.1, the standard Uber driver contract permits Uber to determine maximum fares, and to vary fares without consultation with drivers.³⁶ There is no provision for fares to be set taking into account any of the drivers' costs for motor vehicle expenses, or for a telecommunications provider's charges for accessing the large amounts of data required to operate the app. Under the ODFC Act, hirers of drivers are required to publish rates and cost schedules determined by the relevant Minister, in consultation with the Transport Industry Council and Forestry Industry Council, to reflect the level of remuneration that owner drivers should expect to receive, when compared with that earned by employees doing the same work.³⁷ This places the burden of disclosing fair rates of pay upon the hirers. Any hirer who fails to provide this information may be subject to an order of the Victorian Civil and Administrative Tribunal (VCAT) that a driver be paid what VCAT determines is a 'fair and reasonable rate', notwithstanding the terms of the contract.³⁸ The establishment of an administrative body to provide similar review of fares and costs for rideshare drivers, and indeed for other on-demand workers in different industries, would assist workers to secure fair rates of remuneration for their work.

VCAT is also empowered to make 'contract variation orders'³⁹ under the

³⁵ An earlier example, with more complex provisions, is the *Industrial Relations Act 1996* (NSW) Chapter 6, which provides for regulation of work in the taxi and owner driver transport industries.

³⁶ Cl 4 of the contract, see n 18.

³⁷ ODFC Act ss 14(2)(b) and 16.

³⁸ ODFC Act s 45.

³⁹ ODFC Act s 44(1)(g) and 47(2).

ODFC Act, if a driver establishes that they have been subjected to ‘unconscionable conduct’,⁴⁰ the definition of which includes ‘whether or not the regulated contract allows for the payment of any increases in fixed and variable overhead costs on a regular and systematic basis’.⁴¹ A ‘contract variation order’ can be extended generally to other contracts of a specified class upon application by a trade union representing the drivers’ interests.

The standing of trade unions under the ODFC Act is particularly important. Drivers are permitted to bargain collectively through ‘negotiating agents’,⁴² and such conduct is expressly exempted from any of the sanctions against anti-competitive conduct in the *Competition and Consumer Act 2010* (Cth).⁴³ Rideshare drivers, and other on-demand workers, should also be entitled to bargain collectively. Uber drivers in the US aggrieved by unilateral fare reductions have already demonstrated a propensity to protest collectively, and to form associations, and this needs to be supported by legislation.⁴⁴

Protection from capricious termination is dealt with in the ODFC Act by minimum notice provisions. For example, heavy vehicle drivers must be given a minimum of three months’ notice to recognise their substantial investment in job-specific, expensive rigs.⁴⁵ Although the Uber driver contract provides that drivers are to be given seven days’ notice of termination at Uber’s discretion,⁴⁶ they can lose access to the app without any notice at all if their ratings drop below an acceptable level.⁴⁷ This is patently unfair. A reasonable notice period, and an opportunity for warnings and opportunities to respond before termination for poor conduct, ought to be mandated in on-demand worker contracts.

Two other provisions in the OFDC Act would be useful in a specific scheme enacted to protect on demand workers. One prohibits threatening a person

⁴⁰ Defined in ODFC Act s 31.

⁴¹ ODFC Act s 31(2)(k).

⁴² ODFC Act ss 25–26.

⁴³ ODFC Act s 64(1)(c)–(e). In Australia, the anti-trust provisions in the *Competition and Consumer Act 2010* (Cth) operate to limit, if not curtail entirely, the scope for independent contractors to engage in collective industrial action. See S McCrystal, ‘Organising Independent Contractors: The Impact of Competition Law’ in J Fudge et (eds), *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*, Hart, Oxford, 2012, at p 139.

⁴⁴ See A Chen, ‘An Uber Labor Movement born in a Laguardia Parking Lot’, *New Yorker*, 8 February 2016, <http://www.newyorker.com/business/currency/an-uber-labor-movement-born-in-a-laguardia-parking-lot> (last visited 13 May 2016).

⁴⁵ ODFC Act s 21.

⁴⁶ Cl 12.2.

⁴⁷ Cl 2.5.2.

with detriment if they claim any of their statutory rights.⁴⁸ The other is a right to mediation of complaints by a Small Business Commissioner, before proceeding to VCAT with a complaint.⁴⁹ Quick and inexpensive dispute resolution services such as these are important in any scheme of regulation designed to address the needs of low paid and precarious workers.

4 Conclusion

As the provisions of the ODFC Act, and similar legislation governing non-employed work in special industries demonstrate, a worker does not need to be an employee to enjoy an entitlement to fair dealing in their work arrangements. The new business structures emerging in the digital economy may legitimately avoid the application of employment protections, but they can be made subject to statutory schemes permitting review and variation of unfair contract terms. The underlying economic reality of the relationships between these new enterprises and the workers who generate their revenue is not substantially different from the industrial factories of the past. The new app intermediaries earn their profits by harvesting a share of the workers' wages. Just as systems of labour law evolved throughout the industrial era to ensure that those who profit from the work of others meet certain obligations to provide decent wages and working conditions, so should our general commercial laws develop to ensure that the business structures enabled by digital technology do not permit unregulated exploitation of precarious workers.

In a true 'sharing economy' the full benefits of the efficiencies gained from 'allocative flexibilities' created by new technologies would be shared with the workers. To this end, some industries are beginning to establish worker-owned cooperatives to develop new technologies. It remains to be seen how successful these kinds of ownership structures will be. In the meantime, we should provide the same serious analysis to the current phenomenon of distanced work in the digital economy, as Professor Numhauser-Henning provided in her important work on fixed term and other atypical work arrangements some fifteen years ago. The fundamental problem is the same, and we ought not to be blinded to it by the novelty of the new technology.

⁴⁸ ODFC Act s 61.

⁴⁹ ODFC Act s 35.

EVA RYRSTEDT OCH LISA YOUNG
INKORPORERANDE
THE HON ALASTAIR NICHOLSONS ERFARENHETER

BARNET OCH DOMAREN:¹
REFLEKTIONER ANGÅENDE BARNETS RÖST I TVISTER I
FAMILJEDOMSTOLEN I AUSTRALIEN²

1 Inledning

Många jurisdiktioner tillämpar principen om barnets bästa när de ska lösa tvister mellan föräldrar. Svårigheterna med att använda detta begrepp är välkända. I många fall är tillämpningen beroende av obligatoriska överväganden; ett sådant är barnets önsknings och uppfattningar. Att beakta barnets uppfattningar i familjerättsprocessen är inte i sig omtvistat. Mycken diskussion har däremot ägnats åt hur man ska inhämta och tolka barnets önsknings och uppfattningar. Framför allt råder det delade meningar om barn bör tala direkt med domaren i målet,³ detta trots att det finns ökande bevis för att barns intressen blir mer gynnade då.⁴

I Australien kan domare träffa barnet utanför rättsalen – och gör det ibland. Å andra sidan får barn bara vittna, eller ens närvara i rättsalen, om domaren tillåter det, vilket sällan sker. Motståndet mot att låta barn medverka direkt,

¹ Jag var en av professor Ann Numhauser Hennings första doktorander. Trots att familjerätt inte var hennes huvudämne, tog hon sig an uppgiften med stor entusiasm, nyfikenhet och kunnighet och såg de möjliga kopplingarna inom det som blev Den Sociala Dimensionen. När hon tillsammans med professor Anna Christensen grundade forskningsgruppen NORMA, skapades en plattform för forskare med en gemensam syn på rätten inom just detta område.

² Detta bidrag har tidigare publicerats på engelska, L Young, with E Ryrstedt and incorporating the personal reflections of the Hon Alastair Nicholson och med titeln "The Child and the Judge: Reflections on the Voice of the Child in Australian Family Court Parenting Disputes", i *Journal of Family Law and Practice* (2012) 3 FLP 1, s. 19–28. För situationen i Sverige, se "The Voice of the Child in Swedish Family Law", E Ryrstedt, L Young och Alastair Nicholson, i *Journal of Family Law and Practice* (2012) 3 FLP 1, s. 29–32.

³ Vi diskuterar inte här möjligheten att formellt höra barn i domstolen, utan hur de kan intervjuas av en domare som en del av beslutsprocessen.

⁴ För en vidare diskussion, se M Fernando, "Conversations between judges and children: An argument in favour of judicial conferences in contested children's matters" (2009) 23 *Australian Journal of Family Law (AJFL)* 48; "Commission for Children and Young People and Child Guardian, The Representation of Children and Young People's Views in Australian Family Law Decision Making" A Discussion Paper, s. 2–3. Tillgänglig via <http://www.ccyipc.qld.gov.au> (28 augusti 2012).

har adresserats av Fernando. En undersökning av domare bekräftade det som redan framstod som den allmänna meningen; mycket få australiska domare intervjuar barn och många motsätter sig detta bestämt.⁵ Istället för en direkt kommunikation mellan barn och domare, används ofta en utredning utförd av beteendevetare. (Detta kallas i Australien för en *Family Report*).⁶ Fortlöpande uttrycks emellertid farhågor om detta är det optimala sättet att föra in barnets röst i förhandlingarna.⁷

Det är inte alla australiska domare som motsätter sig förfarandet med att intervju barn. Det föreligger en växande doktrin om fördelarna med en direkt kommunikation med dem. Utöver denna, och i bedömningen av om det finns några ogynnsamma konsekvenser av förfarandet, är det givande att reflektera över de erfarenheter som legala aktörer på området har. I Australien har den mest engagerade medlemmen av domarkåren, som har varit positiv till förfarandet, varit en av Australiens ledande familjerättsdomare, *the Honorable Alastair Nicholson AO, RFD, QC, f.d. Chief Justice of the Family Court in Australia*. Han har också varit en av de få som har använt och stöttat förfarandet i praktiken.

I detta bidrag fokuserar vi på hans erfarenheter, för att ytterligare belysa den svåra och olösta frågan om barns ska delta i tvister mellan föräldrarna. Vi använder en vanlig metod inom samhällsvetenskapen, vilken kallas *Key Informant Technique*⁸. Det är en kvalitativ etnografisk forskningsmetod med fördelen att den genererar högkvalitativa data under en begränsad tidsperiod, från en informationskälla av expertkaraktär. Flera kriterier har föreslagits för användandet av en sådan källa, som t.ex. roll i samhället, kunskap, villighet, meddelsamhet och opartiskhet.⁹ Kärnan i bidraget reflekterar därför en intervju med vår valda nyckelinformatör domaren Nicholson,¹⁰ som framstår som en ideal informatör för detta ämne. Bidraget ger sig inte ut för att tillhandahålla någon empirisk eller mätbar data på området. Istället, fokuserar den på *His Honour's* personliga reflektioner, vilka emanerar ur en livslång

⁵ M Fernando, "What do Australian family law judges think about meeting with children" (2012) 26 *AJFL* 51.

⁶ Barns önsknings och uppfattningar kan också inskaffas genom en *Independent Children's Lawyer* om en sådan förordnas, se Fernando, not 4, s. 50–51.

⁷ Fernando, not 4.

⁸ M N Marshall, "The key informant technique" (1996) 13(1) *Family Practice* 92.

⁹ Marshall, not 8, med vidare hänvisning till M Tremblay, i *Field-Research: a Sourcebook and Field Manual*, Allen and Unwin, London, 1989.

¹⁰ Utförd av Professor E Ryrstedt. Intervjun utfördes i december 2009 i syfte att överväga hur svenska reformer på området influeras av de australiska erfarenheterna; se diskussionen om Sverige i Ryrstedt, Young and Nicholson, "The Voice of the Child in Swedish Family Law", (2012) 3 *FLP* 1.

karriär i Australiens familjedomstol. Därtill placerar vi frågan i den större kontexten av svårigheten att fatta beslut som gäller föräldrar och barn med hänsyn till vad som är bäst för barnet. Nicholson intar en särskild position bland sina kollegor som en domare som är positiv till att intervjua barn. Han har även varit beredd att göra det i praktiken. Med tanke på hur obekväma domarna i Fernandos översyn var med förfarandet att tala med barn utanför rättsalen, är det lämpligt att reflektera över de erfarenheter som en stark förkämpe för barns rättigheter, ger uttryck för. Nicholsons insikter ger stöd till dem som förespråkar att barn förtjänar att få sina röster hörda mer direkt i familjedomstolen. Innan vi går över till domare Nicholsons uppfattning, presenterar vi den legala kontexten för barns delaktighet i den australiska familjedomstolen.

2 Det rättsliga sammanhanget

År 2006 genomfördes avsevärda tillägg till avdelning VII i *the Family Law Act (1975) (FLA)*.¹¹ Den grundläggande principen om barnets bästa kvarstår som det man främst ska ta hänsyn till, när en *parenting order*¹² beslutas i Australien. Det har länge varit obligatorisk för beslutsfattare att ta hänsyn till barnets uppfattningar och önskningar. Det föreligger dock en väsentlig skönsmässighet vad gäller vilken vikt som ska tilläggas dessa. Lagens ord tillåter domstolen att ta hänsyn till relevanta faktorer som barnets mognad eller grad av förståelse.¹³ Sedan år 2006 har denna bedömning (som de flesta andra) gått från att vara grundad på en lista rörande *primary considerations* till att vara grundad på en lista om *additional considerations*.¹⁴ *Primary considerations* tar nu i första hand sikte på meningsfulla föräldra-/barnrelationer och skyddar barn från övergrepp.¹⁵ Det har förekommit uttalanden i domar, innebärande att kriterier i listan *additional considerations* i vissa fall skulle kunna uppväga det som grundas i listan *primary considerations*.¹⁶ Icke desto mindre är det faktum att ett barns önskningar är ett kriterium som faller under *additional* och inte *primary*, sådant att man vid en lagtolkning kan påstå att placeringen har viss inverkan på den skönsmässiga bedömningen.

¹¹ Denna del av lagen behandlar tvister mellan föräldrar.

¹² En *parenting order* är ett domstolsbeslut avseende relationen mellan barn och föräldrar. Se vidare *the Family Law Act (FLA)*.

¹³ *FLA*, sec. 60CC(3)(a).

¹⁴ Jfr. *FLA* sec. 60CC(2) och sec. 60CC(3). Denna lista kallas ofta för *the checklist*.

¹⁵ *FLA*, secs. 60CC(2)(a) och (b).

¹⁶ M and S (2007) 37 Fam LR 32; FLC 93–313 per Desau J at [33].

Australisk praxis har länge slagit fast att man inte kan bortse från ett barns önskningar bara på grund av barnets ålder.¹⁷ Om ett barns önskningar inte följs, måste ett tydligt rättsligt resonemang föras.¹⁸ Det finns ingen forskning avseende i vilken mån barns önskningar har haft betydelse för resultatet. Debatten i Australien har snarare fokuserat på de relativa fördelarna av att introducera barns önskningar genom tredje part, istället för att domare talar direkt med barn.

Det finns tre huvudvägar på vilka barns önskningar kan föras in i den australiska familjedomstolen.¹⁹ Alla fall som går till domstolsprövning tilldelas en *Family Consultant*, som är en domstolsbaserad beteendevetare. Denna får ofta uppdraget att inkorporera samtliga önskningar barnet ger uttryck för i sin rapport till domstolen, liksom också sina egna rekommendationer avseende dessa önskningar. I vissa, men inte alla fall, kan en *Independent Children's Lawyer (ICL)*²⁰ utses. Denna måste meddela domstolen alla barnets önskningar och kan ge rekommendationer. Slutligen finns också möjligheten att barn talar direkt med domare, en praxis som kallas *judicial conferencing*. Som Fernando har bekräftat genom sitt empiriska arbete, är detta väldigt ovanligt. Icke desto mindre kan beslutsfattare tala direkt med barn, under förutsättning att de uppfyller kraven på ett rättvist förfarande. När vi talar om den australiska erfarenheten, pekar Fernando på följande argument som talar för *judicial conferencing* som ett komplement till *Family Reports*:

- Klargörande av bevis
- Införande av aktuell och viktig information som annars kanske inte skulle komma rätten till handa
- Säkerställa att beslut är grundade på bästa tillgängliga bevisning
- Förbättrat beviskraftsvärde hos barns bevisning, genom att man undviker en process som går genom andra
- Direkt kontakt med ett barn kan förstärka juridiskt fokus på det enskilda barnets behov och barnets bästa. Domaren kan diskutera möjliga val rörande deras relation till föräldrarna med dem
- Reducera fördröjning i brådskande angelägenheter
- Uppfylla dokumenterade önskningar hos barn om att få träffa beslutsfattare.

¹⁷ Marriage of Joannou (1985) FLC 91-531.

¹⁸ Harrison and Woollard (1995) 18 Fam LR 788 at 825 per Baker J.

¹⁹ FLA, sec 60CD(2) anför uttryckligt att rätten kan informera sig om barnets uppfattningar på det sätt som rätten finner lämpligt.

²⁰ Under FLA sec. 68L kan en *Independent Children's Lawyer* bli utsedd för barnet av rätten; denna agerar inte för barnet räkning som sådant, utan för barnets bästa, se N Ross, "Legal Representation of Children" i G Monahan and L Young (red), *Children and the Law in Australia*, LexisNexis, Sydney, 2008, s. 551-553.

Detta har visats sig gynna barn

– Vidkännas barns rättigheter som de regleras i internationell rätt

Det finns dock en oro bland domare i familjedomstolar, för att de saknar den expertis som behövs för att samla in och tolka utsagor som rör barn²¹ och för att de inte har tillräcklig kunskap om barns utveckling.²² Vidare är domare tveksamma till en situation där barn blir ytterligare inblandade i konflikter mellan föräldrar och utsätts för ökad föräldramanipulation.²³ Det finns också en uppenbar oro avseende att säkerställa ett rättvist förfarande, när information som en domare kan tänkas få stor tilltro till, inte har samlats in på ett mera typiskt och formellt sätt.²⁴

Medan Fernando i sin undersökning om australiska domare fann att det förelåg en viss öppenhet rörande tillämpningen av *judicial conferencing*, var denna mer teoretisk än reell (med tanke på hur ovanlig den var). 30% av respondenterna var helt emot förfarandet.²⁵ Det är bara om en ändring i domarnas attityd äger rum, som det är troligt att det blir en ändring i Australien. Om vi ser på Australiens nära granne, Nya Zeeland, har en mycket likartad reglering om barns direkta deltagande där fått mycket större spridning.²⁶ Detta beror utan tvivel på att det finns ett mycket större rättsligt stöd för konceptet i Nya Zeeland.²⁷ Givet den avgörande roll som domarnas attityd spelar i Australien i detta avseende, fokuserar vi i resten av detta bidrag på domare Nicholsons erfarenheter och uppfattningar.

3 En domares erfarenheter

Alastair Nicholson var *Chief Justice i the Family Court of Australia* under 16 år och gick i pension år 2004. Han är en erkänt ledande internationell förkämpe för barns rättigheter. Han var grundare av *Children's Rights International*. Såväl

²¹ M Fernando, not 5, s. 52–53.

²² J Kelly, "Psychological and Legal Interventions for Parents and Children in Custody and Access Disputes: Current Research and Practice" (2002) 10 *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, s. 154; Fernando, not 5, s. 66. R Chisholm, "Children's Participation in Family Court Litigation" (1999) 13 *AJFL* 197, s. 203; J Cashmore, "Children's Participation in Family Law Matters" i C Hallet and A Prout (red), *Hearing the Voices of Children: Social Policy for a New Century*, Routledge Falmer, London, 2003, s. 167; Fernando, not 5, s. 65.

²³ Fernando, not 5, s. 66.

²⁴ Fernando, not 5, s. 68–71.

²⁵ Fernando, not 5, s. 67.

²⁶ I en studie av rättsfall avgjorda mellan 2001 och 2005, hade i 41.5% av fallen en *judicial interview* genomförts med ett barn, P Tapp, "Judges are Human Too: Conversation Between the Judge and a Child as a Means of Giving Effect to Section 6 of the Care of Children Act 2004" (2006) *New Zealand Law Review (NZLR)* 35.

²⁷ Fernando, not 5, s. 53–54. Se också diskussionen i Fernando, not 4.

under hans tid som *Chief Justice* som sedan hans pensionering, har Nicholson offentligt uttalat sitt stöd för att konkreta åtgärder ska genomföras bl.a. i Australien för att förbättra barns rättigheter. Olikt många andra domare, är Nicholson känd för att stödja *judicial conferencing*, både i teori och i praktik. I detta avseende är han därför något av en ovanlighet och kan erbjuda insikter i de praktiska fördelarna med processen. Han kan också reflektera över de möjliga farorna. Den följande diskussionen återspeglar Nicholsons kommentarer i en intervju som ställde övergripande frågor om användandet av *judicial conferencing*, för att på ett mera generellt plan lösa tvister mellan föräldrar i Australien. De inneboende svårigheterna i att tillämpa principen om barnets bästa, som då ska innehålla barns uppfattningar, är del av den generella processen för att bestämma vad som är förenligt med barns bästa. Nicholson betonade svårigheterna med att tillämpa detta notoriskt oklara begrepp. I praktiken säger han, måste man ofta bestämma vad som är det minst dåliga för barnet.²⁸ Även om den australiska familjerättsliga regleringen tillhandahåller en *checklist* av omständigheter att ta hänsyn till vid bedömningen av barnets bästa, kan en sådan lista bara hjälpa till i viss grad. Omständigheterna är ju olika från fall till fall. I bästa fall kan den ge en viss vägledning vad gäller de typer av omständigheter som parlamentet ansåg att en beslutsfattare²⁹ borde ta med i bedömningen av tvister mellan föräldrar. Nicholson pekar dock på att det ibland kan verka lättare för en beslutsfattare att avgöra om någonting *inte* är förenligt med barnets bästa, än att något *är* förenligt med dess bästa. Det finns saker som en beslutsfattare kan uppfatta instinktivt, eller på annat sätt veta inte vara bäst för ett barn. Det kan t.ex. vara så att en viss reglering inte framstår som det bästa för ett barn. Ett exempel är att en australisk beslutsfattare i familjedomstolen normalt måste³⁰ fästa avsevärd vikt vid delat föräldraskap, i bedömningen av vad som är bäst för ett barn. Detta kom genom 2006 års reformer att ingå i frågan om vad som utgör barnets bästa. Nicholson anser att när man jämkar samman de olika omständigheter som enligt lag ska ha

²⁸ Åsikten att det minst dåliga resultatet skulle väljas, togs upp i det viktiga arbetet, J Goldstein, A Freud and A Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, Free Press, New York, 1973.

²⁹ Beslut involverande föräldrar i Australien kan fattas av ett flertal juridiska tjänstemän.

³⁰ Ett delat föräldraskap (i huvudfallet lika tid) måste aktivt övervägas av envar beslutsfattare, vid ett beslut om *equal shared parental responsibility* (gemensam legal vårdnad), *FLA, sec. 65DAA*. Gemensam vårdnad är motsvarigheten till vad som tidigare kallades *guardianship* (vårdnad) i Australien och innebär ansvaret för stora, långsiktiga frågor om barnet, som utbildning, namn, viktiga medicinska beslut osv. Innan 2006 var vårdnaden normalt gemensam. Sedan 2006 finns det en motbevisbar presumtion för att fatta beslut om detta, *FLA, sec. 61DA*. I många fall blir alltså gemensam legal vårdnad resultatet och då måste ett delat föräldraskap övervägas.

betydelse för bedömningen av ett barns bästa, kan ibland den verkliga betydelsen av begreppet gå förlorad.

Den inneboende svårigheten med att tillämpa barnets bästa, kommer både från dess kulturella relativitet och från möjligheten av naturlig partiskhet hos en beslutsfattare. Alla beslutsfattare och särskilt de som gör en skönsmässig prövning, som ju oftast är fallet i familjerättsliga fall, är oundvikligen påverkade av sin egen bakgrund och erfarenhet. Nicholson noterar att det finns en klar risk att en beslutsfattare blir påverkad av sina egna personliga uppfattningar av vad som är bra för barn, oavsett om de förstår att det blir en del av beslutsprocessen, eller inte. Nicholson anser att det finns ett reellt behov av juridisk utbildning på detta område för att möjliggöra för domare att uppfatta och ta hänsyn till problemet. Betydande arbete på detta område har gjorts av *Western Judicial Education Centre* i Kanada. På sent 1990-tal deltog ett antal australiska domare, däribland Nicholson, i kurser som adresserade problemet och som centret genomförde både i Kanada och Australien.

En uppenbar situation där en partiskhet kan framträda är i fall där tvisten om föräldrarättigheter står mellan en förälder från ursprungsbefolkningen och en person som inte härrör ur denna. Beslutsfattare är undantagslöst vita och medelålders. Potentialen för en sådan beslutsfattare att uppvisa ett företräde för en vårdnadshavare som inte härrör ur ursprungsbefolkningen är uppenbar. Detta är skälet till att Nicholson bidrog till att övertala en tidigare *Attorney-General* att *the checklist* om vad barnets bästa inkluderar, borde inrymma mycket speciella anvisningar om övervägande av frågor som är specifika för ursprungs-kulturen.³¹ Det finns dock många andra fall där frågan om partiskhet är tillämplig.

Nicholsons kommentarer angående svårigheterna med att tillämpa principen om barnets bästa, belyser behovet för beslutsfattare att få tillgång till den bästa och mest aktuella informationen att basera sina beslut på. Rättsliga intervjuer med barn anses ge en potentiell fördel i detta avseende.³² Å ena sidan påminner Nicholson oss om behovet av att vara försiktiga med att lita på ett allt för omfattande bruk av skönsmässighet. Vi måste säkerställa att bästa möjliga beslut fattas. Att de legala riktlinjerna är komplexa och partiska i generell mening är en naturlig del av allt beslutsfattande. En domares förutfattade mening avseende vad som kan vara bäst för ett barn, kan bäst kontrolleras genom att tala direkt med barnet om vad det ser som bästa möjliga resultat. Nicholsons kommentarer belyser också att rättsreglerna i första hand

³¹ *FLA*, secs. 60CC(3)(h) och 60CC(6).

³² Fernando belyser detta som en av fördelarna med *judicial conferencing*, Fernando, not 4, s. 53.

borde fokusera på processen att samla ihop relevanta bevis, snarare än att föreskriva att särskilda regleringar om föräldraskap ska utgöra del av bedömningen oavsett vilka omständigheter som föreligger i det särskilda fallet. Den här senare synpunkten är särskilt betydelsefull, med hänsyn till att ökande bevis ifrågasätter nyttan för barn av att man i begreppet barnets bästa inkluderar rättsregler som gör det obligatoriskt att överväga särskilda modeller om delat föräldraskap.³³

4 Domarens slutliga dilemma

Nicholson identifierar två omständigheter som presenterar särskilda svårigheter när man ska fatta ett beslut om föräldraskap. Dessa framstår som diametralt motsatta. Den första är där båda föräldrarna förefaller vara ordentliga personer och där endera av dem ensam skulle vara en utmärkt förälder för barnet. Föräldrarnas enda fel är deras oförmåga att komma överens om ett rimligt arrangemang avseende föräldraskapet. Ett sådant scenario, säger Nicholson, riskerar att leda till det lätta beslutet; att ge båda föräldrarna lika tillgång till barnet. En sådan lösning är intuitivt attraktiv och svår att undvika under det nuvarande australiska rättsliga regelverket, vilket prioriterar ett delat föräldraskap. Motsatsen kan dessutom leda till att barnet i onödan berövas lika tid med båda föräldrarna, vilket är värdefullt i sig.

Nicholson anspelar på det faktum att dela på barnet kanske inte med nödvändighet uppfyller kravet på barnets bästa. Det kan istället bli bättre uppfyllt genom något annat arrangemang. Nicholson pekar till exempel på att det finns fall där i sig ordentliga föräldrar har så helt motsatta sätt att uppfostra barn på, att ett delat föräldraskap leder till förvirring och osäkerhet för barnet. Det sägs ofta att svåra fall leder till dålig rättstillämpning. Det är ofta de svåravgjorda fallen som har potential att leda till mindre bra beslut för barn jämfört med fall där resultatet är mera uppenbart.

Den andra ytterligheten är där en av föräldrarna anklagas för att ha begått sexuella övergrepp mot barnet. I dessa svåra fall innebär ett bristfälligt resultat mycket stora risker för barnet. Som Nicholson framhåller är dessa fall sådana där ofta det resultat som är det minst dåliga måste väljas av beslutsfattaren. Våldigt ofta befinner sig en beslutsfattare i en situation där övergreppet inte är bevisat, men det finns en möjlighet att det har ägt rum. Som många har

³³ B Fehlberg, B Smyth, M Maclean och C Roberts, "Legislating for shared time parenting after separation: A research review" (2011) 25 *International Journal of Law, Policy and the Family*, 318 s. 320–321.

noterat, måste farorna med att förhindra kontakt mellan ett barn och en förälder när det inte har förekommit övergrepp, vägas mot risken av att tillåta kontakt där övergrepp har förekommit.³⁴ Detta hänger samman med risken att anklagelsen om övergrepp falskt har gjorts av den andra föräldern.³⁵ Om detta är fallet (och det kan vara väldigt svårt att fastslå) talar det starkt mot att en sådan förälder får ta hand om och ha ansvar för barnet. Den krassa verkligheten är att endera av besluten kan få katastrofala följder för barnet.

Nicholson's scenarier belyser begränsningarna av ett förfarande som vid ett givet tillfälle försöker förutsäga vad som är det bästa för barn. Detta är ofta grundat på bristfällig och gammal bevisning. Det är en väldigt svår uppgift. Det kommer också hela tiden att vara de svåraste fallen som domstolen får avgöra. När bevisningen är sådan att Salomons val måste göras undrar man om processen utifrån kan framstå som ett lotteri.

Detta givet, kan det också framstå som underligt för en utomstående att den person som mest direkt är påverkad av beslutet inte hörs direkt i domstol. I båda scenarierna kan hävdas att det lämpliga och lägliga inkluderandet av direkta bidrag från barn, kan öka möjligheten att beslutet blir det bästa för dem.

5 Är den kontradiktoriska principen en del av problemet?

Nicholson noterar en bekymmersam aspekt av den kontradiktoriska principen i förfaranden som gäller barn. Hans erfarenhet är att den ofta ledde till otillbörligt fokus på triviala eller irrelevanta dispyter om gamla händelser. Föräldrarna kunde blanda in barnets bästa, när de korsvis försökte avslöja den andra. Den kontradiktoriska principens karaktär var sådan att det var väldigt svårt för domaren att ingripa. Därtill kommer att ett alltför konfliktinriktat angreppssätt hade nackdelarna att öka kostnaderna för parterna och att höja aggressionsnivån mellan dem. Invändningar mot bevisningen restes grundad i mycket tekniska orsaker. Allt detta kunde potentiellt distrahera domstolen från frågan vad som var bäst för barnet sett ur ett framtidsperspektiv.

2006 års reformer av *Family Law Act* innehöll tillägg som var avsedda att minska den kontradiktoriska karaktären av tvister mellan föräldrar (vilket blev

³⁴ För en diskussion av frågan, se R Chisholm, "Child abuse allegations in family law cases: A review of the law" (2011) 25 *AJFL* 1 and J Fogarty AM, "Unacceptable risk – A return to basics" (2006) 20 *AJFL* 249.

³⁵ Vad gäller sannolikheten av falska anklagelser och den faktiska svårigheten i att motbevisa dem, se L Young, "Child sexual abuse allegations in the Family Court of Western Australia: An old light on a new problem" (1998) 3 *Sister in Law* 98.

känt som *less adversarial trial (LAT)*. *LAT* introducerades efter ett projekt som drevs av domare Nicholson och var inspirerat av en modell från Tyskland.³⁶ Den tyska modellen, som avsevärt avviker från modeller i jurisdiktioner med en historisk preferens för kontradiktoriska rättegångar, tillhandahåller redan från början av ärendet möjligheten för domaren att ha kontakt med barnet. Härtill kommer att speciell vikt läggs vid att detta äger rum på en fysisk plats (inom eller utom domstolen) som inte är negativ för barnet.

Det australiska systemet saknar dessa specifika barnorienterade drag, vilket utan tvivel är en av dess svagheter. Det mera barnorienterade angreppssättet som faktiskt ändå finns i systemet tillåter emellertid parterna att träffas med sina advokater och en domare i början av processen, efter att tvistlösning har misslyckats. I bästa fall kan då beslutsfattaren definiera frågorna efter mer direkt deltagande av parterna. Detta gör det möjligt att undvika en rättslig försvarsreaktion. Genom att tillåta mycket större rättslig kontroll över förhandlingarna, kan beslutsfattaren från att tvisten inleds, identifiera vilken relevant bevisning som behövs. Den lindring av bevisregleringen som *LAT* tillåter, möjliggör vidare större rättslig flexibilitet.

Nicholsons tidiga erfarenhet av *LAT* processen är att parternas förståelse av förfaringsättets verkliga natur vad gäller barn ökade förvånansvärt mycket, liksom också känslan att de essentiella frågorna verkligen togs upp. På samma gång noterar dock Nicholson att några av de mera traditionella domarna och också några av advokaterna, redan från början kämpade med vidden av förändringar. De ville därför återgå till en situation som de kände sig mera bekväma mer – alltså en mera kontradiktorisk process.

LAT tillhandahåller en verklig möjlighet för barn att delta direkt i tvister mellan föräldrarna. Beslutsfattare är inblandade i början, har mer kontroll över processen och bevisen och kan bedöma när och vad för slags underlag som det kan hjälpa att få från ett barn.

En betydande defekt i *LAT*, som den har inkorporerats i *FLA*, är att användandet av det är frivilligt, i enlighet med vad domaren bestämmer. Nicholson rapporterar att domare tycker att *LAT* ger dem ett mycket större ansvar och kräver en mycket högre grad av inblandning, än vad som är fallet i en kontradiktorisk process. Medan många domare är förtjusta i denna möjlighet, har det förelegat en naturlig tendens för några domare som är mera

³⁶ Se E Ryrstedt, L Young och A Nicholson, "The voice of the child in Swedish family law" (2012) 3 FLP 1, med hänvisning till M Harrison, "Finding a better way: A bold departure from the traditional common law approach to the conduct of legal proceedings" Family Court of Australia, 2007. Tillgänglig via www.familycourt.gov.au (8 Januari 2013).

reaktionära eller mindre ambitiösa, att återgå till den kontradiktoriska modellen. Detta har också ofta uppmuntrats av advokater som uppträder i domstolen. Dessa förlorar det mesta av sin kontroll över processen när *LAT* tillämpas. En del domare har tagit illa upp av den uppfattning som de uttolkar ur *LAT*, innebärande att familjerättsliga mål tidigare skulle ha skötts otillfredsställande och att detta har förminskat deras bidrag till den familjerättsliga utvecklingen. Detta är en olycklig reaktion på vad som ligger bakom *LAT*, då denna inte innehåller någon kritik av dem som gjorde det bästa av det tidigare systemet. *LAT* utgör mera ett försök att förbättra det gamla australiska systemet, genom att inkorporera slutsatser från andra system.³⁷

6 Hur domaren talar med ett barn

Det är alltså tillåtet för domare att tala direkt med ett barn i ämbetsrummet i familjerättsmål, även om det är ovanligt. Domare Nicholson bekräftar att det under åren har varit ett avsiktligt förfarande i Australien att inte involvera barn direkt i förhandlingarna, utan att istället lita på rapporter från rådgivare. Domare har en historisk tradition av att vara mycket försiktiga när det gäller att tala med barn. Nicholson tycker dock att rättsliga intervjuer med barn borde vara ett essentiellt resultat av *LAT*. Det föreligger två huvudsakliga farhågor rörande *judicial conferencing*. Dessa är rättvist förfarande och brist på rättslig skicklighet i att intervjua barn. Vad gäller rättvist förfarande bekräftar domare Nicholson att det innan år 2006 var motiverat med en rättslig försiktighet avseende intervjuer med barn. Detta gällde åtminstone delvis och då pga. den oro som förelåg avseende att beslut inte skulle fattas grundat på material som båda parter fick tillgång till. Nicholson framhåller emellertid, att det alltid fanns sätt att hantera den frågan. Domaren kunde träffa och prata med ett barn, för att sedan återvända till rätten och rapportera vad barnet hade berättat. Därefter kunde parterna ges möjlighet att svara. Ett annat angreppssätt, som han själv har använt, har varit att fråga barnet om detta skulle vara berett att tala med en *family counsellor* (nu: *Family Consultant*) och berätta för denne vad han eller hon har sagt till domaren. Därefter skulle en rapport från *the Family Consultant* begäras, vilken skulle tillåta informationen att presenteras för rätten på ett legalt tillåtet sätt.

Nicholson vidgår svårigheterna med att intervjua barn och särskilt behovet av att avslöja vad de har sagt för föräldrarna. Han noterar att det inte alltid är

³⁷ Många legala beslutsfattare har tagit till sig *LAT* och att det har fört med sig avsevärda förbättringar på andra områden än direkt deltagande av barn, se M Harrison, not 36.

vad barn vill och att detta kan sätta en domare i en svår situation, där han eller hon inte kan vara specifik vad gäller information som leder till det slutliga beslutet. Domare Nicholson belyser också vikten av att i beslutet av om ett barn ska intervjuas, bedöma om föräldrarna klarar av att acceptera vad som har avslöjats, så att negativa konsekvenser för barnet undviks.

Nicholson accepterar att föräldrarnas reaktion på det som barnet avslöjar för en domare, naturligtvis mycket beror på deras karaktär. Han rapporterar emellertid att vissa föräldrar är väldigt nöjda med att barnet har haft möjligheten att delta i förfarandet. I enlighet med hans erfarenhet, har det sällan verkat finnas något verkligt motstånd hos föräldrarna till en *judicial conference* med barnet. Han fortsätter med att säga att föräldrar faktiskt kan vara misstänksamma mot det som *the Family Report* säger. Om det emellertid bekräftas av vad barnet säger till domaren, kan det förbättra situationen. Detta kan i sin tur göra det lättare för föräldrarna att nå en överenskommelse.

I vissa fall och för vissa föräldrar kan naturligtvis vad ett barn säger till en domare vara mycket besvärande och grund för besvikelse. Nicholson pekar på att domare är medvetna om möjligheten att barn straffas eller tillrättavisas för de uppfattningar som de uttrycker. Detta kan emellertid uppstå vare sig de har talat med en domare eller med en *Family Consultant*. Eftersom rätten inte har någon kontakt med familjen efter det att beslutet har fattats, finns det liten möjlighet att veta om detta äger rum. Detta är uppenbart något som är mycket svårt för domare att förlika sig med.

I detta avseende, pekar domare Nicholson på, att ett beslut kan grundas på vad barnet säger att de vill till en domare, utan att man avslöjar exakt vad som har sagts. Som Nicholson framhåller, måste emellertid domaren förklara sitt sätt att resonera i beslutet och varför barnets önsknings inte följs om så är fallet. Detta gäller under förutsättning att barnet har uttryckt sina önsknings tydligt, vare sig det är till en *Family Consultant*, en domare eller en *Independent Children's Lawyer*. Nicholson anser att ju äldre barnet är, desto mer utförlig ska förklaringen vara.

Som har noterats, stöder forskningen slutsatsen att det finns fördelar för barn som blir intervjuade. Nicholsons erfarenhet bekräftar detta; han fann att barn uppskattar möjligheten att få tala med beslutsfattaren. De uppskattar att bli konsulterade i något som grundläggande berör dem, även om deras uppfattning inte får gehör. Det faktum att domaren är beredd att tala med dem och att ta reda på vad de tycker och sedan tar med detta i bedömningen leder till en mycket positiv erfarenhet för dem.

I relation till frågan om brist på rättslig skicklighet anser Nicholson att sättet på vilket en intervju genomförs är avgörande. Barn behöver känna sig väl till mods. Även om de kan träffa en domare i något rum i domstolen, kan det vara lämpligare att träffa dem i en annan mer neutral miljö. Han noterar emellertid också att bristen på *judicial conferencing* bidrar till brist på erfarenhet hos domare. De kan då istället bli tvungna att förlita sig på sina personliga erfarenheter som föräldrar. Det är naturligtvis ofta svårt att avgöra vad ett barn verkligen vill. Förutom att lyssna till vad barn själva säger till en domare, behöver domaren se till bevisningen om vad barnet har sagt till neutrala vittnen eller *the Family Consultant*. Tolkningen av ett barns önsknings kan vara väldigt svåra; ålder är en faktor, men barn kan också vilja skydda föräldrar, se till att de båda två är lyckliga och kan t.o.m. ge uttryck för stöd till en av föräldrarna.

Domare Nicholson trycker också på vikten av rapporter från *Family Consultants*; i det avseendet utgör *judicial conferencing* ett komplement till *Family Reports*.³⁸ Utöver att avslöja information som annars kanske inte skulle läggas fram av parternas advokater, om de ens kände till den, är det väldigt troligt att rapporter adresserar frågor som är av stor vikt för domarens slutliga beslut. Domare Nicholson betonar att, även när ett barn intervjuas av en domare, används ofta *the Family Consultant's* rapport i samma utsträckning som när en sådan intervju inte har ägt rum. Det föreligger mycket ofta en överensstämmelse mellan vad som står i rapporten och vad barnet säger till en domare. Den extra information som man kan få via en intervju med ett barn, ger emellertid möjlighet att ifrågasätta rapporten. Om rapporten skiljer sig från det som barnet uppger vara hans eller hennes önsknings under en *judicial conference*, kan domare använda detta för att förtydliga rapporten. Denna tilläggsinformation tillhandahåller en bakgrund som kan användas för att bedöma vilken vikt som ska tilläggas rekommendationerna i rapporten. Enligt Nicholson's erfarenhet kan det ibland föreligga avsevärda skillnader mellan vad rapporten säger om barnet och vad domaren upptäcker genom ett möte och en intervju. Därtill kommer att Nicholson noterar att barn kan känna sig pressade att tillhandahålla ett specifikt synsätt när de blir intervjuade av en *Family Consultant*. Om uppgifterna i rapporten står i konflikt med vad domaren har fått veta av barnet är detta är ett vidare skäl att läsa den med försiktighet. Domaren gör sedan en bedömning om vad barnet verkligen vill, med bättre underlag än vad han eller hon hade haft med enbart rapporten.

Nicholson säger att den svåraste situationen han har mött när han har

³⁸ Se också Fernando, not 5, s. 51–52.

intervjuat ett barn, är om barnet är tyst och tydligt inte vill delta. Sådana situationer kan uppstå och väcker frågan om hur man har nått fram till att en intervju ska genomföras, utan att detta var känt. Under *FLA* behöver inte barn uttrycka sina uppfattningar. En intervju med ett barn borde därför endast ske om ett barn har blivit tillfrågat om det önskar delta. I varje fall där en situation som den ovanstående uppstod, hade barnet tillfrågats om, och samtyckt till, att träffa domaren. Normalt träffade de domaren tillsammans med en *family counsellor* (nu *Family Consultant*) och *the ICL*. Om ett barn då är tystlåtet, kan det hända att det har känt sig överväldigat av omständigheterna eller har blivit tillsagt av en förälder att inte säga något. Nicholson anser att om det förelåg en allmän praxis innebärande att domare träffade barn, skulle särskild uppmärksamhet riktas mot var sådana intervjuer äger rum och vem som skulle närvara. I detta avseende, anser han att det finns mycket positivt att säga om det mera informella tyska systemet.

Enligt Nicholson är en annan svår situation om barnet är orubbligt avseende vad han eller hon vill, men detta beror på att barnet uppfattar att en av föräldrarna har ett särskilt behov av stöd från barnet, t.ex. beroende på alkoholism eller annan sjukdom. I ett sådant fall föreslår Nicholson att domaren tar reda på barnets uppfattningar, men inte ger det en avgörande vikt.

Vad gäller speciell träning för domare, framhåller Nicholson att domare i Australien vanligtvis har varit skickliga och framgångsrika juridiska praktiker, innan de blev utsedda till domare. Domarrollen är emellertid mycket olik sådan praktik, men han förutsätter att det kan föreligga en benägenhet hos vissa domare att anse att de har så mycket erfarenhet att de inte behöver ytterligare träning.

Nicholson stöder uppfattningen att en domares praktiska juridiska erfarenhet behöver kompletteras med bättre juridisk erfarenhet på många områden. Enligt hans uppfattning, borde frågan om hur man ska tolka och hantera barn, vara ämnen för ganska betydande juridisk utbildning, eftersom bara ett fåtal domare har haft avsevärd tidigare erfarenhet på området.

Nicholson noterade att en juridisk utbildning rörande genusfrågor som ett experiment hade genomförts några år tidigare. Det riktade sig till stor del mot faran att domare använde egen erfarenhet när de tolkade bevisning. Enligt hans uppfattning utmanade detta många av deltagarna, men majoriteten fann det vara till mycket stor hjälp. Denna erfarenhet kan också överföras till andra områden och det föreligger inget tvivel om att träning i att intervjua barn skulle vara till hjälp för att undvika att domare litade på personlig erfarenhet.

Nicholson föreslår inte att domare borde utbildas till den grad att de skulle

bli experter. De borde dock utveckla en betydande förståelse av frågan och kunna kommunicera med barn på ett sätt så att de känner sig väl till mods.

Som Nicholson påpekar är en av de största svårigheterna som domare möter att de inte har tillräckligt material för att fatta ett beslut. Med *LAT* har domare nu möjligheten att identifiera om det föreligger otillräckliga bevis, men också vad för bevis de skulle vilja få tillgång till. Detta kan vara fallet när det finns motstridiga bevis; om en rapport från en *Family Consultant* står i strid med vad barnet säger i en *judicial conference*, kan detta utvecklas vidare med *the Consultant* i rätten. Vad gäller barns önsknings, måste domaren ta med barnets ålder i sin bedömning. Det föreligger situationer, där upplysningar kan erhållas utan att det finns behov av direkt kontakt med ett barn. Nicholson anser dock, att när man bedömer en viktig fråga, t.ex. relationen mellan en förälder och ett barn, måste man vara försiktig med att lita enbart på tredjepartsbevisning. Med andra ord föreligger det betydande fördelar med *judicial conferencing*. Nicholson framhåller generellt och oaktat svårigheterna, att han aldrig har ångrat att han har intervjuat ett barn (vilket normalt ändå skedde under ovanliga omständigheter). Han noterar att om han var i tjänst nu, skulle han välja att intervjua barn mycket oftare.

I detta avseende är det intressant att notera en artikel av domare Robert Benjamin (*the Family Court of Australia*) i vilken han stöder det önskvärda i att domare intervjuar barn i lämpliga fall och diskuterar sina egna erfarenheter av att göra det.³⁹ Det är tydligt att hans erfarenheter stämmer överens med Nicholsons och i de fall han refererar till, var *the judicial conference* en avgörande komponent för att nå en tillfredsställande slutsats. Benjamin gör en intressant jämförelse med hur annorlunda domare i Nya Zeeland hanterar frågan.⁴⁰ I någon omfattning anser han detta bero på små men viktiga skillnader i lagstiftningen. Han belyser också juridisk kritik om användandet av ett kontradiktoriskt system när man löser tvister mellan föräldrar.⁴¹ Trots detta, är det uppenbart i artikeln, att han inte upplever att en australisk domare är otillbörligt förhindrad att genomföra en *judicial conference* och han har uppenbarligen framgångsrikt själv gjort det.

³⁹ Justice R Benjamin, "Judges receiving evidence directly from children" (2012) 2 *Fam L Rev.* 99.

⁴⁰ Se också diskussionen i Fernando, not 5 och forskningen som hon refererar till i Nya Zeeland.

⁴¹ Se diskussionen i Harrison, not 36, s. 36–38.

7 Slutsatser

Att barnets bästa är ett begrepp som är svårt att tillämpa, leder till problem när man ska besluta om vissa mycket praktiska och fundamentala aspekter i ett barns liv. Oftast gäller det med vilken förälder barnet ska leva och när. Att maximera barns rätt att uttrycka sina önskningar och uppfattningar, borde vara till stor hjälp i dessa fall.

Den australiska processen innebär nästan alltid att en tredje part talar med barnet för att sedan meddela domstolen barnets uppfattningar och önskningar. Fördelarna med ett sådant system är uppenbara. Det viktigaste är att barnet påverkas så lite som möjligt av den ibland väldigt fientliga situationen mellan föräldrarna. Nackdelen är å andra sidan att barnets önskningar och uppfattningar filtreras genom en tredje person. Denne tolkar oundvikligen vad barnet sa – och då ofta i perspektiv av vad den personen själv tycker är barnets bästa. Detta är just skälet till att hörsägen inte har varit generellt tillåtet. Att hörsägen är tillåtet vad gäller barn, betyder dock inte att vi ska ”slänga ut barnet med badvattnet”. Domaren kommer att vilja höra vad *the Family Consultant* eller *ICL* tycker om barnets bästa, men det är inte något skäl för att inte lyssna direkt till barnets uppfattningar, precis som föräldrarna har möjlighet att direkt framföra vad de tycker. Vidare kan själva möjligheten för barn att delta i en beslutsprocess, som grundläggande rör dem, innebära fördelar för vissa barn, även om resultatet inte blir annorlunda.

Det finns förstås många fall där ett barns uppfattningar inte är avgörande för beslutet. Detta betyder dock inte att man ska avstå från att intervjua barn i fall där domaren känner sig osäker på barnets verkliga känslor, (t.ex. där barnet kanske inte har förstått betydelsen av vad det sagt för beslutet) eller på frågan om vidare uppgifter från barnet kan vara dem behjälpliga i deras beslutsfattande.

Att erbjuda avancerad träning för domare för att de ska kunna sköta och tolka sådana intervjuer på ett lämpligt sätt, är ett lågt pris att betala för fördelarna för barnet (både emotionellt och vad gäller beslutet). Att intervjua barn formellt i en rättegångssal kan naturligtvis vara en mycket skrämmande situation för barnet. I Australien kan emellertid domaren använda vilken metod han eller hon vill, vilket inkluderar att träffa barnet utanför domstolen. Domaren kan försäkra sig om att barnet förstår mötets betydelse och barnet kan skyddas från den mera obehagliga miljön i en rättegångssal.

När man funderar över det bästa sättet att främja barns intressen i familjerätt, kan man inte bortse från att det föreligger ökande bevis för att dessa

intressen gynnas genom alltmer direkt deltagande. Nicholsons erfarenheter stöder denna slutsats och ger anledning att förvänta sig att mer och mer positiva resultat kan uppnås för både barn och föräldrar.

Nicholson anser att en högre grad av inkluderande av barn i processen är ett sätt att minimera effekten av naturliga fördomar när beslut fattas. Detta kan vara till hjälp i de svåraste fallen, öka sannolikheten för ett resultat som främjar ett bättre föräldraskap, samt försäkra att barns rättigheter i ett fall som berör dem, får bättre genomslag. Detta kan också minska risken att processen framstår som godtycklig i det avseende att all relevant information inte på rätt sätt har beaktats. Som en biprodukt, framhåller Nicholson att det föreligger en ökad möjlighet att föräldrar blir mer nöjda (och att överenskommelser ingås) genom att man använder sig av intervjuer. Nicholsons erfarenhet antyder att föräldrar inte är negativa till det juridiska användandet av intervjuer. Det finns också skäl att misstänka att föräldrar kommer att tjäna på ett mer omfattande användande av intervjuer, under förutsättning att domare är uppmärksamma på ogynnsamma konsekvenser för barn. Som vi har sett stöder Nicholsons erfarenhet synen att barn personligen tjänar på att bli inkluderade i förfarandet, vilket leder vidare än frågan om vilket slutligt beslut som har fattats. Man kan faktiskt ifrågasätta varför ett barn ska nekas möjligheten att tala med en domare, om barnet vill det. Det framstår som uppenbart att detta skulle kunna vara mer negativt för barn än riskerna med intervjuer.

Mot denna bakgrund, är det svårt att se varför domare i Australien förblir så tveksamma till att tala direkt med barn; även om de uttalar ett intresse för förfarandet som sådant, genomför de det sällan.⁴² Nicholsons upplevelser – och han var den seniora domaren i *the Family Court* i många år – förklarar inte skälen för denna rättsliga tveksamhet. Nicholson angav att domare förespråkade rättvisa förfaranden och brist på juridisk skicklighet som skäl för sitt ställningstagande. Som vi har sett, är detta emellertid inte oöverkomliga hinder. Rättvisa förfaranden kan redan adresseras och vidare kan ytterligare regler införas. Lämpliga intervjukunskaper är relevant både för tredje parter som intervjuar barn och för domare. Det finns inte något skäl för att inte en likartad utbildning för båda grupperna skulle kunna tillhandahållas regelbundet. Varken domare eller t.ex. poliser har någon samhällsvetenskaplig bakgrund för att intervju barn. Tvister mellan föräldrar är kärnverksamheten i *the Family Court*; vad kan då vara viktigare än utbildning för domare på detta

⁴² Fernando, not 5, s. 76.

område? När domare börjar sitt arbete har de en viss juridisk skicklighet, men när det gäller att fatta beslut om ett barns liv, anser Nicholson det i allra högsta grad vara lämpligt att avsevärd ansträngning ägnas åt fortbildning vad gäller intervjukunskaper.

Framtiden för en mindre kontradiktorisk rättegång, tror vi är oupplösligt bunden till *judicial conferencing*. Det kan vara så att det australiska juridiska motståndet mot att intervjua barn speglar en fortsatt bindning till den traditionella kontradiktoriska modellen. Det är intressant att notera att det finns bevis för en mer generell acceptans av en mindre kontradiktorisk rättegång åtminstone vad gäller familje frågor och den bredare barnjurisdiktionen. Vi har nämnt situationen i Nya Zeeland, där både mindre kontradiktoriska rättegångar och *judicial conferencing* blir alltmera accepterat. De australiska och nya zeeländska förhandlingsmodellerna har på ett likartat sätt anammats i Singapore, där man har arbetat nära *the Family Court* i Australien i många år.

I staten Victoria, anslöt sig en allmän utredning av statens barnrättsliga system⁴³ till *the Victorian Law Reform Commission (VLRC)* uppfattning att *Division 12 A* i *Family Law Act* är en utmärkt modell. Utredning finner vidare, att motsvarande system borde föras in i *Children, Youth and Families Act 2005*, liksom de stöder det som *VLRC* anfört rörande *LAT*.⁴⁴

Förhoppningsvis kommer denna barnvänliga modell av familjerättslig process nå större acceptans och kommer i större omfattning att paras ihop med *judicial conferencing* som en integrerad del av hur den utförs.

⁴³ Report of the Protecting Victoria's Vulnerable Children Inquiry, State of Victoria, January 2012. Tillgänglig via <http://www.childprotectioninquiry.vic.gov.au/report-pvvc-inquiry.html> (6 augusti 2016).

⁴⁴ Report of the Protecting Victoria's Vulnerable Children Inquiry, State of Victoria, January 2012, Chapter 15.4, The Less Adversarial Trial Model. Se för VLRC:s rekommendationer, Protection Applications in the Children's Court: Final Report, s. 314–317. Tillgänglig via <http://www.lawreform.vic.gov.au/projects/child-protection/protection-applications-childrens-court-final-report> (6 augusti 2016).

MIA RÖNNMAR

EMPLOYMENT PROTECTION REGULATION – SOME CURRENT THEMES AND CHALLENGES*

1 Introduction

Employment protection is an important area of labour law, which has been at the centre of Ann Numhauser-Henning's scholarly work throughout her academic career. Ann was a pioneer in researching the regulation of fixed-term work and flexible work, and in critically analysing the crucial links between the regulation of fixed-term work and employment protection.¹ For many years now I have had the great pleasure and privilege to cooperate with Ann and to, *inter alia*, explore issues related to the flexibilisation of work and employment protection² as well as issues related to elder law and labour law.³

Thus, the aim of this contribution is to discuss some current themes and challenges in employment protection regulation. In focus are the flexibilisation of work, an ageing workforce and fundamental rights. Swedish law, including its interplay with EU law, serves as the main national example.

The understanding and regulation of employment protection changes over time, and the precise content of the employment protection regulation – and

* This contribution is written within the research project 'European Employment Protection and Labour Law under Pressure', financed by the Crafoord Foundation.

¹ See A Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund 71 (Lund, Juridiska föreningen, 1984).

² My doctoral thesis, supervised by Ann, focused on the managerial prerogative, employment protection and the flexibilisation of work, see M Rönnmar, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext* (Juristförlaget i Lund, Lund 2004). See also, for example, A Numhauser-Henning and M Rönnmar, 'Det flexibla svenska anställningsskyddet' (2010–11) *Juridisk Tidskrift* 382–411 and M Rönnmar and A Numhauser-Henning, 'Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis' (2012) 28 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 443–467.

³ See, for example, A Numhauser-Henning and M Rönnmar (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, Studies in Employment and Social Policy 47 (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015) and A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017), including the chapter M Rönnmar, M Kullmann, A Numhauser-Henning and C Ulander-Wänman, 'Employment Protection and Older Workers'.

the level of protection it offers – is often debated.⁴ In many countries open-ended employment contracts is the main rule, and such employment contracts can only be terminated if the requirement for objective grounds or just cause is met.⁵ Often partly separate sets of rules are applied in relation to dismissal for personal reasons and for reasons of redundancy, respectively. This is the case in Sweden. Whereas all dismissals require just cause, dismissal for personal reasons involves a close scrutiny of the employer's actions in the individual situation in order to avoid arbitrariness. Employee protection in dismissal for redundancy mainly relies upon seniority rules.

At EU level employment protection is only partly regulated. Article 30 of the EU Charter of Fundamental Rights states that '[e]very worker has the right to protection against unjustified dismissal, in accordance with Union law and national laws and practices'. In addition, the (1999/70/EC) Fixed-Term Work Directive, the 'restructuring' Directives on (2001/23/EC) Transfers of Undertakings and (1998/59/EC) Collective Dismissals and different directives on non-discrimination regulate different aspects of employment protection. Employment protection regulation may, and does, differ in the Member States.

The outline of the contribution is as follows. Sections 2, 3 and 4 provide a discussion of the flexibilisation of work; an ageing workforce; and fundamental rights, respectively. Section 5 provides some concluding remarks.

2 Flexibilisation of work

The flexibilisation of work relates to labour market segmentation, externalisation and the legal tension between standard employment contracts, associated with employment protection, and precarious and flexible work. Atkinson's early model of the flexible firm, with core, peripheral and external groups of workers and employer deployment of strategies for numerical and functional flexibility is often referred to. Numerical flexibility relates to the form and duration of the employment contract and working-time arrangements, while functional flexibility is a matter of adaptability and versatility within permanent employment relationships, and aims at varying the content

⁴ See, for example, B Hepple, 'European Dismissal Law?' (1997) 18(2) *Comparative Labor Law Journal* 204 and M Weiss, 'Job Security: a Challenge for European Social Policy' in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a Time of Crisis* (Cambridge, Cambridge University Press 2013).

⁵ Cf. ILO Convention No 158 Termination on Employment Convention 1982 and Article 24 of the European Social Charter.

of work.⁶ Non-discrimination law can be seen as one expression of the trends towards individualisation and flexibilisation of work. Non-discrimination law has grown in importance as the standard employment contract has given way to more flexible and individualised work arrangements.⁷

Today flexicurity is central to European employment policies and EU labour law. The EU law flexicurity discourse was inspired by national developments in Denmark and the Netherlands and by Wilthagen's flexicurity research, which developed the model of the flexible firm into a flexibility-security nexus.⁸ Common principles of flexicurity have been adopted and integrated into the European Employment Strategy and the Europe 2020 Strategy. Flexicurity is an integrated strategy to enhance, at the same time, both flexibility and security in the labour market, and contains these components: flexible and reliable contractual arrangements; comprehensive life-long learning; effective active labour market policies; and modern social security systems. The EU law flexicurity discourse, often criticised for focusing too much on flexibility, relates to reduced labour market segmentation, equal treatment of permanent employees and flexible workers, a new balance between numerical and functional flexibility, deregulation of employment protection, progressive employment protection and employability. Thus, the emphasis is not on employment protection in a traditional sense but on employability in relation to the labour market as a whole.⁹ EU law regulates aspects of flexible work and flexicurity through the (97/81/EC) Part-Time Work Directive, the (99/70/EC) Fixed-Term Work Directive, and the (2008/104/EC) Temporary Agency Work Directive.

⁶ See J Atkinson, 'Manpower Strategies for Flexible Organisations' (1984) 28 *Personnel Management*. See also A Numhauser-Henning, 'Arbetets flexibilisering' in R Eklund *et al.* (eds), *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*, Arbetsrättsliga föreningens skrifter (Uppsala, Iustus, 1993) 255–296.

⁷ See A Numhauser-Henning, 'Labour Law, Pension Norms and the EU Ban on Age Discrimination: Towards Ultimate Flexibilisation?' in A Numhauser-Henning and M Rönmmar (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015), and A Numhauser-Henning (ed), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Studies in Employment and Social Policy 12 (The Hague, Kluwer Law International, 2001).

⁸ See T Wilthagen, *The Flexibility-Security Nexus: New approaches to regulating employment and labour markets*, Flexicurity research paper FXP 2003-2, OSA/Institute for Labour Studies (Tilburg, Tilburg University, 2002).

⁹ See M Rönmmar, 'Flexicurity, the notion of equal treatment and labour law' in M Rönmmar (ed), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Swedish Studies in European Law 4 (Oxford, Hart Publishing 2011) 153–181, cf. also A Numhauser-Henning, 'Flexible Qualification – a Key to Labour Law?' (2001) 17 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 101–116.

Fixed-term work and temporary agency work are flexible forms of work, clearly related to the strategy of numerical flexibility, which have increased in Sweden as in other EU Member States.¹⁰ There is a particularly close relationship between fixed-term work and employment protection. Regulation of fixed-term employment contracts serves to prevent circumvention of the employment protection linked to permanent employment contracts.

The purpose of the Fixed-Term Work Directive is to improve the quality of fixed-term work by ensuring the application of the principle of non-discrimination (Clause 4), and to establish a framework to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships (Clause 5).¹¹ In Sweden fixed-term work is regulated in the (1982:80) Employment Protection Act. Permanent employment is the main rule and fixed-term employment contracts are permitted only when agreed upon, and when specifically provided for by law or collective agreements. The regulation on fixed-term work was amended in 2007. This reform partly represents a new standpoint on fixed-term employment contracts, and the scope for fixed-term employment contracts has broadened. A long list of fixed-term employment contracts has been replaced by a new form of fixed-term employment contracts – the general fixed-term employment, supplemented only by temporary substitute employment, seasonal employment, probationary employment and fixed-term contracts for employees above the age of 67 years. The Swedish implementation of the Directive has been disputed.¹²

¹⁰ About 15 to 17 percent of all employees in Sweden have a fixed-term employment contract, and this figure has been relatively stable for several years. Temporary agency workers account for about 1.5 percent of all employees in Sweden. – See further M Rönömmar, 'Does Age Matter? Sweden, Younger and Older Workers and the Intergenerational Dimension of Contingent Work' in E Ales, O Deinert and J Kenner (eds), *Core and Contingent Work in the European Union. A Comparative Analysis* (Oxford, Hart Publishing forthcoming 2017).

¹¹ The CJEU has developed substantial case law in relation to Clause 5 of the Directive; see, for example, Case C-212/04 *Adeneler and Others* [2006] ECR I-6057, Joined Cases C-378/07 to C-380/07 *Angelidaki and Others* [2009] ECR I-3071 and Case C-596/10 *Kücük*.

¹² As early as 2007, the Swedish Trade Union TCO (The Swedish Confederation for Professional Employees) made a complaint to the European Commission as regards the failure in Sweden to correctly implement the Fixed-Term Work Directive. TCO criticised the content of the 2007 reform of the regulation on fixed-term employment contracts, *inter alia* the vast scope for general fixed-term employment without any need for objective reasons and the effects of the non-cumulative calculation in the periods of employment spent in general fixed-term employment and temporary substitute employment. In two reasoned opinions (in 2013 and 2014) the European Commission claimed that Sweden had failed to correctly implement Clause 5.1 on measures to prevent abuse arising from the use of successive fixed-term employment contracts or relationships. In the course of the process, the Swedish government put forward several different proposals to address the situation. In 2015 the Swedish parliament accepted a Government Bill aimed at bringing the existing regulation in line with EU law. A new provision, Section 5a subsection 2 was introduced into the (1982:80) Employment Protection Act according to which general fixed-term employments will

The purpose of the Temporary Agency Work Directive is to ensure the protection of temporary agency workers and to improve the quality of temporary agency work while taking into account the need to establish a suitable framework for the use of temporary agency work with a view to contributing effectively to the creation of jobs and to the development of flexible forms for working.¹³ The Directive introduces a principle of equal treatment. In Sweden temporary agency work is regulated in the (2012:854) Agency Work Act, which also implements the Temporary Agency Work Directive.¹⁴ The temporary agency work sector is principally covered by collective bargaining, and all collective agreements ensure a guaranteed wage, between assignments, of about 80 to 85 percent of normal wages.¹⁵ According to Swedish law, a temporary agency worker is an employee of the temporary work agency, who within the framework of his or her employment relationship performs work for a third party (the user undertaking). Labour law provisions on employment protection, working time, annual leave, and information and consultation etc. generally apply to all employees, including temporary agency workers.¹⁶ A debated issue in Sweden has been the use of temporary agency work as a circumvention of employment protection regulation, especially the priority right to re-employment, based on seniority, following dismissal for reasons of redundancy.¹⁷ For the user undertaking temporary agency work

be converted into indefinite employment contracts in more cases than at present. However, the provision is technically complicated and can be criticised for its limited reach. See further Government Bill prop 2015/16:62 and Government Inquiry Report, Ds 2015:29.

¹³ In 2015 the Court of Justice delivered its first judgment on the Temporary Agency Work Directive, Case C-533/13 *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy*, EU:C:2015:173.

¹⁴ See Government Inquiry Report SOU 2011:5 and Government Bill prop 2011/12:178.

¹⁵ The principle of equal treatment is regulated in Section 6 of the Act. Exceptions to the principle of equal treatment are permissible with regard to pay in accordance with Article 5(2) of the Directive, and Section 8 of the Act provides that the equal-treatment principle does not apply to temporary agency workers who have a permanent contract and receive pay between temporary assignments. In addition, the Act states in Section 3 that deviations from the principle of equal treatment may be made through a collective agreement concluded or approved by a central trade union, on the condition that the agreement respects the overall protection of workers within the meaning of the Directive.

¹⁶ Permanent employment and open-ended contracts are the main form of contract also for temporary agency workers. Fixed-term work is somewhat more common for temporary agency workers. About 80 % of temporary agency workers are permanently employed, see Government Inquiry Report SOU 2011:5.

¹⁷ It follows from case law from the Swedish Labour Court that an employer may dismiss employees for reasons of redundancy, and thereafter, even during the time period when former employees have a priority right to re-employment, make use of temporary agency work. The priority right of re-employment is relevant only when the employer hires employees – not when the employer engages temporary agency workers, see Labour Court judgments AD 2003:4 and AD 2007:72. Since 2010 collective bargaining has addressed this issue, for example, by introducing provisions on a re-enforced priority right to re-employment and restrictions on the employer's possibilities to use temporary agency work following dismissals for reasons of redundancy.

represents not only numerical flexibility (the possibility to flexible adjustment of the number of workers), but also functional flexibility (the possibility to engage workers with special skills and competencies).

Today an important and critical discussion also revolves around the scope and protection of labour law – and employment protection – in relation to economically dependent self-employed workers, workers in the gig-economy and workers with zero-hours-contracts.¹⁸

According to Swedish law an employer may dismiss a permanent employee for personal reasons or for reasons of redundancy. The employer must have just cause for dismissal, section 7 of the (1982:80) Employment Protection Act, and must make an effort to avoid dismissing employees by first taking less radical measures. The employer is obliged to (depending on whether the dismissal relates to personal reasons or reasons of redundancy) negotiate with trade unions, give notice, provide the employee with alternative work, warn the employee, retrain the employee, apply seniority rules, and if necessary conditions are met, re-employ redundant employees.

The Swedish labour law and industrial relations system provides a rather wide scope for functional flexibility, and favourable conditions for the implementation of functional flexibility strategies linked to the employee's obligation to work, the employer's right to direct and allocate work and a tradition of social partnership and strong mechanisms for information, consultation and co-determination.¹⁹

Swedish employment protection has traditionally been viewed as relatively strong. However, a critical analysis of developments in the employment protection regulation reveals that in relation to fixed-term work and dismissals for reasons of redundancy, the statutory employment protection (and accompanying collective bargaining) leaves much room for the managerial prerogative – the employer has a principal right to decide when reorganisation and reduction of the workforce is needed, as well as to rearrange things much to his or her own liking – and the possibility to flexible adjustment of the number of workers, and thus for both functional and numerical flexibility.²⁰

¹⁸ See, for example, the special issue on 'Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law' in the (2016) 37(3) *Comparative Labor Law & Policy Journal*, A Adams, M Freedland and J Prassl, *The "Zero-Hours Contract": Regulating casual work, or legitimating precarity?*, ELLN Working Paper 5/2015, and M Freedland and N Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations* (Oxford, Oxford University Press 2011).

¹⁹ See M Rönnmar, 'The Managerial Prerogative and the Employee's Obligation to Work: Comparative Perspectives on Functional Flexibility' (2006) 35(1) *Industrial Law Journal* 56–74.

²⁰ See further M Rönnmar and A Numhauser-Henning, 'Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis' (2012) 28 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 443–467.

Furthermore, the case law of the Swedish Labour Court can also be said to contribute to a further 'blurring' of the boundary between redundancy and personal reasons.²¹ This 'conceptual dichotomy', traditionally characterising Swedish employment protection, can be questioned for a number of reasons. In addition, the analysis indicates that in the future the protection for individual employees is first and foremost to be found in non-discrimination legislation.

3 An ageing workforce

An ageing population is a major trend in the EU as well as in many developed economies due to declining birth rates and rising life expectancy – and this has important implications for economic performance, intergenerational solidarity and social cohesion, and the sustainability of pension and healthcare systems.²² An ageing workforce poses challenges for labour law, industrial relations and the social partners and collective bargaining – and for employment protection regulation. In elder law a contextual approach is needed in relation to the notions of old age and the elderly. In discussions related to working life older workers are often workers 55 years or older.²³ 2012 was the European Year of Active Ageing and Solidarity between Generations, and the EU Active Ageing Policy, which is integrated into the Europe 2020 Strategy and the European Employment Policy, aims to promote a healthy and active ageing population, increase the labour market participation of older workers (55+) and prolong working life.²⁴

The (2000/78/EC) Employment Equality Directive introduced the ban on age discrimination in EU law, and Article 21 on non-discrimination in the EU Charter of Fundamental Rights contains an open list of non-discrimination grounds, including age.²⁵ The protection against age discrimination in EU law covers all chronological ages, but due *inter alia* to the problem of an ageing

²¹ See Labour Court judgments AD 2009:50, AD 2011:30 and AD 2012:11.

²² See further K Scott, 'Demographic Developments and Economic Challenges in an Ageing Europe' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).

²³ Compare Article 2 of the Commission's proposal regarding a European Year of Active Ageing (2012), COM(2012) 462 final.

²⁴ See, for example, Decision No 940/211/EU of the European Parliament and of the Council of 14 September 2011 on the *European Year for Active Ageing and Solidarity between Generations (2012)* (OJ [2011] L246/5).

²⁵ Article 25 of the EU Charter of Fundamental Rights also establishes the right of the elderly. See further C O'Conneide, 'Article 25 – The Rights of the Elderly' in S Peers *et al.* (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Oxford, Hart Publishing 2014) 693.

population there is a clear emphasis on old age in the design and development of age discrimination law. The prohibition of old-age discrimination helps to reduce ageism, and is also an important aspect of the EU Active Ageing Policy. However, according to Article 6(1) of the Employment Equality Directive, differences of treatment on grounds of age do not constitute discrimination if they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market, and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary. In principle, EU age discrimination law – through a large scope for justification of age-related differential treatment, specific exemptions and a broad margin of appreciation for Member States and social partners – enables direct and indirect age-related regulation. A comparative analysis of a number of EU Member States also reveals that there is still a large number of directly and indirectly age-related labour law rules and practices as well as collective bargaining schemes in the areas of employment protection, compulsory retirement, recruitment and working conditions.²⁶

Age has traditionally been influential in the organisation of labour markets and labour law regulation. The ban on age discrimination and employment protection intersect when it comes to, for example, fixed-term employment contracts for older workers, seniority rules in redundancy situations and compulsory retirement.

The labour market situation of older and younger workers differ, and in the EU an ageing population, economic crisis and austerity and youth unemployment increase the risk of intergenerational conflict, especially when it comes to the perceived competition for jobs, at both micro and macro level. The intergenerational conflict relates, for example, to the entry into the labour market and access to permanent, instead of flexible or precarious, employment, and to the access and strength of employment protection in restructuring and redundancy situations. Employment protection and seniority rules are seen by some as affording necessary protection for older workers, while others view them as barriers for the entry of younger workers into the labour market.²⁷

²⁶ See further A Numhauser-Henning and M Rönmmar (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International 2015), especially the chapter M Rönmmar 'Age Discrimination and Labour Law: A Comparative Analysis', and M Rönmmar, M Kullmann, A Numhauser-Henning and C Ulander-Wänman, 'Employment Protection and Older Workers' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).

²⁷ See further M Rönmmar, *Intergenerational Bargaining in Sweden*, Report for the project iNGenBar, Intergenerational Bargaining: towards integrated bargaining for younger and older workers in EU

Seniority principles and age and length of service have traditionally been, and still are, influential in many EU Member States when it comes to working conditions and labour law regulation. A reference to age and length of service in this context gives rise to directly or indirectly age-related differential treatment and thus needs to be justified. Legitimate aims put forward in this context are, for example, the value of experience on the job and of rewarding loyalty as well as the need for extra protection of older workers.

In many EU Member States specific fixed-term employment contracts for older and younger workers are used as a means to promote the prolonging of working life for older workers and to promote the entry into the labour market for younger workers.²⁸ Swedish law provides for an unlimited access to fixed-term employment for employees above the age of 67 years (the compulsory retirement age), as a way of promoting work after compulsory retirement and a prolonged working life.²⁹

The vulnerability of older workers – due, for example, to ageism and possibly out-of-date competence and training but also to weakened performance – has influenced the content of employment protection in many EU Member States, and special protection for older workers has been afforded.

In Sweden a concern for older and sick employees has formed a basis for the statutory employment protection regulation from the beginning.³⁰ As a general rule sickness or old age does not constitute just cause for dismissal. The employer is obliged to conduct a thorough investigation into the possibilities for adaptation and rehabilitation and finding alternative work for the employee.³¹ In this context the employer's obligations are extensive and relate, for example, to the adjustment of the work environment, work organisation,

countries (2014). – In Sweden, collective bargaining developments display a lack of direct and explicit intergenerational bargaining. However, several indirect and implicit intergenerational elements can be found in the introduction agreements, the collective agreements on partial retirement, and the transition agreements. These indirect intergenerational elements relate, for example, to generational renewal in terms of future competence provision, competence development and transfer of knowledge and experience between older and younger workers, and older workers' participation in education and supervision of younger workers, as a way of adapting the working environment to enable a longer working life. Intergenerational redistribution of employment between older and younger workers is alien to Swedish public policy and collective bargaining.

²⁸ In relation to younger workers, see also J Julén Votinius, 'Young Employees – Securities, Risk Distribution and Fundamental Social Rights' (2014) 5(3–4) *European Labour Law Journal* 387.

²⁹ Compare Case C-141/11 *Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB* EU:C:2012:421, paras 40–41 in the judgment, where the Court of Justice referred precisely to this possibility. Cf. also Case C-144/04 *Mangold v Helm* [2005] ECR I-09981.

³⁰ Cf. Government Bill prop 1973:129, 18.

³¹ Cf., for example, Labour Court judgments AD 2013:78 and AD 2014:26.

working time and work tasks. These obligations follow not only from regulation in the (1982:80) Employment Protection Act, but also from related regulation on individual work environment adaptation in the (1977:160) Work Environment Act and regulation on rehabilitation in the (2010:110) Social Insurance Code.³² An employee can be dismissed only after such measures have been taken, the possibility to find alternative work has been tried and ruled out, and the employee can no longer perform work of any importance for the employer.³³

When it comes to redundancy dismissals seniority rules (such as the last-in-first-out principle) and different forms of directly or indirectly age-related differential treatment still influence redundancy regulation in many countries in the EU.³⁴

In Sweden the last-in-first-out principle is the main rule when it comes to redundancy selection. The employer has a unilateral right to decide when and if a redundancy situation exists, and in principle redundancy amounts to just cause. The statutory seniority rules imply that the priority and selection of employees is to be made according to the last-in-first-out principle, i.e. according to each employee's total period of employment with the employer (and in the event of equal periods of employment, giving priority to senior age). The employee has to have sufficient qualifications for the tasks which remain after the redundancy. In principle, the order of dismissals encompasses all employees in the same production unit and who are covered by the same collective agreement (redundancy unit). The seniority rules are semi-compelling, and by concluding a local collective agreement the employer and

³² The Labour Court has clarified that the requirement for reasonable accommodation in the (2008:567) Non-Discrimination Act in case of disability and the requirement for rehabilitation and work adaptation in case of sickness in the (1982:80) Employment Protection Act are basically the same.

³³ Cf., for example, Labour Court judgments AD 2013:78 and AD 2014:26. – In individual dismissal disputes, both as regards dismissal for redundancy and personal reasons, the (1982:80) Employment Protection Act and the (2008:567) Non-Discrimination Act, and the bans on age discrimination and disability discrimination, may be evoked at the same time. Case law from the Labour Court reflects this 'regulatory overlap' of two parallel sets of rules, see, for example, Labour Court judgments AD 2005:32, AD 2012:51, AD 2013:78 and AD 2014:26. – See further M Rönmar, 'Non-Discrimination, Reasonable Accommodation and Swedish Law – with a Special Focus on Disability' in F Hendrickx (guest ed), *Reasonable Accommodation in the Modern Workplace. Potentials and Limits of the Integrative Logics of Labour Law*, Comparative Bulletin of Labour Relations 93 (Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer 2016).

³⁴ For example, in Netherlands an age bracket or mirror principle applies. In the UK age and length of service have been important, and the application of the last-in-first-out principle may be justified if used as one of a number of criteria. In Germany the rules on social selection apply, and four decisive criteria must be taken into account: seniority within the company; age; number of dependents; and disability.

the trade union may deviate from the statutory rules when determining the order of dismissals. Seniority rules are potentially directly or indirectly age-discriminatory. The Court of Justice has not yet tried such rules explicitly against the ban on age discrimination. However, they may be found acceptable according to EU law.³⁵

Furthermore, in several EU Member States (such as Sweden, France, Germany, the Netherlands and the UK) severance pay and other forms of compensation in redundancy situations, set by legislation or collective bargaining or negotiation with works councils, such as transition agreements in Sweden, are seniority-based and linked to length of service. At the same time older workers, having reached pre-retirement or retirement age, sometimes receive less or no compensation in such situations, with reference to their access to pensions and social security benefits.³⁶

Rules on compulsory retirement reflect important links between labour law, employment protection and pension systems, and the substantial amount of case law from the Court of Justice in this area reveals that such schemes prevail in a number of EU Member States. However, compulsory retirement is not a general norm.³⁷ In Sweden compulsory retirement is regulated through the '67-year rule' in the (1982:80) Employment Protection Act,³⁸ tried and upheld by the Court of Justice in the *Hörnfeldt* case.³⁹ An employee has a right to stay in employment up until the age of 67, when the employer may terminate the employment relationship after one month's notice and without having to provide objective grounds for dismissal. If the employer does not make use of this possibility, the permanent employment relationship continues; however,

³⁵ Compare the Opinion of Advocate-General Bot in Case C-555/07 *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* EU:C:2010:21, para. 43, and C. O'Conneide, *Age Discrimination and European Law* (European Commission, 2005), 40. For a discussion on length of service and professional experience as justification for age-related differential treatment, see also Joined Cases C-297/10 and C-298/10 *Hennigs and Mai* [2011] ECR-07965 and Joined Cases C-501/12 to C-506/12, C-540/12 and C-541/12 *Specht and others v Land Berlin* EU:C:2014:2005.

³⁶ See in this context also Cases C-499/08 *Ole Andersen v. Region Syddanmark* [2010] ECR I-09343, C-546/11 *Tofigaard v Indenrigs- og Sundhedsministeriet* EU:C:2013:603, and C-152/11 *Odar v Baxter Deutschland GmbH* EU:C:2012:772.

³⁷ See in the context of compulsory retirement in particular A Numhauser-Henning, 'Labour Law, Pension Norms and the EU Ban on Age Discrimination: Towards Ultimate Flexibilisation?' in A Numhauser-Henning and M Rönömar (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015).

³⁸ Sections 32a and 33 of the (1982:80) Employment Protection Act.

³⁹ Case C-141/11 *Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB* EU:C:2012:421.

it does so with limited employment protection.⁴⁰ A Government Inquiry has proposed to raise this age from 67 to 69 years.⁴¹

Much of the case law from the Court of Justice on old-age discrimination has dealt with compulsory retirement rules. In many cases the Court of Justice has found compulsory retirement rules justifiable. The Member States and the social partners have been given a broad margin of appreciation, and when applying Article 6(1) of the Employment Equality Directive the Court has found the differences of treatment on grounds of age to be objectively and reasonably justified by the legitimate aims, such as intergenerational fairness in terms of access to employment, prevention of humiliating forms of termination of employment, and a reasonable balance between labour market and budgetary concerns. The Court has also decided some cases on compulsory retirement of specific professional groups or premature retirement, and here the Court has applied a stricter standard for justification.⁴²

This acceptance of rules on compulsory retirement is not in line with the promotion of active ageing and efforts to prolong working lives for older workers. At the same time, an abolition of compulsory retirement risks weakening employment protection before actual retirement age is reached (for example, by way of performance management and a weakening of the just-cause requirements and a principle holding that sickness or old age does not constitute just cause for dismissal). At a more general level, legal developments, in EU law and policy and in national law in the Member States, partly reflect a shift from the protection of older workers within the framework of traditional employment protection to an emphasis on flexicurity, employability, active ageing and a prolonged working life.

⁴⁰ For example, the employee has only one month's notice, and is given no right of priority in accordance with seniority rules or rules on re-employment in redundancy situations. This part of the rule was not confirmed by the Court in the *Hörnfeldt* case, though. – Cf. also Labour Court judgment AD 2015:15 concerning a company age policy prohibiting fixed-term work after the age of 70.

⁴¹ See Government Inquiry Report SOU 2013:25.

⁴² See for example, Case C-447/09 *Prigge and Others v Deutsche Lufthansa AG* [2011] ECR I-08003 and Case C-286/12 *European Commission v. Hungary* EU:C:2012:687.

4 Fundamental rights

Fundamental rights protection became part of EU law at an early stage. The case law of the Court of Justice on fundamental rights and general principles of EU law developed with reference to constitutional traditions common to the Member States and international conventions, most especially the European Convention of Human Rights (ECHR). The EU Charter of Fundamental Rights was proclaimed in 2000, and in 2009 the Lisbon Treaty made it legally binding and part of primary law.⁴³ Furthermore, increased attention is also paid to the European Social Charter and ILO Conventions. In recent years there has been a vivid labour law scholarly debate on the constitutionalisation of labour law and labour rights as human rights.⁴⁴ What are then the possible implications of a constitutionalisation of labour law for employment protection regulation?

The EU Charter of Fundamental Rights encompasses rights, freedoms and principles of great importance to labour law. Of particular importance for employment protection is of course Article 30 on the right to protection against unjustified dismissal – but also Articles 21 and 23 on non-discrimination and equality between men and women are relevant. Similarly, the ILO Convention No 158 Termination of Employment from 1982 and Article 24 of the revised European Social Charter (explicitly referred to in the Explanations to Article 30 of the EU Charter of Fundamental Rights) establish rights to employment protection.⁴⁵ The provisions of the EU Charter of Fundamental Rights are ‘addressed to the institutions, bodies and offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to

⁴³ According to Article 6(2) TEU the EU is to accede to the ECHR. However, the Court of Justice in its Opinion 2/13, delivered in December 2014, on the draft accession agreement concluded that ‘[t]he agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is not compatible with Article 6(2) TEU or with Protocol (No 8) relating to Article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’, and thus put – at least a temporary – stop to the accession process. In its Opinion the Court emphasised the draft agreement’s possible adverse effects on the autonomy of EU law and its specific characteristics. See Opinion 2/13, *ECHR*, EU:C:2014:2454.

⁴⁴ See, for example, P. Alston (ed.), *Labour Rights as Human Rights* (Oxford University Press, 2005), V. Mantouvalou, ‘Are Labour Rights Human Rights?’, *European Labour Law Journal*, Vol. 3(2), 2012, pp. 151–172, and J. Fudge, ‘Constitutionalizing Labour Rights in Canada and Europe: Freedom of Association, Collective Bargaining and Strikes’, *Current Legal Problems*, Vol. 68(1), 2015, pp. 267–305.

⁴⁵ See further J. Kenner, ‘Article 30 – Protection in the Event of Unjustified Dismissal’ in S. Peers *et al* (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary* (Oxford, Hart Publishing 2014) 805.

the Member States only when they are implementing Union law' (Article 51). According to the Explanations to the Charter, the requirement to respect fundamental rights is binding on the Member States when they act within the scope of Union law. According to settled case law of the Court of Justice, general principles of EU law, including fundamental rights, apply when Member States implement, derogate from and act within the scope of EU law.⁴⁶ From a labour law perspective, the complex issue of the horizontal effect of the Charter is of a particular importance – as it decides the 'reach' of fundamental rights into the individual employment relationship and the relationship between trade unions and employers.

The economic crisis – with high unemployment (especially youth unemployment), increased inequality and poverty and social unrest – has resulted in austerity and an increased fiscal and employment policy coordination in the EU. The Commission's assessment of the Member States' employment policy and National Reform Programmes covers labour law and industrial relations, and (draft and final) Country-specific recommendations to the Member States have contained deregulatory elements targeted at employment protection, wage setting, collective bargaining and industrial relations, and caused controversy and opposition. In addition, austerity measures and deregulatory labour law reforms have been introduced in many Member States, for example, Greece, Portugal, Spain, and Italy. These measures have targeted employment protection regulation, as well as collective bargaining and industrial relations.⁴⁷ The Member States that were given 'bail-out' packages by the 'Troika' (the European Commission, the European Central Bank and the IMF) were particularly affected. The Memoranda of Understanding accompanying these 'bail-out' packages specify which labour law and labour market reforms are to be considered and introduced.

In 2016 the Commission launched consultations on a proposal for a European Pillar of Social Rights – with links both to employment policy and

⁴⁶ See Cases C-5/88 *Wachauf* [1989] ECR 2609, C-260/89 *ERT* [1991] ECR I-2925, C-309/96 *Annibaldi* [1997] ECR I-7493 and C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*. – The Charter does not extend the field of application of EU law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the EU (Article 51(2)). Article 52(3) states that so far as the EU Charter contains rights which correspond to rights guaranteed in the ECHR the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down in the ECHR.

⁴⁷ See, for example, S Deakin and A Koukiadaki, 'The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe' in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, (Cambridge University Press, Cambridge, 2013), S Laulom, 'Dismissal law under challenge: new risks for workers', *European Labour Law Journal* (2014) 4(3–4) *European Labour Law Journal*, and C Barnard, 'The Charter in time of crisis: a case study of dismissal' in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocialising Europe in a Time of Crisis* (Cambridge, Cambridge University Press 2013).

fundamental rights protection.⁴⁸ The purpose of the European Pillar of Social Rights is to express a number of essential principles to support well-functioning and fair labour markets and welfare systems. The Pillar will be developed within the Euro area, while allowing other EU Member States to join in if they want to do so. The Pillar relates to the wider notion of social policy, and contains 20 principles that are divided into three main groups: equal opportunities and access to the labour market; fair working conditions; and, adequate and sustainable social protection. However, the proposal raises questions, and is characterised by vagueness in several respects. What is, for example, really its function and relation to the EU Charter of Fundamental Rights and existing EU labour law and employment policy?

The austerity measures have been legally challenged at several levels – in national constitutional courts, in the Court of Justice and in international human rights bodies, such as the ILO and the Council of Europe. An important question is what relevance the EU Charter of Fundamental Rights, and fundamental rights of equality before the law, non-discrimination, protection against unjustified dismissal, fair and just working conditions and collective bargaining, have in this context? A number of preliminary references have been made to the Court of Justice related to national measures introduced as part of ‘bail-out’ packages. In *Sindicato dos Bancários do Norte*,⁴⁹ for example, the Portuguese legislation introducing salary reductions for certain public sector workers was questioned from the perspective of the Charter of Fundamental Rights and the principles of equality and non-discrimination, and the right to fair and just working conditions. The Court, without any real explanation, found that it lacked jurisdiction, and the Court has also refused to apply the Charter in similar cases.⁵⁰ However, the recent *Ledra* case,⁵¹ related to the European Stability Mechanism (ESM), the ‘bail-out’-package to Cyprus and the right to property in Article 17 of the Charter of Fundamental Rights, could indicate a possible change of direction.⁵²

⁴⁸ See European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Launching a consultation of a European Pillar of Social Rights*, COM(2016) 127 final.

⁴⁹ Case C-128/12 *Sindicato dos Bancários do Norte*, EU:C:2013:149.

⁵⁰ Cf Cases C-434/11, C-134/12, and C-264/12. See further C Kilpatrick, ‘Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They are Not EU Law?’ (2014) 10 *European Constitutional Law Review* 393–421.

⁵¹ Joined Cases C-8/15 P to C-10/15 P, *Ledra*, EU:C:2016:701.

⁵² Here the Court argued that ‘whilst the Member States do not implement EU law in the context of the ESM Treaty, so that the Charter is not addressed to them in that context ... on the other hand the Charter is addressed to the EU institutions, including ... when they act outside the EU legal
(continued)

At the same time, other courts and supervisory bodies within the framework of the Council of Europe and the ILO have advanced the protection of social rights and criticised the EU emphasis on economic rights. The European Committee of Social Rights, in relation to a number of collective complaints, has found, for example, recent Greek reforms to be in violation of the right to a fair remuneration and the right to social security according to the European Social Charter. Furthermore, the ILO has in its General Report on the Application on Conventions and Recommendations expressed concern about the Greek developments in relation to Conventions No 87 and No 98 and the freedom of association and right to collective bargaining. The Committee 'observes with deep concern that [the reforms of collective bargaining and negotiations structures] are likely to have a significant – and potentially devastating – impact on the industrial relations system in the country'. The Committee also deeply regrets that these reforms were introduced without full and thorough discussions with all the social partners.

Fundamental rights protection can strengthen employment protection – but also weaken it.⁵³ Fundamental rights need to be balanced against each other, and the EU Charter of Fundamental Rights not only contains protection against unjustified dismissal and rights to non-discrimination and equality between men and women but also the freedom to conduct a business (Article 16).

In the much debated *Alemo-Herron* case⁵⁴ Article 16 of the EU Charter of Fundamental Rights and the freedom to conduct a business was in focus. The case had UK origin, related to the Transfers of Undertakings Directive and its regulation on collective agreements in Article 3 and concerned a transfer of an undertaking from the public to the private sector. The question was whether Article 3 of the Directive must be interpreted as precluding a Member State from providing in transfers of an undertakings that dynamic clauses referring to collective agreements negotiated and agreed after the date of transfer are enforceable against the transferee. The Court of Justice emphasised that the

(continued)

framework. Moreover, in the context of the adoption of a memorandum of understanding ... the Commission is bound ... to ensure that the memoranda of understanding concluded by the ESM are consistent with EU law ... [and] to ensure that such a memorandum of understanding is consistent with the fundamental rights guaranteed by the Charter' (paras 67 and 68).

⁵³ In the area of collective labour law the *Viking* and *Laval* cases have displayed how the fundamental Treaty freedoms of establishment and provision of services restrict the fundamental rights to collective action and collective bargaining, see Cases C-438/05 *Viking*, EU:C:2007:772 and C-341/05 *Laval*, EU:C:2007:809 and M Freedland and J Prassl (eds), *EU Law in the Member States: Viking, Laval and Beyond* (Oxford, Hart Publishing 2015).

⁵⁴ Case C-426/11 *Alemo-Herron*, EU:C:2013:82.

Directive 'does not aim solely to safeguard the interests of employees in the event of a transfer of an undertaking, but seeks to ensure a fair balance between the interests of those employees, on the one hand, and those of the transferee, on the other'.⁵⁵ The Court referred to the fact that the dynamic clause was liable to undermine the fair balance between the interests of the transferee and the interests of the employees. Furthermore, the Court held that 'by reason of the freedom to conduct a business, the transferee must be able to assert its interests effectively in a contractual process to which it is party and to negotiate the aspects determining changes in the working conditions of its employees with a view to its future economic activity ... In those circumstances, the transferee's contractual freedom is seriously reduced to the point that such a limitation is liable to adversely affect the very essence of its freedom to conduct a business'.⁵⁶

The Court of Justice then concluded that Article 3 of the Directive precluded a Member State from providing that such dynamic clauses were enforceable against such a transferee, where the transferee did not have the possibility of participating in the negotiation process of such collective agreements concluded after the date of the transfer.

The Court's reasoning and conclusions in *Alemo-Herron* can be criticised for a number of different reasons. For example, the Court failed to balance the fundamental right of the freedom to conduct a business to other fundamental rights of relevance to employees, such as the right of collective bargaining in Article 28 and the right to fair and just working conditions in Article 31. Furthermore, in its reasoning the Court paid little attention to the fact that the Transfer of Undertakings Directive has a social policy Treaty basis and aims to provide protection for employees as a minimum rights directive.^{57 58}

⁵⁵ Para 25.

⁵⁶ Paras 33 and 35.

⁵⁷ See Prassl for a thorough and critical analysis of *Alemo-Herron* from the perspective of UK and EU labour law, J Prassl, 'Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law. Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*' (2013) 42(4) *Industrial Law Journal*. See also S Weatherill, 'Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of "freedom of contract"'. Judgment of the Court of 18 July 2013: Case C-426/11 Mark Alemo-Herron and Others v Parkwood Leisure Ltd' (2014) 10(1) *European Review of Contract Law* 167–182, and his by now well-known quote that '[o]n occasion a decision of the Court of Justice of the European Union is so downright odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about'.

⁵⁸ Similarly, the Court of Justice's interpretation of the EU Charter of Fundamental Rights in the *AMS* case (C-176/12 *AMS*, EU:C:2014:2), related to information and consultation and Article 27 of the EU Charter of Fundamental Rights and the (2002/14/EC) Information and Consultation Directive, could be said to reflect a more restrictive view towards labour law protection and social

(continued)

However, the recent *AGET Iraklis* case,⁵⁹ concerning the relation between the Collective Dismissals Directive and the Treaty freedom of establishment and the freedom to conduct a business in Article 16, reflects a partly different approach. For example, the Court referred to Article 3(3) TEU and that the EU is also 'to work for the sustainable development of Europe, which is based, in particular, on a highly competitive social market economy aiming at full employment and social progress'.⁶⁰ The Court also explicitly referred to Article 30 of the EU Charter of Fundamental Rights, and – in contrast with *Alemo-Herron* – emphasised the importance of balancing rights and held that 'a national regime imposing a framework ... must seek, in this sensitive area, to reconcile and strike a fair balance between the interests connected with the protection of workers and of employment, in particular protection against unjustified dismissal and against the consequences of collective dismissals for workers, and those relating to freedom of establishment and the freedom of economic operators to conduct a business enshrined in Articles 49 TFEU and Article 16 of the Charter'.⁶¹

5 Concluding remarks

This discussion of some current themes and challenges in employment protection regulation related to flexibilisation of work, an ageing workforce and fundamental rights – confirms that employment protection regulation is still a key, topical, dynamic and very complex aspect of labour law. Despite the only partial EU law harmonisation in this area, Swedish law clearly interplays with EU law and international law in important ways. Fundamental rights protection serves both to strengthen and to weaken employment protection.

Thus, there is still a strong need for future research in the field of employment protection regulation and to explore the important links between employment protection, social security law and employment policy from EU, comparative and interdisciplinary perspectives.

(continued)

rights. See further P Herzfeld-Olsson, 'Possible Shielding Effects of Article 27 on Workers' Rights to Information and Consultation in the EU Charter of Fundamental Rights' (2016) 32(2) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 251–274.

⁵⁹ Case C-201/15 *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v Ypourgos Ergasias Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, EU:C:2016:972.

⁶⁰ Para 76.

⁶¹ Para 90.

REINHARD SCHINZ

CHEESE FONDUE, THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND THE GERMAN CONSTITUTION

I.

My last holidays in England were to an extent marred by watching some of the frighteningly simplistic and demagogic debates on the Brexit issue. However, one argument put forward by some Brexiteers was not unfamiliar to me: the Court of Justice of the European Union's tendency to usurp jurisdiction over matters which are not theirs and to apply methods which are not acceptable in any member state.

A fair number of preliminary rulings of the Court have indeed over the years upset the legal communities both in the United Kingdom and in Germany – and at the same time seem to have been accepted with equanimity for instance in Nordic Member States despite their dogmatic shortcomings – possibly because these rulings did not upset any national apple carts there. I only want to mention some key cases: transfer of undertaking (*Christel Schmidt*¹), collective redundancy (*Junk*²) and discrimination on account of sex (*Tele Danmark*³). These rulings have not only been vexing to the German Federal Labour Court but have also caused some less than complimentary remarks on the judicial prowess of the judges involved. One German colleague's evaluation of the *Christel Schmidt* ruling can be summarized thus: There is hardly any reasoning in the judgement, and what little there is, is unintelligible.

Recently another judgement by the Court has yet again provoked some harsh reactions in the UK – the *Alemo-Herron* case⁴. It has been observed that 'On occasion a decision of the Court of Justice is so downright odd that it deserves to be locked into a secure container, plunged into the icy waters of a deep lake and forgotten about. Such a decision is that in *Alemo Herron*...' – which reminds me of St Matthew's 'it were better for him that a millstone were

¹ ECJ 14.4.1994 – C-392/92 – EU:C:1994:134 – *Christel Schmidt*.

² ECJ 27.1.2005 – C-188/03 – EU:C:2005:59 – *Junk*.

³ ECJ 4.10.2001 – C-109/00 – EU:C:2001:513 – *Tele Danmark*.

⁴ ECJ 18.7.2013 – C-426/11 – EU:C:2013:521 – *Alemo-Herron*.

⁵ Stephen Weatherill, ERCL 2014, 10: 167.

hanged about his neck, and that he were drowned in the depth of the sea⁶ or rule nr 3 of the Swiss cheese fondue party: ‘into the lake with weights tied to his feet ...’⁷.

Lack of convincing methodical argumentation by the Court may be filed under ‘collateral damage’. The mere existence of an institution such as the Court in a conglomeration of extremely diverging national legal systems has rightly been called ‘miraculous’.

However, even miracles have their limits. The question is: Who defines them? Who is to say if and when the Court has exceeded its competences? And what happens if a Member State feels that the Court has transgressed its jurisdiction to the detriment of national competences? Is the ‘Exit’ the only remedy?

II.

Due to our unfortunate recent history, the mothers and fathers of the German Basic Law, our constitution, opted not only for a strict and stringent separation of powers and competences – between parliament, executive and judiciary and between the federation and the federal states – but also provided for a ‘referee’ to adjudicate on conflicts of competence between the organs of the constitution and to safeguard the constitutional checks and balances and the fundamental rights of the people – if needs be even against federal or state legislation. Therefore, in Germany there is no ‘prerogative’ of any of the state powers which cannot be challenged before the Federal Constitutional Court – either by any ordinary court of law or directly by the people. Parliament may represent and act for the sovereign – but only within the framework of the constitution. This limitation of legislative and executive powers reflects a sound mistrust of democracy unchecked by the rule of law and by some fundamental rules which are not subject to the disposition of the legislator – a healthy notion given the recent development in some Member States of the Union and candidates.

Our English colleagues seem to be rather more reluctant to test and curb political decisions by Parliament. When Britain had decided to join the then European Communities the second time, the High Court in London held that it could in no way infringe on the jurisdiction of Parliament which had passed

⁶ Matthew 18:6.

⁷ Asterix in Switzerland p. 18.

⁸ Blackburn - v - Attorney-General; CA 10 May 1971 [1971] 2 All ER 1380, [1971] 1 WLR 1037, [1971] EWCA Civ 7, [1971] CMLR 784.

the statute required to implement the Treaty.⁸ A likewise approach was pursued by Lord Denning MR in the Court of Appeal in a case in which the notorious Raymond Blackburn MP sought to challenge the UK's membership in the EC by arguing that entry to Europe would be unlawful in that it involved surrender of the sovereignty of the Queen in Parliament. Lord Denning held, 'The treaty-making power of this country rests not in the courts, but in the Crown; that is, Her Majesty acting on the advice of her Ministers. When her Ministers negotiate and sign a treaty, even a treaty of such paramount importance as this proposed one, they act on behalf of the country as a whole. They exercise the prerogative of the Crown. Their action in so doing cannot be challenged or questioned in these courts.'⁹

Consequentially, the German constitutional situation and the self-concept of the Constitutional Court differ fundamentally from the English notion even when it comes to scrutinizing acts of Union bodies.

1. Fairly early on in the process of 'unionization' individuals and organisations in Germany questioned the increase of competences of organs and institutions of the Union. In particular, it was argued that competences and powers were transferred to organs of the Union (including the Court of Justice) without safeguarding checks and balances by democratically legitimised institutions – the European Parliament falling somewhat short of the mark. Besides, it was alleged that the Union were given the competence to create new competences for itself by its own authority¹⁰. The German Federal Constitutional Court accepted the transfer of competences to the Union in principle.¹¹ However, it pointed out that the German constitution provided a number of limitations to such a shift of competences to be observed by all German state powers including the judiciary. One of the cornerstones of the Constitutional Court's argumentation was the principle of conferral (Article 5.1 sentence 1 and Article 5.2 sentence 1 TEU). For the expansion of their powers, the Union bodies remain dependent on amendments to the Treaties which are carried out by the Member States in the framework of the respective constitutional provisions which apply to them and for which they take responsibility. Specifically relating to the Court of Justice the German Constitutional Court held: 'The interpretation [of the treaties by the ECJ] must not therefore be equivalent to a treaty extension in its results; such an

⁹ Cited at 469.

¹⁰ In German: 'Kompetenzkompetenz'.

¹¹ BVerfG 12.10.1993 – 2 BvR 2134, 2159/92 – BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

¹² BVerfGE 89, 155 at 156.

interpretation of its powers would have no binding effect in Germany.¹² The Federal Constitutional Court feels empowered and obliged to review acts on the part of the European bodies and institutions with regard to whether they take place on the basis of manifest transgressions of competence or on the basis of the exercise of competence in the area of constitutional identity which is not assignable (Article 79.3 in conjunction with Article 1 and Article 20 of the Basic Law). Where appropriate the Constitutional Court will declare the inapplicability of acts for the German legal system which exceed competences.¹³

The role of 'guardian of the German constitution' is interpreted by the Federal Constitutional Court in such a fashion that its obligation to pursue substantiated complaints of an ultra vires act on the part of the European bodies and institutions is to be coordinated with the task which the Treaties confer on the Court of Justice, namely to interpret and apply the Treaties, and in doing so to safeguard the unity and coherence of Union law (see Article 19.1 (1) sentence 2 TEU and Article 267 TFEU). The Federal Constitutional Court accepts that if each Member State claimed to be able to decide through their own courts on the validity of legal acts of the Union, the primacy of application could be circumvented in practice, and the uniform application of Union law would be placed at risk. If, on the other hand, the Member States were to completely forgo ultra vires review, disposal of the treaty basis would be transferred to the Union bodies alone, even if their understanding of the law led in the practical outcome to an amendment of a treaty or to an expansion of competences. The tensions which are basically unavoidable according to this construction are to be harmonised cooperatively in accordance with the idea of European integration and relaxed through mutual consideration.¹⁴

2. From these principles the Constitutional Court draws a red line: Firstly, the ECJ is to act on the basis of general principles common to the laws of the Member States (Article 6.3 TEU; Article 340.2 and Article 340.3 TFEU). The Court of Justice's task includes in this respect ensuring the lawfulness of the Union within the meaning of the constitutional traditions common to the Member States.

Secondly, although the ECJ is competent to further develop Union law, it is bound by the Treaties and by commonly accepted methods of interpretation. A major limit on further development of the law by judges at Union level is the principle of conferral (Article 5.1 sentence 1 and Article 5.2 sentence 1 TEU). Particularly, further development of the law may not be legislation with political

¹³ BVerfGE 89, 155 at 106.

¹⁴ BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 – Honeywell.

latitude, but must follow the instructions set out in statutes or international law. Further development of the law transgresses these boundaries if it changes clearly recognisable statutory decisions which may even be explicitly documented in the wording of the Treaties, or creates new provisions without sufficient connection to legislative statements. Such creativity is above all not permissible where case-law makes fundamental policy decisions over and above individual cases nor where the further development of the law causes structural shifts to occur in the system of the sharing of constitutional power and influence.¹⁵

3. These principles have been applied by the German Constitutional Court in two cases which shed a light on the constitutional dilemma. One further case – pending at the ECJ – has some potential for constitutional scrutiny.

a) In *Mangold*¹⁶ the ECJ held that a national provision such as § 14.3 sentence 4 of the German Law on Part-Time Working and Fixed-Term Contracts (Teilzeit- und Befristungsgesetz) conflicted with Community law because of a direct discrimination on account of age and had to be set aside. Although Directive 2000/78/EC was not yet applicable for Germany, given that the transposition period had not yet expired, the *Mangold* ruling reviewed the German fixed-term employment arrangement by applying the standard of this directive thus giving the directive advance effect. With the advance effect of directives that was presumed in the *Mangold* ruling, the ECJ created a further case group for the so-called ‘negative’ effect of directives. Furthermore, the ECJ ‘discovered’ a general principle of the prohibition of discrimination based on age which it derived from constitutional traditions common to the Member States and from their international agreements although only two of the 15 constitutions of the Member States at the time of the *Mangold* ruling contained a special prohibition of discrimination based on age. According to the Court’s own case law this ‘discovery’ was necessary to rule that the national law had to be set aside as only primary law could have this direct effect between private subjects of a Member State¹⁷ and only if it was sufficient in itself to confer on individuals an individual right which they might invoke as such.¹⁸

The Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht – BAG) accepted and applied the ECJ’s ruling in *Mangold* in the case of Honeywell.¹⁹ Honeywell’s

¹⁵ BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 – Honeywell.

¹⁶ ECJ 22.11.2005 – C-144/04 – EU:C:2005:709 – *Mangold*.

¹⁷ ECJ 11.5.1999 – C-255/97 – EU:C:1999:240 – *Pfeiffer*; recently: ECJ 19.04.2016 – C-441/14 – EU:C:2016:278 – *Dansk Industri*.

¹⁸ ECJ 15.1.2014 – C 176/12 – EU:C:2014:2 – *Association de médiation sociale*.

¹⁹ BAG 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 – BAGE 118, 76.

constitutional complaint against the BAG's judgement was rejected as unfounded by the majority of the constitutional judges. However, in a strongly worded dissenting vote the minority pointed out that the ECJ had indeed acted ultra vires. The Federal Labour Court had set aside § 14.3 sentence 4 of the Law on Part-Time Working and Fixed-Term Contracts without a constitutionally tenable reason, and hence circumvented the commitment to law and order (Article 20.3 of the Basic Law). The Federal Labour Court were constitutionally unable to invoke Union law in its interpretation by the ECJ in the case of *Mangold*. The Senate majority had placed excessive requirements on the finding of an ultra vires act on the part of the Community or Union bodies, and in this respect deviated from the Senate's judgment on the Treaty of Lisbon²⁰ without any convincing reasons. The majority had wrongly denied the existence of a transgression of competence on the part of the Court of Justice in the case of *Mangold*. The dissenting vote further argued that the Federal Labour Court should have referred the case to the ECJ for another preliminary ruling giving the ECJ a chance 'to mend their ways' – and if this had had no success the Federal Labour Court should have referred the case to the Constitutional Court for a ruling on the constitutionality of the ECJ's opinion.

This decision was widely considered a warning by the Constitutional Court and a plea to the ECJ to consider their competences. Allegedly, this did not go down too well with the ECJ.

b) In the next case the Constitutional Court – this time unanimously – made short work of what they clearly saw as a transgression of competence by the ECJ. In the case of the German Counter-Terrorism Database Act, the Constitutional Court, with regard to the fundamental right to the protection of personal data under Article 8 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR), considered the complainant's request to refer the case for a preliminary ruling to the European Court of Justice under Article 267 TFEU to clarify the reach of fundamental rights under Union law. This notion was founded on *Åkerberg Fransson*²¹ in which the ECJ had ruled that, while according to Article 51 CFR a legal situation did not come within the scope of the CFR if it had no foundation in European Union law (and therefore the Court did not have jurisdiction to rule on it), the matter at hand (penalties for violating obligations to declare VAT) came within the scope of European

²⁰ BVerfG 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 – BVerfGE 123, 267.

²¹ ECJ 26.2.2013 – C-617/10 – EU:C:2013:280 – *Åkerberg Fransson*.

Union law as Member States were under an obligation to take all legislative and administrative measures appropriate for ensuring collection of all the VAT due and for preventing evasion.

The Constitutional Court did not accept this wide scope of the Charter according to the reading by the ECJ and saw therefore no need to ask for a preliminary ruling in its case. The European Court of Justice, argued the Constitutional Court, were not the 'lawful judge' according to Article 101 sec. 1 GG – despite the ECJ's decision in *Åkerberg Fransson*. The Federal Constitutional Court demanded that this decision must not be read in such a fashion that would view it as an apparent ultra vires act or as if it endangered the protection and enforcement of the fundamental rights in the Member States (Article 23 sec. 1 sentence 1 GG) questioning the identity of the Basic Law's constitutional order. The decision – said the Constitutional Court – must thus not be understood and applied in such a way that any connection of a provision's subject-matter to the merely abstract scope of Union law, or merely incidental effects on Union law, would be sufficient for binding the Member States by the Union's fundamental rights set forth in the CFR – and possibly in contradiction to national constitutional law. By referring to a cooperative relationship between the ECJ and the Constitutional Court the latter interpreted the *Åkerberg Fransson* ruling in such a way that the potentially wide scope of the CFR was reduced in such a fashion that there was no need to declare the *Åkerberg Fransson* ruling inapplicable in Germany.²²

c) The third case is that of the cheese fondue metaphor. In my humble opinion it bears potential for a fundamental realignment of the purpose of labour law and for pushing the boundaries between the Union and the Member States.

aa) In *Alemo-Herron*, the question arose whether national law providing that a contractual clause to incorporate a collective agreement into an individual contract which has a provision for automatic updating of some terms according to changes of the collective agreement transfers (as under the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006) was compatible with EU law. Lord Hope pointed out that the employees' claim that a dynamic clause of reference to a collective agreement was:

entirely consistent with the common law principle of freedom of contract. There can be no objection in principle to parties including a

²² BVerfG 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07 – BVerfGE 133, 277 at 88, 91.

term in their contract that the employee's pay is to be determined from time to time by a third party such as the NJC of which the employer is not a member or on which it is not represented. It all depends on what the parties have agreed to, as revealed by the words they have used in their contract. The fact that the employer has no part to play in the negotiations by which the rates of pay are determined makes no difference. Unless the contract itself provides otherwise, the employee is entitled to be paid according to the rates of pay as determined by the third party. This is simply what the parties have agreed to in their contract. The same is true of the transferee in the event of the transfer of an undertaking regulated by TUPE. Domestic law tells us that the term in the contract is enforceable against the transferee in just the same way as it was against the original employer.²³

However, the UK Supreme Court referred the case to the ECJ asking, in essence, whether Article 3 of Directive 2001/23 must be interpreted as precluding a Member State from providing, in the event of a transfer of an undertaking such as that at issue in the main proceedings, that dynamic clauses referring to collective agreements negotiated and agreed after the date of transfer were enforceable against the transferee. The ECJ answered: Yes, if that transferee does not have the possibility of participating in the negotiation process of such collective agreements concluded after the date of the transfer.²⁴

If the answer might not have been a total surprise, given the questions asked, the reasoning certainly was.

Firstly, after having recognized from Article 8 of Directive 2001/23 that that directive did not affect the right of Member States to apply or introduce laws, regulations or administrative provisions more favourable to employees, the Court curtailed the scope of Article 8 Directive 2001/23 by claiming that the directive did not aim solely to safeguard the interests of employees in the event of transfer of an undertaking, but sought to ensure a fair balance between the interests of those employees, on the one hand, and those of the transferee, on the other. Particularly, the Court demanded that the transferee must be in a position to make the adjustments and changes necessary to carry on its operations. The Court concluded that a dynamic clause was liable to undermine the fair balance between the interests of the transferee in its capacity as employer, on the one hand, and those of the employees, on the

²³ [2011] UKSC 26, 9.

²⁴ ECJ 18.7.2013 – C 426/11 – EU:C:2013:521 – *Alemo-Herron*.

other.

The second line of reasoning is even more surprising. The Court derives from Article 16 CFR that by reason of the freedom to conduct a business, the transferee must be able to assert its interests effectively in a contractual process to which it is party and to negotiate the aspects determining changes in the working conditions of its employees with a view to its future economic activity. Since the transferee (i.e. Parkwood) could not become a member of the collective bargaining body its contractual freedom was seriously reduced to the point that such a limitation was liable to adversely affect the very essence of its freedom to conduct a business.

bb) I shall refrain from dwelling on the inconsistencies of the first argument²⁵, especially the fact that this novel approach to the purpose of the directive deviates from virtually all earlier case law of the Court which was presented faultlessly by the Advocate General in his opinion²⁶. It is the ECJ's privilege to interpret and re-interpret EU legislation; up to a point methodological weaknesses have to be born.

However, utilizing the Charter in order to limit the scope of Article 8 of the Directive 2001/23 and the Court's understanding of Article 16 CFR is a different kettle of fish.

Firstly, considering Article 51 CFR it is highly questionable whether the CFR is applicable in a situation where a Member State makes use of its competence to provide a more favourable level of protection of conditions of work after a transfer. While there is no doubt that a directive must be interpreted in a manner consistent with the fundamental rights as set out by the Charter it seems fairly obvious that national legislation which goes beyond the minimum protection required by the directive does not come within the scope of European Union law and can therefore not be tested according to the provisions of the Charter.²⁷ In other rulings the Court itself has acknowledged that in order to determine whether national legislation involves the implementation of EU law for the purposes of Article 51 of the Charter, some of the points to be considered are whether that legislation is intended to implement a provision of EU law; the nature of that legislation and whether it pursues objectives other than those covered by EU law, even if it is capable

²⁵ For a detailed diagnosis cf. Landesarbeitgericht (LAG) Berlin-Brandenburg 03.12.2014 – 24 Sa 1126/14 – juris.

²⁶ EU:C:2013:82.

²⁷ Bundesarbeitsgericht (BAG) 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – ECLI:DE:BAG:2015:170615. B.4AZR61.14A.0 – Asklepios; Wißmann RdA 2015, 301.

of indirectly affecting EU law; and also whether there are specific rules of EU law on the matter or capable of affecting it. In particular, the Court ‘has found that fundamental EU rights could not be applied in relation to national legislation because the provisions of EU law in the subject area concerned did not impose any obligation on Member States with regard to the situation at issue in the main proceedings’.²⁸ This dictum – in a ruling passed after the Federal Constitutional Court’s views on the understanding of Article 51 CFR were published – seems to be absolutely in line with the Federal Constitutional Court’s understanding of the ECJ’s competence. However, in *Alemo-Herron* the ECJ assumed exactly such a wide application of the CFR and thus its own competence to curb the Member States’ rights beyond their obligation to implement EU law. In fact, as Wißmann²⁹ and Prassl³⁰ pointed out, the ECJ’s approach reverses the function of the Directive 2001/23. It shall only provide the socle, not the lid to employees’ protection. Member States are therefore only bound to introduce these minimum standards. If they decide to adopt a more generous level of protection they do not fulfil their obligations as members but act within their sovereign competences. This analysis is shared by the ECJ in *Österreichischer Gewerkschaftsbund* where the Court points out that Directive 2001/23 intends to achieve only partial harmonisation in this area, essentially by extending the protection guaranteed to workers by the laws of the individual Member States to cover the case where an undertaking is transferred. It does not, however, intend to establish a uniform level of protection throughout the Union on the basis of common criteria. In *Alemo-Herron* the Court does exactly that. It is therefore legitimate to ask whether such an infringement of Member States’ rights constitutes a structural shift of competences between the Member States and the Union violating the principle of conferral. This is – in essence, if put rather more politely – one of the questions asked by the Bundesarbeitsgericht in its request for another preliminary ruling following the debate and the consternation caused by *Alemo-Herron*.³¹

Secondly, the way the Court deals with Article 16 CFR materially has raised doubts whether the Court’s reasoning is still covered by what the Constitutional

²⁸ ECJ 6.3.2014 – C-206/13 – EU:C:2014:126 – *Siragusa*.

²⁹ RdA 2015, 301.

³⁰ Prassl, ‘Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law’, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, No. 4, December 2013, 434, 440.

³¹ Bundesarbeitsgericht (BAG) 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – ECLI:DE:BAG:2015:170615.B.4AZR61.14A.0 – Asklepios.

Court has called ‘commonly accepted methods of interpretation’ or whether the Court’s treatment of the law is not in fact legislation with political latitude.

Article 16 of the Charter provides that ‘[t]he freedom to conduct a business in accordance with European Union law and national laws and practices is recognised’. The protection afforded by Article 16 of the Charter covers the freedom to exercise an economic or commercial activity, the freedom of contract and free competition, as is apparent from the explanations relating to that article, which, in accordance with the third subparagraph of Article 6(1) TEU and Article 52(7) of the Charter, have to be taken into consideration for the interpretation of the Charter. In addition, the freedom of contract includes, in particular, the freedom to choose with whom to do business, and the freedom to determine the price of a service.³² However, the Court has frequently pointed out that the freedom to conduct a business is not absolute, but must be viewed in relation to its social function. It is subject to a broad range of interventions on the part of public authorities which may limit the exercise of economic activity in the public interest.³³

Given this understanding of Article 16 CFR the *Alemo-Herron* ruling raises a number of questions. One such limitation of the exercise of the freedom of enterprise provided for by Union law is the Directive 2001/23 itself – including the principle that the conditions of employment shall not be altered to the detriment of the employee solely on account of the transfer (Article 3(1))³⁴. Since this effect of the directive has been accepted explicitly as a proportional limitation of the freedom of enterprise by the Court itself the reasoning in *Alemo-Herron* only makes sense if the transfer of a dynamic clause of reference were in itself a disproportional intervention. The Court seems to see such a disproportionality in the fact that Parkwood were not eligible to join the employers’ collective bargaining body and were therefore not in a position to negotiate the aspects determining changes in the working conditions of its employees with a view to its future economic activity.

However, a closer look reveals that a transferee’s freedom of negotiating the terms of the acquisition and the conditions of employment of the transferred employees and thus safeguarding his financial interests are not – certainly not disproportionately – limited by dynamic clauses of reference.

It is standard practice in mergers and acquisitions that assets and liabilities are scrutinized in a process of due diligence. Any financial burdens or risks

³² ECJ 22.1.2013 – C 283/11 – EU:C:2013:28 – *Sky Österreich*.

³³ ECJ 22.1.2013 – C 283/11 – EU:C:2013:28 – *Sky Österreich* and the case law cited.

³⁴ C.f. ECJ 25.7.1991 – C-362/89 – EU:C:1991:326 – *d’Urso*.

deriving from clauses of reference should be taken into account by the potential buyer and will certainly be a factor determining the price of the business or enterprise on offer. If a potential transferee decides to buy despite the risks inherent in a dynamic clause he has fully exercised his freedom of contract – this freedom even includes the right to do unprofitable deals. To accept a bad deal knowingly and willingly and then – having second thoughts – to invoke a violation of the freedom of contract seems inconsistent and hardly within the scope of Article 16 CFR. If – on the other hand – the transferee did not exercise due diligence the old Roman principle of ‘caveat emptor’ applies.³⁵

If one looks at the transferee’s freedom of contract regarding the conditions of employment of the transferred employees it is true that the contracts of employment are not transferred as ‘empty shells’. The directive could not serve its purpose if the employees had to be taken over by the transferee but if all conditions of work had to be negotiated as if the transferee were free to hire or not to hire the employees of the transferor. Formal protection of employment without protection of the established position would be a farce. Therefore the Court’s deliberations can only mean the freedom to adapt an existing contract of employment, e.g. by abolishing the clause of reference in its entirety and agreeing on altogether new conditions or by at least terminating the dynamic of the clause. German law does not prevent this. Article 3(3) of the Directive does not protect the employee against agreeing to altering conditions of work if they are laid down in the contract of employment; the period of at least one year in which the conditions of work may not be altered to the detriment of the employee concerns only conditions set up by a collective agreement which was normatively applicable with the transferor. Surprisingly the ECJ did not specify whether or not in the *Alemo-Herron* case the clause of reference could have been subject to free negotiations between Parkwood and its employees under English law.

Under German law such a dynamic clause can even be abolished unilaterally by the employer by means of a termination combined with an offer to continue the employment relationship under different conditions (‘Änderungskündigung’). Such a termination can be tested in court according to §§ 2, 1 Kündigungsschutzgesetz (Employment Protection Act). The court will accept

³⁵ Which has been applied in Union law, c.f. opinion of Advocate General Sharpston in C-441/12 – EU:C:2014:2026 – at 64.

³⁶ C.f. BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14 (A) – ECLI:DE:BAG:2015:170615.B.4AZR61.14A.0 – Asklepios; LAG Berlin-Brandenburg 03.12.2014 – 24 Sa 1126/14 – juris.

the termination if the intended change of conditions is deemed socially justified, especially if it is necessary for economic or operational reasons.³⁶ Therefore a transferee who is prevented from joining the bargaining body can adapt the conditions of work by means of contract law if – as the Court assumes – such adjustments and changes are *necessary* to carry on its operations. Being able to participate in the collective bargaining body ‘to assert its interests effectively in a contractual process’ can only mean the contractual process between the collective partners. Thus such a membership is only relevant in a situation where the conditions are governed by a collective agreement which has normative effect.

Another question arises from the Court’s dictum, the UK law on transfer would pose limitations on Parkwood that were liable to adversely affect the *very essence* of its freedom to conduct a business. This notion stands in remarkable contrast to previous case law. In *Sky Österreich*, the Court notes that legislation interfering with a subject’s freedom of contract did not affect the core content of the freedom to conduct a business because that provision did not prevent a business activity from being carried out as such.³⁷ In *Alemo-Herron*, we are a long way away from Parkwood’s business activities – providing ‘leisure’ services – being curtailed or made impossible.

Furthermore, as the Court has laid down in *Sky Österreich*, the freedom to conduct a business may be subject to a broad range of interventions on the part of public authorities which may limit the exercise of economic activity in the public interest if such limitations are provided for by law and respect the essence of those rights and freedoms and, in compliance with the principle of proportionality, are necessary and actually meet objectives of general interest recognised by the European Union or the need to protect the rights and freedoms of others. The principle of proportionality demands that in order to define the ‘very essence’ of a freedom, conflicting fundamental rights have to be taken into account and weighed against each other, particularly if the conflict is between two private subjects. Alas, the constitutional position of the employees is not even mentioned by the Court in *Alemo-Herron*. Had the Court taken into account that the employees exercised their freedom of contract when they agreed on a dynamic clause of reference and that such a beneficial result of their negotiations would be rendered worthless by the Court’s view, a process of practical concordance or at least a proper test of

³⁷ ECJ 22.1.2013 – C 283/11 – EU:C:2013:28 – *Sky Österreich* at 49.

proportionality might have resulted in a more differentiated application of the Charter in the interpretation of the Directive.

cc) With regard to the Court's interpretation of Article 8 of Directive 2001/23 and the application of Article 16, 51 CFR it has been questioned whether the Court's deliberations are still within commonly accepted methods of interpretation of the Member States and whether the Court's application and further development of the law changes clearly recognisable statutory decisions – in the case of Article 51 CFR even explicitly documented in the wording of the Charter, or if the Court creates new provisions without sufficient connection to legislative statements or makes fundamental policy decisions over and above the individual case. According to the jurisdiction of the German Federal Constitutional Court³⁸ it is first of all the national court which can and must submit once more to the Court of Justice by means of the proceedings according to Article 234 ECT, explaining the existing reservations, the question of whether Union law did not allow a contractual dynamic clause of reference to be made binding by national law. As long as the Court of Justice did not have an opportunity to rule on the questions of Union law which have arisen, the Federal Constitutional Court may not find any inapplicability of Union law for Germany. Union law does not preclude such a renewed, expanded, well-founded submission. A preliminary ruling proceedings opens up possibilities to resolve or at least alleviate the immanent conflict between constitutional and Union law requirements in a cooperative manner and at an early stage.³⁹ Such a submission is that of the Federal Labour Court which is pending at the ECJ.⁴⁰

III.

The solution of this conflict is of some importance for the economy and the labour law system in Germany. Contracting out is a widespread means to reduce the cost of labour. It is frequently facilitated by either founding a new company which supplies the activities, particularly services, or – as in the case of Parkwood – by 'privatizing' those activities. Given the fact that such providers of activities or services are usually either covered by a 'cheaper' collective agreement or are not bound by any collective agreement at all, a revaluation of a dynamic into a static clause would in time cause a noticeable loss of income suffered by the transferred employees. However, even more

³⁸ BVerfG 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 – Honeywell – at 60.

³⁹ Justice Landau on the order of the Bundesverfassungsgericht of 6 July 2010 – 2 BvR 2661/06.

⁴⁰ C-680/15 *Asklepios Kliniken* and C-681/15 *Asklepios Dienstleistungsgesellschaft*.

potential for a fundamental realignment of our labour law system lies in the application of Article 16 CFR. If such a minor limitation of a transferee's freedom of enterprise should really constitute an infringement of the 'very essence' of this freedom and if the conflicting fundamental rights of the other private subject are to be kept out of all considerations then more or less all law protecting the position of the employee as the structurally weaker part in the employment relationship – the very *raison d'être* of labour law – could be subject to such a 'downsizing' of the scope of protection on account of its inherent limitation of the freedom to conduct a business.

Therefore it is to be hoped that the Court will clarify its position and 'qualify'⁴¹ its former conclusion as it did in *KHS*.⁴² Then we could indeed plunge the case of *Alemo-Herron* into the icy waters of a deep lake and forget about it – like the Roman who lost his piece of bread in the cheese fondue for the third time – thus avoiding a possible conflict between the German Constitution and the Court of Justice.

⁴¹ The German translation formulates poetically: 'nuancieren'.

⁴² ECJ 22.11.2011 – C 214/10 – EU:C:2011:761 – *KHS*, at 28.

MONIKA SCHLACHTER

REASONABLE ACCOMMODATION FOR CONTINUED EMPLOYMENT OF OLDER WORKERS

1 Introduction

Extending the active working lives for a larger part of the population became a social policy of choice for the EU¹ and for Member States. This was a reaction to the ongoing demographic trend towards ageing societies: ageing of the population due to longer life expectancy combined with shrinking of the population due to lower birth rates changes the ratio between active and passive members, generating challenges for economies and social security systems in affected countries.² Promoting a healthy and actively ageing workforce, however, is easier agreed upon than delivered.³ Prohibiting age discrimination has become a tool for putting the goal into practice, but at the same time produces some tensions that need to be taken care of: increasing youth unemployment in several Member States and young people's general difficulty of getting access to stable employment and decent pay gives raise to concerns according to which extending working lives of older workers might negatively affect job offers and career development prospects of the younger generation.⁴ Article 3 para 3 TEU announces 'solidarity between generations' as one of the objectives of the EU, while the CJEU regularly accepts mandatory retirement schemes as objectively justified for their capability to further intergenerational fairness and access to employment for younger workers.⁵ This is understood as a strategy to balance the individual interest of older

¹ EU-Commission Communications: 'Europe 2020, a strategy for smart, sustainable and inclusive growth', COM (2010) 2020 final; 'Taking stock of the Europe 2020 strategy', COM (2014) 130 final.

² M Schlachter, 'General Report: The prohibition of Age Discrimination in Labour Relations' in M Schlachter (ed.), *Reports to the XVIIIth International congress of comparative law* (2010) 11 et seq.

³ M Hack, *Taking age equality seriously: the example of mandatory retirement* (University of Oslo, 2015), p. 6–10.

⁴ A Numhauser-Henning and M Rönmmar, 'Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective' in L Carlson, Ö Edström and B Nyström (eds), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law* (2016) 113, 115.

⁵ CJEU, 16 October 2007, C-411/05 *Palacios de la Villa*; 12 October 2010, C-45/09 *Rosenbladt*; 5 July 2012, C-141/11 *Hörnfeldt*

workers to be protected against stereotypes or against their sudden exclusion from the labour market depending solely on their chronological age,⁶ against a perceived collective interest⁷ of societies in using age thresholds as readily available indicators of diminishing capacities and of protecting prospects of the younger generation.

However, such perceived conflict between an individual interest not to be discriminated against and a collective interest of societies in preventing youth unemployment is not providing a complete picture of the problem. On the one hand, the connection between compulsory retirement of older workers and increased labour market participation of younger workers is disputed among economists as a 'lump of labour fallacy'.⁸ The understanding that keeping older workers employed will inevitably keep younger ones from gaining access is not convincing unless the labour market is perceived of as a static institution that only takes on one additional member once another one leaves. Additionally, the collective interest of societies is not uniformly directed to furthering early departures from labour relationships. There is also a strong collective interest of societies to stabilize their health care and pension systems or tax revenues, all of which may become overburdened by a shrinking active population having to accommodate the needs of a rapidly increasing inactive population. Therefore, it will not necessarily be against a collective interest of societies to keep older workers employed for as long as they are willing and capable. However, most individuals still do not wish for longer active working lives once a sustainable exit option exists. Quite to the contrary, a substantial share of the work force will choose retirement over prolonging their working years. This will especially be the case where jobs are too physically or mentally demanding or too boring to attract job holders for longer than they absolutely have to work. Others, however, tend to remain active in employment until or even beyond the regular pensionable age,⁹ while another group is denied such possibility even if they would prefer staying in employment.

Obviously, the problem of striking a balance is complex, owing to disparate interests even inside the same group of stakeholders. The approach of the EU,

⁶ CJEU, 22 November 2005, C-144/04 *Mangold*: non-discrimination on the ground of age constitutes a general principle of EU primary law.

⁷ F Hendrickx, 'Age and European Employment Discrimination Law' in F Hendrickx (ed.), *Contributions in Honour of Professor Blanpain* (2012) 3, 5.

⁸ P Krugman, 'Lumps of Labour' (7 October 2003) *The New York Times*.

⁹ In Germany, the ratio of people working until the then relevant pensionable age of 65 increased from 28 % in 2008 to 39 % in 2014, and even the number of persons working beyond the regular retirement age increased from 5.1 % in 1996 to 11.6 % in 2014: *Survey des Deutschen Zentrums für Altersfragen* (2016).

turning towards the equality principle for solving such conflict of interest, poses at least one additional and difficult question: undertakings willing to keep older workers employed for as long as possible may opt for furthering both the willingness and capability of such age groups to remain employed by accommodating age-related difficulties. This implies treating different age groups differently, however, and therefore becomes suspect under discrimination law. This contribution discusses whether the Employment Equality Directive¹⁰ might support a concept of reasonable accommodation for older workers: could it be understood as even obliging employers to accommodate older workers' specific needs, or at least as justifying doing this?

2 The concept of reasonable accommodation

At EU level, 'reasonable accommodation' became an essential element of combating discrimination of persons with disabilities. In the context of the Employment Equality Directive, equal treatment in employment and occupation provides a positive obligation on employers to accommodate the specific needs of persons with a disability, as long as such measures do not impose a disproportionate burden on undertakings, Article 5 Directive 2000/78/EC. This is not aiming at positive action measures but based on the assumption that equal treatment in employment cannot be achieved for persons with disabilities unless specific obstacles are compensated for. When employers apply provisions or practices disadvantaging people with a disability compared to non-disabled workers, such situations need adjustments in order to allow participation on an equal footing with non-disabled persons.¹¹ Providing compensational measures is the logical consequence when applying the otherwise primarily formal concept of equal treatment to disability. Normally, the equal treatment principle does not cope with the material content of decisions and preconditions in the employment relationship as long as they are applied consistently to everyone.¹² Instead, employers are free to set up work-related criteria which everyone has to meet for getting a job offer or remaining employed. According to Recital 17 in the Preamble to the Employment Equality Directive, also this Directive does not require the

¹⁰ Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 on Establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation, OJ 2000 L 303/16.

¹¹ C O'Connell/K Liu, 'Framework Equality Directive 2000/78/EC, Article 5 para. 1' in M Schlachter (ed.), *EU Labour Law – A Commentary* (2015).

¹² Hack (2015) 55–56 (n 3).

recruitment or maintenance in employment of a person who is not competent, capable or available to perform the essential functions of the post concerned.

For persons with disabilities, the putting in place of criteria for recruitment or retaining personnel may result in exclusion from the labour market as they may be unable to fulfil the duties of the job under the conditions set up by the undertaking for everyone.¹³ Should the problem nevertheless be dealt with under anti-discrimination legislation, treating persons with disabilities equally needs to take substantial aspects into account, especially the interrelationship between the disability and the barriers created by conditions of the workplace and job description.¹⁴ The specific disability may not translate into not being able to perform the tasks at all, but merely to perform it under identical conditions as persons without such disability and in the conventional manner. Following accommodation measures, conventional manners/ conditions of the work relationship likely to prevent people with a disability from performing the task will be replaced by conditions targeted to compensate the needs of persons with disabilities, creating a level playing field that provides equal treatment.¹⁵

Therefore, Recital 20 to the Employment Equality Directive states that effective and practical measures should be undertaken to adapt the workplace to the disability. This will require employers to assess in detail the concrete needs of persons with a disability and to adjust work-related equipment, work practices or working time to the individuals' needs, unless this creates disproportionate burdens on the undertaking. A failure to implement support measures enabling an otherwise suitable person with a disability to perform a job is then itself considered discriminatory once the employer can reasonably be required to undertake such adjustment. The CJEU stated already in an early decision that the dismissal of a person with disabilities was precluded if the employee was 'competent, capable and available to perform the essential functions of the post concerned' after reasonable accommodation was carried out.¹⁶ Following the interpretation of the UN Convention on the Rights of

¹³ Labour Court (2nd Instance) for Berlin-Brandenburg, 5 June 2014 – 26 Sa 427/14 para 23.

¹⁴ Article 1, combined with para e of the Preamble to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities; see J Lane/ N Videbaek Munkholm, 'Danish and British Protection from Disability Discrimination at Work' in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2015) 91, 94 et seqq.

¹⁵ C O'Conneide and K Liu, 'Framework Equality Directive 2000/78/EC, Article 5 para. IIII' in M Schlachter (ed.), *EU Labour Law – A Commentary* (2015); E Kajtar, *Life outside the bubble: International and European legal framework of disability discrimination in employment*, Peci Munkajogi Közlemeyek Vol. 6 (2013) (Special Edition) 5, 13 et seq.

¹⁶ CJEU, 11 July 2006, C-13/05 *Chacon Navas* para 50.

Persons with a Disability, the CJEU meanwhile argues that the provision of Article 5 of the Employment Equality Directive must be understood as constituting a broad definition of 'accommodation', including e.g. a potentially necessary reduction in weekly working hours.¹⁷

3 Obstacles to continued employment of older workers

Whereas the Employment Equality Directive addresses the requirement of reasonable accommodation solely in the context of disability discrimination, this has not prevented legal scholars from exploring the potential transferability of the concept to other suspect grounds for disparate treatment.¹⁸ Arguments differ whether this should include transferring the obligation on employers to accommodate or merely justifying a deliberate implementation of accommodating measures directed towards other protected characteristics such as religion or age. For all transfers it would become a necessary precondition to establish that the employment situation, in this case for age, is reasonably comparable to those establishing the reasons for accepting such measures as elements of equal treatment for persons with disabilities.

Age as one of the characteristics protected by the Employment Equality Directive provides some features that might benefit from applying the reasonable accommodation concept as much as disability. This is due to the fact that in both cases proponents of disparate treatment between the groups referred to 'legitimate aims' of such differentiation: treating older workers differently was accepted as being legitimate in most legal systems for many decades. By reaching a specific age, workers could be deemed no longer capable of remaining part of the work force, quite similar as if they had developed a disability. Two overlapping explanations can be invoked for this. Firstly, chronological age served as the decisive proxy for deteriorating health and diminishing competencies;¹⁹ employers therefore used it as a socially acceptable criterion for determining the duration of a permanent contract of employment. Upon arriving at a specific age limit, persons were seen as automatically unfit for active participation in the labour market so that they

¹⁷ CJEU, 11 April 2013, joined cases C-335/11 and C-337/11 *Ring and Skouboe Werge*, para 53–54.

¹⁸ K Alidadi, 'Reasonable Accommodation for Religion and Belief: Adding Value to Article 9 ECHR and the European Union's Anti-Discrimination Approach to Employment?' in *European Law Review* (2012 vol. 37) 693, 707; M Sargeant, 'Older Workers and the Need for Reasonable Accommodation' in *International Journal of Discrimination and the Law* (2008), 163, 167 et seqq.

¹⁹ CJEU, 12 January 2010, C-229/08 *Wolf*, para. 41; 13 September 2011, C-447/09 *Prigge*, para. 67.

– just as people with a disability – could be sorted out according to ‘the merit principle’. General assumptions on diminished physical, mental or behavioural capacities of older workers may lead to their exclusion from professional tasks associated with responsibility for persons or property, or even from gainful employment as such.²⁰ They represent exactly the kind of job-related prejudices anti-discrimination legislation is designed to overcome.

This cause for differential treatment was taken on by anti-discrimination legislation once it became obvious that age is not actually functioning as a proxy for bad health and shrinking capability during the course of a regular employment relationship.²¹ Health conditions in developed market economies have steadily improved, so that age thresholds developed during the nineteenth or early twentieth century base themselves on statistical information no longer relevant today. For the employees in the age range between 50 and 65 usually perceived of as ‘older workers’, no evidence is available for a general unfitness to work. A deterioration in intellectual performance, for example, was observed in one longitudinal study on ageing only late in life, while demonstrating a large variability between individuals.²² To sum up, one person’s chronological age will rarely predict their true physical or mental capabilities, as genetic and environmental conditions as well as working conditions contribute to a very individual, specific expression of age. This should, in principle, suffice to disallow generalizing age thresholds operating to the detriment of older age groups.

Other measures, however, concern differences which medical evidence bases on specificities of old age, such as diminishing physical strength or sense capacities. Accommodating measures may include aspects such as changes to working environment, improving health habits, adapting duration of working time or place, continuing education without age limits, organization of the workplace, or the like. Where difficult or exceptionally demanding working conditions exist, they may become even more burdensome the older a job holder becomes. Reaching a specific age is then not as such responsible for some deficits in employability, but primarily in combination with existing working conditions. Anyhow, in such cases age remains one factor to this outcome, and basing differential treatment of workers of a certain age on this ground may be justified as pursuing a legitimate aim when implemented by proportionate means.

²⁰ Hack (2015) 47 et seq (n 3).

²¹ Hack (2015) 64–72 (n 3).

²² Hack (2015) 68 (n 3), with references to studies on ageing conducted in Finland.

4 Protective labour legislation or the prohibition to discriminate

However, traditional labour law in many Member States provided protective employment conditions for the elderly, such as increasing wages according to experience, bonuses for long-standing commitment with the undertaking, age-related prolonged vacation entitlements, increased dismissal protection for longer serving workers, or wage-protection mechanisms for older persons suffering from poor health or lacking adaptability to changes in the workplace. Such benefits were deemed acceptable as all age groups would eventually become entitled to them as they age. This presumption is itself based on the maintenance of a long-term, even lifelong labour relation. Precarious work and modern flexible labour contracts will not regularly allow for meeting the preconditions to these benefits; workers will face the end of their contract before ever becoming eligible. So for younger age groups under specific circumstances, age-related protective rules will no longer be acceptable or justified. However, from an undertaking's perspective, providing entitlements for persons expected to undergo losses of capabilities will depend on a calculation:²³ what has to be paid 'extra' later will be withheld earlier in the career, and such mixed calculation is only viable once the end of an entitlement is already fixed upon concluding the contract. Such economic considerations provided reasons for setting age thresholds that were so widespread among Member States that they were no longer questioned.

Along the same line, under protective labour legislation differential treatment of different age groups has also been common for young workers. To enable them to safely gain access to employment, specific protective measures designed at furthering their employability have been widespread. Many specific measures included health- and safety-related aspects for combating challenges from the combination of young age, lack of experience or training, and a potentially dangerous working process. Article 6 para 2 (d) Directive 89/391/EEC on the Introduction of Measures to Encourage Improvements in the Safety and Health of Workers required that work is to be adapted to the individual, especially regarding the design of workplaces. Along the same line, Article 15 of that Directive specifies that 'particularly sensitive risk groups must be protected against the dangers which specifically affect them'. Concerning specifically the employment of younger workers, the Preamble to

²³ K Strauss, 'Equality, fair mutualisation and the socialization of risk and reward in European pensions' in N Countouris and M Freedland (eds), *Resocializing Europe in a Time of Crisis* (2013) 16 et seq.

Directive 94/33/EC on the Protection of Young People at Work states that working conditions have to be guaranteed as 'appropriate to their age'. The adjustment of employment conditions for accommodating the needs of a specific age group as such is obviously not foreign to protective labour legislation. This concept has not been transferred to older workers as an obligation to facilitate their continuous employment; guaranteeing older workers such other benefits as referred to above may have operated as an alternative.

Generally accepting more favourable working conditions for older workers may, however, change with the prospect of an increasing number of persons who will fall outside many protective features of the traditional labour law concept. What remains for such contractual relationships, however, is the equal treatment principle applicable to all forms of employment. This principle, in turn, might provoke negative consequences for age-related accommodation furthering the ability and willingness of older workers to prolong their employment relationship. Several protective measures benefiting older workers may become endangered by a formal application of equal treatment.²⁴ Broadly defined exemption clauses tailored to the age-ground, as in Article 6 of the Employment Equality Directive, may protect older age groups under specific circumstances. An activating employment policy, however, cannot rely solely on increasing the pensionable age or influencing compulsory retirement practices to overcome obstacles to ability and willingness of workers to remain in employment. Calling upon undertakings to keep older workers employed for longer will not suffice either. Instead, changing work environments that are physically or mentally too demanding or that decrease work quality, and adapting conditions to eventually deteriorating health conditions of older workers may prove preferable and more successful. At some point in time any person's capability will become more fragile due to age, but for many this will not happen before the onset of the regular retirement age and can be actively influenced by countermeasures for continuously improving health habits, skills and knowledge. How a worker's chronological age translates into their working capability is not merely dependent on their personal health status but also on the sector where they have worked, the concrete conditions of the jobs held and their individual educational status, continuing education and career developments. Where it is possible to preserve a worker's status as a fully competent member for additional years,

²⁴ Numhauser-Henning and Rönmar (2016) 113, 126 (n 4).

active participation of older workers in employment may benefit in parallel interests of undertakings, individual employees and social policies. An employer willing to establish such accommodation for assisting workers to remain in employment for longer will legitimately expect legal certainty concerning the justified scope of accommodation measures.

5 Applying Article 5 to age-related differentiations?

The interdependency between demanding working environments and a perceived lower performance rate allows comparison of age-related disparate treatment in employment to disability-related treatment. Again it must be highlighted, though, that the Employment Equality Directive establishes an obligation on employers to undertake accommodation only concerning people with a disability.²⁵ Expanding this obligation of reasonable accommodation to older workers²⁶ has been suggested in legal literature due to the connection between growing older and developing a disability. While there is sound evidence for repeated incidents of sickness frequently preceding the development of a disability,²⁷ and for incidents of sickness increasing with age, this does not allow applying Article 5 Directive 2000/78/EC to age discrimination. The CJEU already stated that the Directive's concept of disability must be given an autonomous and uniform interpretation,²⁸ differing from the notion of 'sickness'. By deliberately choosing a term different from 'sickness' the legislature indicated that both concepts cannot simply be treated as being identical,²⁹ even if there are areas of obvious overlap between them. The same reasoning must apply to the two concepts of disability and age notwithstanding that both can coincide at times. It follows from the wording of Article 5 of the Employment Equality Directive that older workers can be covered by an obligation to accommodate insofar as they also developed a disability. A statistical evidence of an increasing likelihood for older age groups to develop some kind of disability will not as such suffice for applying such obligation also to age.

²⁵ Numhauser-Henning and Rönmar (2016) 113, 123–124 (n 4).

²⁶ M Sargeant, *International Journal of Discrimination and the Law* (2008, vol. 9) 163, 180.

²⁷ OECD: *Sickness, Disability, and Work: Breaking the Barriers. A Synthesis of Findings across OECD Countries* (2010) 67.

²⁸ CJEU, 11 July 2006, C-13/05 *Chacon Navas* para 40.

²⁹ CJEU, 11 July 2006, C-13/05 *Chacon Navas* para 40.

6 Reasonable accommodation as a positive action measure

As a tool for furthering equal treatment for handicapped persons, the reasonable accommodation approach posed no problems of discrimination: persons not having a disability cannot base a claim of disadvantageous disparate treatment on accommodating the specific needs of persons with a disability. Equality Directives simply do not provide equal treatment for the ground of not being disabled; the approach to disability discrimination is an asymmetrical one. For age as a protected characteristic, however, the approach is symmetrical: all age groups are protected.³⁰ As a consequence it might be argued that measures accommodating specific needs of one age group, such as adapting work places to problems of the elderly, may result in a discriminatory lack of equal protection for other age groups, causing problems under the equal treatment principle.

Such problems could be overcome by invoking the option of positive measures combating specific disadvantages for persons with a protected characteristic.³¹ Article 7 para 1 of the Employment Equality Directive states that Member States shall not be prevented by the equal treatment principle from adopting specific measures to prevent or compensate for disadvantages linked to any of such characteristics. The CJEU hitherto accepted as justified the positive actions in gender-equality cases aiming at counteracting detrimental effects of employment structures.³² Transferring this line of reasoning to the present case of accommodating older workers, measures will not regularly engage preferential treatment such as setting employment targets or quotas. Much rather, accommodation in this case covers inclusionary policies whose effect is likely to exclusively or at least substantially benefit older persons over younger age groups.³³ For such effect, measures might be labelled as discriminating younger workers, were they not aiming at counterbalancing statistically relevant disadvantages for a protected group.³⁴

Measures to compensate for existing inequalities can be undertaken by legislation, by collective agreements or by individual employers once they can be based on a social policy concept developed in the respective Member State.

³⁰ Numhauser-Henning and Rönmar (2016) 113, 117 (n 4).

³¹ Schlachter, *General Report* (2010) 37, 52 (n 2).

³² RNielsen, 'Directive 2006/54/EEC – Gender Equality, Article 3' in M Schlachter (ed), *EU Labour Law – A Commentary* (2015).

³³ N Burrows/M Robinson, 'Positive Action for Women in Employment: Time to Align with Europe?' in *Journal of Law and Society* (2006) 24 et seq.

³⁴ Nielsen, *Article 3 § III (a)* (n 32).

When legitimate, they are, however, regularly group-oriented.³⁵ The necessity to prevent future disadvantages flows from the experience that the group sharing this protected characteristic has been treated adversely before; compensating measures are directed against discriminatory measures affecting the group, not necessarily at the individual benefiting from the positive action themselves. The CJEU construed the positive-action concept as advancing women in employment as members of a specifically vulnerable group, who had previously been denied equality of treatment in a particular employers' workforce.³⁶ The question therefore remains whether accommodating an older worker to overcome specific age-related problems in their individual employment situation may also be included into this concept.

In principle, reasonable accommodation of older workers may also be provided as group-oriented measures, specifically in case of preventive measures aiming at furthering workers' general health, training and competencies for avoiding even the risk of developing deficiencies as persons grow older. Accommodation may then include anything adequate for preventing age-related difficulties, as long as such measures do not react to specific problems already existing in an individual employment relationship. The specification of an age threshold adequate for starting preventive measures must be targeted to the profession in question, depending on the availability of data on health conditions and drop-out rates from active employment. Such a generalized approach has to be controlled for meeting the conditions for positive action established by the Court. It is therefore not dependent on a precondition of counterbalancing an individual experience of discrimination. While positive actions may not establish over-inclusive or under-inclusive groups of beneficiaries, objective justification is not necessarily individualized for each specific worker. Where measures compensating general aspects of limitations are established by general rules, e.g. via collective agreements or statutes, this will resemble the original concept of positive action aiming at advancing members of a vulnerable group. They may therefore be included in the positive action justification.

However, other accommodation measures may constitute individualized reactions to the specific situation of older workers finding themselves in the concrete situation of needing assistance. This concerns primarily measures

³⁵ L Waddington/A Hendriks, 'The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe' in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2000) 403, 410.

³⁶ CJEU, 17 October 1995, C-450/93 *Kalanke*; C-409/95, 11 November 1997, *Marschall*; C-158/97, 28 March 2000, *Badeck*; C-407/98, 6 July 2000, *Abrahamsson*; C-79/99, 7 December 2000, *Schnorbus*.

aiming at age-related problems whose potentially adverse consequences can be remedied by an adequate intervention. Such measures might include tending to individual health conditions, to a specific lack of technical experience or knowledge, or to concrete problems with a specific work environment or working relationships with colleagues and superiors. Compensating such specific difficulties for one person need not be justified by the concept of positive action. Such measures do not need specific justification, as they represent not adverse treatment of younger age groups but a tool for enabling the specific individual to continue participating in employment on an equal footing with other workers.³⁷ In this sense, Article 2 para 2 (b) (ii) of the Employment Equality Directive allows taking appropriate measures to eliminate disadvantages for persons with a particular disability entailed by an apparently neutral provision or practice. In the case of disability discrimination, the Directive thereby indicates a constructive similarity between reasonable accommodations by an employer and the prohibition of indirect discrimination. This similarity is relevant not only for prohibiting discrimination of persons with a disability but for all protected characteristics. Regularly applied conditions for employment in a specific undertaking that result in specific difficulties for an individual older worker are suspect as indirectly discriminating such person because of age. Measures undertaken to counterbalance such difficulties therefore represent an emanation, not a violation of the equal treatment principle.

7 Conclusion

For extending the active participation rates in the labour market also for older workers, many questions have been put. One prominent example is the complicated interaction of protective labour regulation with the equal treatment principle. While anti-discrimination legislation helps combat stereotypical presumptions and prejudices associated with persons aged 50 and over, it creates additional difficulties in case of disparate treatment of persons with actual age-related difficulties in employment. This used to be the realm of protective labour regulations aiming at striking a balance between the interest of undertakings on the one hand and younger and older workers on the other. Accommodating expected difficulties of older workers in employment would allow them to remain active for a longer period of time

³⁷ Waddington and Hendriks, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2002) 403, 425 et seq.

without being exposed to additional health risks. Undertakings interested in keeping their workforce from early retirement might wish to engage in such measures. Positive action measures could be modelled according to the reasonable accommodation example, even though this concept was developed in the context of disability discrimination.

Under EU law, the Employment Equality Directive created an obligation on employers to provide reasonable accommodation to persons with a disability. Such obligation has deliberately been restricted to disability and cannot as such be transferred to other contexts such as age. However, undertakings wishing also to accommodate the specific needs of older workers to keep them employed may rely on this concept nevertheless, as this does not represent a form of discrimination against younger age groups. Preventive measures accommodating workers beyond certain age thresholds as a group may be based on Article 7 of the Framework Directive. When fulfilling the preconditions developed by the CJEU for valid positive actions, preventive measures benefiting older workers qualify as a proportionate means for obtaining a legitimate goal. In case a measure aims at compensating an individual disadvantage, this represents a tool for avoiding negative consequences of an otherwise neutral employment condition, i.e. an indirectly age-related discrimination. For both cases, accommodating older workers as a means for enabling them to remain active in employment is not contradicting the equal treatment principle. Traditional employment protection measures may be compatible with anti-discrimination regulation in this perspective.

EVA SCHÖMER
OCH
LINNÉA OLSSON

I SKÄRNINGSPUNKTEN AV ARBETSMILJÖ OCH
SOCIALRÄTT –
ARBETSMILJÖPROBLEMATIKEN VID ARBETE I NÅGONS
HEM I FORM AV PERSONLIG ASSISTANS¹

Assistenten skall vara såsom brukarens armar och ben, händer och fötter.²

1 Inledning

Arbetsvillkoren, vid arbetet som utförs i annans hem, är i princip helt olika i förhållande till arbeten som utförs utanför hemmiljön. Till det som komplicerar bilden vid arbete i annans hem är bl.a. att det uppstår ett möte mellan två likvärdiga rättsområden; arbetsmiljörätten med krav på en säker och sund arbetsmiljö för personer som utför omsorgsarbete och socialrätten med brukarens rätt till omsorg och dennes rätt till sin integritet och självbestämmande. Det finns i princip ingen (enkel) lösning på den här problematiken, i stället skulle den kunna förstås som ett rättsligt dilemma, där proportionalitetsprincipen används för att avvärja konflikter mellan de olika rättsområdena. Något som försvårar problematiken ytterligare är att förhandlingar om arbetsmiljön inte endast sker mellan arbetsmarknadens parter, utan att diskussioner om arbetsmiljön även sker mellan den *enskilde arbetstagaren*, *dvs. assistenten* och den som är i behov av assistans, *brukaren* och ibland även *närstående personer* till brukaren. Jag kommer i det här bidraget belysa några av de ”rättsliga” problem som aktualiseras vid arbete i annans hem i form av

¹ Detta bidrag är skrivet inom ramen för ett från AFA finansierat forskningsprojekt om vad som händer i skärningspunkten mellan arbetsmiljö- och socialrätt.

² Independent Living-rörelsens beskrivning av personliga assistenter.

personlig assistans och hemtjänst. Bidragets fokus är arbetsrättsligt, varför de socialrättsliga frågorna endast kommer att beskrivas kort och stå som en spegel mot de arbetsrättsliga reglerna.³

2 Bakgrund: hemtjänst och personlig assistans

Brukares möjligheter att få stöd för sitt eget behov brukar sammanfattas med begreppet "hemtjänst", vilket regleras med hjälp av ett flertal lagar såsom socialtjänstlag (2001:453 [SoL]), lag om stöd och service till vissa funktionshindrade (1993:387 [LSS]) samt hälso-och sjukvårdslagen (1982:763 [HSL]). Ersättning som utgår i samband med den beviljade servicen regleras sedan den 1 januari 2011 genom socialförsäkringsbalken (2010:110 [SFB]). Vård enligt HSL beslutas efter samråd av läkare, eller såsom i vissa fall av sjuksköterska. Vid sidan av detta är det möjligt att även få socialt bistånd, vilket vanligtvis erhålls efter ansökan om (socialt och/ ekonomiskt) bistånd i den kommun sökanden är boende. Möjligheten till hemtjänst är grundad på socialtjänstlagen, som förutsätter att den enskilde ansöker om stöd för att erhålla hemtjänst. Socialtjänstlagen är en ramlag i vilken "skäliga levnadsförhållanden" utgör måttet för ansökan (4 kap. 1 § SoL). Detta gör att det blir fråga om s.k. "rimlighetsavgöranden" vid bedömningen av socialt och ekonomiskt bistånd vilket gör det svårt för en sökande att utkräva "specifika" rättigheter, även om det i teorin i och för sig är möjligt.

Vid sidan av socialtjänstlagen och möjligheten till socialt bistånd står LSS. LSS berättigar personer med varaktiga fysiska eller psykiska funktionshinder, som uppenbart inte beror på normalt åldrande till insatser i form av sådant särskilt stöd och särskild service som närmare anges i lagen (9 § LSS) under förutsättning att funktionshindren är stora och förorsakar betydande svårigheter i den dagliga livsföringen och därmed ett omfattande behov av stöd eller service, samt att hjälpen behövs för personernas livsföring och att behovet inte kan tillgodoses på annat sätt (1 och 7 §§ LSS). Assistansen kan bestå av hjälp med personlig hygien, måltider, på- och avklädning, kommunikation, dvs. den enskildes grundläggande behov (9a § 1 st. LSS). Den som har andra liknande behov har även rätt till personlig assistans för dessa (9a § 2 st. LSS); det kan vara behov för att komma ut i samhället, för att studera, delta i daglig verksamhet eller få eller behålla ett arbete. Det ska vara fråga om ett personligt stöd som ger den funktionshindrade ökade möjligheter till ett självständigt liv;

³ Arbete i annans hem kan även ske av någon, som utför arbetet i en enskild firma, den problematiken lämnas utanför det här bidraget.

assistans som knyts till den enskilde och finns tillgänglig för denne i olika verksamheter och under olika tider på dygnet.⁴

Som en följd av LSS införande utvecklades yrkesgruppen personliga assistenter i det närmsta explosionsartat. År 1994 var det endast drygt 6000 personer som fick ersättning från assistansreformen.⁵ 2016 (mars) erhöll 16 062 personer med assistansersättning från Försäkringskassan. Dessa hade i genomsnitt 126,7 assistanstimmar/vecka. 45,8 % var kvinnor och 54,2 % var män. Kvinnorna hade i genomsnitt 124,8 assistanstimmar/vecka, medan männen hade 128,3 assistanstimmar/vecka. Av de med assistansersättning från Försäkringskassan hade (augusti 2015) 33,0 % sin assistans i kommunal regi, 54,0 % anlidade ett assistansföretag, 9,2 % ett assistanskooperativ och cirka 2,3 % var egna arbetsgivare för sina assistenter. Av de med kommunalt beviljad assistans hade (2015) 43 % sin assistans i kommunal regi, 50 % anlidade ett assistansföretag, 6 % ett assistanskooperativ och 1 % var egna arbetsgivare för sina assistenter. I oktober 2014 fanns 4 100 med personlig assistans beviljat av kommunerna. De hade 42 assistanstimmar i genomsnitt per vecka. Den 16 december 2015 fanns det 1 109 assistansanordnare med tillstånd från Inspektionen för vård och omsorg (IVO).⁶

En beviljad insats ska syfta till att tillförsäkra individen *goda levnadsvillkor*. Insatserna ska vara varaktiga och samordnade. Socialtjänstlagen talar om att tillförsäkra brukaren *skälig levnadsnivå*, vilket är en väsentligen lägre grad. Tanken är att brukaren ska få möjlighet att stärka sina levnadsförhållanden och sin förmåga till att leva ett självständigt liv (7 § LSS). Insatserna enligt LSS beviljas på begäran av den sökande individen alternativt vårdnadshavare, god man, förmyndare eller förvaltare (8 § LSS).

3 Arbetsrättsliga utgångspunkter

Utgångspunkten för regleringen av de arbetsmiljörättsliga aspekterna är lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS), arbetsmiljölagen (1977:1160) och lagen om husligt arbete (hushållslagen⁷) som får ses som grundpelarna vid arbetsmiljöarbetet i annans hem. Vid sidan av de reglerna finns ett flertal kollektivavtal, som både helt eller delvis ersätter LAS, och även om LAS är en

⁴ Prop. 1992/93:159, s. 63 ff.

⁵ http://www.scb.se/sv_/Hitta-statistik/Artiklar/Allt-fler-far-hjalp-att-klara-vardagen, 16 juli 2016.

⁶ <http://assistanskoll.se/assistans-statistik.php>, 15 juli 2016.

⁷ Hushållslagen ersatte den äldre Hembiträdeslagen (1944:461), som huvudsakligen syftade till att underlätta hemarbetet (hushållsarbetet såsom städ- och diskning i hemmet) för "kvinnor" inom de högre samhällsskikten.

s.k. tvingande minimilagstiftning (2 § LAS) är åtskilliga regler i dessa kollektivavtal till arbetstagarens nackdel. Hushållslagen, som både överlappar och kompletterar LAS och arbetstidslagen (1982:6723), gäller inte endast för alla personliga assistenter. Hushållslagen gäller dock ej om arbetstagaren är medlem av arbetsgivarens familj, utom i de fall arbetstagaren är personlig assistent enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (1 §). För den enskilde arbetstagaren, som kanske går mellan en anställning från kommunalt arbete till ett vårdbolag (annan utförare) kan arbetsvillkoren, bli olika allt beroende av inom vilken form anställningen utövas, såsom storleken på det privata vårdbolaget, eller om vården bedrivs inom ett vårdkooperativ. Något som har blivit ett faktum sedan lag (2008:962) om valfrihetssystem, [LOV] infördes 2009. LOV reglerar möjligheten för kommuner och landsting att konkurrenspröva kommunala och landstingskommunala verksamheter genom att överlåta valet av utförare av stöd, vård- och omsorgstjänster till brukaren eller patienten. Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling aktualiserar även upphandling av välfärdstjänster för privata utförare. Den offentliga upphandlingen utgår från de EU-rättsliga principerna om konkurrensfrihet, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet.⁸ År 2016 hade 158 av landets 290 kommuner infört LOV, varav huvuddelen arbetar som undersköterskor, hemtjänst, hemsjukvård och äldre-
vård. 135 970 personer arbetar inom den här sektorn, som också sysselsätter flest kvinnor (93 %).⁹ LOV har emellertid medfört en rad komplikationer på det arbetsrättsliga området.¹⁰ Många studier visar att de som är sysselsatta inom den här sektorn känner oro; upplevelsen av otydliga regler och ramar förstärker upplevelsen av otrygghet.¹¹ Arbetsbeskrivningarna kan vara både detaljerade och otydliga, och det är inte ovanligt att arbetsbeskrivningarna är så otydliga att det är svårt att veta var gränsen för arbetsuppgifterna går,

⁸ Under senare tid har det riktats en hel del kritik mot privata aktörers agerande när det gäller användningen av överskottet av den icke kommunalt bedrivna vården, vilket har lett till att regeringen har valt att tillsätta en utredare för att förutsättningarna för och föreslå hur den offentliga finansieringen av privat utförda välfärdstjänster bör regleras. Syftet med utredningen är att säkerställa dels att offentliga medel används till just den verksamhet de är avsedda för och på ett sådant sätt att de kommer brukarna till godo, dels att eventuella överskott som huvudregel ska återföras till den verksamhet där de uppstår. Utredningen ska föreslå hur offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster kan utformas så att den säkrar likvärdighet, kvalitet, samhällsekonomisk effektivitet, behovsstyrning och öppenhet, Dir. 2015:22.

⁹ http://www.scb.se/sv/_/Hitta-statistik/Statistik-efter-amne/Arbetsmarknad/Sysselsättning-forvarvsarbete-och-arbets-tider/Yrkesregistret-med-yrkesstatistik/59064/59071/133975/, 15 juli 2016.

¹⁰ M Wolmesjö & L Zanderin, *LSS: regelsystem, implementering och realitet* (Studentlitteratur, Lund, 2009), s. 117.

¹¹ M Larsson & S Larsson, *Att vara ett mänskligt hjälpmedel: en studie om att arbeta som personlig assistent* (1. uppl., Harecpress, Malmö, 2004).

emellanåt händer det att de personliga assistenterna får en roll som extramamma i familjen, och att de t.ex. åläggs uppgifter såsom läsläsning, matlagning till hela hushållet, städning av hemmet, skötsel av djur och trädgård samt tvätt av hela familjens kläder. Den s.k. independent Living-rörelsens uttryck att assistenten ska vara ”brukarens armar och ben”, ”brukarens händer och fötter” eller ”brukarens redskap” brukar ges som förklaring till de flexibla och otydliga arbetsvillkoren. De menar att assistenten ska ”träda in i alla de situationer där assistansmottagaren skulle ha utfört arbete om hon eller han inte haft sitt funktionshinder”. Emellertid finns det anledning att ställa det här perspektivet i relation till det stöd brukaren faktiskt har för sina behov och det denna har beviljats stöd för.¹²

3.1 Ett ömsesidigt beroende mellan assistent och brukare

Personer, som på grund av sin funktionsnedsättning inte kan tala för sig själv, har vanligtvis en god man förordnad för sig. Det är inte ovanligt att denne är en anhörig, något som komplicerar förhållandet mellan den enskilde arbetstagaren (assistenten) och brukaren.¹³ Den gode mannen blir på så sätt en länk mellan brukaren och assistenten, vilket kan innebära att assistenten får olika besked om vad som ska göras och när. Den otydliga arbetsledningen gör att arbetsuppgifterna uppfattas som otydliga. Från rättslig synvinkel är det den person som har funktionsnedsättningen, som också ska ges ett avgörande inflytande över sin assistans, vilket betyder att den funktionsnedsattes inställning till den personlige assistenten har avgörande betydelse för den personliga assistentens möjlighet att få behålla sitt arbete. Det skulle kunna beskrivas såsom att det utvecklas ett osunt ömsesidigt beroende mellan brukare och assistent; brukaren och den personliga assistenten står i något slags symbiotiskt förhållande till varandra, som de knappast har möjlighet att avsluta på egen hand.

De socialrättsliga reglerna flyter således in och blir till en del i anställningssavtalet, genom att brukarens behov blir till grunden för assistentens anställning, dvs. behoven hos brukaren styr assistentens arbetsuppgifter. Så samtidigt som assistenten ska ge vård och omsorg till sin brukare, ska assistenten också beakta den enskilde brukarens rätt till integritet och självbestämmande. På så sätt förstärks brukarens och assistentens beroende av varandra ytterligare, genom att samtidigt som assistenten ska göra allt för att brukaren ska bli

¹² C Calleman, ”En flexibel arbetsrätt inom personlig assistans” (2008) *Svensk Juristtidning*, 484.

¹³ L Giertz, *Erkännande, makt och möten: en studie av inflytande och självbestämmande med LSS* (Linneaus University Press, Diss. Växjö: Linnéuniversitetet, 2012), s. 194.

självständig på sina egna villkor, så innebär varje steg mot bättring för brukaren ett steg bort från anställningstryggheten för assistenten. Assistenten är skyldig visa brukaren särskild hänsyn och lojalitet, samtidigt som assistenten faktiskt har ett svagare anställningsskydd än flertalet andra yrken, där människobehandlande inslag saknas. Dessa arbeten kännetecknas av att en relation mellan arbetstagare och brukare utgör den centrala kärnan av verksamheten; arbeten med människors mest intima och integritetskänsliga vardag.¹⁴ Det finns här sällan utrymme för ett bristande tålamod eller att ha ”en dålig dag”, om det sker vid upprepade tillfällen. Konsekvenserna av det kan vi se i till exempel AD 2005 nr 60, där Arbetsdomstolen fastställde att det förelåg laga skäl för avskedande av ett vårdbiträde på ett kommunalt äldreboende, då vårdbiträdet uttalat sig både hotfullt och kränkande gentemot en boende vid upprepade tillfällen. Bedömningen var gjord mot bakgrund av att vårdbitrådets uttalanden hade ägt rum i den enskilda brukarens hem, där denne borde ha särskilt starka skäl till att känna sig trygg och säker. I ett senare mål (AD 2010 nr 26) förklarade AD att det fanns laga grund att avskeda en rehabiliteringsassistent som gav en svårt hjärnskadad patient en örfil, efter att ha patienten hade spottat rehabiliteringsassistenten i ansiktet då patienten skulle hjälpas till toaletten. Arbetsdomstolen förklarade att patienten inte skulle behöva tåla att bli bemött med ett sådant våld, och att även om det var fråga om ett enstaka handlande från assistenten, så hade allmänhetens förtroende kommit att rubbas allvarligt. Det saknade även betydelse att assistenten hade arbetat vid kommunen under en mycket lång tid och att denne hade skött sig väl till den aktuella händelsen. Domstolen konstaterade att assistentens handlande var att betrakta som ett grovt åsidosättande av vad som ålåg denne, varför kommunen också hade rätt att avskeda assistenten.

4 Kollektivavtal

Arbetsvillkoren för dem som arbetar inom hemtjänst och personlig assistans regleras genom ett flertal kollektivavtal. *Huvudöverenskommelsen (HÖK 16)* mellan Svenska kommunalarbetsförbundet och Sveriges kommuner och landsting samt Arbetsgivarförbundet Pacta avseende lön och allmänna anställningsvillkor m.m.¹⁵ Till HÖK kopplas *Allmänna bestämmelser (AB 16)*¹⁶, som

¹⁴ S Johansson m.fl., *Människobehandlande organisationer. Villkor för ledning, styrning och professionellt välfärdsarbete* (Natur & Kultur, Lettland, 2015), s. 28 ff.

¹⁵ HÖK trädde ikraft den 1 maj 2015 och gäller fram till och med den 30 april 2019, med en ömsesidig uppsägningstid om tre månader.

¹⁶ AB trädde ikraft den 1 maj 2016.

är en del av HÖK samt *överenskommelserna om lön och allmänna anställningsvillkor* (ÖLA).¹⁷ För den som är anställd som personlig assistent och anhörigvårdare gäller även *Överenskommelse om lön och anställningsvillkor för personliga assistenter och anhörigvårdare (PAN 16)*, vilken kompletterar HÖK 16. Därtill har Svenska Kommunalarbetarförbundet tecknat ytterligare ett avtal med den fristående arbetsgivareorganisationen Vårdföretagarna Almega, som är en arbetsgivar- och branschorganisation för vårdgivare som bedriver vård och omsorg i privat regi oavsett driftsform: *Kollektivavtal, Personlig assistans – Bransch G*. Mellan Kommunala Företagens Samorganisation, KFS, och Svenska Kommunalarbetarförbundet, Kommunal gäller avtalet *Personlig assistans*.¹⁸ De personliga assistenter, som är anställda av arbetsgivare av Arbetsgivareföreningen KFO berörs i stället av kollektivavtalet *Allmänna anställningsvillkor och löneavtal m.m. för anställda inom personlig assistans*, vilket gäller mellan KFO och Svenska Kommunalarbetarförbundet.¹⁹

5 Särreglering vad beträffar anställning och arbetsmiljö

5.1 Anställningens upphörande – personliga skäl

LAS (7§) ställer, såsom bekant, krav på att arbetsgivaren har saklig grund för att säga upp en tillsvidareanställd arbetstagare. En tidsbegränsad anställning kan i princip inte avslutas i förtid, om den anställde inte har gjort sig skyldig till ett allvarligt kontraktsbrott (4 § 2 st. LAS). Vad som utgör saklig grund är inte definierat i lagen, men begreppet har behandlats vid ett otal tillfällen av Arbetsdomstolen, som ställer krav på att arbetsgivaren har ”godtagbara skäl” för sitt beslut. Det faller helt utanför det här bidraget att fördjupa sig i den problematiken; de skäl som nämns är s.k. personliga eller ekonomiska, dvs. arbetsbrist. Till de personliga skälen hör bl.a. samarbetsvårigheter, kränkande beteende, stöld eller hot och våld. En brukare som läggs in på en institution, eller flyttar till ett särskilt boende har inte längre behov av sin assistent, varvid det uppstår en situation av arbetsbrist. Flertalet kollektivavtal på det nu aktuella området föreskriver att anställningen som personlig assistent upphör ”då assistansuppdraget upphör eller då arbetsgivaren har särskilda skäl att bringa anställningen att upphöra”.²⁰ Av en protokollsanteckning till ett avtal beskrivs

¹⁷ AB är en generell reglering av arbetsvillkoren, vilket innebär att det finns flera olika specialregleringar på området.

¹⁸ Avtalet löper ut den 31 oktober 2016.

¹⁹ Avtalet löper ut den 31 augusti 2016.

²⁰ Se bl.a. *Kollektivavtal Personlig assistans – Bransch G*.

innebörden av ”då assistansuppdraget upphör” vara när den funktionshindrade inte längre har behov av, eller har rätt till personlig assistans, och att ”särskilda skäl” hänför sig till situationer då ”arbetsgivaren inte längre kan garantera assistansens kvalitet och säkerhet eller att ”arbetstagaren och de funktionshindrade inte längre fungerar tillsammans”.²¹ Uppsägningstiderna är i relation till LAS också väsentligen förkortade och uppgår vanligtvis till två veckor. Om den enskilda arbetstagaren lämnar sin anställning utan att iakttä stadgad uppsägningstid, mister arbetstagaren sina inestående löneförmåner. Ur den enskilde arbetstagarens perspektiv är de intjänade rättigheterna således väsentligen begränsade. Det betyder att de personliga assistenternas rättigheter är tämligen urholkade i relation till den övriga arbetsmarknaden, där LAS gäller. Det huvudsakliga skälet till detta är att den enskilde brukarens behov av stöd och hjälp anses vara mer behjärtansvärt än den enskilde arbetstagarens behov av skydd för sin anställning. Det betyder att den typiskt sett ekonomiskt svagare parten i anställningsförhållandet, dvs. arbetstagarens rättigheter ställs i relation till objektet för anställningen (dvs. brukaren) i stället för i förhållande till arbetsgivaren. Så relationen vid personlig assistans bör snarare ses som ett trepartsförhållande än ett traditionellt tvåpartsförhållande. Något som kan förklaras med att arbetsgivarens roll är dubbel genom att denne både är arbetsgivare i relation till arbetstagaren, och även utförare av assistansuppdraget i relation till den enskilde brukaren, och mot bakgrund av att den senare är att se som mer utsatt än arbetstagaren har parterna således valt att ställa brukarens intressen i förgrunden.

I AD 2015 nr 9 ställdes den frågan på sin spets genom att domstolen hade att ta ställning till om en utförare (vårdbolag) hade rätt att säga upp en assistent, som det menade hade misskött sig bl.a. genom att inte stödja den aktuella brukaren på olika sätt. Vid ett tillfälle hade assistenten valt att ge brukaren sömnmedel i stället för att hjälpa brukaren, vid något annat tillfälle hade assistenten medtagit personliga handlingar från brukaren hem till sig själv, vid ytterligare ett annat tillfälle hade assistenten valt att sova över hos brukaren i stället för att gå hem till sig själv. Tingsrätten valde att använda sig av principen att arbetsgivaren bör klargöra för arbetstagaren att anställningen är i fara och att arbetstagaren bör beredas möjlighet att rätta till bristerna innan en uppsägning, såsom i AD 2002 nr 44, och AD 2006 nr 118 där arbetsdomstolen har förklarat att även om arbetsgivarens förtroende för arbetstagaren var allvarligt rubbat, så är arbetsgivaren skyldig att först uppmärksamma arbetstagaren på dessa fel i syfte att arbetstagaren därefter skulle ha möjlighet

²¹ Bilaga 1 till förhandlingsprotokoll, 2013-09-10, moment 2.

att förbättra sitt beteende innan en uppsägning skulle kunna genomföras. Emellertid fann Arbetsdomstolen i det nu nämnda målet (AD 2015 nr 9) att det är av största vikt att såväl vårdtagare som anhöriga kan lita på de personer som utför vårdarbete och att dessa personer också genomför sitt arbete på ett godtagbart sätt, varvid domstolen hänvisade till AD 2005 nr 60. Domstolen anförde:

Assistansen utförs i brukarens hem och brukaren är beroende av assistansen och ställer krav på att samarbetet och relationen mellan den personliga assistenten och brukaren fungerar. Brukarens inställning till om assistansen fungerar eller inte har därmed betydelse vid en bedömning om det föreligger saklig grund för en uppsägning av assistenten.²²

Emellertid hade bolaget varken lyckats styrka att assistenten hade misskött sig eller att brukaren inte längre önskade ha kvar assistenten; det som styrkts var att brukarens anhöriga var missnöjda med hur assistenten utförde arbetet hos brukaren och att de inte hade förtroende för assistenten, vilket enligt domstolen alltså inte var tillräcklig för att säga upp assistenten.

5.2 Bedömningen av proportionalitet mellan arbetsmiljö och socialrätt

Kommunens skyldighet att erbjuda en vård, som står i proportion till brukarens behov blir intressant om vi ställer den i relation till den enskilde assistentens rätt till tillfredställande arbetsmiljö, som är både sund och säker (AML 3 kap. 1 och 2 §§) och att arbetsgivaren är ansvarig för att arbetstagare inte utsätts för ofrivillig tobaksrök (8 §, tobakslagen [1993:581]). Detta har belysts vid ett mål från Kammarrätten i Jönköping²³, i vilket domstolen förklarade att brukarnas rätt till vård är central och att det vid vården inte är möjligt att eliminera samtliga arbetsmiljörisker, utan att de åtgärder som ställs på arbetsgivaren ska stå i rimlig proportion till de resultat som uppnås, varvid domstolen hänvisade till förarbetena till arbetsmiljölagen²⁴. Det aktuella målet rörde frågan om huruvida kommunen var skyldig att förhindra att personalen vid ett kommunalt gruppboende för personer med stödinsatser enligt Socialtjänstlagen och LSS skulle utsättas för rök av de boende. Kommunen hade uppmanat brukarna att inte röka under pågående omsorg, inrättat ett särskilt rökrum och även införskaffat ansiktsmasker för att minska risken av

²² AD 2015 nr 9.

²³ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 360-09, dom 2010-01-14.

²⁴ Prop. 1976/77:149, s. 253.

den passiva rökningen. De anställda hade bl.a. erbjudits möjlighet att omplaceras till andra arbetsställen där det inte röktes. Domstolen menade att de här åtgärderna var tillräckliga; de anställdas rätt fick således stå tillbaka för brukarnas behov av en god vård.

Vid ett mål från Högsta förvaltningsdomstolen (RÅ 1990 ref. 44) yrkade en MS-sjuk brukare att denne skulle få utökad hemtjänst för att kunna röka obehindrat. Domstolen avlog emellertid yrkandet och förklarade att det beviljade biståndet fem cigaretter om dagen var tillräckligt; obegränsad rökning ansågs falla utanför vad som var att betrakta som skäligen levnadsnivå. I stället för att endast bistå med assistans vid rökning, borde hemtjänsten i stället sträva efter att med hjälp av träning kunna ge brukaren möjlighet att själv kunna hålla sina cigaretter. Det finns dock anledning att uppmärksamma att den här domen är från tiden före tobakslagen och att det är tveksamt om den skulle stå sig i dag, då synen på både hälsa och rökning såväl passiv som aktiv rökning är väsentligen förändrad. Men resonemanget är intressant ur principiell synvinkel, eftersom det diskuterar proportionalitetsprincipen mellan arbetstagares rätt till en sund och säker miljö i relation till den enskilde brukarens rätt till ett värdigt liv och livshållning.

I ett mål från Kammarrätten i Stockholm²⁵ konstaterade domstolen att en kommun hade vidtagit tillräckliga åtgärder för att förebygga belastningsskador hos arbetstagare inom hemtjänsten genom att uppmana en brukare att ändra sitt hem så att det försågs med bland annat lyfthjälpmiddel och en höj- och sänkbar säng, något som brukaren avvisade. Kommunen valde då att minska det sociala biståndet och motiverade det med att det fanns anhöriga, som stod till förfogande för att utföra den omsorg som kommunen hade dragit in.

5.3 Betydelsen av möjligheten till omplacering

Att arbetsgivaren har en skyldighet att försöka omplacera arbetstagaren innan en uppsägning får ske, är generell och gäller såklart även inom arbeten i hemtjänst och personlig assistans (7 § 2 st. LAS). Omplaceringskyldigheten ska prövas mot lediga tjänster som finns i arbetsgivarens verksamhet, under förutsättning att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna. Här blir det således uppenbart att assistentens möjlighet att ha kvar sin anställning är beroende av verksamhetens storlek. Av AD 1984 nr 141 framgår det att en kommuns samtliga förvaltningar i princip ingår i omplaceringskyldigheten, dock med begränsningen att förvaltningarnas verksamhetsområden måste vara närliggande. Det betyder bl.a. att en kom-

²⁵ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2330-11, dom 2012-10-05.

mun kan komma att tvingas omplacera en arbetstagare inom hemtjänst eller personlig assistans till samtliga äldreboenden, HVB-hem och liknande i kommunen, under förutsättning av att arbetstagaren har de kvalifikationer som krävs för tjänsten. En privat utförare har i förhållande till en kommun emellertid väsentligen färre möjligheter att omplacera arbetstagare, eftersom de verksamheterna oftast har färre driftsenheter. Principen är emellertid densamma; hela verksamheten omfattas, även om den bedrivs i skilda driftsenheter.²⁶ Den trygghet, som kommunala arbetstagare har, blir i praktiken begränsad för arbetstagare i privata omsorgsföretag. Än mer begränsad blir tryggheten för en personlig assistent som är direkt anställd av brukare, där möjligheten till omplacering blir obefintlig eftersom en sådan arbetsgivare endast har en tjänst som personlig assistent finns att utgå från och arbetstagaren inte kan omplaceras till en annan arbetsgivare.

6 Anmälan till Justitieombudsmannen

Justitieombudsmannen har vid ett antal tillfällen yttrat sig över konflikten mellan social-rättsliga och arbetsmiljörättsliga bestämmelser. I JO 1989/90 s. 253 behandlades förhållandet mellan lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall (LVM) och arbetsmiljölagen. Ärendet berör i och för sig inte hemtjänst eller personlig assistans, men det får betydelse för tillämpningen av motsvarande reglering, då det belyser hur förhållandet mellan den social-rättsliga och arbetsmiljörättsliga regleringen bör hanteras. Justitieombudsmannen beslutade i ärendet att rikta allvarlig kritik mot två föreståndare vid olika behandlingshem, vid vilka där två personer uppträtt våldsamt och hotat de anställda. Den fråga som ställdes var om föreståndarna hade haft rätt att avbryta behandlingen med hänvisning till den ohälsosamma arbetsmiljön. JO menade att lagarnas konstruktion medför att överväganden vad gäller arbetsmiljö inte får påverka beslut om behandling, eftersom lagarna reglerar olika rättsförhållanden; LVM stadgar samhällets ansvar för den vårdbehövande och arbetsmiljölagen omfattar förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.

I JO 1989/90 s. 213 valde JO, med i princip samma argument, att inte kritisera en kommun i ett ärende som rörde förhållandet mellan socialtjänstlagen och arbetsmiljölagen. Till grund för ärendet låg en anmälan om allvarliga trakasserier från en anhörig mot en assistent. Kommunen valde att avsluta hemtjänsten, efter att brukaren hade erbjudits vård på en institution i stället

²⁶ Prop. 1973:129, s. 122.

för i sitt hem för att assistenten inte skulle utsättas för fler trakasserier. Brukaren avstod från att flytta till institutionen, varvid JO konstaterade att det inte fanns skäl att kritisera den aktuella kommunen. Grunden för detta var att socialtjänstlagen inte är en tvångslagstiftning, vilket innebär att kommunen har rätt att avsluta det sociala biståndet efter ett såsom i det här fallet ”rimligt erbjudande” om annan vårdform.

Förhållandet mellan LSS och arbetsmiljölagen behandlades vidare i JO 2003/04 s. 317, som också rörde brister i arbetsmiljön. JO beslutade, trots att LSS är en tvångslagstiftning, att inte rikta kritik mot den aktuella kommunen. JO konstaterade visserligen att utrymmet för en kommun att neka en insats enligt LSS med hänvisning till arbetsmiljön är tämligen begränsad och att arbetsgivaren har ett stort ansvar för att vidta omfattande åtgärder för att säkerställa att båda lagarna tillämpas tillfredsställande. Men det går inte att utesluta att det faktiskt uppkommer situationer, där arbetsgivaren, trots dessa utförliga åtgärder, inte lyckas skapa en godtagbar arbetsmiljö för arbetstagarerna. I dessa fall måste kommunen kunna erbjuda en insats i en annan form.

I 2015/16: JO1, 785-2014 riktade Ombudsmannen kritik mot en kommun för att den sagt upp ett avtal om personlig assistans för en brukare och därmed frånsagt sig sitt ansvar som assistanssamordnare. I ärendet hade kommunen först åtagit sig att vara assistansanordnare, men därefter sagt upp avtalet med hänvisning till en dålig arbetsmiljö. JO konstaterade att brukaren skulle ha tillförsäkrats både självbestämmande och inflytande över frågan, såsom att ha rätt att välja sin personliga assistent och även anordnare av assistansen. En kommun är således skyldig att erbjuda personlig assistans; kommunen har ytterst begränsade möjligheter att neka assistans med hänvisning till brister i arbetsmiljön. Till skillnad från ett privat assistansbolag kan en kommun emellertid inte avtala om förutsättningarna för anordnandet av den personliga assistansen enligt LSS.

7 Konsekvensanalys av mötet mellan arbetsmiljörätt och socialrätt

Sammanfattningsvis kan det konstateras att kommunernas möjlighet att avgränsa omsorgen till brukaren påverkas av det rättsliga stöd som ligger till grund för insatserna. Möjligheten att anpassa omsorgen är väsentligt större när det gäller socialtjänstlagen än övrig tvångslagstiftning på området. Skälen till detta är att socialtjänstlagen är ”flexibel” och att den saknar uppgifter om specificerade insatser. I stället öppnar den upp för en vidare målprövning, där fokus blir att hitta den lösning som på lämpligast sätt uppfyller brukarens krav

i rimlig grad. En annan förklaring är att socialtjänstlagen ska bevilja insatser endast till ”den som inte själv *kan* tillgodose sina behov eller *kan* få dem tillgodosedda på annat sätt” (4 kap. 1 § SoL, vår kursivering). Det innebär sålunda att en kommun har rätt att neka en särskild insats om det finns andra medel, som förvisso inte utnyttjas i stunden, men som skulle tillgodose brukarens behov om så skedde. Detta möjliggör således för kommunen att dra in en åtgärd om brukaren inte accepterar en förändring i hemmet. Särskilt aktuellt kan det bli om det i stället finns anhöriga som kan ta en del av ansvaret, vilket tydliggörs i domen från Kammarrätten i Stockholm.²⁷ Det resonemangent är emellertid inte tillämpligt om det handlar om en insats som är beviljad enligt LSS, som är en tvångslagstiftning och alltså inte möjliggör en diskussion om anhörigas möjlighet att genomföra vården.

Det symbiotiska beroendeförhållande som råder mellan brukare och assistent gör att många assistenter ger avkall på sina rättigheter, genom att foga sig till brukarens önskan om hur vården ska ges och att hemmet t.ex. inte ska förfulas av lyftanordningar. I den nära och personliga relation som uppstår mellan brukare och personlig assistent, anpassar sig den som utför omsorgsarbetet för att lösa situationen och tar i praktiken på sig en del av ansvaret för att omsorgstagaren får ett acceptabelt liv. Genom sådana informella lösningar i vardagen riskerar dock problemen att bli manifesterade först när konsekvenserna i form av förslitningsskador och utbrändhet hos den som utför omsorgsarbetet blir uppenbara.

Vi har nu sett hur praxis även underbygger tankar om att även om det ställs höga krav på en kommun att försöka påverka brukaren att anpassa sin hemmiljö till att även bli en välfungerande arbetsplats för den som utför omsorgsarbetet, kan det uppstå situationer då kraven anses uppfyllda trots att det fortfarande finns brister i arbetsmiljön. I den socialrättsliga lagstiftningen läggs allt större vikt vid brukarens integritet och självbestämmande och endast undantagsvis kan samhället påtvinga individen insatser som denne motsätter sig. Likaså kan Arbetsmiljöverket endast vitesförelägga en kommun att vidta åtgärder för att komma till rätta med arbetsmiljöbrister om kommunen har en ”rättslig och faktisk möjlighet att efterkomma föreläggandet.” Om en brukare, trots idoga försök från kommunen att övertyga brukaren, vägrar att anpassa sitt hem till rimliga krav på en god arbetsmiljö för den som utför omsorgsarbetet, saknar kommunen en ”rättslig och faktisk möjlighet” att genomdriva en sådan åtgärd och med hänvisning till brukarens rätt till

²⁷ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2330-11, dom 2012-10-05.

integritet och självbestämmande. I socialtjänstlagen finns inga tvångsmedel att ta till för att tvinga brukaren att anpassa sitt hem. Omsorgsinsatserna får i stället skäras ner till en lägsta nivå och brukaren får själv lösa tillgodoseendet av sina behov på annat sätt. Det kan ske genom anhöriga eller en privat utförare med lägre krav på vad som utgör en godtagbar arbetsmiljö. På en konkurrensutsatt arbetsmarknad riskerar det, särskilt i tider av hög arbetslöshet, att leda till en utsatt position för dem som utför omsorgsarbetet inom privata omsorgsföretag, där arbetstagare kan bli utsatta för arbetsgivare, som åtar sig att utföra omsorgsarbete åt en brukare med lägre prioriteringar på en god arbetsmiljö. För omsorgsutförare blir det därmed av stor betydelse vem den individuella arbetsgivaren är och vilken hänsyn denne tar till utförarens rimliga krav på en acceptabel arbetsmiljö.

Vad beträffar den specifika arbetsmiljöproblematiken i en enskild brukares hem går det knappast att dra några generella slutsatser av det här materialet, men domarna och besluten utgör exempel på hur arbetsmiljöproblematiken inom omsorgsarbeten i brukares hem kan te sig och hur man hittills har valt att behandla balansgången mellan arbetsmiljö- och socialrätt. Det finns anledning att gå vidare för att belysa hur brukarens behov ska ställas i relation till arbetstagarens rätt till en godtagbar arbetsmiljö. Exemplet med rökning har en särskilt intressant ställning i förhållande till exemplet med krav på en höj- och sänkbar säng. Det torde knappast vara kränkande för individens integritet och självkänsla att det ställs krav på en viss sorts säng för att underlätta arbetet för utföraren, men hur långt kan en arbetsgivare eller insatsbeviljare gå när det gäller rökning? Hur långt kan man pressa de personer som utför arbete i annans hem i form av personlig assistans och hemtjänst och var går gränsen för en brukares integritet och självbestämmande? Att begära att brukaren inte röker i samband med hemtjänst och att vädra i direkt anslutning till rökningen är en sak. Att ge råd om rökavvänjning må likaså vara rimligt, vilket också skedde i det senare av de två målen om rökning, men om det inte hörsammas, kan individen inte tvingas att sluta röka, då rökning för det första är beroendeframkallande och för det andra kan vara en väsentlig del av dennes livskvalitet. I centrum för alla dessa frågor står den enskilde arbetstagaren, den personlige assistenten, som kanske tvingas ge avkall på sitt välmående, oavsett om det gäller obehag av röklukt eller direkt hälsovådliga aspekter med rädsla för att förlora arbetet. Ju närmre brukare och assistent kommer varandra, desto svårare blir det att sätta upp gränser för sitt eget välbefinnande och fortsatta arbete.

SILVANA SCIARRA

RIGHTS AND PRINCIPLES:
CONTRADICTIONS AND WAYS FORWARD IN THE CASE
LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

1 A dedication to Ann

It is an immense honour for me to be part of this *liber amicorum*. It gives me the opportunity to highlight the importance of research as a mean to an end, namely the building up of solid friendship based on a common understanding of academic responsibilities.

I have chosen to concentrate my analysis on Ann's persistent interest in crucial aspects of labour law, on both social and theoretical sides, often in a comparative and EU perspective.¹

It is not by chance that in 2012 she initiated the Norma Elder Law Research Environment² as part of the Norma Research Programme, whose focus is on legal empowerment of elderly people as workers, citizens and migrants. Within this new project, one of the most interesting subjects of her latest studies is about the connections between elder law and the principle of discrimination, which she analysed in several publications³. For these first lines of my

¹This is so since her doctoral thesis. See A Numhauser-Henning, *Tidsbegränsad anställning. En studie i anställningsförmåningens samhälleliga funktioner* (Temporary Employment: A Critical Study of the Swedish Regulations governing Categories of Employment and their Functions), Lund University 1984.

²All the information about this programme is available at www.jur.lu.se/elderlaw.

³Just to name some of them: A Numhauser-Henning and M Rönönmär, 'Age discrimination and labour law in a comparative perspective' in L Carlson, Ö Edström & B Nyström (eds), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective*, 2016; A Numhauser-Henning and M Rönönmär, *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, 2015; A Numhauser-Henning, 'Labour law, pension norms and the EU ban on age discrimination: Towards ultimate flexibilisation?' in Ann Numhauser-Henning and Mia Rönönmär (eds), *Age discrimination and labour law. Comparative and conceptual perspectives in the EU and beyond*, 2015, 115–140; A Numhauser-Henning, 'An Introduction to Elder Law and the Norma Elder Law Research Environment', *European Journal of Social Law* Vol. 2013 Issue 3; A Numhauser Henning, M Rönönmär, J Julén Votinius et al, *Introduction to the Norma Elder Law Research Environment, Different Approaches to Elder Law*, 2013; A Numhauser-Henning, 'The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls', *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2013, Issue 4, 391–414.

contribution, I chose to refer mainly to one paper, written together with Mia Rönmmar.⁴ I shall return to this paper in the closing lines.

This essay takes *Hörnfeldt*, a case delivered by the CJEU,⁵ as a starting point for a broader reflection on Member States' pension rules and the principle of non-discrimination on the grounds of age, stemming from Directive 2000/78/EC.⁶ The most relevant point has to do with limitations according to which differences of treatment are accepted if, 'within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary' (Article 6.1).

Concerning the field of public policies, the increasingly ageing population is one of the most challenging phenomena of contemporary Western societies. Pressure is put on economic sustainability, in terms of pensions and health care systems but also employment protection, as well as intergenerational solidarity, in terms of social cohesion⁷. The EU, especially in the Europe 2020 strategy and the Employment Guidelines, has taken this challenge seriously. In this perspective 'active ageing means not only creating better opportunities and working conditions for the participation of older workers in the labour market, but also combating social exclusion more generally by fostering active participation in society and encouraging healthy ageing'.⁸

The ban on age discrimination is to be considered a general principle of EU law, as established by the Court of Justice in *Mangold*,⁹ in a ruling which raised many controversies among commentators. The effectiveness of such a broad and – at that time – new principle often struggles with a proportionality test, linked to the interpretation of the scope of Article 6.1. Prevailing case law does

⁴A Numhauser-Henning and M Rönmmar. 'Compulsory Retirement and Age Discrimination - The Swedish Hörnfeldt Case Put in Perspective' in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013.

⁵ CJEU 5 July 2012, C-141/11, *Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB*, EU:C:2012:421.

⁶ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *Official Journal L 303 02/12/2000 P. 0016 – 0022*.

⁷ A Numhauser-Henning. 'An Introduction to Elder Law and the Norms Elder Law Research Environment' in A Numhauser Henning, M Rönmmar, J Julén Votinius et al, *Introduction to the Norms Elder Law Research Environment, Different Approaches to Elder Law*, 2013, 21.

⁸ A Numhauser-Henning and M Rönmmar. 'Compulsory Retirement and Age Discrimination – The Swedish Hörnfeldt Case Put in Perspective' in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, 404.

⁹ CJEU 22 November 2005, C-144/04, *Mangold v Helm*, EU:C:2005:709.

not recognize any major limit to the discretion of Member States in the adoption of compulsory retirement rules.¹⁰

In *Hörnfeldt* the CJEU finds that the Swedish 67-year rule is an appropriate means to achieve legitimate aims such as avoiding humiliating situations for elderly workers, and facilitating youth participation in the labour market.¹¹ In *Rosenblatt*¹² the Court 'pointed to the fact that a system of automatic termination of employment contracts does not authorise employers to terminate an employment contract unilaterally when employees reach the age at which they are eligible for payment of a pension'.

In the CJEU's case law the tension between employment policies and the enforcement of the right not to be discriminated against on the ground of age is visible. It crosses another controversial area of EU law, namely the distinction between rights and principles, as it emerges in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights (CFR).

In the next section I shall point to the centrality of Article 51 of the CFR in current discussions, in order to ascertain whether there is sufficient ground to acknowledge a persistent distinction between rights and principles and to allow for different degrees of enforcement.

2 Article 51 of the Charter of Fundamental Rights

Article 51 CFR is at the centre of several interrelated strategies. A recent investigation on how the CFR can be invoked by public administrations shows the margins of appreciation that must be explored, in order to interpret the nexus between EU law and national legal systems.¹³ Although this subject matter cannot be fully developed in this contribution, it is useful to recall some leading examples, brought forward in the Spaventa Report, proving some inherent contradictions.

¹⁰ A Numhauser-Henning and M Rönmar. 'Compulsory Retirement and Age Discrimination – The Swedish Hörnfeldt Case Put in Perspective' in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, 403, with references by the authors to M Schlachter, 'Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU Law', *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 27, no. 3, 2011, 290.

¹¹ A Numhauser-Henning and M Rönmar. 'Compulsory Retirement and Age Discrimination – The Swedish Hörnfeldt Case Put in Perspective' in *Essays in Honour of Michael Bogdan*, 2013, 407.

¹² CJEU 12 October 2010, C-45/09, *Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsges.mmbH*, EU:C:2010:601.

¹³ E Spaventa, *The interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights: the dilemma of stricter or broader application of the Charter to national measures*. A study promoted by the Petition Committee of the European Parliament, February 2016.

A feeble nexus was the one at the core of *Fransson*¹⁴, a case in which tax fraud, including an element of VAT fraud, was at stake. The main relevance was for Article 50, guaranteeing the principle *ne bis in idem*, not ascertained as a clear principle of EU law. Widespread criticism, both from academics and Member States, followed this Court's ruling on the application of the CFR.

It is equally problematic to decide that, when a state is using its own discretionary powers in order to enforce measures for asylum seekers, it is applying EU law and enforcing Article 4 CFR, while at the same time taking into account the Dublin Convention. This is the central issue in *NS*,¹⁵ a case dealing with asylum seekers who entered Greece and then moved to the UK, leaving to the latter the discretion over whether to return the persons in question to the country of origin, where there could be serious risks of degrading and inhumane treatment, which would also be in breach of Article 3 ECHR. The Court found in this case that the UK was implementing EU law, while exercising its discretion.

These two examples lead the author of the Report to very critical conclusions, as for the CJEU's extensive interpretation of Article 51. The latter may lead to uneven results, which may imply differences in the rights at stake. If this projection were to be deemed correct, a parallel conclusion would be that national judges should not feel less empowered in their prerogatives to shape preliminary references, as for Article 267 TFEU. However, they should use this instrument in a well-delineated manner, having in mind an overall coherence of the European legal system.

The Italian *Corte di Cassazione* offers a recent example of a precisely conceived preliminary reference on national law regulating 'intermittent employment contracts', suspected of being discriminatory on the ground of age, hence in contrast with Article 21.1 CFR and Directive 2000/78.¹⁶ This case reminds us of the long and complex legal debate preceding Article 51.

The distinction between rights and principles, as we read it in Article 51 CFR, has been originated by diverging legal cultures and difficult compromises to be reached in drafting the Charter. During the negotiations, the UK Government did not hide its concern that the Charter could expand EU competences and, at the same time, interfere with existing domestic rules on protection of fundamental rights, at the time when the 1998 Human Rights

¹⁴ CJEU 26 February 2013, C-617/10, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105.

¹⁵ CJEU 21 December 2011, joined cases C-411/10 and C-493/10, *NS v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, EU:C:2011:865.

¹⁶ Cass. civ., sez. lav. 29 February 2016, No. 3982, www.foroitaliano.it/2016.

Act, incorporating the ECHR into national law, was coming into force.¹⁷ Therefore, Article 51 clearly states that the provisions of the Charter are addressed to institutions of the Union and Member States and, in the second sentence, specifies: 'they shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application' within the limits of the powers conferred to the Union by the Treaties.¹⁸

I shall now move to the analysis of a case in which rights and principles are placed at the centre of the CJEU's arguments, thus reopening a relevant discussion in labour law.

3 The judgment in AMS

Association de médiation sociale (AMS),¹⁹ a case decided by the Grand Chamber of the CJEU, attracted the attention of many commentators. The issue at stake is the distinction between rights and principles.

Information and consultation, frequently regarded as principles, despite the fact that Article 27 CFR names them 'rights', play a normative function when referred to employment contracts. They bind the employer towards the reformulation of managerial strategies and adaptation of organizational instruments, imposing legal limits to the exercise of discretionary powers. This procedural function has a clear legal relevance in individual contracts of employment and is widely supported by doctrinal and empirical evidence in labour law.²⁰

This normative function requires the adoption of a sophisticated approach, whereby a procedure, which consists of requesting information and

¹⁷ B Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, 2005, 241–243; JC Piris, *The Constitution of Europe. A Legal Analysis*, 2006, 134 et seq. for a reconstruction of the different stages leading to the Nice Declaration in 2002 and to the 2001 Laeken Declaration.

¹⁸ See, for further clarifications, Protocol (No. 30) on the application of the Charter of fundamental rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom, where the two countries specify that 'nothing in Title IV of the Charter creates justiciable rights applicable to Poland or the United Kingdom, except in so far as Poland or the United Kingdom has provided for such rights in its national law' (Article 1 (2)). In *NS v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform*, joined cases C-411/10 and C-493/10, quoted at 15, the CJEU clarified that Protocol No. 30 is not an opt-out and that Article 6 TEU requires the Charter to be applied and interpreted by the courts in Poland and in the UK (point 119).

¹⁹ CJEU 15 January 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale v Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*, EU:C:2014:2.

²⁰ Results of a comparative research in S Sciarra, 'The Evolution of Collective Bargaining: Observations on a Comparison in the Countries of the European Union', *Comparative Labour Law & Policy Journal* 2007 1 et seq. 14–15.

consultation, brings about the enforcement of individual and collective rights. Hence, the distinction underlying the concepts of rights and principles appears to be a fragile one.

The delivery of information is meant to reduce asymmetries in employment contracts characterized by elements of accentuated weakness on one side of the contracting parties. The territory of procedural law is an open one. It coincides with legal techniques intending to include collective interests in the formulation of policies and making them relevant in law-making and in case law.²¹

AMS is a private association dealing with the prevention of crimes and offering support to people in need of help in order to enter the labour market. The employer did not include the so-called 'accompanied employment contracts' in the overall calculation of the threshold and challenged the CGT union's request for the appointment of a staff representative.

The *Cour de Cassation* had started a preliminary ruling procedure, asking for the compatibility of French law with Article 27 CFR. The question addressed to the CJEU deals with the direct enforceability of the fundamental right to information and consultation in a dispute between private parties. National law implementing Directive 2002/14 EC allegedly deprived workers hired under special contracts of the fundamental right to information and consultation, since they were excluded from the threshold.

The Court cannot avoid referring to its own case law in *CGT*²² and acknowledging that legal measures to encourage employment fall under Member States' competences. Despite the fact that they imply a certain degree of discretion, Member States cannot fail to observe fundamental principles of EU law. Hence, the exclusion of certain categories or groups of workers from the calculation of the threshold can be held contrary to EU law.

The Court's reasoning is occupied by the worry that, even when Directives present very clear, precise and unconditional provisions, they cannot apply in litigations between private parties. National courts, when interpreting national law, which transposes EU law, have the obligation to adapt their judgments to the wording of the Directives, in order to pursue the objectives set by them.

²¹ Procedural law is discussed, among others, by J Lenoble and A Berten, 'L'espace public comme procédure', *Pouvoir et légitimité*, 1992.

²² CJEU 18 January 2007, C-385/05, *Confédération générale du travail (CGT) and Others v Premier Ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*, EU:C:2007:37 point 33, where is clarified that Article 3 (1) of the Directive leaves to Member State the definition of the method for calculating the thresholds of employees, 'not the actual definition of the concept of an employee'.

However, interpretation of national law in conformity with EU law ‘has certain limits’, namely it cannot ‘serve as the basis for an interpretation of national law *contra legem*’. This is the limitation faced by the *Cour de Cassation* in *AMS*, where the French Labour Code could not be interpreted in conformity with Directive 2002/14/EC (paras 39–40).

The Court then enters an unconvincing set of arguments, all of which are worth analysing in their equally unconvincing order. A similarity is sought with the ruling in *Küçükdeveci*, where discrimination on the ground of age was at stake.²³ The case is relevant in assessing that, in order to comply with a general principle of EU law, such as the principle of equality, national judges may find themselves in the position not to apply national law and give precedence to EU law. The Court also refers to *Mangold*²⁴, although in a less explicit way. Given the controversies left open by that case, there is no visible intention to engage in discussing the peculiarities of the same, since the Directive in question had not, at the time of the judgment, been transposed into national law and the Lisbon Treaty had not yet entered into force.²⁵

Then a reference is made to *Åkerberg Fransson*, where the Court clearly ruled: ‘Since the fundamental rights guaranteed by the Charter must therefore be complied with where national legislation falls within the scope of European Union law, situations cannot exist which are covered in that way by European Union law without those fundamental rights being applicable. The applicability of European Union law entails applicability of the fundamental rights guaranteed by the Charter’.²⁶ It cannot be denied that French law discussed in *AMS* was enacted to implement Directive 2002/14/EC, thus making Article 27 applicable.

But the Court is not satisfied with the wording of Article 27. In order to become fully effective, it must ‘be given more specific expression in European Union or national law’ (para 45). On the contrary, discrimination on the ground of age, (Article 21, para 1 CFR) is ‘sufficient in itself to confer on individuals an individual right which they may invoke as such’ (para 47).

²³ CJEU 19 January 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, EU:C:2010:21. Comments in L Lourenco, ‘General Principles of European Union Law and the Charter of Fundamental Rights’, *European Law Reporter*, 2013, No11–12, 302.

²⁴ CJEU 22 November 2005, C-144/04, *Mangold v Helm*, EU:C:2005:709.

²⁵ References in N Lazzarini, ‘Case C-176/12, *Association de médiation sociale v. Union locale des syndicats CGT and Others*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 January 2014’ *Common Market Law Review*, 2014 No. 3, 909 et seq.

²⁶ CJEU 26 February 2013, C-617/10, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, point 21. For a recent decision finding that national provisions on rights to compensation in dismissals did not fall within the scope of Article 51 (1) CFR see CJEU 10 July 2014, C-198/13, *Julian Hernández and Others*, EU:C:2014:2055.

This implies that Article 27 cannot be invoked in a dispute, such as the one in *AMS*; nor it can give rise to a situation like the one in *Küçükdeveci*, where national judges could go as far as not applying national law. The solution offered to the party injured by the fact that domestic law is not in conformity with EU law is the attempt to obtain compensation from the State, relying on *Francovich*²⁷ and, for the loss sustained, on *Dominguez*.²⁸

In introducing a disputable distinction among fundamental rights, the Court clearly rejects learning the sophisticated language of collective social rights – information and consultation – and consequently does not follow the rationale of national and EU social law, which have progressively developed the notion and the practice of such rights, functional to dynamic forms of protection, both in individual contracts of employment and in the labour market, when serious economic crisis occurs. The Court lacks an objective ground of reasoning when it suggests adopting different interpretations for different employment measures.²⁹

No attention is paid to the distinction between rights and principles developed in the AG's Opinion, where the attempt was made to show that principles pose obligations on Member States. Both the disregard for the interpretation of Article 51 para 1, and at the same time insinuating that some article in the Charter may have horizontal effect, are problematic.³⁰

In the light of this criticism, even the reference to *Åkerberg Fransson* may appear not so coherent with the ruling in *AMS*, since there is no doubt that the French law at issue fell within the scope of EU law, as the Court itself acknowledges in a previous passage.

In the attempt to prove that the glass is half full despite this not fully convincing ruling, most commentators suggested that, reading between the lines in *AMS*, the Court still leaves open the possibility for other articles of the CFR to be relied upon by individuals.³¹

²⁷ CJEU 19 November 1991, joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifazi and others v Italian Republic*, EU:C:1991:428.

²⁸ CJEU 24 January 2012, C-282/10, *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre*, EU:C:2012:33. The AG's articulate Opinion in this case highlights in many passages the controversial discussion on rights and principles in the CFR.

²⁹ C Murphy, 'Using the EU Charter of Fundamental Rights Against Private Parties after Association de Médiation Sociale', *European Human Rights Law Review*, 2014, text and footnote 57, criticizes the Court for lack of 'demonstrable rationality' on this point.

³⁰ N Lazzarini, cit., at. 921 writes that 'the reasoning of the Court assumes that the Charter can sometimes apply horizontally'.

³¹ M Markakis, 'The ECJ's Ruling in *AMS* and the Horizontal Effect of the Charter', in Oxford Human Rights Hub Blog, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-ECJs-ruling-in-Glatzel-ams-and-the-horizontal-effect-of-the-charter>, posted 20 January 2014; S Peers, 'When does the EU Charter of

A timid approach in this direction is made in *Glatzel*³², where Article 26 CFR dealing with integration of persons with disabilities is considered, together with Article 21 dealing with non-discrimination. In discussing minimum standards of visual acuity required to drive a motor vehicle, the Court must establish whether limitations on the rights and principles recognized in the CFR may occur and how a strict criterion of proportionality must apply to such situations, following Article 51 para 1.

The Court goes as far as calling the content enshrined in Article 26 a 'principle': it can only take place if public authorities put in place positive actions and adopt the necessary measures. The same can be held for the principle of equal treatment, which must be translated into concrete measures in order to impede discrimination against disabled people. In fact, the general framework for employment and occupation provided by Council Directive 2000/78/EC specifies the employer's obligation not to discriminate, allowing for the 'social and economic integration of elderly and disabled people' (recital n 6) and guaranteeing 'reasonable accommodation for disabled persons', without a disproportionate burden on the employer (Article 5).

4 Age discrimination and public policies

It is now time to return to the points made in the opening section of this contribution, in order to ascertain whether the right not to be discriminated on the ground of age – recalled in *AMS* as a justiciable fundamental right, as opposed to a mere principle – suffers from some contradictions and is subject to reconsideration, whenever reasonable and legitimate employment policies come into the spectrum of state legislative intervention.

In *Fuchs and Köhler*³³ the CJEU examines the retirement age of public prosecutors, who were forced to leave their function at age 65, despite the possibility left open by German law that they could continue to work, in the interests of the service. Budgetary savings are not by themselves legitimate aims, within the meaning of Article 6.1 of the Directive; 'a balanced age structure in order to encourage the recruitment and promotion of young

Rights apply to private parties?', in EU Law Analysis, <http://eu-lawanalysis.blogspot.co.uk/2014/01/when-does-eu-charter-of-rights-apply-to.html>, posted 15 January 2014; A Young, 'Horizontality and the EU Charter', in UK Constitutional Law Association Blog, <http://ukconstitutionallaw.org/2014/01/29/alison-young-horizontality-and-the-eu-charter>, posted 29 January 2014.

³² CJEU 22 May 2014, C-356/12, *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*, EU:C:2014:350.

³³ CJEU 21 July 2011, joined cases C-159/10 and C-160/10, *Gerhard Fuchs, Peter Köhler v Land Hessen*, EU:C:2011:508.

people' is an appropriate way for entering the area of exceptions to the ban on age discrimination.

In *Hörnfeldt*³⁴ Article 15.1 CFR ('Everyone has the right to engage in work and to pursue a freely chosen or accepted occupation') is recalled together with the preamble of Directive 2000/78, calling for policies of diversity in employment, which allow for full participation of elderly workers in order to enrich professions as well as social, economic and cultural life. However, this is not a sufficiently sound ground for limiting a public policy – such as the one adopted in Sweden – to set the age for retirement at 67 and doing so without taking into consideration that the worker in question had worked for a long time as a part-timer and had the expectation to work beyond that age, in order to see his pension increased.

Unlike in *Küçükdeveci*, where the Court indicated that when necessary, national judges can choose not to apply national laws in contrast with EU law, no such option is foreseen here. Public policies prevail over the fundamental right not to be discriminated against, only when they fall under the exceptions provided for in Article 6 of the abovementioned Directive.

As the Court indicates in *Küçükdeveci*, with specific reference to German law, the choice not to apply national law must follow a decision on the constitutionality of the law itself, issued by the Constitutional Court, and must be balanced against the option available to judges to file a preliminary reference. The two roads to follow are distinct and independent.³⁵ This message may have wider implications, if contextualized within other national legal systems.

In *Fuchs and Köhler*, as well as in *Hörnfeldt*, reasons brought forward by the legislature seem to diminish the status of the fundamental right not to be discriminated against on the ground of age. No general principle of EU law is evoked to counterbalance Member States' discretionary powers in exercising their competences. However, in all such cases individual claims should remain subject to interpretation by national judges, as far as the overall reasonableness of employment policies is concerned.

The Italian Constitutional Court recently ruled on complaints raised by public employees – university professors, state advocates – who argued that the right to be kept in their functions was undermined by restrictive legislation, limiting their options to stay occupied beyond retirement age.³⁶ The Con-

³⁴ *Hörnfeldt* quoted at 5.

³⁵ See *Küçükdeveci* paras 51 and 52.

³⁶ Corte costituzionale 133/2016, G U 15/06/2016 n 24.

stitutional Court rejected the claim and upheld the constitutionality of the law. It mentioned *Fuchs and Köhler* as a relevant precedent, while criticizing the reference made by the complainants to *Commission v Hungary*.³⁷ In the latter case the CJEU examined legislation, which abruptly lowered the age limit for retirement of judges, prosecutors and notaries from 70 to 62 years, without approving temporary measures aimed at protecting legitimate expectations of the people concerned. The CJEU found such Hungarian legislation in breach of Directive 2000/78/EC. This precedent did not mirror the option chosen by the Italian legislature, which followed the route indicated in *Fuchs and Köhler*, namely the interpretation of an overall reform aimed at rationalizing public administration by various means – including recruiting of young people. The latter aim was grounded on a manoeuvre whereby savings were to be achieved over a certain period of time.

This option should be considered in line with Directive 2000/78 EC (recital 25), encouraging ‘diversity in the workforce’. However, one cannot avoid capturing the contradiction emerging from a careful reading of the CJEU case law. In *Hörnfeldt*, unlike in *Rosenblatt*, the Court ‘makes no point’ in considering the unilateral termination of employment contracts due to age limits, and makes commentators wonder whether, because of these contradictory outcomes, compulsory retirement age should be abandoned.³⁸

5 Conclusions

The many contradictions inherent in the case law on age discrimination have been put under severe scrutiny.³⁹ The CJEU appears to be balancing its own power against the prerogatives of Member States, whenever they enact legislation in employment policies. This case-by-case approach takes into consideration national peculiarities and consequently does not offer a coherent solution.

The scrutiny of the case law can be expanded in arguing that initiatives taken by the legislature and driven by policy priorities have a similar impact, regardless of the fact that a fundamental right or a fundamental principle is at the origin of the initiative itself. Rights and principles can be adapted and made compatible with employment and vocational policies, in order to establish a new equilibrium in the labour market.

³⁷ CJEU 6 November 2012, C-286/12, *European Commission v Hungary*, EU:C:2012:687.

³⁸ This is the conclusion reached by A Numhauser-Henning and M Rönnmar, quoted at 4, 409.

³⁹ Among others by C Kilpatrick, ‘The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture’, *Industrial Law Journal* 2011, 280 ff.

In *AMS* information and consultation was, in the view of the present writer, interpreted in a way that in the end precluded non-standard workers from having a voice and being fully represented. The drastic distinction made by the Court between information and consultation and the right not to be discriminated against on the ground of age appears too sharp, in the light of the developments in the case law of the Court itself. Hence, there is a need to reconsider the interpretation of Article 51 CFR, in order to clarify how fundamental rights and principles fall within EU law.

Options left to national judges to disapply domestic law in contrast with EU law are reduced to certain areas of age discrimination law. This is the case, for example, in *Dansk Industri*⁴⁰ where the dispute between private persons had to do with denying the entitlement to a severance allowance, when the employee was entitled to claim an old-age pension, under a scheme joined before the age of 50, paying no consideration to whether he chose to remain in the labour market or take his retirement. This example is yet another manifestation of the fact that elderly people are often left to face arduous dilemmas in a most sensitive part of their lives.

Because of all these many implications, Ann's scholarship in the field of age discrimination is enlightening and so is the research developed in the Norma Elder Law Research Programme. When discussing issues related to ageing populations, researchers must be reminded of the close interconnections among legal disciplines and social sciences and legislatures must be made aware of the best ways forward in their actions.

⁴⁰ CJEU 19 April 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, EU:C:2016:278.

NICOLA SMIT

TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM, EQUITY, FAIRNESS AND THE WORKPLACE

1 Introduction

Equality is an elusive concept – difficult to understand and even more difficult to achieve or realise. The Supreme Court of Canada aptly described the challenge:

The concept and principle of equality is almost intuitively understood and cherished by all. It is easy to praise these concepts as providing the foundation for a just society which permits every individual to live in dignity and in harmony with all. The difficulty lies in giving real effect to equality. Difficult as the goal of equality may be it is worth the arduous struggle to attain. It is only when equality is a reality that fraternity and harmony will be achieved. It is then that all individuals will truly live in dignity.¹

For this reason, academics such as Ann Numhauser-Henning grapple with the theoretical and real-life challenges of ‘giving real effect’ to equality. It is indeed an arduous task, because not only are the principles of equality and transformative constitutionalism malleable, but new forms of discrimination – not based on the well-known grounds such as sex, race and religion that are often listed in classic legal texts – have gained momentum.² Tension between different constitutional rights and values also needs to be balanced.

Labour law is uniquely placed to engage with the challenge of discrimination in society because so many individuals are connected, in some shape or form,

¹ *Vriend v Alberta* [1998] 50 CRR (2d) 1 at 32.

² For example, ‘There is increasing awareness of unfair treatment of both young and older persons, people with disabilities and those with HIV/AIDS. An additional challenge is the emergence of practices that penalize those with a genetic predisposition to developing certain diseases or who have lifestyles that are considered unhealthy.’ ILO *Equality at Work: Tackling the Challenges* Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work (ILO 2007) at x.

with a formal or informal workplace.³ Discriminatory laws and practices have economic, social and political costs that emphasise the benefits and need to develop inclusive workplaces⁴ where equity and fairness are experienced by people so they will 'truly live in dignity'.⁵ This contribution reflects on the development of the concept and principle of equality and remedial measures with a view to promote dignity for all.⁶ The discussion will be introduced by a consideration of the notion of transformative constitutionalism. Thereafter the approaches of our legislator and courts will be reflected upon to illustrate how equity (and fairness) in South African workplaces has been promoted.

³ *ibid* at 1 'Four years ago the first Global Report on discrimination, *Time for equality at work*, stressed that the workplace – be it a factory, an office, a farm or the street – was a strategic entry point to free society from discrimination. Like any other social institutions, the labour market and its institutions are both a cause of and a solution to discrimination. In the workplace, however, discrimination can be tackled more readily and effectively.'

⁴ In general, see Kok, 'Is law able to transform society?', *South African Law Journal (SALJ)*, Vol. 127:1, 2010, 59.

⁵ The ILO *Global Report on Equality at Work* (fn 2 at 7) goes so far as to state that there 'is consensus that discrimination at work is a violation of a human right that entails a waste of human talents, with detrimental effects on productivity and economic growth' and continues that as such it 'generates socioeconomic inequalities that undermine social cohesion and solidarity and act as a brake on the reduction of poverty'; see also SR Bagenstos, 'Employment Law and Social Equality', *Mich. L. Rev.* Vol. 112 225, 2013–2014 225 228. The South African Constitutional Court has pronounced on the general societal need for equal treatment and opportunities (in the context of family law) in *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 (3) BCLR 355 (CC) para 60 (per Sachs J): 'A democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian society embraces everyone and accepts people for who they are. To penalise people for being who and what they are is profoundly disrespectful of the human personality and violatory of equality. Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour or extolling one form as supreme, and another as inferior, but an acknowledgement and acceptance of difference. At the very least, it affirms that difference should not be the basis for exclusion, marginalisation and stigma. At best, it celebrates the vitality that difference brings to any society. ... At issue is a need to affirm the very character of our society as one based on tolerance and mutual respect.'

⁶ There is criticism against the 'tendency for South African equality jurisprudence to reduce equality to a single value, namely dignity' when achieving transformative and substantive equality is the aim. See C Albertyn and S Fredman, 'Equality beyond dignity: Multi-dimensional equality and Justice Langa's judgments', *Acta Juridica*, 2015, 430: 'In particular, we argue that substantive equality should be understood in terms of a four-dimensional framework, which aims at addressing stigma, stereotyping, prejudice and violence; redressing socio-economic disadvantage; facilitating participation; and valuing and accommodating difference through structural change. We suggest that this enables a better exploration of the different principles that underlie equality and an open discussion of complementarities and tensions between them.'

2 Transformative constitutionalism

2.1 Constitution of South Africa, 1996

South Africa adopted its interim and final constitutions in order to signify a break with a divisive⁷ and discriminatory past.⁸ The significance of this Constitutional text has been highlighted by the South African courts on numerous occasions.⁹ In one of its first judgments the Constitutional Court (per O'Regan J) stated that:¹⁰

The values urged upon the Court are not those that have informed our past. Our history is one of repression not freedom, oligarchy not democracy, apartheid and prejudice not equality, clandestine not open government. As the epilogue to the Constitution states: 'This Constitution provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, A democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex.'

Davis and Klare¹¹ submit that a 'basic assumption of the Constitution' having regard of the 'development clauses' – such as section 8(3) pertaining to

⁷ In contrast to the diverging South-African society, 'Swedish society and politics', states Numhauser-Henning, 'share a broad common understanding regarding basic values of gender equality and equal treatment', *The Policy on Gender Equality in Sweden Study for the FEMM Committee* (European Parliament, 2015) 8.

⁸ Interim Constitution of the Republic of South Africa 200 of 1993 and Constitution of the Republic of South Africa 1996 (in effect 4 February 1997).

⁹ See *S v Makwanyane and Another* 1995 (6) BCLR 665 (CC) (per Mahomed J) para 262: 'In some countries, the Constitution only formalises, in a legal instrument, a historical consensus of values and aspirations evolved incrementally from a stable and unbroken past to accommodate the needs of the future. The South African Constitution is different: it retains from the past only what is defensible and represents a decisive break from, and a ringing rejection of, that part of the past which is disgracefully racist, authoritarian, insular, and repressive, and a vigorous identification of and commitment to a democratic, universalistic, caring and aspirationally egalitarian ethos expressly articulated in the Constitution. The contrast between the past which it repudiates and the future to which it seeks to commit the nation is stark and dramatic.'

¹⁰ Para 322. And, per Langa J (paras 220–221), 'When the Constitution was enacted it signalled a dramatic change in the system of governance from one based on rule by Parliament to a constitutional State It also signalled a new dispensation, as it were, where rule by force would be replaced by democratic principles and a governmental system based on the precepts of equality and freedom. It may well be that for millions in this country the effect of the change has yet to be felt in a material sense. For all of us though, a framework has been created in which a new culture must take root and develop.'

¹¹ DM Davis and K Klare 'Transformative Constitutionalism and the Common and Customary Law', *South African Journal for Human Rights (SAJHR)*, Vol. 26 2010 403.

development of the common law to promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights and section 39(2) pertaining to the interpretation of legislation and the development of common and customary law – is that South Africa cannot grow into a new society based on human dignity, equality, and freedom¹² ‘with a legal system that rigs a transformative constitutional superstructure onto a common and customary law base inherited from the past and indelibly stained by apartheid’. Langa J stated that ‘[b]oth the Constitutional Court and other courts view the Constitution as transformative ... clear that the notion of transformation has played and will play a vital role in interpreting the Constitution’.¹³

The Constitution has been referred to *inter alia* as a bridge,¹⁴ as a journey, as an objective, a normative value system and as a roadmap.¹⁵

A transformative constitution demands creativity with regard to the development of the common and customary law, the doctrine of separation of powers¹⁶ and legal culture, interpretation¹⁷ of statutes as well as the crafting of appropriate remedies.

¹² See *Soobramoney v Minister of Health (KwaZulu-Natal)* 1997 (12) BCLR 1696 (CC) para 8.

¹³ P Langa, ‘Transformative Constitutionalism’, *Stellenbosch Law Review*, Vol. 17 2006 351.

¹⁴ Preamble to the interim Constitution ‘there is a need to create a new order in which all South Africans will be entitled to a common South African citizenship in a sovereign and democratic constitutional state in which there is equality between men and women and people of all races so that all citizens shall be able to enjoy and exercise their fundamental rights and freedoms’ and E Mureinik, ‘A bridge to where? Introducing the Interim Bill of Rights’ *SAJHR* Vol. 10 1994 31.

¹⁵ *Azanian People’s Organization v President of the RSA* 1996 (8) BCLR 1015 (CC) para 50 refers to a ‘constitutional journey from the shame of the past to the promise of the future’. See also *Carmichele v Minister of Safety and Security and Another (Centre for Applied Legal Studies intervening)* 2001 (4) SA 938 (CC) para 50: ‘Our Constitution is not merely a formal document regulating public power. It also embodies, like the German Constitution, an objective, normative value system.’ (Davis and Klare (2010 *ibid* 465 et seq) state that although the judgment interprets s 39(2) to demand ‘a constitutionally inspired common law’, ‘the Court missed a golden opportunity to begin to develop a substantive ethos to guide future law-making’.) See also *South African Police Service v Solidarity obo Barnard* 2014 (6) SA 123 (CC) (para 29), ‘At the point of transition, two decades ago, our society was divided and unequal along the adamant lines of race, gender and class. Beyond these plain strictures there were indeed other markers of exclusion and oppression, some of which our Constitution lists. So, plainly, it has a transformative mission. It hopes to have us re-imagine power relations within society. In so many words, it enjoins us to take active steps to achieve substantive equality, particularly for those who were disadvantaged by past unfair discrimination. This was and continues to be necessary because, while our society has done well to equalise opportunities for social progress, past disadvantage still abounds.’ Finally, see *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs & Tourism* 2004 (7) BCLR 687 (CC) (per O’Regan J) para 35: ‘the broad goals of transformation can be achieved in a myriad of ways. There is not one simple formula for transformation’.

¹⁶ See DM Davis, ‘Separation of powers: Juristocracy or democracy’, *South African Law Journal* Vol.133:2 2016 258.

¹⁷ See e.g. D Cornell and N Friedman, ‘In Defence of the Constitutional Court: Human Rights and the South African Common Law’, *Malawi Law Journal* Vol. 5:1 2011 1.

2.2 Transformation of South African workplaces

Transformative constitutionalism undoubtedly presents opportunity (as well as responsibility) for judicial officers, academics and law teachers to consider ways to transform the workplace into a more just and democratic space;¹⁸ arguably this involves some degree of judicial activism. Some¹⁹ suggest a careful approach as to how this constitutional objective to transform society should be implemented:

What makes choices hard are the tensions between the freedom to exercise rights and the imposition of limitations thereon, between individual and collective interests, between socio-economic needs and financial or treasury constraints, and ultimately, the obligation to observe the principle of the separation of powers. Inevitably, these tensions prevail in almost every dispute to a greater or lesser extent.

Pillay therefore advocates that such judicial discretion 'must be exercised consistently with the law and the values of a society based on human dignity, equality and freedom'²⁰ since the 'hallmark of democracy is the rule of law' and not the 'rule of man', including judicial law-making.

How have South African courts given effect to this constitutional mandate to take active steps to achieve substantive equality whilst respecting separation of powers and the rule of law?²¹ I will now use the example of remedial measures to illustrate gains made and challenges that remain.

¹⁸ See e.g. E Fergus and D Collier, 'Race and gender equality at work: The role of the judiciary in promoting workplace transformation' *SAJHR*, Vol. 30 2014 484. In general, refer to C McConnachie, 'Transformative unfair discrimination jurisprudence: The need for a baseline intensity of review' *SAJHR* Vol. 29 2015 504; and C Albertyn and B Goldblatt, 'Facing the Challenge of Transformation: Difficulties in the Development of an Indigenous Jurisprudence of Equality' *SAJHR* Vol. 14 1998 248.

¹⁹ J Pillay, 'Giving Meaning to Workplace Equity: The Role of the Courts' *ILJ* Vol. 24 2003 55 at 63. She continues: 'Having adjudicators representative of a plural society determine the values of a democracy anticipates that there may be as many conflicting decisions as there are adjudicators. It also implies that there may be no single right answer to a given problem. For instance, insofar as 'values' means morality, fairness and equity, the decisions of adjudicators with a socialist perspective could be diametrically different from those with a capitalist outlook.'

²⁰ *ibid* 67.

²¹ E.g. Fergus and Collier (fn 18 506) submit that 'Courts should be proactive in their endorsement of conceptions of the EEA which corroborate the Constitution's call for substantive equality, and where innovative remedies are required to achieve this, alternatives to those traditionally awarded to employees should be considered.'

3 The duty to eliminate unfair discrimination and the right not to be unfairly discriminated against in South African workplaces

3.1 The Employment Equity Act (EEA) 55 of 1998

*Minister of Finance and Another v Van Heerden*²² was the first employment equity matter that reached the constitutional court. The court held that restitutionary measures 'are not in themselves a deviation from, or invasive of, the right to equality guaranteed by the Constitution. . . . They are integral to the reach of our equality protection.'²³ In fact, equality before the law and measures to promote equality are mutually reinforcing and necessary. The court makes this insightful statement:

Absent a positive commitment progressively to eradicate socially constructed barriers to equality and to root out systematic or institutionalised underprivilege, the constitutional promise of equality before the law and its equal protection and benefit must, in the context of our country, ring hollow.²⁴

The Constitutional Court therefore established a three-fold test to determine whether measures may be said to properly qualify as redress or restitutionary measures,²⁵ which would imply that the employer does not need to show that they were not unfair:²⁶

1. Whether the measure targets persons or categories of persons who have been disadvantaged by unfair discrimination;
2. whether the measure is designed to protect or advance such persons or categories of persons; and
3. whether the measure promotes the achievement of equality.

This interpretation and the resulting approach promote restitutionary measures that ensure the full and equal protection and benefit of the law. It does, still, require the consideration of every employment equity decision or plan against

²² 2004 (11) BCLR 1125 (CC).

²³ Para 30.

²⁴ Para 32.

²⁵ Para 36: 'If a measure properly falls within the ambit of section 9(2) it does not constitute unfair discrimination. However, if the measure does not fall within section 9(2), and it constitutes discrimination on a prohibited ground, it will be necessary to resort to the *Harksen (supra)* test in order to ascertain whether the measures offend the antidiscrimination prohibition in section 9(3).'

²⁶ Para 37.

the stated yardsticks. Regarding the second stage of the test it is evident that the measure should be rational and not arbitrary.²⁷

With regard to the third requirement the court reiterated that transformative measures 'will inevitably affect some members of the society adversely'. However, in assessing whether a measure will promote equality in the long term, one must bear in mind the constitutional vision of a 'non-racial, non-sexist society in which each person will be recognised and treated as a human being of equal worth and dignity'.²⁸ Particularly, a measure should 'not constitute an abuse of power or impose such substantial and undue harm on those excluded from its benefits that our long-term constitutional goal would be threatened.' The consideration of an employment equity plan should therefore evaluate a remedial measure in terms of a rationality test, which includes a historical and future-looking value judgment regarding whether or not substantive equality is in fact promoted by a measure reasonably capable of achieving such goal. The challenge of making such a composite decision has been evident in several cases.

3.1.1 *After the Van Heerden case*

The second matter that reached the Constitutional Court was that of Renate Barnard and the South African Police Force.²⁹ Moseneke DJP (for the majority) again underlined the complexity of redress measures:

Our quest to achieve equality must occur within the discipline of our Constitution. Measures that are directed at remedying past discrimination must be formulated with due care not to invade unduly the dignity of all concerned. We must remain vigilant that remedial measures under the Constitution are not an end in themselves. They are not meant to be punitive nor retaliatory. Their ultimate goal is to

²⁷ As explained in A Van Niekerk and N Smit (managing eds), MA Christianson, M McGregor and BPS Van Eck, *Law@work* (Lexisnexis 2015), 159: 'the court held that, because the remedial measures 'are directed at an envisaged future outcome', they must be 'reasonably capable of attaining the desired outcome'. If they are 'arbitrary, capricious or display naked preference they could hardly be said to be designed to achieve the constitutionally authorised end' of protecting the disadvantaged. Moreover, if it is clear that such remedies are not 'reasonably likely' to achieve the end of advancing the interests of the disadvantaged, 'they would not constitute measures contemplated by section 9(2)'.

²⁸ Para 44.

²⁹ *South African Police Service v Solidarity obo Barnard (Police and Prisons Civil Rights Union as amicus curiae)* 2014 (10) BCLR 1195 (CC).

urge us on towards a more equal and fair society that hopefully is non-racial, non-sexist and socially inclusive.³⁰

Moseneke DJP then reiterated that once the measure in question passes the test for falling within section 9(2) of the Constitution, 'it is neither unfair nor presumed to be unfair'; because the Constitution says so and such measures may be taken. However, the manner in which a properly adopted restitution measure was applied or implemented may be challenged by asking whether a valid employment equity plan has been put into practice lawfully. The court viewed this as common sense, but declined to set a definitive standard to answer such question:

As a bare minimum, the principle of legality would require that the implementation of a legitimate restitution measure must be rationally related to the terms and objects of the measure. It must be applied to advance its legitimate purpose and nothing else. Ordinarily, irrational conduct in implementing a lawful project attracts unlawfulness. Therefore, implementation of corrective measures must be rational. Although these are the minimum requirements, it is not necessary to define the standard finally.³¹

Cameron, Froneman JJ and Majiedt AJ, while concurring in the reasoning and outcome of the appeal, wrote a separate judgment in order to 'discuss the tensions that accompany the formulation and implementation of restitutionary measures that give effect to the transformative demands of the Constitution'.³² Importantly, they deemed it necessary to 'analyse the appropriate standard that should apply when a litigant challenges the implementation of a constitutionally

³⁰ Para 30. The court reflected that affirmative action cannot heal all wrongs of the past and that the State has an important role to play; see paras 32–33: 'Remedial measures must be implemented in a way that advances the position of people who have suffered past discrimination. Equally, they must not unduly invade the human dignity of those affected by them, if we are truly to achieve a non-racial, non-sexist and socially inclusive society. We must remind ourselves that restitution measures, important as they are, cannot do all the work to advance social equity. A socially inclusive society idealised by the Constitution is a function of a good democratic State, for the one part, and the individual and collective agency of its citizenry, for the other. Our State must direct reasonable public resources to achieve substantive equality 'for full and equal enjoyment of all rights and freedoms.' It must take reasonable, prompt and effective measures to realise the socio-economic needs of all, especially the vulnerable. In the words of our Preamble the State must help 'improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person.' That ideal would be within a grasp only through governance that is effective, transparent, accountable and responsive. Our public representatives will also do well to place a premium on an honest, efficient and economic use of public resources.'

³¹ See paras 38–39.

³² Para 74 *et seq.*

compliant restitutionary measure'. The tension exists between the equality entitlements of individuals versus that of the society as a whole. In addition, tension is also present 'when our laws attempt to advance multiple groups of previously disadvantaged persons that do not fully overlap'.³³ The EEA clearly states that it is not unfair discrimination to take affirmative action measures consistent with 'the purpose of the Act',³⁴ and since Renate Barnard complained that she was unfairly discriminated against, Cameron, Froneman JJ and Majiedt AJ argued that the Court had to consider and understand what that purpose is in order to decide whether the National Commissioner's decision was consistent with it.³⁵

When considering whether an employment equity plan or its implementation is lawful or permissible, several principles found in the EEA are relevant, including that affirmative action measures should not:³⁶ be overly rigid since quotas are excluded although preferential treatment and numerical goals are included;³⁷ establish an absolute barrier to the employment or advancement of those not from designated groups;³⁸ focus only on race;³⁹ or disregard the imperative to be 'based on equal dignity and respect of all people'.⁴⁰ In this matter, the statement of claim raised the issue whether an absolute bar was applicable to the applicant, Ms Barnard. But what exactly is the difference between numerical targets or goals and quotas? Cameron, Froneman JJ and Majiedt AJ contended that this must in fact be addressed⁴¹ and so while they agreed with the main judgment that 'remedial measures must not unduly invade the human dignity of those affected by them, if we are truly to achieve

³³ See para 77 – as a white female Renate Barnard also qualifies as a member of one of the designated groups (females) in terms of the EEA 55 of 1998.

³⁴ S 6(2)(b).

³⁵ Para 86.

³⁶ As analysed and set out in paras 87–89.

³⁷ S 15(3).

³⁸ S 15(4).

³⁹ See the definition of 'designated groups' (s 1), which also includes women and people with disabilities and the duty that an employer 'must' implement affirmative action measures that benefit people from all designated groups.

⁴⁰ S 15(2)(b).

⁴¹ Para 93: 'These questions are important because care must be taken to ensure that remedial measures do not infringe unduly an individual's right to dignity. After all, remedial measures are an exception to the important general principle that personal attributes such as race and gender are not proper bases for granting or refusing employment or other opportunities. This is because they have no bearing on an individual's capacity, ability or intelligence. The Constitution makes an exception because it recognises that substantive equality can be achieved only by providing advantages to groups of people upon whom apartheid imposed heavy disadvantages. ... That is why, as the main judgment observes, we must remain vigilant that remedial measures under the Constitution are not an end in themselves.'

a non-racial, non-sexist and socially inclusive society', they differed regarding the appropriate standard 'to determine whether the implementation of a remedial measure has adequately balanced substantive equality with the dignity of the person negatively affected by the measure'.

The main judgment adopts the position that the implementation of remedial measures 'should be rationally related to the terms and objects of the measure' whilst the separate minority judgment 'agree[s] that rationality is the "bare minimum" requirement' since all exercises of public power must be no less than rational.⁴² Cameron, Froneman JJ and Majiedt AJ submit that a less deferential standard than mere rationality should be applicable. For a complaint of unfair discrimination, 'a standard different from, and additional to, rationality' should be applicable in terms of the EEA.⁴³ This standard should be tailor-made for the specific statute and should be 'rigorous enough to ensure that the implementation of a remedial measure is "consistent with the purpose of [the] Act" – namely, to avoid over-rigid implementation, to balance the interests of the various designated groups, and to respect the dignity of rejected applicants.' They submit 'fairness' as an appropriate standard, being a constitutional and open-ended value and suitable for enquiries under the relevant legislation.⁴⁴ Also, since the scrutiny relates to the individual implementation of remedial measures it is 'different to deciding whether those measures amount to unfair discrimination' The enquiries are considered different because:

the latter enquiry is at the general level of determining whether the formulation and content of a restitutionary measure are constitutionally compliant. The former enquiry examines whether a specific implementation of a measure that is constitutionally compliant in its general form is nevertheless in conflict with the provisions of the Act. We must insist that the specific implementation as well as the general formulation of remedial measures be fair.⁴⁵

The constitutional values of accountability, transparency and openness require decision-makers to give reasons for their decisions. This heightened scrutiny should make sure that a decision-maker 'has carefully evaluated relevant

⁴² Para 94.

⁴³ 'The important constitutional values that can be in tension when a decision-maker implements remedial measures require a court to examine this implementation with a more exacting level of scrutiny.'

⁴⁴ Paras 97–98.

⁴⁵ Para 101.

constitutional and statutory imperatives before making a decision that relies predominantly on one of the criteria, such as race, that are normally barred from consideration'.⁴⁶

Regarding the rationale for a higher level scrutiny of the implementation of remedial measures it is said: 'Knowing why the decision was adverse enables the aggrieved person to understand – an understanding that encourages participation in rebuilding our divided country.'⁴⁷

Another judgment was penned by Van der Westhuizen J, who agreed with the outcome of the main judgment but followed a slightly different reasoning. He notes that Ms Barnard did not bring her case as a legality review expecting that the exercise of public power must be rational. Rather, chapter 3 of the EEA applies to any designated employer, which requires the Court 'to evaluate the National Commissioner's decision as if it were made by any private or public employer'.⁴⁸ Analysing the test set out in the *Van Heerden* case, Van der Westhuizen J submits that the first two elements have regard of the measure itself whilst the third also deals with the implementation of the measure.⁴⁹ In other words, a valid employment equity plan must be implemented lawfully, implying that the effect and impact of its implementation must be evaluated. Van der Westhuizen J states that the third element of the *Van Heerden* test requires 'more than mere abstract rationality testing' and that this enquiry:⁵⁰

1. Against the backdrop of the right to and value of equality requires a judgment of whether the measure 'serves to advance or retard the equal enjoyment in practice of the rights and freedoms that are promised by the Constitution but have not already been achieved';

⁴⁶ Para 96, and also: 'Were we to adopt the more deferential standard ... it would be difficult ever to hold that a decision-maker had impermissibly converted a set of numerical targets into quotas. Any decision that accords with the numerical targets would bear at least some rational connection with the measure's legitimate representivity goals. But a decision-maker cannot simply apply the numerical targets by rote. Similarly, a rationality standard does not allow a court to interrogate properly a decision-maker's balancing of the multiple designated groups, or of their interests against those adversely affected by the restitutionary measures.'

⁴⁷ Para 106.

⁴⁸ Para 141.

⁴⁹ Para 143: 'The focus of the third prong is somewhat different. It is on the measure, but also on its implementation. The word 'achievement' implies some effect or impact. This could hardly be tested without contemplating some action taken in terms of the measure. *Van Heerden* thus acknowledges some distinction between a measure and its implementation. A decision or other action taken in terms of an affirmative measure, as well as the measure itself, must be constitutionally compliant.'

⁵⁰ Para 146.

2. must take into account ‘whether the measure undermines the goal of section 9 to promote the long-term vision of a society based on non-racialism and non-sexism’; and
3. must be ‘alive to shifting circumstances and the distribution of privilege and under-privilege in society’.⁵¹

The question whether the implementation passes constitutional muster also has to take into account how it may affect other constitutional rights and values and thus ‘fairness’ as standard may not be sufficient.⁵² When considering competing rights and values, a proportionality analysis, a consideration of the factors listed in section 36 (the limitation clause) of the Constitution and an investigation of the impact of the measure on other constitutional rights and values, e.g. the dignity of others or efficiency in the public sector, may be helpful.⁵³

3.1.2 *After the Barnard case*

The Constitutional Court (per Zondo J) in the most recent matter, dealing with the Department of Correctional Services’ employment equity plan,⁵⁴ struck down the department’s plan since it took only national demographics into account and not regional demographics as well. (The applicants’ statement of case in the Labour Court was drafted before judgment in *Barnard* was handed down by the Constitutional Court.)

The question to be answered was ‘whether an employer may refuse to appoint an African person, Coloured person or Indian person on the basis that African people or Coloured people or Indian people, as the case may be, are already overrepresented or adequately represented in the occupational level’ that the applicant applies for.⁵⁵ In other words, does the *Barnard* principle apply to other categories of the designated groups (whether with regard to race

⁵¹ See paras 147–148.

⁵² Such skepticism is due to the different nature of ss 9(2) and (3): ‘I understand that a *fair measure* may theoretically be *implemented unfairly*. However, it may in practice seem incoherent to subject the implementation of a section 9(2) measure to section 9(3) fairness considerations. Once a measure has withstood the section 9(2) *Van Heerden* enquiry and is found not to be unfair, another investigation into its fairness, informed by section 9(3) considerations, may not always make practical sense’ para 158.

⁵³ Jafta J (Moseneke ACJ concurring) holds that ‘it is not competent for this Court to raise *mero motu* the question of the appropriate standard and determine what that standard should be’ para 221 *et seq.*

⁵⁴ *Solidarity v Department of Correctional Services* [2016] ZACC 18 (delivered 15 July 2016). In the Western Cape region, Coloured people make up 48.8% of the population according to the 2011 Census.

⁵⁵ Para 38.

or gender)? The court does not hesitate to answer in the affirmative because ‘the transformation of the workplace entails ... that the workforce of an employer should be broadly representative of the people of South Africa’.⁵⁶

The second aspect the court considers is whether the numerical targets (targets being flexible) constituted quotas (being rigid in nature). The Department’s plan did make provision for deviations where a person ‘had scarce skills or where the operational requirements of the Department were such that a deviation from the targets was justified or was warranted’ and consequently it was held that it did not amount to quotas.⁵⁷

Section 42 of the EEA applies when the Director-General or any person or body applying the Act seeks to determine whether a designated employer is ‘implementing employment equity’ in compliance with the Act.⁵⁸ The court held that if a designated employer ‘uses a wrong basis to determine the level of representation of suitably qualified people from and amongst the different designated groups, the numerical goals or targets that it may set for itself to achieve within a given period would be wrong’, possibly resulting in unfair discrimination.

In the minority judgment, Nugent AJ (with Cameron J concurring) sounds a reminder that the ‘difficulties confronting us as a nation in giving effect to these commitments are profound and must not be underestimated’.⁵⁹

With sentiments similar to those expressed in the minority judgment of the *Barnard* case – although that case dealt with the *implementation* of remedial measures rather than the plan itself⁶⁰ – Nugent J was not convinced that the department’s plan sufficiently dealt with the nuances and complexities the court previously recognised as inherent in the constitutional process of transformation.⁶¹

⁵⁶ Para 40, i.e. the EE Act read with ss 9(2), 195 & 196 of the Constitution, the Public Service Act 1994 and the Correctional Services Act 1998.

⁵⁷ Paras 51–53.

⁵⁸ Para 71. S 42 (as it read then) required one to have regard of certain factors, including the extent to which suitably qualified people from and amongst the different designated groups were equitably represented within each occupational level in that employer’s workforce in relation to the demographic profile of the national and regional economically active population. Subsequently the provision was amended to indicate that a person ‘may’ have regard to certain factors.

⁵⁹ Para 97.

⁶⁰ Express reference (paras 100–101) is made to the judgment of Cameron J, Froneman J and Majiedt AJ and to that of Van der Westhuizen J.

⁶¹ Para 102: ‘In contrast to the thoughtful, empathetic, and textured plan one might expect if weight is given to what was expressed by this Court, what we have before us is only cold and impersonal arithmetic.’ See also *Solidarity obo Pretorius v City of Tshwane Metropolitan Municipality & another* [2016] ZALCJHB 155 (12 April 2016), where the court required a clear goal in addition to numerical targets.

Regarding the reliance on national demographics only, they submit (and this is important with regard to the amendment of section 42):⁶²

The objective of the EE Act is not to induce racial migrations to accommodate the statistics. Its objective is accessibility of employment opportunities and it achieves that objective only if it takes account where applicants for the posts are located. Statistics that serve as a tool for that purpose will be statistics that reflect the reality of the population, and the reality is that the races are not distributed uniformly throughout the country.

Nugent J continues by stating that should racial proportions be 'the measure of a representative workforce then they must necessarily reflect the distribution of the people making up those proportions'; otherwise they will produce irrational anomalies.

The minority and majority judgments concurred that the department's plan was unable to prevent a finding of unfair discrimination, since only national demographics were taken into account. The majority finds so because section 42 (read with section 19) obliged the employer to have regard of regional demographics and Nugent J states that to do otherwise would be irrational. The minority judgment states that 'reconciling the redress the Constitution demands with the constitutional protection afforded the dignity of others is profoundly difficult'.⁶³ To do so requires 'a visionary and textured employment equity plan that incorporates mechanisms enabling thoughtful balance to be brought to a range of interests'. Such a plan with normative content would be able to harmonise the constitutional tensions highlighted above in *Barnard*.

4 Conclusion

Formal equality is not sufficient to transform society and workplaces to such extent that the human dignity of all is recognised and diversity celebrated rather than tolerated or accommodated. Numhauser-Henning⁶⁴ recognised this with regard to gender equality when she wrote that:

⁶² Para 125.

⁶³ Para 133.

⁶⁴ 'On the Impact of the Amended Equal Treatment Directive and the Issue of Equally Adequate Working Conditions for Men and Women' at [https://www.ewla.org/sites/default/files/documents/events/3rd%20Congress%20\(Paris\)/papers/Paper%20-%20Ann%20Numhauser-Henning%20-%20Amended%20Equal%20Treatment%20Directive.pdf](https://www.ewla.org/sites/default/files/documents/events/3rd%20Congress%20(Paris)/papers/Paper%20-%20Ann%20Numhauser-Henning%20-%20Amended%20Equal%20Treatment%20Directive.pdf).

the question of social inclusion – not least into the labour market – whether of women and the elderly ... or the disabled, must be considered a major concern for the future. To further such developments the Aristotelian concept of equality is clearly not enough but must be complemented by a plurality of different equality concepts and positive measures in the broadest definition.

Remedial measures are necessary for the achievement of substantive equality and are part and parcel of the concept of equality; they are not a limitation of the right to equality. They will, however, have the result that some people will be negatively impacted in the process of promoting the long-term goal of a non-racial, non-sexist and socially inclusive society. The tension between the individual's right to equality and the promotion of a previously disadvantaged group's right to (substantive) equality is unescapable. Realising transformation is therefore fraught with sensitivities and challenges. As Zondo J stated in the *Barnard* case:⁶⁵ 'Whether conduct is rational or fair or justifiable is not a question of fact but a value judgment'. Such judgment must be informed by a clear understanding of what equality in all its plurality of concepts entails as well as the standard that remedial or positive measures should meet with regard to form, substance and implementation. We must continue grappling with balancing different constitutional values and rights so that the outcome is aligned with the spirit, purport and objects of our Bill of Rights to promote the achievement of equality. The standard of scrutiny for these balancing acts, at least for now, remains contested.

⁶⁵ Para 82.

BERND WAAS

THE POSITION OF TEMPORARY AGENCY WORKERS – LESSONS FROM GERMANY?

1 Introduction

Under European law, temporary agency work is not dealt with comprehensively. Many aspects are still left to the law of the Member States. In Germany, temporary agency work forms the subject of comprehensive legislation in the form of the Temporary Agency Act (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*).¹ Moreover, the courts arrived at decisions over the last couple of years that have led to the position of temporary agency workers being cut out far more clearly than before. This contribution will introduce and discuss this ‘judge-made law’, in particular. Before doing so, a quick look at the law on the European level will be provided (Section 2), Then, essential elements of temporary agency work will be looked at (Section 3), before indeed focussing on a couple of decisions in this area (Section 4) The contribution will end with a short conclusion (Section 5).

2 The European level

On the European level, temporary agency work is dealt with by Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November

¹ The Federal Government currently plans to modify the Act. See Draft Act on Amending the Act on Temporary Agency Work and other Acts *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze* of 20 July 2016). The main purpose of the Draft Act is to restrict the use of temporary agency workers and to fight abuse of civil law contracts. In the future there will be a maximum length of assignments of 18 months (which is related to the individual temporary agency worker, however, and not to the workplace). Other periods of duration can be fixed on the basis of collective agreements. Moreover, a more rigid application of the principle of non-discrimination will be secured: as is the case now, it will be possible to set it aside by a collective agreement. This will in principle only be possible, however, for the first nine months of an assignment. Longer periods will apply if it is ensured that temporary agency workers will gradually enjoy pay that is equal to the pay that comparable workers enjoy under the collective agreement that applies in the branch to which the user undertaking belongs. In the past, the right of the social partners to dispose of the principle of equal pay created many problems as smallish trade unions proved to be quick to enter into such agreements. See in this regard, in particular, Federal Labour Court of 14 December 2010 – 1 ABR 19/10 on the (missing) collective bargaining authority of an umbrella organization made up of various unions in the area of temporary agency work. The new Act will come into force on 01 April 2017.

2008 on temporary agency work. At the heart of the Directive is Chapter 2 on 'Employment and working conditions'. Article 5 enshrines the principle of equal treatment: 'The basic working and employment conditions of temporary agency workers shall be, for the duration of their assignment at a user undertaking, at least those that would apply if they had been recruited directly by that undertaking to occupy the same job.'² The possibility to make exemptions from this principle³ was one of the most controversial issues when the Directive was drafted.⁴ Article 6 deals with access to employment, collective facilities and vocational training: 'Temporary agency workers shall be informed of any vacant posts in the user undertaking to give them the same opportunity as other workers in that undertaking to find permanent employment. Such information may be provided by a general announcement in a suitable place in the undertaking for which, and under whose supervision, temporary agency workers are engaged.' Article 7 on 'Representation of temporary agency workers' provides that 'temporary agency workers shall be counted, under conditions established by the Member States, for the purposes of calculating the threshold above which bodies representing workers provided for under Community and national law and collective agreements are to be formed at the temporary-work agency'. Finally, Article 8 fixes an obligation of the user undertaking to 'provide suitable information on the use of temporary agency workers when providing information on the employment situation in that undertaking to bodies representing workers set up in accordance with national and Community legislation'.

3 Basic features of temporary agency work

From a dogmatic viewpoint, temporary agency work forms a triangular legal relationship: while there is a relationship between user undertaking and temporary agency worker, there is another relationship between the temporary-work agency and the user undertaking and still another between the user

² Application of this principle still leads to problems. See, most recently, Federal Labour Court of 21 October 2015 – 5 AZR 604/14: In determining equal pay, the pay is relevant that the temporary agency worker would have received if he had been recruited by the user undertaking for the same activity.

³ See, in particular, section 5(3) referring to 'the option of upholding or concluding collective agreements which, while respecting the overall protection of temporary agency workers, may establish arrangements concerning the working and employment conditions of temporary agency workers which may differ from those referred to in paragraph 1'.

⁴ See Nyström in Schlachter (ed), *EU Labour Law – A Commentary*, Article 5 of Directive 2008/104/EC, p 269.

undertaking and the temporary agency worker. The latter relationship is in the German view an employment relationship. However, it is specific in that – contrary to the principle of non-transferability as set out in Section 613 sentence 2 of the Civil Code⁵ – a transfer of the right to claim work performance is possible. According to the prevailing opinion, the employment contract is a so-called genuine contract in favour of third parties as laid down in Section 328(1) of the Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*),⁶ so that the user undertaking as a ‘third party’ enjoys a proper contractual right.⁷ A previously held view, according to which both the temporary-work agency and the user undertaking had to be regarded as employers of the temporary agency worker⁸, has not prevailed. As regards the relationship between the temporary-work agency and the user undertaking, there is a so-called contract to provide work (*Dienstverschaffungsvertrag*) which is not explicitly regulated but generally acknowledged. Under this contract, it is the primary obligation of the temporary-work agency to satisfy the need for suitable workers within the agreed scope.⁹ The relationship between user undertaking and temporary agency worker raises the most difficulties. Besides the fact that the user undertaking is the explicit addressee of some statutory obligations, in particular in the area of health and safety, there is an agreement that the user undertaking holds certain duties to protect the temporary agency worker. There is still an extent of disagreement, however, when it comes to the question whether these duties are contractual or quasi-contractual in nature or whether they emerge from objective law.¹⁰

⁵ Section 613: ‘The party under a duty of service must in case of doubt render the services in person. The claim to services is, in case of doubt, not transferable.’

⁶ Section 328(1): ‘Performance to a third party may be agreed by contract with the effect that the third party acquires the right to demand the performance directly.’

⁷ See, for instance Wank in Müller-Glöge et al (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17th edn, 2017, AÜG Introduction note 33. Others are of the opinion that the employment relationship between temporary agency and temporary agency workers qualifies only as a non-genuine contract in favour of third parties; that is, a contract where the third party does not acquire the right to claim performance.

⁸ Ramm, *Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen*, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht (ZfA)* 1973, p 263.

⁹ See Wank in Müller-Glöge et al (eds), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17th edn, 2017, § 1 AÜG Introduction note 25.

¹⁰ See Schüren in Schüren/Hamman (ed), *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 4th edn, 2010, Introduction notes 114 et seq.

4 Temporary agency work in the view of the courts

4.1 Dismissal protection

The cornerstone of dismissal protection in Germany is the Act on Dismissal Protection (*Kündigungsschutzgesetz*). According to Section 1(1) of the Act, unilateral termination by the employer is null and void if it must be regarded as 'socially unjustified' (*sozial ungerechtfertigt*). Three principles are taken into account by the courts when determining whether a dismissal is 'socially unjustified'. The first general principle is the so-called prognosis principle. According to this principle, a dismissal is admissible only if at the time of dismissal, the reasons are likely still to exist at the end of the notice period. The second general principle is the so-called principle of ultima ratio, meaning that termination is a means of last resort. The third general principle is the principle of consideration of interests, meaning that each individual case requires a careful balancing of the interests of the employer and the worker.

The Act on Dismissal Protection is in principle applicable to establishments that employ (more than) ten people on a regular basis (Section 23(1) of the Act).¹¹ On an individual level the Act applies if an employee has been continuously employed in the same undertaking or company for more than six months (Section 1(1) of the Act). This period was fixed in order to create the possibility to 'test' new employees, who should not benefit from statutory dismissal protection from day one of their employment. According to the Federal Constitutional Court the legislator could differentiate between small and large establishments because of the different effects of dismissal protection for large- and small-scale employers.¹² This position of the Court was also influenced, however, by the fact that employees who are outside the scope of the Act also enjoy a certain degree of protection which has been developed by the courts by applying the so-called 'general clauses' of civil law, in particular Sections 242 (principle of good faith)¹³ and 138 (public policy) of the Civil Code.¹⁴ Accordingly, the Federal Labour Court held in 2001 that a dismissal

¹¹ A limit of five employees applies to establishments where all employees were taken into employment before the year 2004.

¹² Federal Constitutional Court of 27 January 1998 – 1 BvL 15/8; see also Federal Labour Court of 28 October 2010 – 2 AZR 392/08 demanding an interpretation of Section 23 of the Act in conformity with the Constitution that aims at limiting the application of this provision to units where the less favourable treatment of workers is 'objectively justified'.

¹³ Section 242: 'An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.'

¹⁴ Section 138: 'A legal transaction which is contrary to public policy is void.'

of an employee in a small undertaking on grounds that are not dealt with in the Dismissal Protection Act may be null and void if such dismissal violates Section 242.¹⁵ Two years later the Court applied the same rationale to the dismissal of an employee at a moment when the waiting period had not yet expired.¹⁶

4.1.1 The statutory 'waiting period'

The statutory 'waiting period' that is fixed in Section 1(1) of the Act on Dismissal Protection serves the purpose of ensuring a certain degree of freedom on the part of the employer: 'The freedom to terminate the employment relationship during the waiting period must be understood as a means of balancing the substantive protection against dismissal that emerges from the provisions of the Act on Dismissal Protection, which limits this freedom considerably.'¹⁷ But what if a worker was formerly employed as a temporary agency worker? Do periods of such employment qualify even if no contract of employment existed between the parties? According to the Federal Labour Court, periods of employment as a temporary agency worker are in principle not to be taken into account, even if the employment immediately follows such periods. In the view of the Court, the statutory waiting period serves the purpose of putting the parties in a position where they can freely examine the possibility of arriving at a durable relationship. This purpose could typically only be achieved, however, if the employer was in a position to assess not only the performance but also other contract-related conduct of the employee on the basis of his or her own knowledge.¹⁸

4.1.2 The possibility of 'alternative employment'

Another interesting judgment of the Federal Labour Court concerns the relationship between temporary agency workers and regular staff in cases of dismissals for operational reasons. It was already mentioned that in Germany, dismissal protection is in principle restricted by the ultima ratio principle. A specific substantiation of this principle can be found in 1(2) of the Dismissal Protection Act. According to this provision, a dismissal for operational reasons is not justified if there is 'alternative employment' within the

¹⁵ Federal Labour Court of 21 February 2001 – 2 AZR 15/00.

¹⁶ Federal Labour Court of 22 May 2003 – 2 AZR 426/02 (dismissal because of homosexuality); the latter case was decided before comprehensive discrimination law came into effect in Germany implementing European Union legislation.

¹⁷ Federal Labour Court of 12 September 2013 – 6 AZR 121/12.

¹⁸ Federal Labour Court of 20 February 2014 – 2 AZR 859/11.

undertaking or, in any event, within the company.¹⁹ This leads to the question whether there is 'alternative employment' if such jobs are held within the undertaking or within the company by 'mere' temporary agency workers. The Federal Labour Court ruled as follows: whether the use of temporary agency workers will justify the view that there are jobs available at the undertaking or at the company depends on the circumstances of each individual case. If temporary agency workers are used to cover 'peak periods' only, there is no 'alternative employment' within the meaning of Section 1(2) of the Dismissal Protection Act. In such cases, the employer is not in a position to assume that there is a permanent need of staff. Alternative employment is also missing, if the employer employs temporary agency workers as a mere 'back-up' to cover for absent employees.²⁰

4.1.3 The issue of 'social selection'

There may also be situations, however, where dismissals put temporary agency workers on a collision course among each other: In Germany, if the employer intends to dismiss employees for organizational reasons, he has to check certain social criteria to find out who needs more protection. According to Section 1(3) sentence 2 of the Dismissal Protection Act, the criteria to be considered are: age, duration of employment, family responsibilities and disabilities. Only employees who prove to be the least 'socially vulnerable' can be dismissed. In any event, the employees to be compared must belong to the same undertaking.

In principle, dismissal of temporary agency workers can be based on operational reasons, although some specific rules apply. For instance, such dismissal cannot be justified on the mere ground that a user undertaking terminated its contract with the temporary-work agency. Instead, the temporary-work agency must demonstrate that there is a lasting lack of orders.²¹ Specific rules also apply to 'social selection'. Then the question may arise: what should the position be if some of the possible 'victims' of termination are assigned to other companies when the decision to dismiss workers is taken by the employer? According to the Federal Labour Court, all temporary agency workers must in principle be considered.

¹⁹ In extraordinary cases, even alternative employment with companies belonging to the same group may have to be taken into account. See Federal Labour Court of 24 May 2012 – 2 AZR 62/11.

²⁰ Federal Labour Court of 15 December 2011 – 2 AZR 42/10.

²¹ See in this regard Fuhlrott/Fabritius, 'Besonderheiten der betriebsbedingten Kündigung von Leiharbeitnehmern' in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2014 122.

The Court based its reasoning on an assessment of the main obligation of the temporary-work agency towards the user undertaking. According to the Court, this obligation aims at providing suitable workers who conform with the contractual requirements for the agreed duration. In contractual terms, this amounts to an indeterminate obligation (*Gattungsschuld*). There may be cases where the user undertaking reserves its right to have a worker substituted by another. There may also be cases where the right of the temporary-work agency to choose among suitable employees is restricted by virtue of the principle of good faith. If neither the former nor the latter applies, 'social selection' must encompass all workers, however, irrespective of whether they are assigned to another company in a given moment or not.²²

4.2 Co-determination

An important feature of German labour law is the existence of far-reaching rights of workers' representatives. To begin with, co-determination exists on the level of the individual plant or undertaking (*Betrieb*): According to Section 1(1) of the Works Constitution Act 1972 (*Betriebsverfassungsgesetz*) 'works councils are elected in undertakings, that regularly have at least five permanent staff members eligible to vote'. A works council (*Betriebsrat*) is elected by the employees in a direct election by secret ballot (Section 14(1) of the Works Constitution Act) and consists of employees who belong to the undertaking.²³ Though members of a works council in practice are in most cases trade union representatives, membership in a trade union is not a requirement for being a member of a works council. And although trade unions have a certain role to play within the framework of the works constitution,²⁴ it must be stressed that works councils are separate legal bodies and do not form part of the organizational structure of trade unions.

Works councils enjoy various rights ranging from information and consultation to true 'co-determination'. For instance, the works council has a right of co-determination in setting the beginning and the end of the daily working hours and the temporary reduction or increase in the normal working hours (Section 87(1) no 2 and 3 of the Works Constitution Act). When an agreement cannot be reached between the employer and the works council,

²² Federal Labour Court of 20 June 2013 – 2 AZR 271/12.

²³ Section 15(1) of the Works Constitution Act.

²⁴ See in particular Section 2(1) of the Works Constitution Act: 'Employer and works council shall work together ... in a spirit of mutual trust and in cooperation with trade unions and employers' associations represented in the undertaking for the benefit of both the employees and the undertaking.'

it is up to the so-called conciliation board (*Einigungsstelle*) to render a decision (Section 87(2) of the Works Constitution Act).

However, the level of the individual undertaking is not the only level where co-determination takes place. Co-determination also exists with regard to planning and decision-making on the level of the enterprise. In contrast to the works constitution no distinctive legal bodies are acknowledged in this context. Instead, participation of employees and their representatives is effected by giving workers' representatives a say in the supervisory boards of companies. The various Acts existing in this area²⁵ have different rules with regard to how the workers' seats in supervisory boards are filled. In can be said, however, that mostly they are elected by the workers.

4.2.1 Co-determination at plant level

4.2.1.1 Voting rights

Section 14(1) of the Act on Temporary Agency Work makes it clear that temporary agency workers belong to the establishment of the temporary-work agency, even during their assignments. During assignments, they are also entitled to elect a works council at the user enterprise if they have been working in the establishment for more than three months (Section 7 sentence 2 of the Works Constitution Act). However, as is explicitly stated in Section 14(2) sentence 1 of the Act on Temporary Agency Work, they are not eligible. There were claims that the latter would not be in conformity with the Constitution or, more precisely, with Article 3(1) of the Constitution, which requires equality before the law. The Federal Labour Court, however, did not subscribe to this position. In the view of the Court, the legislator could differentiate between temporary agency workers and 'ordinary' workers in order to ensure continuity of works councils. Moreover, the Court pointed out that the works council at the user undertaking basically was not competent for temporary agency workers; to exclude their eligibility was therefore logical.²⁶

²⁵ The least far-reaching form of co-determination is co-determination according to the so-called One-Third Participation Act 2004 (*Drittelbeteiligungsgesetz*). Under this Act, workers' representatives enjoy the right to occupy a third of the seats in the board of a company. The most far-reaching codetermination is established by the Coal, Iron and Steel Industry Co-determination Act 1951 (*Montan-Mitbestimmungsgesetz*). In those industries, supervisory boards consist of shareholders and workers' representatives in equal numbers with an additional 'neutral board' member.

²⁶ Federal Labour Court of 17 February 2010 – 7 ABR 51/08.

4.2.1.2 *Thresholds*

As was already mentioned, works councils are elected in undertakings that regularly have at least five permanent staff members eligible to vote (Section 1(1) of the Works Constitution Act). However, this is not the only threshold that can be found in the Works Constitution Act. Another is set in Section 9 of the Act, according to which the size of a works council depends on the number of employees (entitled to vote). The question is this: are temporary agency workers to be considered 'employees' in this context? In the past, the Federal Labour Court applied the so-called 'two-component doctrine', according to which affiliation of a worker with a given establishment required both existence of a contract with its owner and actual integration in the work organization.²⁷ As a result, temporary agency workers were not regarded as 'employees' within the meaning of Section 9 of the Act.²⁸ Recently, however, the Court changed course and gave up its position, stating that 'unlimited application (of this doctrine) would not lead to reasonable results if staff is deployed in other companies'.²⁹ In the words of the Court: 'Unrestricted application of the "two-component doctrine" would lead to a situation where a worker could be assigned neither to his or her "contractual employer" because of a missing integration, nor to his or her "operational employer" because of a missing "contractual tie"'. The Federal Labour Court now holds the view that temporary agency workers are to be considered 'employees' within the meaning of Section 9 of the Act if they are 'regularly employed' in the user undertaking. On the one hand, it wouldn't be very 'consistent', according to the Court, to give temporary agency workers voting rights while not taking them into account when determining the size of the works council. On the other hand, a purposive view of the provisions of the Works Constitution Act would lead to this result: making the size of the works council dependent on the number of employees represented could be explained by the workload of the works council that was basically related to the number of staff. And although the works council at the user undertaking was only partly competent for temporary agency workers there were enough tasks related to these workers to justify them being taken into account.³⁰

²⁷ Federal Labour Court of 10 November 2004 – 7 ABR 12/04.

²⁸ Federal Labour Court of 16 April 2003 – 7 ABR 53/02.

²⁹ Federal Labour Court of 05 December 2012 – 7 ABR 48/11. See also Linsenmaier and Kiel, 'Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung – "Zwei-Komponenten-Lehre" und normzweckorientierte Gesetzesauslegung' in *Recht der Arbeit (RdA)* 2014 135.

³⁰ Federal Labour Court of 13 March 2013 – 7 ABR 69/11.

4.2.1.3 Co-determination rights related to temporary agency workers

As was already mentioned, works councils in Germany enjoy considerable rights. This is particularly true with regard to so-called 'social' and 'personal' matters.³¹ In particular, the works council is involved in so-called 'individual personal matters'. According to Section 99(1) sentence 1 of the Works Constitution Act that applies to companies that normally employ more than twenty employees with voting rights, 'the employer shall notify the works council in advance of any recruitment, grading, regrading and transfer, submit to it the appropriate recruitment documents and in particular supply information on the persons concerned; the employer shall inform the works council of the implications of the measure envisaged, supply it with the necessary supporting documentation and obtain its consent to the measure envisaged.' In the case of recruitments and transfers the employer shall in particular supply information on the job and grading envisaged (Section 99(1) sentence 2). According to the Federal Labour Court, each employment of a temporary agency worker qualifies as 'recruitment' within the meaning of Section 99(1), irrespective of the employment's duration. What is more, the peculiarities of employing temporary agency workers do not have an impact on the obligation of the employer to inform the works council properly. As a result, it can be reasonably expected from the employer to either request the personal details of the employed temporary agency worker or ask the temporary-work agency to make a timely choice of the workers to be assigned so as to put the user undertaking in a position to meet the obligations arising from Section 99(1) of the Act.³²

According to Section 99(2) no. 1 of the Works Councils Act, the works council may refuse its consent if the measure taken by the employer 'would constitute a breach of any Act, ordinance, safety regulation or stipulation of a collective agreement or works agreement, or of a court order or official instruction'. In the view of the Federal Labour Court, this also covers the situation where an employer plans to employ a temporary agency worker permanently. In this case the works council enjoys the right to refuse its consent: according to Section 1(2) sentence 2 of the Act on Temporary Agency Work, assignments must be 'temporary', which means that the works council

³¹ So-called *soziale Angelegenheiten* (Sections 87 et seq.) or *personelle Angelegenheiten* (Sections 92 et seq.), respectively.

³² Federal Labour Court of 09 March 2011 – 7 ABR 137/09.

can invoke its right to refuse consent as the employer is about to breach the law.³³

4.2.2 Temporary agency workers and co-determination at the board level

With regard to companies' supervisory boards, the Co-determination Act (*Mitbestimmungsgesetz*) of 1976 provides for representation of shareholders and workers' representatives in equal numbers. This is far-reaching, though less so on a closer look: according to Section 29(1) of the Act, resolutions of the supervisory board require the majority of votes cast unless otherwise provided in the Act. Where the votes cast in the supervisory board result in a tie – which may be the case relatively often given the fact that the seats are equally split between shareholders and employees – a new ballot shall be cast on the same subject (Section 29(2) sentence 1 Codetermination Act). If this ballot results in a tie again, the chair of the board shall be able to cast two votes (Section 29(2) sentence 2 Co-determination Act). With this provision the legislator ensured that an impasse that results from the parity between shareholders and employees can be resolved and the operability of the supervisory board can be secured. At the same time Section 29(2) sentence 2 of the Act guarantees shareholders a predominance, because according to Section 27(2) of the Act, shareholders are in a position to determine the chair of the board at the end of the day.

As regards election of workers' representatives, Section 9(1) of the Act provides that employee board members of an enterprise employing more than 8,000 employees on a regular basis are elected through delegates, as long as the employees eligible to vote do not decide to hold a direct election. In terms of temporary agency workers, the question now is whether such workers are to be counted as eligible employees.

According to the Federal Labour Court, they must be counted. In its decision, the Court made it clear again that the 'two-component doctrine' would lead to unreasonable results. What was required instead was a purposive approach related to the aim of the individual threshold. Following this approach, temporary agency workers had to be taken into account, notwith-

³³ Federal Labour Court of 30 September 2014 – 1 ABR 79/12 and of 10 July 2013 – 7 ABR 91/11. The Court explicitly stated that there was no need to ask the ECJ for a preliminary ruling on the issue. Criticism has been put forth on this for instance by Lembke and Ludwig, 'Die Leiharbeit im Wechselspiel europäischer und nationaler Regulierung' in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2014 1329 (1332).

standing that these workers would be only temporarily assigned to a given user undertaking.³⁴

5 Conclusion

The judgments of the German Federal Labour Court that were just discussed depend in part on the peculiarities of German law. But they are informative from a comparative law perspective as well. For instance, they may help to develop a better understanding of the principal obligation of the temporary-work agency towards the user undertaking. The same applies to the issue of 'membership' of a temporary agency worker who is contractually bound to the temporary-work agency and assigned to a third party. Once more the rule proves to be right: a look 'outside the box' from a comparative law perspective, while not sufficient as such, is enlightening in any case. Ann Numhauser-Henning would be the first to agree.

³⁴ Federal Labour Court of 04 November 2015 – 7 ABR 42/13. See also Lunk, 'Schwellenwerte Leiharbeitnehmer' in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2014 778.

ESKIL WADENSJÖ

EKONOMISK DISKRIMINERINGSTEORI

1 Inledning

Förekomsten och effekter av diskriminering intresserar forskare inom flera discipliner, bland annat inom juridik, nationalekonomi och sociologi. De grundläggande frågorna är desamma: behandlas människor olika efter vilket kön, etnicitet eller någon annan egenskap de har, egenskaper som inte är relevanta vad gäller de beslut som fattas, och vilka effekter har diskrimineringen i så fall. Forskningen inom de olika disciplinerna kompletterar varandra. Jag ska i detta bidrag behandla ekonomisk diskrimineringsteori, som inte är en utan flera olika teorier som konkurrerar och kompletterar varandra.

2 Flera olika teorier

Med diskriminering menas enligt ekonomisk teori att personer behandlas olika vad gäller ekonomiska beslut som beslut om anställning och lön, som inte beror på skillnader i produktivitet utan av något annat, nämligen att personer tillhör olika grupper. Det finns som nämnts olika teorier och jag ska här ta upp de tre viktigaste: preferensbaserad diskriminering, diskriminering på grund av bristande information och monopson.¹

Dessa tre ekonomiska diskrimineringsteorier är inte varandra uteslutande. Det kan finnas flera olika förklaringar till att diskriminering förekommer på en och samma arbetsmarknad. De olika typerna av diskriminering kan förstärka varandra, så att effekterna för de berörda individerna blir större. Jag ska här dock kort redogöra för de tre olika teorierna var för sig.

2.1 *Preferensbaserad diskriminering*

Gary Becker var den som först utvecklade teorin för preferensbaserad diskriminering. Han gjorde det i sin doktorsavhandling som publicerades i

¹ Se M Lundahl och E Wadensjö, *Unequal Treatment. A Study in the Neo-Classical Theory of Discrimination* (New York, Routledge, 2015) för en genomgång av olika diskrimineringsteorier. En första upplaga publicerades 1984.

bokform år 1957.² Den bygger på att personer – arbetsgivare, arbetstagare eller kunder – har preferenser för att ha ekonomiska mellanhavanden med vissa personer i stället för med andra, t.ex. med vita i stället för med svarta eller med män i stället för med kvinnor för att nämna de två exempel som Becker främst använder i sin analys. I Sverige har vi främst diskuterat diskriminering av kvinnor, personer med utländsk bakgrund och personer med funktionsnedsättningar. Jag ska i texten använda mig av Beckers båda exempel på diskriminerade grupper, men teorin är naturligtvis tillämpbar på en analys av diskriminering av andra grupper.

Preferensbaserad diskriminering innebär att arbetsgivare är beredda att betala högre lön till vita arbetstagare än till svarta arbetstagare eller högre lön till män än till kvinnor även om de vet att produktiviteten skulle vara densamma. Det kan leda till löneskillnader om många arbetsgivare har sådana värderingar. Har endast få sådana värderingar leder det i stället endast till segregering – de som diskriminerar anställer bara vita medan de som inte diskriminerar anställer både vita och svarta och lönen blir densamma. Om preferensbaserad diskriminering leder till löneskillnader eller inte beror på hur stor andel av arbetsgivarna som har preferenser för att diskriminera och också på storleken av den grupp som diskrimineras.

Kan en sådan form av diskriminering förekomma på lång sikt? Ett argument mot att en sådan form av diskriminering även långsiktigt skulle kunna vara en viktig faktor för att förklara skillnader i arbetsmarknadsutfall mellan olika grupper är att företag som inte diskriminerar får lägre lönekostnader än de som diskriminerar och att de icke-diskriminerande företagen därför skulle kunna konkurrera ut de företag som diskriminerar. Det gäller företag som är på en marknad som kännetecknas av perfekt konkurrens men också indirekt företag på en marknad som kännetecknas av monopol. Att äga ett monopolföretag skulle vid sådan diskriminering vara mer värdefullt för dem som inte diskriminerar än för dem som diskriminerar, och de som inte diskriminerar skulle därför köpa monopolföretagen. Det kan dock finnas betydande trögheter som gör att en sådan process går långsamt. Det kan finnas sociala normer om att diskriminera som företag följer även om de själva inte har preferenser för att diskriminera. Ofta nämnda exempel är rasdiskrimineringen i USA:s sydstater och kastsystemet i Indien.

Inte enbart arbetsgivare diskriminerar, även arbetstagare kan göra det. En sådan form av diskriminering är att vita arbetstagare inte vill arbeta tillsam-

² Se G Becker, *The Economics of Discrimination* (Chicago, The University of Chicago Press, 1957). En andra utvidgad upplaga utgavs 1971.

mans med svarta. Om de ska göra det, kräver de att bli kompenserade med en högre lön. Det blir om sådan diskriminering förekommer dyrare för en arbetsgivare att ha både vita och svarta anställda. Ett resultat blir då segregering, antingen mellan företag (vissa anställer vita och andra svarta) eller via delar av ett företag – en segregering mellan olika arbetsställen eller avdelningar. Denna typ av diskriminering kan också ta sig formen av att diskriminering endast sker mot dem som har vissa befattningar på arbetsplatsen. Vita arbetstagare accepterar eller till och med förväntar sig att det är svarta som städar, men inte att svarta har samma slags arbeten som de själva har eller att de svarta är överordnade. Det kan bli ett tak för vilken nivå den diskriminerande gruppen kan nå i företaget och på arbetsmarknaden. För kvinnor brukar man tala om glastak, och för asiatiska invandrare och deras barn i USA om ett bambutak.³

Även konsumenter kan diskriminera, de kan till exempel föredra att köpa från vita jämfört med svarta. Det blir i sådant fall fördelaktigt för arbetsgivare att anställa vita om lönen är densamma för båda grupperna. Det kan också bidra till en segregering vad gäller arbetsuppgifter – den diskriminerade gruppen får arbetsuppgifter som inte innebär kundkontakt. De mer begränsade arbetsuppgifterna och att den diskriminerade gruppen är hänvisad till en begränsad del av arbetsmarknaden kan leda till att de får lägre lön. Gruppen kan bli koncentrerad till låglöneyrken. Om många är begränsade till en viss del av arbetsmarknaden så pressar det lönerna. På engelska är termen för detta fenomen ”crowding”.⁴

Vi har hittills diskuterat preferensbaserad diskriminering som att den vore baserad på ett ogillande av dem som tillhör en viss grupp av människor. Men det kan också vara baserat på gillande av den egna gruppen.⁵ Det kan vara ett gynnande av familjemedlemmar eller släktingar – nepotism. Men det kan också vara utvidgat till andra personer – grannar, de som kommer från samma by, samma stad eller samma del av landet. Det brukar kallas favoritism. Detta att diskriminera för att man gillar en del och är beredd att betala samma lön till dem som tillhör den grupp man gillar även om de är mindre produktiva eller ge dem högre lön även om de inte är produktivare kan var ännu mera segt än

³ Se olika bidrag i I Persson och E Wadensjö (red.), *Glastak och glasväggar? Den könssegrerade arbetsmarknaden*, Rapport till Utredningen om fördelningen av ekonomisk makt och ekonomiska resurser mellan kvinnor och män, SOU 1997:137 för en analys av glastaket och J Lee och M Zhou, *The American Asian Achievement Paradox* (New York, Russel Sage Foundation, 2015) för en analys av bambutaket.

⁴ Se B Bergmann, ”Occupational Segregation, Wages and Profit when Employers Discriminate by Race and Sex” (1974) *Eastern Economic Journal*, Vol 1, s. 103–110.

diskriminering på grund av att man ogillar dem som tillhör en viss grupp. De som diskriminerar är beredda att avstå ekonomiskt för att kunna gynna de egna. De säljer därför inte sitt företag till andra personer som skulle få en större vinst genom att de inte diskriminerar.

Preferensbaserad diskriminering kan också ske genom politiska beslut. Dessa kan t.ex. innebära att de som tillhör en grupp utestängs från vissa typer av arbeten genom en diskriminerande lagstiftning. Ett mycket tydligt exempel på en sådan politik är det tidigare apartheidsystemet i Sydafrika.

2.2 Diskriminering på grund av bristande information

Den andra gruppen av diskrimineringsteorier är baserade på att arbetsgivare har bristande information om vilken produktivitet olika personer har när de fattar anställningsbeslut. Det finns flera olika varianter av informationsbaserad diskrimineringsteori.

Den enklaste varianten är att de som anställer helt enkelt har felaktig information om produktiviteten hos olika grupper. De tror att de som tillhör en viss grupp är produktivare än de som tillhör en annan grupp, trots att någon sådan skillnad faktiskt inte finns. Det kan benämnas som att de har fördomar. En sådan diskriminering kan pågå en längre tid om det inte sker en inläring om hur det faktiskt förhåller sig. En sådan inläring kan initieras på olika sätt. Om ett företag anställer personer från den diskriminerade gruppen på grund av akuta rekryteringsvärigheter under en högkonjunktur, kan det lära sig att det har haft fel i sin bedömning av dem som tillhör gruppen. En annan möjlighet är att offentliga myndigheter via subventionerade praktikplatser visar arbetsgivarna att de som tillhör gruppen har den nödvändiga kompetensen. Inlärningsprocessen kan vara stegvis.⁶

Den i litteraturen vanligast förekommande formen av informationsbaserad diskriminering är den som kallas statistisk diskriminering. Teorin för statistisk diskriminering utvecklades i början av 1970-talet oberoende av varandra av tre nationalekonomer Kenneth Arrow, Edmund Phelps och Michael Piore.⁷ Den bygger på att den som anställer inte kan avgöra eller utan betydande

⁵ Se R Toikka, "The welfare implications of Becker's discrimination coefficient" (1976) *Journal of Economic Theory*, Vol. 13, s. 472-477.

⁶ Se J McCall, *Income Mobility, Racial Discrimination, and Economic Growth* (Lexington Mass., D.C. Heath, 1973).

⁷ För några tidiga referenser till deras arbeten se K Arrow, "The Theory of Discrimination" i O Ashenfelter och A Rees (red), *Discrimination in the Labor Markets* (Princeton, Princeton University Press, 1973), E Phelps, "A Statistical Theory of Racism and Sexism", *American Economic Review*, 1972, Vol. 62, s. 659-661 och M Piore, "Notes for a Theory of Labor Market Stratification" i M Reich och D Gordon (red), *Labor Market Segmentation*, (Lexington Mass., D.C. Heath, 1975).

kostnader ta reda på den anställdes produktivitet innan anställningsbeslutet ska tas utan i stället använder sig av lätt tillgänglig information som är baserad på statistiska genomsnitt. Ett företag kan ha kunskap om att kvinnor i åldern 25–40 i genomsnitt oftare är frånvarande från arbetet än män i samma ålder, men vet intet hur mycket de konkreta personer som söker anställning kommer att frånvarande om de anställs. Det kan leda till att män kommer att anställas istället för kvinnor. Kvinnor som inte kommer att ha en hög frånvaro blir diskriminerade. Ett annat exempel är att de som har sin bostadsadress i vissa områden i amerikanska storstäder blir diskriminerade just pga. av att de bor i ett sådant område, då det är vanligare att de som bor i sådana områdena oftare har problem som kan påverka arbetsplatsen och inte för att den person som söker arbete skulle ha denna typ av problem. Att ha rätt adress kan vara viktigt.

Statistisk diskriminering kan ha stora negativa effekter för personer med hög kapacitet som tillhör vissa grupper och som oavsett sin egen kompetens blir bortsorterade på grund av grupptillhörighet och inte på grund av att de har lägre produktivitet.

En annan variant av statistisk diskrimineringsteori är att den som anställer bedömer att det förväntade värdet av olika gruppers produktivitet är densamma men är mer osäker i sin bedömning av en person som söker anställning, om personen tillhör en viss grupp jämfört med om personen tillhör en annan grupp; spridningen runt det förväntade gemensamma medelvärdet för produktiviteten är olika för de båda grupperna). Det är oftare lättare att bedöma kapaciteten hos en person som tillhör en grupp jämfört med den för en person som tillhör en annan grupp. Ofta är det lättare att bedöma den för dem som i någon mening tillhör samma grupp som den man själv tillhör. Det är lättare att bedöma dem som har samma skolslips för att använda en amerikansk terminologi.

Detta att kunna bedöma en persons kapacitet vid anställningen är viktigt i många typer av arbeten där produktivitet under den genomsnittliga har klart negativa effekter (och där en över den genomsnittliga inte har några klart positiva effekter). Det gäller dock inte för alla yrken – i vissa yrken är det tvärtom så att man söker efter stjärnor (som för artister eller idrottsstjärnor och kanske till viss del också inom forskning) och tvärtom kan vilja ta det osäkra men chansartade före det säkra om det förväntade genomsnittliga värdet är detsamma. Det finns i sådana fall mycket att vinna på att lyckas anställa någon som visar sig vara klart mer produktiv än vad genomsnittet är.

2.3 Monopson

En tredje form av diskriminering bygger på att företag kan ha marknadsmakt på arbetsmarknaden. I en modell med perfekt konkurrens sätts lönerna på marknaden och blir lika för alla med samma produktivitet. Men på faktiska marknader har företag marknadsmakt i större eller mindre utsträckning. Ett företag som är ensam köpare av arbetskraft på en arbetsmarknad benämns monopson.⁸ Men även de företag som inte är ensamma på en marknad kan ha marknadsmakt.⁹ Och denna marknadsmakt kan vara olika gentemot olika grupper. Det klassiska exemplet, som Joan Robinson analyserade redan 1933, var att företag ofta har mer marknadsmakt gentemot kvinnor än gentemot män. Män som får ett dåligt lönebud söker sig till andra företag (pendlar eller flyttar), medan kvinnor är mer lokalt bundna och accepterar en lägre lön. De har att välja mellan att anta lönebudet eller att vara arbetslösa. Under senare decennier har denna typ av teori använts för att analysera kvinnors och svartas situation i USA.¹⁰ Kvinnor har mindre ofta tillgång till bil än män och har därför ett mindre pendlingsområde. De är också av andra skäl mer beroende av att finna arbete som ligger nära där de bor. Bidragande kan vara att kvinnor oftare arbetar deltid och har mer ansvar för hushållsarbetet och att de därför av såväl ekonomiska som tidsskäl har svårare att ta arbeten som det tar lång tid att pendla till. Svarta bor ofta i områden med färre arbetsplatser och blir därmed beroende av ett fåtal arbetsgivare i dessa områden, medan de vita bor i områden med relativt stor efterfrågan på arbetskraft där fler företag konkurrerar om arbetskraften.

Det finns i många länder lagar eller normer mot skillnader i lön efter kön, hudfärg eller etnicitet. Hur kan då företag dölja att det finns löneskillnader som beror på skillnader i marknadsmakt gentemot olika grupper? Ett sätt är att segregera grupper till olika yrken och arbetsuppgifter – visserligen lika lön för samma arbete men olika lön för olika arbeten och där män och kvinnor har olika arbeten.

⁸ J Robinson, *The Economics of Imperfect Competition* (London, Macmillan, 1933).

⁹ A Manning, *Monopsony in Motion. Imperfect Competition in Labor Markets* (Princeton och Oxford, Princeton University Press, 2003).

¹⁰ Se t.ex. kapitel 5 i J Madden, *The Economics of Sex Discrimination* (Lexington, Mass., D C Heath and Company, 1973) för ett tidigt bidrag till denna debatt.

3 Hur undersöka förekomsten och omfattningen av diskriminering?

Nästa steg efter att ha etablerat tänkbara förklaringsmodeller för förekomsten av diskriminering är att undersöka den faktiska förekomsten av diskriminering. Man vill undersöka vilka grupper det är som blir diskriminerade, vilken typ av effekter som finns och hur stora dessa effekter är.

Hur ska man då undersöka om diskriminering förekommer? Att fråga arbetsgivare om de diskriminerar leder till en underrapportering. Att fråga arbetstagare är inte heller en användbar metod. De kan göra felbedömningar – tro att de blir diskriminerade när de inte är det och tro att det inte blir diskriminerade när de faktiskt är det. Men det finns ett antal metoder som tillsammans kan bidra till att ge svar på frågorna. Jag ska här presentera några av dem här.

3.1 Löneekvationer

En första metod är att skatta löneekvationer, s.k. Mincerekvationer, med hjälp av individdata. En sådan ekvation försöker förklara de löner personer har med främst utbildning och arbetslivserfarenhet som förklarande variabler. Men till dessa förklarande variabler läggs också andra karakteristika hos individerna som civilstånd och bostadsort samt den variabel som representerar den grupp som man vill undersöka, som kvinna om man vill undersöka diskriminering av kvinnor. Beräkningarna ger då som resultat ett värde på en koefficient som pekar på hur mycket lägre lön i procent som kvinnor har jämfört med män givet övriga inkluderade karakteristika.¹¹

En kompletterande metod är att undersöka graden av överutbildning för olika grupper – med överutbildning menas att en person har ett arbete som har kräver en mindre kvalificerad utbildning än den som personen har. Det går sedan att undersöka vilka lönemässiga konsekvenser överutbildning har.¹²

Ett problem med denna typ av skattningar är att det kan finnas karakteristika som har betydelse för produktivitet och lön men som inte är inkluderade vid skattningen (och som det inte går att få information om i olika register). Det hindrar inte att denna typ av undersökningar och de resultat de ger är av stort

¹¹ Liknande skattningar kan göras och görs ofta för att undersöka skillnader i andelen som har arbete eller andelen som är arbetslösa mellan olika grupper.

¹² Se P Andersson Joona, N Datta Gupta och Eskil Wadensjö, "Overeducation among immigrants in Sweden: Incidence, wage effects and state dependence" (2014) *IZA Journal of Migration*, 3:9 för en analys av överutbildning och dess ekonomiska konsekvenser för utlandsfödda i Sverige.

intresse och kan peka på vikten av fortsatta undersökningar med andra metoder.

3.2 *Correspondence tests*

Resultaten från estimeringar av löneekvationer är alltså av stort intresse, men det är också mycket viktigt med andra typer av undersökningar. Förekommer diskriminering och mot vilka grupper är den i så fall riktad? En sådan undersökningsmetod är ”correspondence tests”. De innebär att man skickar ansökningar till ett stort antal utannonserade arbeten. Till vart och ett av många utannonserade lediga arbeten skickas två ansökningar med likvärdiga cv:n där det ena slumpmässigt har kopplats till ett namn som är svenskklingande och det andra slumpmässigt kopplat till t.ex. ett arabiskt klingande namn. För varje ansökan sker en slumpmässig fördelning på namn och cv. Man får sedan svar som ibland innebär en inbjudan till en anställningsintervju. Erhålls en sådan inbjudan avböjs den direkt. Man jämför sedan frekvensen inbjudna till anställningsintervju för dem som har ett svenskklingande namn med det för dem som har ett arabiskt klingande namn. Resultaten av sådana undersökningar pekar regelmässigt på att det hjälper att ha ett svenskklingande namn. Med ett sådant namn blir den arbetssökande oftare kallad till anställningsintervjuer och får med det oftare en chans att bli anställd. Det kan finnas skillnader beroende på om det är kvinnor eller män som söker arbete och vilken typ av yrke det är fråga om. I vissa lägkvalificerade yrken kan ett svenskklingande namn snarast vara en nackdel. Diskrimineringen verkar vara olika beroende på vilket yrke anställningen avser.¹³

3.3 *Byte av efternamn*

En annan metod för att undersöka om det förekommer diskriminering är att utnyttja det förhållande att många byter efternamn från något som gör troligt att personen har en utländsk bakgrund till ett efternamn som är svenskklingande. Hur går det för dem som byter namn jämfört med för dem som inte byter namn? Det är viktigt att se hur utvecklingen är redan före namnbytet för att kontrollera för att det inte är de som är mer framgångsrika på arbetsmarknaden redan före namnbytet som byter efternamn. En undersökning som gjorts pekar på att de som byter efternamn får ett bättre arbetsmarknads-

¹³ För en av flera undersökningar av diskriminering i Sverige som använder denna metod se M Bursell, ”The Multiple Burdens of Foreign-Named Men – Evidence from a Field Experiment on Gendered Ethnic Hiring Discrimination in Sweden” (2014) *European Sociological Review*, Vol 30(3), s. 399–409.

bortfall än de som inte byter namn.¹⁴ Det beror inte på att de får högre lön när de har arbete, utan på att de oftare har ett arbete. De kommer troligen oftare förbi det första hindret – att bli kallad till en anställningsintervju – och får då en möjlighet att visa att de är kvalificerade.

4 Kan man veta vem som diskriminerar?

Det finns fall där det går att fastställa att diskriminering förekommer som när personer som är klart mer meriterade inte blir kallade till anställningsintervjuer eller får sökt anställning, men de flesta fall av diskriminering är inte lätta att knyta till en viss person som är den som diskriminerar.

Vi kan genom undersökningar visa att de som tillhör vissa grupper mindre ofta än andra blir kallade till anställningsintervjuer trots att deras meriter är likvärdiga. Det är däremot svårare att avgöra om det i ett enskilt fall beror på diskriminering eller om det är ett slumpmässigt urval av personer med lika meriter som blir kallade till intervju. Icke-diskriminering är i detta fall att personer ska ha samma chans oberoende av efternamn. Är det så att en specifik arbetsgivare slumpmässigt har kallat en person med svenskklingande namn eller beror det på ett diskriminerande beslut från arbetsgivarens sida? Det går inte enkelt att svara på en sådan fråga. En möjlighet vore att se om en arbetsgivare inte bara i ett fall utan i en följd av fall har samma utfall – de med svenskklingande efternamn kallas till anställningsintervjuer, men de med utländskt klingande efternamn blir inte kallade. Undersökningar visar att diskriminering förekommer efter de sökandes efternamn, men det är inte möjligt att säkert peka ut vilka arbetsgivare som diskriminerar och vilka som inte gör det.

På samma sätt är det svårt att avgöra i vad mån segregering på arbetsmarknad, t.ex. att kvinnor och män arbetar på olika delar av arbetsmarknaden, beror på diskriminering från arbetsgivarens sida eller på andra faktorer, t.ex. på att kvinnor och män har olika ansvar för hushållsarbetet. Segregeringen kan alltså både bero på skillnader i arbetsutbud mellan män och kvinnor och på skillnader i efterfrågan på deras arbetskraft. Skillnader i arbetsutbud mellan vita och svarta kan bero på diskriminering i andra delar av samhället, t.ex. i skolsystemet – att barnen får undervisning som har olika kvalitet beroende på var de bor (segregerat boende) och på vilken grupp de tillhör (på engelska är termen "pre-market discrimination").

¹⁴ Se M Arai och P Skogman Thoursie, "Renouncing Personal Names: An Empirical Examination of Surname Change and Earnings" (2009) *Journal of Labor Economics*, Vol 27(1), s. 127–147.

5 Åtgärder mot diskriminering

Det finns en önskan att minska eller eliminera diskriminering på främst arbetsmarknaden men också på andra marknader. Ett exempel på sådana andra marknader på vilka diskriminering kan ske är bostadsmarknaden. Undersökningar visar att möjligheterna att få hyra en bostad bl.a. beror på etniciteten (namnet) hos den som söker bostad.¹⁵ Jag ska här dock främst diskutera åtgärder som är inriktade på att minska diskrimineringen på arbetsmarknaden.

Åtgärder som kan minska förekomsten av preferensbaserad diskriminering kan dels vara sådana som påverkar attityder men dels också sådana som påverkar vem det är som fattar beslut om anställning eller andra beslut. Bäst vore naturligtvis om benägenheten att diskriminera grundat på ogillande av vissa grupper kunde försvinna genom ändrade attityder. Ett ökad tillit ("trust") genom ökad kunskap och mer interaktion kan vara en möjlighet, t.ex. genom mindre segregerat boende.¹⁶ En annan möjlighet är att de som fattar beslut om anställningar kommer från olika miljöer och tillhör olika grupper. En minskad segregering på den nivå där beslut om anställningar tas skulle kunna bidra till minskad arbetsmarknadsdiskriminering.

Vad gäller åtgärder mot statistisk diskriminering baserat på skillnader i genomsnittlig produktivitet baserat på t.ex. skillnader i frånvaro mellan kvinnor och män är det kanske skillnader i rollerna utanför arbetsmarknaden som är viktigast att försöka påverka; dvs. att försöka få män att ta ett större ansvar för arbetsuppgifterna inom hushållet. En bra fungerande barnomsorg kan bidra till att minska dessa skillnader.

Den diskriminering som beror på att arbetsgivare har marknadsmakt genom att arbetstagare är lokalt bundna kan motverkas på olika sätt. En metod är att förbättra pendlingsmöjligheterna (förbättra lokaltrafiken) och minska pendlingskostnaderna. Det gör att personer får fler alternativ på arbetsmarknaden och blir alltså mindre beroende av en enda arbetsgivare.

En annan politik för att motverka segregering är olika former av kvotering,

¹⁵ För en studie som visar att diskriminering förekommer på bostadsmarknaden i Sverige se A Ahmed och M Hammarstedt, "Discrimination in the rental housing market: a field experiment on the Internet" (2008) *Journal of Urban Economics*, Vol 64(2), s. 362–372.

¹⁶ Se E Uslaner, *Segregation and Mistrust: Diversity, Isolation, and Social Cohesion* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012). Kapitel 6 i boken handlar om Sverige (och Australien).

t.ex. av anställda inom den offentliga sektorn eller i företag som har kontrakt med statliga myndigheter. I USA kallas denna politik "Affirmative Action".¹⁷

En metod som också debatterats och man till viss del försökt att tillämpa är att yrken som är av samma värde i produktionen ska ha samma ersättning även när det rör sig om olika yrken. Kvinnliga yrken ska inte ha lägre löner än likvärdiga manliga yrken. Termen på engelska är en politik för "comparable worth".¹⁸

¹⁷ Se B Bergmann, *In Defence of Affirmative Action* (New York, Basic Books, 1996) för en presentation och ett kraftfullt försvar av en sådan politik.

¹⁸ Se D Treiman och H Hartmann (red), *Women, Work and Wages: Equal Pay for Jobs of Equal Value* (Washington D C, National Academy Press, 1981) för ett antal bidrag till debatten om en sådan politik.

JENNY WELANDER WADSTRÖM

RESTRICTIVE COVENANTS – THE NORDIC WAY

1 Introduction

Regulations on restrictive covenants aim to balance the interests of the employer and the employee, respectively, as well as different interests in society. Whereas the employee wishes to use experience, skills and business relationships acquired when moving on to a new employer, the employer wishes to protect know-how and business relationships that the employer has invested in. On a macro level, principles such as fair competition, right to property, free movement of services and employees come into play. The balancing act between the different interests at stake is constantly put to the test in a rapidly changing business environment where intellectual assets, globalization, digitalization, flexible working and professional mobility have become important characteristics.

The term restrictive covenant can be used to describe a contractual obligation restricting the employee's room for manoeuvre after the employment relationship, including the duty of loyalty, has ended. Examples of such post-employment clauses are non-competition clauses restricting the employee from taking new employment with a competitor or setting up a competitive business as well as non-solicitation and non-dealing clauses restricting the employee from soliciting, contacting or dealing with customers, suppliers, employees, consultants or directors of the former employer. Depending on the type of business and knowledge that the employer needs to protect, a certain type of restrictive covenant may fit better than another in order to protect the employer from unfair competition. In addition, there are other measures that could have the same effect as a restrictive covenant, such as long notice periods combined with gardening leave and financial incentives with deferral and claw-back elements.¹

Confidentiality clauses applicable also after the employment relationship has ended as well as legislation on misappropriation of trade secrets can protect

¹ These alternative measures, which can be just as effective as a restrictive covenant, will not be discussed further in this article.

the employer from leakage of know-how and, ultimately, from unfair competition. However, given the practical difficulties in controlling and proving the former employee's potential disclosure of confidential information when the employee has already left for a competing business, restrictive covenants such as non-competition and non-solicitation-of-customers clauses can be a more efficient way of protecting trade secrets, know-how and business relationships vis-à-vis leaving employees.

In the Nordics, the legislative approach to restrictive covenants has been unified as the fundamental regulations have consisted of the general Contracts Acts and mainly Sections 38 and 36. Over the years the interpretation of these regulations has been further developed in different ways through collective bargaining agreements, case law and, in relatively recent times, through specific legislation on restrictive covenants.² Even if the unified approach has been increasingly abandoned, it has continued in the sense that over time, reforms have been implemented or at least up for discussion in most of the Nordic countries at the same time, without any obvious explanation.

In the transition from 2015 to 2016, new regulations were introduced in Sweden, Denmark and Norway but not in Finland. In Norway and Denmark, new specific legislation on restrictive covenants was adopted. Sweden, however, stayed true to its system of self-regulation, cooperation between employers' associations and trade unions and autonomous collective bargaining.³ Instead of new specific legislation⁴, an old collective bargaining agreement from 1969 was replaced by a new collective bargaining agreement on non-competition clauses; this agreement will have an even wider effect on the labour market than the old one. As regards Finland, the most recent revision of the legislation on restrictive covenants was implemented in 2001.⁵ During the same era, the Danish regulations were also altered, and the Swedish legislation was up for discussion but remained unchanged.⁶

The purpose of this contribution is to explore the extent to which restrictive covenants are accepted in employment contracts under the existing regulations

² N Bruun, *Konkurrensklausuler i skærningslinjen mellem konkurrens-, markeds- og arbejdsrett, Festskrift till Mogens Kockvedgaard* (2003) 1 et seq.

³ M Rönnmar and A Numhauser-Henning, 'Flexicurity, employability and changing employment protection in a global economy (2012)' (<http://ilera2012.wharton.upenn.edu/RefereedPapers/RonmarMia%20AnnNumhauserHenning.pdf>).

⁴ It has been argued that Sweden would also benefit from introducing specific legislation on restrictive covenants. See B Domeij, 'Rädsla för konkurrens hämmar utvecklingen' published in Svenska Dagbladet on 23 July 2016.

⁵ The Finnish Employment Contracts Act (55/2001) entered into force on 1 June 2001.

⁶ Ds 2002:56 *Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv* 329–340.

of Sweden, Denmark, Norway and Finland, with a view to comparing the state of play in these jurisdictions. The contribution focuses on the protection that can be afforded an employer by way of clauses for non-competition and non-solicitation of customers and employees. In addition, non-recruitment clauses between companies will be touched upon as a prohibition was recently introduced in Norway and Denmark. Formal and procedural regulations connected to the said clauses will be left aside.

2 To what extent are restrictive covenants accepted in the Nordics?

2.1 Swedish law

2.1.1 *Non-compete clauses*

2.1.1.1 *Sources of law*

Under Swedish law, the use of non-compete clauses is governed by Section 38 of the Swedish Contracts Act (*avtalslagen*) ('Section 38').

Since 1969, a collective bargaining agreement has regulated the use of non-compete clauses in relation to salaried employees in the traditional manufacturing and heavy-industry sectors of the Swedish labour market (the '1969 Agreement').⁷

As of 1 December 2015, a new collective bargaining agreement between *Svenskt Näringsliv* and PTK concerning non-compete clauses in relation to salaried employees (the '2015 Agreement')⁸, has replaced the 1969 Agreement. The 2015 Agreement has been adopted by all trade unions and employers' organizations within PTK and *Svenskt Näringsliv*, respectively.⁹ Accordingly, the 2015 Agreement will regulate the use of non-compete clauses in relation to a majority of privately employed salaried employees as regards non-compete undertakings agreed upon after 1 December 2015.¹⁰

⁷ The 1969 Agreement between *Svenska Arbetsgivarföreningen* and SIF/SALF/CF concerning restrictions on the scope and content of non-compete clauses in employment contracts.

⁸ The 2015 Agreement concerning the use of non-compete clauses in employment contracts between *Svenskt Näringsliv* and PTK.

⁹ In December 2015 and July 2016, Roschier interviewed representatives of all the relevant employers' associations and asked whether they and their respective counterparties had adopted the 2015 Agreement. As of July 2016, representatives of all the relevant employers' associations confirmed that it had been adopted by the relevant employers' association and their respective counterparties.

¹⁰ The minutes from the negotiations between *Svenskt Näringsliv* and PTK, signed 2 July 2015 § 3.

2.1.1.2 General requirements of enforceability, what may be protected, position of the employee

A non-compete clause is invalid to the extent that the undertaking not to compete is more far-reaching than what is *reasonable*.¹¹ What may be considered reasonable is not further defined in law. However, it is clear that a full assessment of all relevant aspects must be made. In particular, the employer must have a legitimate interest in restricting the competition from the relevant employee. Other relevant circumstances are the exact scope of the clause (including geographical limitations and limitation in time), the effects on the employee's professional and financial interests, the position of the employee in the employer's organization and the circumstances surrounding the termination of the employee's employment.¹²

Under the 2015 Agreement, non-compete clauses can be entered into only if the employer relies on trade secrets¹³ in its business and the individual employee has access to, or knowledge of, the trade secrets in the employer's business and is able to exploit the trade secrets to detrimental effect for the employer.¹⁴ Further, the employer's interest in protecting the trade secrets in its business must outweigh the employee's interest in being allowed to pursue his/her profession and the negative impact that the non-compete clause may have on the employee in this regard.¹⁵

The Swedish Labour Court has stated, when assessing non-compete clauses under Section 38, that the 1969 Agreement reflects the generally prevailing view on the Swedish labour market on what constitutes a reasonable non-compete clause.¹⁶ It is likely that the Labour Court will find that the 2015 Agreement shall serve as a yardstick for assessing non-compete clauses under Section 38, in the same way that the 1969 Agreement has done. That said, the Labour Court has also considered the employer's need to protect customer

¹¹ Sec. 38 of the Swedish Contracts Act.

¹² See for a detailed description see B Domeij, *Från anställd till konkurrent – lojalitetsplikt, företagshemligheter och konkurrensklausuler* (2016) 268–366.

¹³ The term 'trade secret' has the same meaning as in the Swedish Trade Secrets Act (*lagen om skydd för företagshemligheter*); see the 2015 Agreement, note 1 to the Preamble.

¹⁴ Sec. 2.1 of the 2015 Agreement, in translation: 'may cause damage to the employer from a competition perspective'.

¹⁵ Sec. 3 of the 2015 Agreement.

¹⁶ See for example AD 2001 no 91.

relations as a legitimate interest in the use of non-compete clauses, due to the specific circumstances in the relevant industry.¹⁷

Non-competition clauses entered into with employees in top managerial positions are excluded from the scope of the 2015 Agreement.¹⁸ While not established in case law, it may be assumed that employers generally have a legitimate interest in limiting the competition from employees in top managerial positions.¹⁹

2.1.1.3 Period of employment etc.

Under the 2015 Agreement, non-compete clauses may not be invoked in certain situations, such as in the event the employer terminates the employment due to downsizing, if the employee terminates the employment after the employer has given him/her justifiable reasons for doing so, or in case a dismissal is declared invalid.²⁰ Further, under the 2015 Agreement, non-compete clauses are generally not valid if entered into with employees with a fixed-term contract, and such clauses may not be invoked before six months of employment if the employee is a recent graduate, although exceptions are possible.²¹

2.1.1.4 Time cap and compensation

The 2015 Agreement specifies that the restricted period post termination of employment shall not, in the absence of special circumstances, be longer than 18 months. If the relevant trade secrets constitute a risk in a competition perspective for a short period, the restricted period post termination shall not be longer than nine months.

Under the 2015 Agreement, employees shall be compensated during any restricted period post termination of the employment. The compensation shall be the difference between the employee's average monthly income from the employer and the lower monthly income the employee is receiving or could have received. The compensation is capped at 60 per cent of the employee's monthly income at the time the employment was terminated.²² Compensation

¹⁷ See AD 1977 no 167. See further B Domeij, *Från anställd till konkurrent* 278–288. Domeij argues that only in very specific situations may the interest of protecting customer relations legitimize the use of non-compete clauses.

¹⁸ Sec. 1.3 of the 2015 Agreement.

¹⁹ See further Domeij 301–302, 345–348.

²⁰ Sec. 4.1 of the 2015 Agreement.

²¹ Sec. 2.1 and 4.2 of the 2015 Agreement.

²² Sec. 5.2.2 of the 2015 Agreement.

is payable only if there is a causal link between the non-compete clause and the employee's loss of income.²³

2.1.2 Clauses for non-solicitation of customers and employees

The 2015 Agreement applies only to non-compete clauses as defined in the agreement. Other types of restrictive covenants are expressly excluded. There is no legal definition of non-solicitation clauses. According to the views of legal commentators, non-solicitation clauses should be assessed under Section 38.²⁴ In any event, non-solicitation clauses may be assessed under Section 36 of the Swedish Contracts Act and may be held to be invalid, in whole or in part, if they are *unreasonable*. Swedish case law has established that protecting customers from solicitation may be a legitimate interest for employers in certain industries, which may warrant the use of non-solicitation-of-customers clauses in relation to a certain employee.²⁵

2.1.3 Non-recruitment clauses

Other than a prohibition for temporary work agencies²⁶, there are no specific provisions regarding non-recruitment clauses. However, the validity and reasonableness of such clauses are subject to Section 36 of the Contracts Act and such clauses may be declared invalid if they are unreasonable.

2.2 Norwegian law

2.2.1 Non-compete clauses

2.2.1.1 Sources of law

Under Norwegian law, non-compete clauses in employment relationships were previously governed by Section 38 of the Norwegian Contracts Act (*avtaleloven*).

On 1 January 2016, new rules entered into force on agreements restricting competition on the labour market. The rules constitute a new chapter, namely Chapter 14A of the Norwegian Work Environment Act (*arbeidsmiljøloven*). The anti-competitive agreements governed by the new legislation include non-compete clauses in employment contracts. All non-compete clauses that were

²³ Sec. 5.2.3 of the 2015 Agreement.

²⁴ R Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikt* (2013) 201.

²⁵ See for example AD 2010 no 53 and AD 2015 no 8.

²⁶ Sec. 9 of the Swedish Temporary Workers Act (*uthyrningslagen*).

entered into prior to 1 January 2016 must adhere to the new rules by 1 January 2017. For all non-compete clauses entered into after 1 January 2016, the new rules apply immediately. The managing director of the company is exempted from the regulations, provided that there is an agreement where he/she has agreed to waive his/her protection against payment of severance. However, the clause is still subject to Section 38 of the Norwegian Contracts Act.

2.2.1.2 General requirement for enforceability, what may be protected and position of the employee

Under the Norwegian legislation, a non-compete clause is only valid to the extent that it is necessary to meet the specific needs of the employer to be protected from competition.²⁷ In order to determine whether there is a specific need for protection from competition, a full assessment must be made at the time the clause is invoked. This assessment must take into account what the clause is intended to protect, such as trade secrets or know-how developed in the business. The employee's position of employment and the duration of employment are also relevant factors in determining whether the criterion is fulfilled.

As regards the employee's position, in general, caution should be exercised when entering into non-compete clauses with employees who do not hold a senior position in the company, since it is considered that those not holding senior positions are not likely to be aware of the trade secrets and know-how that are intended to be protected by a non-compete clause. However, the determining factor is the employee's level of insight into the business, not only the position he or she holds.²⁸ If the employee is in possession of knowledge of trade secrets or know-how, the employer is generally considered to have a specific need for protection against competition.²⁹

2.2.1.3 Period of employment etc.

If the period of employment is less than six months, the non-compete clause in most cases will not be valid.³⁰ Further, non-compete clauses are invalid when invoked in connection with termination of an employee due to downsizing, if

²⁷ Chap. 14A Sec. 1.2 of the Norwegian Work Environment Act. In addition, it follows from the same section that in order for the clause to be valid, the undertaking must be in writing and a written statement as to whether and to what extent the clause will be enforced must be provided.

²⁸ Government Bill 85 L *Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold)* 2014–2015 30.

²⁹ Gov. Bill 28 et seq.

³⁰ Gov. Bill 30.

the employee is given an invalid dismissal or if the employee terminates the employment after the employer has given the employee justifiable reasons for doing so.

2.2.1.4 *Time cap and compensation*

A non-compete clause is valid for a maximum period of one year after the end of the period of employment.³¹

If a non-compete clause is invoked by the employer, the employee is entitled to be compensated during the restricted period. Compensation shall be in the amount of 100 per cent of the employee's income from the employment, if this amount falls below eight Norwegian statutory base amounts.³² Income exceeding eight statutory base amounts is compensated in an amount of not less than 70 per cent of the income from the employment. It is possible, however, to limit the compensation to an amount equal to 12 times the statutory base amounts.³³ Deductions may be made for other income received by the employee during the restricted period, limited to 50 per cent of the compensation.³⁴

2.2.2 *Clauses for non-solicitation of customers and employees*

Chapter 14A of the Norwegian Work Environment Act also governs non-solicitation-of-customers clauses (*kundeklausul*) and non-recruitment clauses (*rekrutteringsklausul*).

A non-solicitation-of-customers clause is defined as an agreement between the employer and the employee restricting the employee from contacting the employer's customers after the end of the employment relationship. A non-solicitation-of-customers clause applies only to customers with whom the employee has been in contact or for which the employee had responsibility within the past year, and if the clause is valid for up to one year from the end of the employment relationship.³⁵

Non-solicitation-of-customers clauses in the Norwegian Work Environment Act relate to cases where employees themselves contact their former employer's

³¹ Chap. 14A Sec. 1.2 of the Norwegian Work Environment Act. Please see Gov. Bill 85 31 for the reasons for the time limit.

³² Eight statutory base amounts equal a total of NOK 740,608 as per 1 May 2016.

³³ 12 statutory base amounts equal a total of NOK 1,110,912 as per 1 May 2016.

³⁴ Chap. 14A Sec. 3.1 of the Act.

³⁵ Chap. 14A Sec. 4.2 of the Act. In addition, it follows from the same section that in order for the clause to be valid, the undertaking must be in writing and a written statement as to whether and to what extent the clause will be enforced must be provided.

customers. There is no statutory requirement for compensation to be paid to the employee during the restricted period, as such clauses are considered a relatively minor restriction on an employee's use of acquired skills and expertise.³⁶

Non-solicitation clauses between the employer and the employee prohibiting the *employee* from soliciting *other employees* of the employer are not specifically regulated in the Norwegian Work Environment Act or any other legislation. However, Section 36 of the Norwegian Contracts Act may come into play.

2.2.3 Non-recruitment clauses

In addition to the existing prohibition for temporary work agencies³⁷, non-recruitment clauses between companies preventing or restricting an employee of one company to be employed by another company are *invalid* under the new Norwegian legislation.³⁸ However, according to an exception to the prohibition, a non-recruitment clause may be validly agreed upon in conjunction with negotiations concerning the sale of a business (*virksomheds-overdragelse*). Such a clause will only be valid during the negotiations and up to six months after the conclusion of the negotiations or the completion of the sale (the latter under the precondition that the affected employees are notified).³⁹

2.3 Danish law

2.3.1 Non-compete clauses

2.3.1.1 Sources of law

Similar to the clauses in other Nordic countries, non-compete clauses in employment contracts were previously governed by Section 38 of the Danish Contracts Act (*aftaleloven*). There was also a supplementary provision in Section 18 of the Danish Salaried Employees Act (*funktionærlov*), which restricted the use of non-compete clauses in agreements with salaried employees.

The Danish rules have been amended with respect to non-compete clauses

³⁶ Gov. Bill 47.

³⁷ Sec. 27 of the Norwegian Labour Market Act (*arbeidsmarkedsloven*).

³⁸ Chap. 14A Sec. 6.1 of the Norwegian Work Environment Act.

³⁹ Chap. 14A Sec. 6.2 of the Act.

entered into after 1 January 2016. The new legislation, the Danish Act on Restrictive Covenants (*lov om ansættelsesklausuler*), limits and governs the use of various types of provisions in employment contracts. Deviations from the provisions regarding non-compete clauses may be made by way of collective bargaining agreements.⁴⁰

Unlike the provisions of the former Salaried Employees Act, the new Act will apply to both salaried employees and other employees. The new Act will not apply to the managing director of a company⁴¹ with the exception of Section 11, second paragraph of the Act, which corresponds to the previous Section 38 of the Danish Contracts Act (now repealed). Section 36 of the Danish Contracts Act remains in force.

2.3.1.2 General requirements for enforceability, what may be protected and the position of the employee

A non-compete clause will be valid under Danish law only if all of the conditions in Chapter 3, Section 5 of the Danish Act on Restrictive Covenants are fulfilled.⁴² Accordingly, a non-compete clause is only valid in relation to an employee who has a position of particular trust or has entered into an agreement with the employer concerning the right to exploit an invention designed by the employee.⁴³ A 'position of trust' means that the employee must be in possession of, or acquire, knowledge that could be used by a competitor to cause the employer harm or could cause harm if the employee starts up a competing business. 'Knowledge' means knowledge that is a crucial element in the employer's business model.⁴⁴

2.3.1.3 Period of employment etc.

A non-compete clause will be valid only if the employee has been employed for at least six months.⁴⁵

⁴⁰ *Skriftlig fremsættelse (7 oktober 2015) til lovforslag no L 25.*

⁴¹ Chap. 5 Sec. 11 of the Danish Act on Restrictive Covenants.

⁴² According to Chap. 3 Sec. 5 items 2 and 6 of the Act, the employer has a duty to inform the employee of the reasons why the clause is needed, as well as the requirements set out by law.

⁴³ Chap. 3 Sec. 5 item 1 of the Act.

⁴⁴ Government Bill L 25 18.

⁴⁵ Gov. Bill 18 and Chap. 3 Sec. 5 para 3 of the Act.

2.3.1.4 *Time cap and compensation*

The parties can agree that a non-compete clause shall be effective for up to 12 months post-employment.⁴⁶ A non-compete clause which the parties have agreed to be in force for more than 12 months is not valid at all.⁴⁷

A non-compete clause will be valid only if the employee receives compensation.⁴⁸ Compensation of at least 40 per cent of the employee's salary is payable in respect of non-compete clauses with a duration of less than six months. If the employee obtains other suitable work, compensation can be reduced to 16 per cent of the employee's salary from the third to the seventh month. In respect of non-compete clauses of a longer duration, compensation amounting to 60 per cent of the employee's salary is payable. If the employee finds suitable work, the compensation can be reduced to 24 per cent of their salary as from the third month.⁴⁹

2.3.2 *Clauses for non-solicitation of customers*

The new Danish Act on Restrictive Covenants also governs clauses for non-solicitation of customers (*kundeklausul*). A non-solicitation-of-customers clause is defined as an agreement between an employee and their employer that, after the end of the period of employment, the employee is prohibited from taking up employment, or directly or indirectly having business relations, with his/her former employer's customers or other business contacts.⁵⁰ A non-solicitation-of-customers clause will be valid only if the employee actively worked with the customer during the past 12 months before the date of his/her dismissal or resignation and if the employer makes a list of these customers when the employment relationship has ended. In addition, the employee must have been employed for at least six months. A non-solicitation-of-customers clause is only valid for up to 12 months from the end of the employment relationship.⁵¹ The employee is entitled to compensation based on the same principles that apply in relation to a non-compete clause.⁵²

⁴⁶ Chap. 3 Sec. 5.5 of the Act.

⁴⁷ Gov. Bill 18 et seq.

⁴⁸ Chap. 3 Sec. 5, item 4 of the Act.

⁴⁹ Chap. 4 Sec. 8 paras 1 and 2 of the Act.

⁵⁰ Chap. 1 Sec. 1 item 6 of the Act.

⁵¹ Chap. 3 Sec. 6 item 1 of the Act. According to item 5 of the same section, in order for the clause to be valid, the employer is obliged to inform the employee in writing of the requirements set out by law.

⁵² Chap. 3 Sec. 6 and Chap. 4 Sec. 8 of the Act.

2.3.3 Combined clauses

According to the Danish Act on Restrictive Covenants, a combined clause restricts an employee through both a non-compete and a non-solicitation-of-customers clause in the same period of time. A combined clause can only be effective for up to six months, and the compensation must be at least 60 per cent of the employee's salary (24 per cent if the employee finds other suitable work).⁵³

2.3.4 Non-solicitation-of-employees and non-recruitment clauses

The Danish Act on Restrictive Covenants also governs non-solicitation-of-employees and non-recruitment clauses (*jobklausuler*). A non-solicitation-of-employees clause is defined as an agreement entered into with an employee for the purpose of preventing or restricting other employees from being employed with another company (i.e. a clause entered into between the employee and the employer about non-solicitation of colleagues). A non-recruitment clause is defined as an agreement between two companies preventing or restricting an employee of one of these companies to be employed by the other company.⁵⁴ Both such non-solicitation and non-recruitment clauses are invalid under the new Danish legislation.⁵⁵ However, according to an exception to the prohibition, a non-recruitment clause may be validly agreed upon in conjunction with negotiations concerning the sale of a business (*virksomheds-overdragelser*). Such a non-recruitment clause is valid up to six months after it has been agreed upon, regardless of whether the negotiations lead to an agreement on a business transfer. If the negotiations do lead to an agreement concerning a business transfer the clause is valid up to six months after the time of the transfer.⁵⁶

⁵³ Chap. 3 Sec. 7 and Chap. 4 Sec. 9 of the Act.

⁵⁴ Chap. 1 Sec. 1 item 2 and 4 of the Act.

⁵⁵ Chap. 2 Sec. 3 of the Act.

⁵⁶ Chap. 2 Sec. 4 of the Act.

2.4 Finland

2.4.1 Non-compete clauses

2.4.1.1 Source of law

In Finland, non-compete clauses are regulated by the Finnish Employment Contracts Act (*työsopimuslaki*). The Finnish Employment Contracts Act does not apply to managing directors.⁵⁷

2.4.1.2 General requirement for enforceability, what may be protected, the position of the employee

An employer and an employee can validly agree on a non-compete clause if the employer has particularly weighty grounds for the clause.⁵⁸ The existence of such grounds is determined on a case-by-case assessment.⁵⁹ Among other things, the employer's operations and the need for protecting business secrets, or the employer's investment in special training provided to the employee may constitute such grounds.⁶⁰ The scope of the obligation may not be geographically or otherwise broader than the actual need for protection.⁶¹ The employee's position and duties are also relevant in the assessment.⁶² For instance, duties in R&D and sales often contain elements that indicate that there are particularly weighty grounds.⁶³ In addition, the more senior the employee is in terms of duties and responsibility, the more likely it is that particularly weighty grounds exist. As a rule, the grounds must exist when the non-compete obligation is concluded and also when it is being invoked.⁶⁴ A non-compete clause does not bind the employee if the employment relationship has been terminated for a reason deriving from the employer, e.g. due to a downsizing.⁶⁵ The law does not stipulate any minimum length of employment for concluding a non-compete clause, but the length of the employment or

⁵⁷ Government Bill 157/2000 vp 58.

⁵⁸ Chap. 3 Sec. 5.1 of the Finnish Employment Contracts Act.

⁵⁹ Gov. Bill vp 82.

⁶⁰ Chap. 3 Sec. 5.2 of the Act.

⁶¹ Gov. Bill vp 82.

⁶² Chap. 3 Sec. 5.2 of the Act.

⁶³ Gov. Bill vp 82; Government Bill 57/1990 vp 4; Finnish Supreme Court judgement KKO:2014:50.

⁶⁴ Gov. Bill 157/2000 vp 82–83.

⁶⁵ Chap. 3 Sec. 5.4 of the Act.

fixed-term nature of employment may be taken into account when assessing the particularly weighty grounds for the clause.

2.4.1.3 Time cap and compensation

The Finnish Employment Contracts Act differentiates between two categories of employees with regard to the duration of a post-employment non-compete clause. For employees engaged in the management of the employer's business, or an independent part thereof, as well as employees in comparable independent positions (managerial employees), there is no set upper time cap for the duration of the non-compete obligation.⁶⁶ However, in order to be valid, the period must be reasonable and the employer must be able to justify the need for protection. As a rule, restrictions up to 12 months after the expiry of the employment can be considered customary for managerial employees.⁶⁷

To reach an agreement with a non-managerial employee on a non-compete clause exceeding six months, the employee must be reasonably compensated for the restriction. The amount of reasonable compensation is not stated in the law. Depending on the circumstances, compensation amounting to e.g. 50 per cent of the employee's monthly salary for each month exceeding six months can be considered reasonable. For non-managerial employees, a non-compete clause longer than 12 months from the expiry of the employment is not valid.⁶⁸

2.4.2 Non-solicitation-of-customers clauses and non-solicitation-of-employees clauses

There is no legal definition of a non-solicitation clause. Non-solicitation clauses are not explicitly regulated by law and it is not clear whether such clauses are covered by the rules concerning non-compete clauses. In any case, non-solicitation clauses are subject to general principles of contract law, and fairness and reasonableness in particular. As a rule, a non-solicitation clause in force during the employment and from six to 12 months post-employment can be considered customary.

2.4.3 Non-recruitment clauses

Non-recruitment clauses between companies preventing or restricting an employee from taking up employment at another company are not expressly prohibited or otherwise regulated under Finnish law, but general principles of contract law apply.

⁶⁶ Chap. 3 Sec. 5.4 of the Act.

⁶⁷ Chap. 3 Sec. 5.3 of the Act.

⁶⁸ Chap. 3 Sec. 5.3 of the Act.

3 What are the similarities and differences in the Nordics when it comes to restrictive covenants?

In the Nordics, the default position is that non-compete clauses are valid. There are no prohibitions, but only restrictions seeking to find the balance between the employer's legitimate interest to protect its business and the employee's right to earn their living and to make use of knowledge gained while doing so.

A balance must be struck and the ways of doing so have taken somewhat different paths in Sweden, Denmark, Norway and Finland. There has been a shift away from a unified approach based on a free assessment of the reasonableness of a restriction under the respective Contracts Acts to a more regulated approach by way of specific legislation or collective bargaining agreements. Sweden is unique with its dual system, as all non-compete clauses entered into by employers bound by a collective bargaining agreement⁶⁹ will be subject to the 2015 Agreement, whereas employers not bound by collective bargaining agreement will continue to be subject to Section 38. At the moment, it is not clear to what extent and in what detail the Swedish Labour Court will be influenced by the 2015 Agreement when assessing the reasonableness of non-compete clauses falling outside the scope of the 2015 Agreement. However, it can be said with a rather high degree of certainty that the normative effect given to the previous agreement from 1969 will now be vested in the new agreement. The current uncertainty and the dual system in itself diminish the ease with which an employer and an employee can overview the regulatory landscape.

It is clear for all four jurisdictions that when it comes to the personal scope of non-compete clauses, the flexibility is greater in relation to the managing director of a company. It is also clear that despite the fact that the legislation in Denmark, Norway and Finland⁷⁰ also covers blue-collar employees, such clauses will not, as a general rule, be valid in relation to such employees; this is because a senior position, a position of particular trust or access to business secrets and a possibility to make use of business secrets to the detriment of the employer is a prerequisite in all three countries.

As regards the factual scope, the parties to the 2015 Agreement in Sweden seem to have taken the strictest approach regarding the existence of trade secrets (and access to such secrets in the individual case), as defined in the

⁶⁹ Except in relation to employees in top managerial positions such as the managing director.

⁷⁰ As opposed to the 2015 Agreement in Sweden.

Swedish Trade Secrets Act, as a prerequisite for a valid clause. In comparison to the 1969 Agreement, under which only production secrets of a technical nature were protected, the scope of the type of information that is legitimate to protect has been expanded through the 2015 Agreement. However, the issue with referring to the Swedish Trade Secrets Act in the 2015 Agreement is that the act lays down strict requirements for when certain information can be classified as a trade secret. While it is clear that all companies, regardless of industry, are dependent on know-how that is sensitive for the business from a competition perspective, the definition of 'trade secrets' under Swedish law is also related in practice to how the employer has actually treated the information internally, i.e. the extent to which the employer has tried to protect the information from disclosure. The internal process and strategy of handling information has thus become important and needs to be acknowledged in order for an employer also to be able to protect its business vis-à-vis employees by way of non-compete restrictions. In the other three Nordic jurisdictions, no direct link to existing trade secrets regulations exists. That said, the way an employer handles its know-how will most certainly have a bearing for the legitimacy of non-compete clause in these countries too, as this is proof of whether there is information that legitimately requires protection through such a restrictive covenant.

In relation to the time cap, the Swedish 2015 Agreement takes a more flexible approach than the legislation in Denmark and Norway, respectively, which both introduce fixed time limits (as a rule, 12 months or six months in Denmark in the case of a combined clause). Viewed from this angle, the Swedish regulations are more employer-friendly and the perspective acknowledges that different types of business may have different needs in relation to the lifespan of business-critical information (from nine to 18 months). Finland has also taken a more flexible approach – at least in relation to management employees in relation to which there is no set time limit.

In Finland and Sweden, non-solicitation-of-customers clauses can only be challenged by way of a general reasonableness assessment, whereas in Norway and Denmark the criteria for when such clauses are permitted have been set out in legislation. One requirement that applies both in Norway and Denmark is that only customers with which the employee has had professional contact or for whom the employee has been responsible can be protected. Time limits have also been set out and it is interesting to note that in Denmark, exceeding the time limit means total invalidity of the undertaking, whereas in Norway the clause will only be adjusted according to the maximum time limit. This also

holds true for non-compete clauses. In Finland it is not clear whether non-solicitation clauses fall under the same regulations as non-compete clauses. In Sweden, Section 36 of the Contracts Acts applies, and through the 2015 Agreement it has been clarified that non-solicitation-of-customers clauses do not fall within the scope of the agreement. Instead, clauses entered into by employers that are bound by collective bargaining agreement will also be subject to Section 36 of the Contracts Act, or possibly Section 38. It can be concluded that the level of certainty of the legal situation differs considerably between Sweden and Finland on the one hand, and Norway and Denmark on the other hand, also when it comes to non-solicitation-of-customers clauses.

Another aspect of restrictive covenants which may have implications for how often clauses are used in practice is the right to compensation during the restricted period. In Finland, no compensation has to be paid in relation to a non-compete clause if the clause is valid for six months or less, and this can be assumed to have an impact not only on the willingness of the employer to agree to clauses exceeding six months but also on the proliferation of clauses not exceeding six months – because this protection can be obtained without any additional costs. In Norway, Denmark and Sweden, considerable compensation will have to be paid from day one in order for a non-compete clause to be valid. As regards non-solicitation-of-customer clauses, it varies as to whether any compensation has to be paid. In Norway, no compensation will have to be paid but in Denmark, the same level of compensation will have to be paid as for a non-compete clause. In Sweden and Finland, in the absence of clarifying case law, the legal situation is uncertain.

Some aspects of restrictive covenants are still not subject to specific legislation in the Nordics. This holds true for confidentiality clauses that are valid post-employment, garden leave clauses and non-solicitation-of-suppliers clauses. Instead, general contract law governs if and the extent to which such clauses are enforceable in a particular case. Adopting specific legislation on restrictive covenants, as has been done in Norway and Denmark, increases the level of foreseeability and clarity as to the conditions that will and will not be enforceable. At the same time, specific legislation may decrease the level of flexibility in relation to the particulars of a certain situation. Flexibility is a strong element in the Swedish 2015 Agreement and it is emphasized that the merits of each case, which may change during the employment relationship, will determine whether the non-competition clause is reasonable and the conditions that apply. In addition, the 2015 Agreement shows clear traces of the fact that it is a negotiated agreement including compromises made by each

party, and the impression is that some points have deliberately been left open because the parties could not agree.

Flexibility and individual assessments place more stringent demands on the parties negotiating the clause, but the outcome may be more balanced and fair than in the case of strict requirements set out by law – which shall apply to all situations regardless of, for example, the type of business or role. Legal commentators have argued that non-competition clauses in Sweden have seldom been subject in the past to any real negotiations.⁷¹ This may change, at least for unionized employees, as the 2015 Agreement provides for a process that will lead to increased union involvement and party interaction, in situations such as an employee's decision to leave.

Prohibitions have recently been introduced in Norway and Denmark for non-recruitment clauses between companies. When subjected to a literal interpretation, the regulations in Norway and Denmark seem to be very similar in both countries, including the exceptions that apply in case of a sale of a business. It remains to be seen how these exceptions will evolve in practice in the two countries and how it will affect transactions involving a business covering multiple Nordic countries. Up until now, non-recruitment clauses have been commonly used in Nordic deals. The exceptions may allow a continued use of such clauses but the parties in a business transaction should keep themselves informed of the details and the interpretation of the exceptions in order to make sure that contractual obligations are enforceable in all relevant jurisdictions. In practice, the six months exception may also be too short a time frame to satisfy the needs of a party in a transfer of business transaction in comparison with other time caps that are applicable; for example, under EU competition rules non-solicitation agreements for two to three years can be acceptable depending on the type of information to be protected.⁷²

To conclude, restrictive covenants and the balance between fair competition and free movement of services and employees are hot topics in the Nordics at the moment. Legislators and labour market parties have developed several new measures. The unified approach that was used previously – based on a free assessment of the reasonableness of a restriction – seems to be abandoned. Instead, Norway and Denmark are moving in a more equal direction: new, stricter legislation has been adopted which works to the benefit of the

⁷¹ B Domeij, 'Förhandlade konkurrensklausuler för anställda' (2013) *Juridisk Tidskrift*, Stockholm, Vol 2 273.

⁷² Official Journal C 56 05.03.2005 24–31.

employees and market economy interests. In Sweden, the recent approach has been more liberal towards employers, as it has opened up for more employers to implement non-compete clauses in the employment contracts of key employees. As regards Finland, it remains to be seen whether any new initiatives will be taken or if the status quo will remain.

PETER WESTBERG

OLIKBEHANDLING INFÖR RÄTTA

1 Inledning

Devisen att ett gott syfte ursäktar tveksamma eller förkastliga metoder brukar inte uppfattas som en hörnpelare i ett samhälle som bekänner sig till rättsstatliga, humanistiska och demokratiska ideal. Det får definitivt inte gå så långt att en mänsklig rättighet juridiskt tryggas med statens övermakt genom att samma stat juridiskt sett trampar på en annan mänsklig rättighet. Ändå finns det gott om exempel på situationer där ambitionerna att trygga grundläggande rättigheter kolliderar med varandra och vi tvingas till kompromisser utan att riktigt veta hur vi ska navigera för att inte träda över gränsen till det tveksamma eller oförlåtliga. Oavsett vilken lösning man väljer är det i slutändan alltid enskilda människor som drabbas för att det ena sätts före det andra. Det är alltid svårt att försvara varför vissa människor ska offras för att rädda andra.

Jag tänkte att med detta bidrag illustrera ett bland många exempel på svårlösliga rättighetskollisioner och förhoppningsvis väcka en och annan normkritisk reflektion över det rådande tillståndet. Det handlar om å ena sidan ambitionen att komma till rätta med en oönskad materiell diskriminering på grund av exempelvis sexuell läggning och å andra sidan ambitionen att upprätthålla en processuell likabehandling¹ mellan den som anser sig utsatt för sådan diskriminering och den som beskylls för diskrimineringen. Bidraget kommer framförallt att sätta fokus på svårigheterna att reda ut fakta i diskrimineringssituationer och hur risken för felaktiga domar fördelas mellan den som uppfattar sig diskriminerad och den som beskylls för diskriminering.

För att i görligaste mån undvika att den fortsatta framställningen blir alltför abstrakt tar jag hjälp av följande exempel för att belysa situationer med s.k. direkt diskriminering:

Ägaren (Bosse) till Gym-Gymmet har stämts på skadestånd av Lillan och Storan. De vill ha 80 000 SEK vardera. Bosse beskylls i stämningsansökan för att ha diskriminerat dem på grund av deras (homo)sexuella läggning. Lillan och

¹ Se t.ex. artikel 14 (diskriminering av – enligt domstolspraxis – bland annat sexuell läggning) och artikel 6 EKMR (rättvis rättegång, processuell likabehandling).

Storan hävdar att de vid ett styrkegym-pass i pauserna mellan träningen med olika redskap bara hade pussat och kramat varandra några gånger, blivit tillsagda av Bosse att sluta med sina provocerande puss-och-kram-övningar och, när de fortsatte, blivit utkörda i från gymmet.

Bosse motsätter sig kravet på att utge skadestånd. Han tillstår att han sagt åt Lillan och Storan att sluta med sina kramövningar och hålla sig till träning, likaså att han till sist ansåg deras kramövningar så långvariga och utmanande att de störde ordningen på gymmet och därför körde ut dem därifrån. Bosse understryker att det minsann inte handlade om några vänliga kramar och oskyldiga pussar på kinden utan att det rörde sig upprepade gånger om ett intensivt ”tungkyssande” i kroppsnära omfamningar (på vanlig svenska s.k. ”hängel”). Han förnekar också att hans agerande skulle ha bestämts av en nedlåtande inställning till deras (homo)sexuella läggning. För övrigt menar han att Lillans och Storas ”föreställning” på gymmet ingick i ett projekt på den juridiska fakultetsfilialen i X-löv – en liten stad strax bortom den mer kända lärostaden – som hade till syfte att undersöka hur restaurangägare, butiksägare, gym-ägare, nattklubbsägare et cetera behandlade personer med olika sorters sexuell läggning. Bosse hävdar dessutom att Lillan och Storan inte är homosexuella utan att de bara agerat för att provocera fram vissa beteenden i syfte att få underlag för sina examensarbeten.

För den som – likt festföremålet – kan sin diskrimineringslag, står det genast klart att mitt exempel är ett hopkok av två prejudikat från Högsta domstolen, NJA 2006 s. 170 och 2008 s. 915. Jag har inbillat mig att hopkoket bättre än prejudikaten skulle provocera fram det processuellt kontroversiella som blir tydligt med det remedium mot oönskad diskriminering som lagstiftaren gjort bruk av, nämligen talan om s.k. diskrimineringsersättning vid domstol. Den presumptionsregel som finns i diskrimineringslagen står i bjärt kontrast till den bevisbördelösning som gäller vid brottet olaga diskriminering och den som gäller vid den utdömande av kränkingsersättning enligt skadeståndslagen. Hur kan man förklara och försvara att risken för att diskrimineringsdomar grundas på en felaktig faktaversion av den verkliga händelsen har fördelats så radikalt olika beroende på den måltyp i vilken diskrimineringsbeteendet aktualiseras?

2 Utredningsbrister, bevisbörda, presumtion och beviskrav

En av de erkänt problematiska sidorna med att använda domstolsprocessen för att stävja och reagera mot oönskad olikbehandling är att reda ut och klarlägga det påstått diskriminerande beteendet. Bevissvårigheterna på detta område uppfattas allmänt som besvärande stora, särskilt för den händelse det skulle handla om att reda ut huruvida diskrimineringen är orsakad av en avsikt att behandla en person sämre av hänsyn som styrs av den utsattes verkliga eller antagna sexuella läggning (direkt diskriminering). Det gäller inte bara för den som anser sig utsatt för diskriminering utan också för den som beskylls för det kränkande agerandet och som försöker freda sig mot vad denne uppfattar som falska beskyllningar.

På ett mera principiellt plan ställer bevissvårigheterna både lagstiftare och domstolar i en bekymmersam situation. Ju svårare det är att typiskt sett få tag på tillräckligt tillförlitlig bevisning för eller emot alla påstått relevanta fakta rörande den aktuella diskrimineringen, desto större blir risken för att domstolen i det enskilda fallet grundar sin dom på en faktaversion som inte överensstämmer med det som verkligen har hänt. Denna risk för felaktiga domar måste – för att rättskipningen ska fungera – hanteras med juridiska normer som ger anvisningar om hur risken ska fördelas mellan parterna. I annat fall kan domstolarna inte döma i de många fall där faktautredningen kommer att visa sig vara bristfällig. Som bekant får en domstol inte avstå ifrån att rättskipa bara för att faktaunderlaget uppfattas vara alltför klent.

Nyss nämnda anvisningar sträcker sig emellertid längre än till att bara ge domstolarna användbara redskap i sin rättskipande verksamhet. Den anvisade riskfördelningen ger dessutom uttryck för vilka risker som lagstiftare och domstolar är beredda att ta i hopp om att lagstiftningen i görligaste mån ska få avsedd effekt på umgänget mellan människor i vårt samhälle. Juridiskt-tekniskt sett handlar det om att välja dels på vem av parterna som bevisbördan ska placeras, dels vilket beviskrav som ska riktas mot denne part. Vem ska i den rättskipande situationen gynnas mest i fall då det finns bevismässiga brister; den som beskylls för diskriminering eller den som påstår sig ha utsatts för diskriminering? Och vilka slags utredningsbrister ska accepteras och ändå rättfärdiga att någon hålls ansvarig för oönskad diskriminering?

Den som är insatt i nu gällande bevisbördereglering i diskrimineringslagen vet hur den svenske lagstiftaren, bland annat utifrån skilda EU-direktiv och domar från EU-domstolen, har hanterat frågan om riskfördelningen mellan parterna i diskrimineringsmål. Innan jag närmare behandlar den riskfördel-

ningsnorm som ligger i diskrimineringslagens presumtionsregel (bevisbördedistribution), ska jag ta upp två alternativa riskfördelningar som lagstiftaren – vid införandet av den särskilda regeln om diskrimineringsersättning – uppenbarligen har velat undvika genom den särskilda bevisbörderegeln i diskrimineringslagen. Jag tänker mig att detta upplägg kan ha ett förklaringsvärde för att bättre förstå dels hur vi tror att bevisbörderegler fungerar i rättstillämpningen, dels vad vi antar om vilka praktiska konsekvenser som skilda bevisbördenor skulle ha. Framställningen inleds med det straffrättsliga perspektivet (avsnitt 3). Därefter följer det traditionellt skadeståndsrättsliga (avsnitt 4). Avslutningsvis kommer det diskrimineringsrättsliga perspektivet (avsnitt 5).

3 Det straffrättsliga perspektivet på riskfördelning – ställt utom rimligt tvivel

Den nuvarande utformningen av ersättningspåföljden i diskrimineringslagen kan föra tankarna till att det politiska valet att bekämpa diskriminering med denna påföljd i vart fall påminner om ett slags ”straff” för oönskade ageranden. Särskilt inslaget av ett s.k. allmänt skadestånd i diskrimineringsersättningen kan uppfattas som ett slags ”böter” för moraliskt förkastliga beteenden.² Fast då skulle det handla om ”böter” av ”privat natur” som egentligen inte går ut på kompensation för uppkommen (ideell) skada eller för något annat slags kränkning utan som döms ut av disciplinerande skäl.³ Poängen med det allmänna skadeståndet, precis som med straffrättsliga böter, skulle vara att åstadkomma en avhållande eller förebyggande effekt på människor som annars skulle överväga att vidta diskriminerande åtgärder.⁴

För att litet grand ”svära i den juridisk-dogmatiska kyrkan” är den innehållsliga skillnaden mellan allmänt skadestånd (preventionspåslaget) och böter inte så stora som juridiken gärna vill låta påskina; den diskriminerande ska för sin överträdelse av en norm betala pengar till någon annan, vid

² Så uppfattar också Högsta domstolen den del av diskrimineringsersättningen som benämns förventionspåslaget, se NJA 2014 s. 499 I och II, och som enbart döms ut av preventiva skäl, alltså ett slags straffskadestånd som egentligen är främmande för svensk rättstradition.

³ En berättigad fråga är förstas huruvida ett straff – som det s.k. preventionspåslaget kan hävdas vara – får dömas ut i ett tvistemål utan att stå strid mot principen om en rättvis rättegång. Innebär artikel 6 i EKMR att straff bara får utmätas i den för brottmål stadgade ordningen, bland annat för att oskyldighetspresumtionen och det därmed förknippade höga beviskravet ska kunna upprätthållas i syfte att garantera den misstänktes rättssäkerhet?

⁴ Se till detta B. Bengtsson, ”Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper”, ur Vänbok till Axel Adlercreutz (Juristförlaget i Lund, 2007) s. 37.

skadestånd till den enskilde som utsatt för överträdelsen och vid böter till staten. Vi har möjligen vant oss vid tanken att det är moraliskt värre att förpliktas betala till staten, så snart "gärningen" juridiskt sett kodas som "brott" och inte bara som en "skadeståndsgrundande handling". Men så är det just bara en av många föreställningar som juridiken försöker upprätthålla. Om människor i allmänhet tycker att det är allvarigare att betala exempelvis 20 000 kronor till staten än 20 000 kronor till en annan enskild person vet vi nog inte särskilt mycket om. Kanske tänker de flesta "pengar som pengar" – det är lika förgärligt att bli av med pengar till någon, likgiltigt vem, utan att få någonting för det.

Låt oss för en stund utgå ifrån att lagstiftaren hade avstått ifrån en särskild diskrimineringsersättningsregel för fall av diskriminerande beteenden och bara stannat vid den kriminalisering av olikbehandling på grund av sexuell läggning som infördes år 1989, se 16 kapitlet 9 § brottsbalken. Hur ser den bevismässiga riskfördelningen för felaktiga domar i brottmål ut?

Som bekant väcker brottmål föreställningar om oskyldighetspresumtionen, stränga beviskrav och en vidsträckt bevismässig omsorg om den (oskyldigt) misstänkte.⁵ Dessa föreställningar skapar den allmänt spridda uppfattningen att varje rättsligt eller rimligt faktiskt tvivel ska gynna den misstänkte och att domstolarna i varje enskilt brottmål noggrant vakar över att sådana tvivel över den faktiska gärningen eller över den misstänktes avsikter ska medföra en frikännande dom – hur än stark bevisningen är i övriga delar. I uppfattningen ingår tanken att en och samma bevisbördenorm ska gälla för alla slags brottmål. Bevisbördan placeras på åklagaren och beviskravet som riktas mot denne är att åtalade gärningen måste ställas utom rimligt tvivel⁶ för bifallande dom, såväl vad avser gärningens faktiska moment som subjektiva moment (avsikt, insikt). En allmän uppfattning är att detta rör sig om ett mycket strängt beviskrav. Några bevislätnader för åklagaren i brottmål är inte att tänka på, åtminstone inte öppet redovisade sådana.

Spegelsidan av detta är att den misstänkte över huvud taget inte har någon bevisbörda för sina påståenden i en brottmålsrättegång⁷ och inte heller får

⁵ Om innebörden av artikel 6 EKMR i dessa avseenden, se A. Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen*, (Fakbokforlaget Bergen, 2003), särskilt vad angår beviskravet i brottmål, s. 340 ff.

⁶ Den närmare innebörden av detta beviskrav är inte klarlagt i rättskällorna. I litteraturen har dessutom varnats för att försöka precisera detta, se A. Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (Fagbokforlaget Bergen, 2003) s. 366.

⁷ Se dock A. Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (Fakbokforlaget Bergen, 2003) s. 343 om ett fall från Strasbourgdomstolen.

lastas med någon förklaringsbörda⁸ som bevismässigt skulle ”plussa på” en bristfällig åklagarbevisning och därmed räcka för bifall av åtalet. Den misstänkte ska inte i denna mening ha en bevismässig nackdel av att denne inte lämnar någon förklaring till sitt beteende eller lämnar en förklaring som verkar långsökt, tokig eller svårförståelig eller lämnar en i och för sig beaktansvärd förklaring som saknar stöd i den bevisning som finns i målet. En annan sak är att domstolen får uppfatta den misstänktes tystnad eller konstiga förklaringar som en ytterst klen motbevisning som inte förmår rubba en åklagarbevisning som är tillräckligt stark för bifall – utan att därmed komma i konflikt med oskyldighetspresumtionen och regeln att det är åklagaren som bär bevisbördan.

För klarhetens skull ska tilläggas att det i sammanhanget saknar betydelse om brottsoffret skulle delta i rättegången som målsägande. I brottmål tänker man sig nämligen inte att valet av bevisbördenorm och beviskrav handlar om att fördela risker mellan den misstänkte och målsäganden.⁹ Riskfördelningen ska ske mellan den *processuellt* överlägsna parten, staten, och den *processuellt* underlägsne parten, den misstänkte.

Låt oss närmare granska mitt fiktiva fall om Lillan, Storan och Bosse för att försöka förstå hur den nu beskrivna riskfördelningen skulle te sig, om Bosse hade åtalats för olaga diskriminering på grund av Lillans och Storans sexuella läggning. Av utrymmesskäl fokuserar jag på två moment i det påstått diskriminerande beteendet där Lillan/Storans åsikter skiljer sig ifrån Bosses. De är oense dels om Lillan och Storan bara pussades och kramades eller om de hånglade, dels om Bosses avhysning av Lillan och Storan berodde på att han reagerade mot deras (homo)sexuella läggning eller *bara* mot deras ordnings-

⁸ Det förekommer då och då uttalanden i domskäl som tveklöst för tankarna till att domstolarna har använt sig av en förklaringsbörda, dock utan att det riktigt går att fastslå om förklaringsbördan används för att stärka en annars otillräcklig åklagarbevisning så att fällande dom kan meddelas eller bara markera att det från den misstänktes sida inte har presterats någon motbevisning som i sådan grad förringar åklagarbevisningen att denna inte räcker för bifall av åtalet. Se t.ex. NJA 1976 s. 489 (åtal för olaga etnisk diskriminering mot makarna R som anställda på en restaurang) där Högsta domstolen framhåller: ”Aarre R:s ifrågavarande föreskrift innebar bl.a. att kvinnliga gäster, som bar långa, för kvinnliga zigenare utmärkande kjolar, skulle avisas. Föreskriften i denna del drabbade praktiskt taget endast kvinnor av zigenisk härkomst. Makarna R har uppenbarligen insett detta. *De har inte lämnat någon godtagbar förklaring till att de likväl upprätthållit förbudet mot sådana kjolar.* Det *måste därför anses*, att den huvudsakliga anledningen till förbudet och till att det iaktogs beträffande Miranda B var, att de velat undvika att andra gäster skulle reagera mot närvaron av personer, som genom sin klädsel visade att de var zigenare” (min kursivering). Makarna fälldes till ansvar.

⁹ Brottet ”olaga diskriminering” i 16 kapitlet 9 § brottsbalken är systematiserat såsom ett brott mot allmän ordning och i propositionen 1970:87 framhålls att olaga diskriminering i betydande utsträckning innebär en kränkning av medborgarnas känsla för vad goda seder bjuder och bör i första hand uppfattas som ett brott mot allmän ordning.

störande beteende. Den förstnämnda oenigheten handlar om ett faktiskt iakttagbart skeende, den sistnämnda om en mental, inre händelse som inte syns utåt annat än möjligen indirekt genom hans faktiska agerande.

Vi börjar med oenigheten om puss/kram och hångel. Vad är det som åklagaren ska ställa utom rimligt tvivel? Om vi antar att en bärande del i åklagarens gärningspåståenden är att den olaga diskrimineringen blottläggs just genom att det bara var fråga om enkla pussar och kramar mellan personer av samma kön i förening med den omgående avhysningen av dessa personer från träningslokalen, blir det av central betydelse i brottmålet att reda ut om det bara var fråga om enkla pussar och kramar och inte alls om några intensiva omfamningar och tungkyssar. I förlängningen av denna tankelinje skulle ligga, att om det handlade om hångel skulle det vara tydligare än annars att avhysningen berodde på ett ordningsstörande beteende.¹⁰

Här kan man som utgångspunkt notera att någon bevisbörda inte får läggas på Bosse för hans påstående om hångel. Någon fördelning av bevisbördan får inte ske, t.ex. så att åklagaren kan nöja sig med att åberopa sådan bevisning som talar för att Lillan och Storan pussades och kramades och därmed vältra över bevisbördan på Bosse för att pussarna skulle handla om tungkyssar och intensivt kroppsnära omfamningar. Enkelt uttryckt ska åklagaren ställa det utom rimligt tvivel att det *bara* var fråga om enkla pussar och kramar. I klartext betyder det att åklagaren normalt sett behöver presentera bevisning – utöver målsägandens uppgifter – som är oberoende av de inblandade och som kan verifiera dels hur många gånger pussandet och kramandet skedde, dels vilken intensitet dessa hade. Nu kan man instinktivt tycka att detta skulle vara en alltför tung börda för åklagaren att bära och att det därmed skulle finnas belägg för att kriminaliseringen på det hela taget blir tandlös, bland annat på grund av den allmänt spridda uppfattningen att det för det mesta är svårt, för att inte säga omöjligt, att bevisa det som inte har hänt – det som inte har hänt lämnar inga spår (bevis) efter sig. Riktigt så illa är det inte. Genom vittnesmål blir det möjligt att reda ut vilken intensitet pussandet och kramandet hade.

Anta exempelvis att åklagaren har påstått att Lillan och Storan pussades och kramades vid fem olika tillfällen i träningslokalen men bara förmår presentera ett vittne som såg ett av tillfällena och ett annat vittne som såg ett annat av tillfällena. Även om vittnena var för sig säger sig bara ha iakttagit en enkel puss och kram, finns det en betydande sannolikhet för att en domstol anser att det med dessa två vittnesmål inte är ställt utom rimligt tvivel att det inte vid något

¹⁰ Detta får dock inte missförstås så att en domstol inte kunde döma till ansvar för olaga diskriminering, om det klarlades i rättegången att det var fråga om hångel.

av de övriga tillfällena också *bara* var tal om enkla pussar och kramar. Bosse skulle därmed gå fri ifrån ansvar, även om han inte själv förmår att understödja sina påståenden om hånge med någon av honom oberoende motbevisning. Enbart det förhållandet att Bosse misslyckas att bevisa sin faktaversion får inte tas till intäkt för att åklagarens bevisning blir starkare och räcker för fällande dom. I ett bevisläge som detta skulle domstolen förklara att det inte mot Bosses bestridande var klarlagt att Lillan och Storan bara pussades och kramades. Ibland uttryckts detta så i domskälen att den misstänktes faktaversion (d.v.s. hans påståenden om fakta) ska läggas till grund för tillämpningen av det aktualiserade straffstadgandet i 16 kapitlet 9 § brottsbalken. I detta fall skulle domstolen med andra ord utgå ifrån att Lillan och Storan hånglade.

Antag däremot att åklagaren skulle presentera flera vittnesmål om fyra eller fem tillfällen med enbart iakttagelser om enkla pussar och kramar, utan att dessa vittnesmål rubbas av några faktorer som tyder på missuppfattningar, sammanblandningar eller fysiska svårigheter att göra tillförlitliga observationer. Då lär domstolen normalt sett uppfatta dessa vittnesmål som att de ställer det utom rimligt tvivel att något hånge inte har förekommit. I ett sådant läge skulle Bosse rent faktiskt vara i en situation där hans blotta påstående om hånge inte skulle räcka för att skapa ett rimligt tvivel. Bosse skulle behöva presentera något slags motbevisning, t.ex. ett vittne som berättar om i vart fall en observation av en tungpuss, för att ha någon utsikt till att domstolen anser att det finns ett rimligt tvivel över åklagarens påstående att det bara var tal om enkla pussar och kramar. Hans misslyckande att åstadkomma en sådan motbevisning tolkas enligt ett ortodox processrättsligt synsätt inte som att den misstänkte lastas med någon bevisbörda i strid mot kravet på en rättvis rättegång.

Låt mig lämna denna fråga om det faktiska skeendet och gå över till det mentala, närmare bestämt åklagarens påstående om att Bosses avhysning av Lillan och Storan berodde på att han reagerade mot deras (homo)sexuella läggning. I detta påstående ligger flera moment. Ett är att Bosse har en nedlåtande attityd mot deras läggning, ett annat är den nedlåtande attityden orsakade hans tilltag (avhysning) att behandla dem sämre än vad han skulle göra med personer med annan sexuell läggning, ett tredje att han insåg (visste) att Lillan och Storan var homosexuella.

Detta sistnämnda moment om insikt kan möjligen uppfattas som överraskande. Men frågan om insikt speglar utformningen av straffstadgandet i 16 kapitlet 9 § brottsbalken. I lagrummets sista stycke föreskrivs nämligen att någon diskriminerar någon annan ”*på grund av* hans eller hennes sexuella

läggning” (min kursivering).¹¹ Enligt ordalydelsen handlar kriminaliseringen om att Bosse bara skulle kunna straffas, om Lillan och Storan är homosexuella och om Bosse kände till detta.¹² Det skulle inte räcka för straffansvar att han felaktigt trodde att de var homosexuella. Som jag återkommer till längre fram bygger diskrimineringslagen på ett annat synsätt, nämligen att Bosses avhysningsagerande blir ersättningsgrundande redan om hans faktiska agerande utåt kan grunda ett antagande om att särbehandlingen av Lillan och Storan har samband med sexuell läggning, alldeles oavsett om de som drabbas av avhysningen, Lillan och Storan, är homosexuella eller inte. Enligt definitionen av direkt diskriminering i 1 kapitlet 4 § räcker det nämligen med att det diskriminerande agerandet *har samband med sexuell läggning*.

Det är ingen nyhet att det i allmänhet är svårt att (ofta långt i efterhand) bevisa vilka insikter och avsikter som en person har haft vid vidtagandet av en viss åtgärd. Visst förekommer det situationer då en brottsmisstänkt i gärningsögonblicket eller strax före eller efter kan inför andra ha uttryckt sig på ett sådant sätt att avsikten med agerandet kan anses tillfredsställande klarlagd. Men i många situationer blir uppsåtsbedömningen beroende av vilka slutsatser om avsikten som kan dras av det utredda faktiska handlandet hos den misstänkte.

Låt oss anta att en domstol i vårt fiktiva fall anser det ställt utom rimligt tvivel att Lillan och Storan bara kramades och pussades och att Bosse i samband med detta lät avhysa dem från träningslokalen. Skulle en domstol på grundval av dessa fakta med fog kunna dra slutsatsen att det faktiska agerandet bortom rimligt tvivel styrdes av Bosses homofobi och vilja att misskreditera homosexuella? Nej. Utan tillgång till någon annan kunskap finns det inte underlag för att åklagarhypotesen ”homofobi” skulle vara mer eller mindre tänkbar än försvarshypotesen om enbart ”ordningsupprätthållande”. Bosse ska inte fällas enbart på ett antagande (eller presumtion) om vad som i och för sig vore en tänkbar förklaring till avhysningen av Lillan och Storan. Det presumtionsresonemang som förekommer i NJA 2006 s. 170 (tvistemål) – och som

¹¹ Om och hur detta rekvisit skulle påverkas i sin tillämpning av att särbehandling provoceras fram i ett undersökande syfte får jag utrymmesskäl lämna därhän. Man kan dock undra om Högsta domstolens synsätt på provokation i diskrimineringsvistemålet NJA 2008 s. 915 skulle ha samma relevans i brottmål om diskriminering.

¹² Jämför NJA 1976 s. 489 där Högsta domstolen framhöll: ”Aarre R:s ifrågavarande föreskrift innebar bl.a. att kvinnliga gäster, som bar långa, för kvinnliga zigenare utmärkande kjolar, skulle avisas. Föreskriften i denna del drabbade praktiskt taget endast kvinnor av zigenisk härkomst. *Makarna R har uppenbarligen insett detta . . . att den huvudsakliga anledningen till förbudet och till att det iaktogs beträffande Miranda B var, att de velat undvika att andra gäster skulle reagera mot närvaron av personer, som genom sin klädsel visade att de var zigenare* (mina kursiveringar).

närmare kommenteras nedan – skulle inte kunna användas för att åstadkomma en fällande brottmålsdom.

Bosse skulle säkert hamna i betydligt sämre bevissituation, om åklagaren kunde leda i bevis att Bosse i andra sammanhang inför andra har uttryckt en nedlåtande attityd mot homosexuella. Men skulle det räcka för att tillräckligt säkert slå fast att Bosse medvetet velat behandla Lillan och Storan sämre än andra på grund av deras sexuella läggning? Det är tveksamt.¹³ Det är en sak att han har en sådan inställning, en helt annan är att han över huvud taget omsätter eller i det aktuella fallet omsatte synsättet i åtgärder som behandlar homosexuella sämre än personer med annan sexuell läggning. En möjlig utväg för åklagaren att i vart fall bättra på sin bevisning är att försöka ta reda på om Bosse har agerat annorlunda vid motsvarande heterosexuella pussar och kramar i träningslokalen.¹⁴ Skulle det visa sig att någon har iakttagit att Bosse vid något enstaka tillfälle har sett olikkönade (heterosexuella) pussas och kramas flera gånger under ett och samma träningspass i Bosses träningslokal utan att bli avhysta måste man emellertid fråga sig om enbart detta räcker för att ställa det utom rimligt tvivel att just Lillan och Storan avhystes av homofobisk orsak. Det skulle krävas konkreta och starka belägg för att avhysningen av Lillan och Storan styrdes Bosses nedlåtande attityd mot homosexuella, t.ex. att åklagaren kunde lägga fram bevisning för att Bosse hade gett sin personal instruktioner att ingripa mot homosexuella beteenden i träningslokalen.¹⁵

En annan tänkbar utväg för åklagaren är att undersöka om det finns någon tillförlitlig vetenskaplig undersökning, en allmän erfarenhetssats eller rentav ett notoriskt faktum som innebär att gymägare i allmänhet tolererar pussar och kramar i träningslokalen. Men vilken betydelse ska tillmätas en sådan undersökning eller erfarenhetssats? Både undersökningen och erfarenhetssatsen kan ju för det första lämna utrymme för att en mer eller mindre betydande grupp av gymägare inte har denna tolerans utan avhyser alla personer som upprepade gånger pussas och kramas. Bosse kanske är en sådan

¹³ Se till detta NJA 1999 s. 639. Frågan var om den misstänkte hade gjort sig skyldig till diskriminering av en bland flera hyressökande på grund av denne var iranier. Enbart det förhållandet att den misstänkte hade fällt för denne besvärande uttalanden om målsägandens härkomst räckte inte detta för bifall till åtalet.

¹⁴ Om nu Lillans och Storas uppträdande på gymmet ingick i en (dold) undersökning om diskriminering kan man ju tänka sig att den var upplagd så att ett och annat olikkönat par samtidigt med Lillan och Storan pussades och kramades på gymmet utan att bli avhysta. Så var situationen i NJA 2008 s. 915.

¹⁵ Se t.ex. NJA 1976 s. 489 (instruktioner om avhysning av kvinnor med långa kjolar) och jämför till detta tingsrättens bedömning i NJA 2006 s. 170 (påstådda instruktioner om ingripande mot homosexuella).

gymägare som tillhör undantagsgruppen, och första gången som han praktiserade det kanske var med Lillan och Storan. För det andra leder inte undersökningen eller erfarenhetssatsen till slutsatsen att just Bosses agerande skulle ha orsakas av en intolerans mot homosexuella. I brist på konkret utredning som knyter Bosse till den ena eller andra gruppen blir osäkerhetsmomenten över vad som verkligen kan ha inträffat flera och påtagliga, det skapar rimliga tvivel om vad som var Bosses avsikt.

Bevisläget hade blivit sämre för Bosse med en vetenskaplig undersökning eller erfarenhetssats som gick ut på att gymägare som avhyser pussande och kramande samkönade par i allmänhet gör det av homofobiska orsaker. Därmed är det inte sagt att domstolen skulle kunna rättfärdiga en fällande dom (i uppsåtsfrågan) med motiveringen att eftersom de flesta gymägare som avhyser pussande och kramande samkönade par gör det för att förfördela homosexuella, så har också Bosse gjort så i det nu aktuella fallet. Bosse kan nämligen tillhöra den undantagsgrupp gymägare som inte avhyser av denna anledning skäl utan av ordningsskäl. Den vetenskapliga undersökningen eller erfarenhetssatsen får inte användas för att läka bristen på konkreta belägg för vad som hände just i fallet med Bosse, Lillan och Storan. I brottmål får ingen dömas enbart på allmän statistik.

Mot denna bakgrund kan man fråga sig hur strängt kravet på ställt utom rimligt tvivel är. Är bördan så tung för åklagaren att denna måste övertyga domstolen om att det praktiskt taget är uteslutet att Bosse avhyst Lillan och Storan av (enbart) ordningsskäl? Möjligen kan följande uttalanden från Högsta domstolen i NJA 1999 s. 639 tala i den riktningen:¹⁶

HD har emellertid också att pröva det av Riksåklagaren framställda påståendet att Karl Erik W inte låtit Nima S konkurrera med andra hyressökande på samma villkor. I den delen föreligger vissa för Karl Erik W besvärande omständigheter. Sålunda har Karl Erik W i en intervju som TV 4 gjorde med honom d 20 jan 1998 gjort uttalanden som innebär närmast att Karl Erik W såg det som en belastning för Nima S att denne var iranier. Det ligger då nära till hands att utgå från att Karl Erik W i enlighet med den inställningen inte lät Nima S konkurrera på samma villkor som andra hyressökande.

Emellertid talar vissa andra omständigheter i annan riktning. Sålunda har framkommit att Karl Erik W i särskilt meddelande d 5 mars 1998

¹⁶ Jämför till detta Göta Hovrätt mål B 2630-13 (olaga etnisk diskriminering) som förefaller lägga bevisbördan på åklagaren inte bara för att presentera bevisning som stöder åklagarhypotesen utan också utesluter försvarshypotesen.

till samtliga hyressökande, däribland Nima S, upplyst att hyresvärden ännu inte hade avgjort hyresfrågan. Detta tyder i och för sig närmast på att Nima S då, såsom Karl Erik W påstått, betraktades som en hyressökande bland flera.

Karl Erik W har vidare uppgett att han någon gång efter samtalet med Nima S d 19 jan började kontrollera dennes ekonomiska förhållanden och därvid fann att dessa var oklara och att Nima S inte hade någon taxerad inkomst för 1996. Vid den slutliga prövningen av de hyressökande gavs därför enligt Karl Erik W företräde åt en läkare som bedömdes ha stabil ekonomi. - Vad Karl Erik W sålunda uppgett om handläggningen av hyresfrågan och om bevekelsegrunderna för prövningen av den kan inte lämnas utan avseende.

I enlighet med det anförda kan inte anses styrkt att Karl Erik W på grund av Nima S:s nationella ursprung inte låtit denne konkurrera med andra hyressökande på samma villkor. Åtalet kan alltså inte bifallas.

I fallet stod två förklaringar mot varandra till att en viss hyressökande N inte skulle ha tillåtits konkurrera med de andra hyressökande på lika villkor. Den misstänkte hyresvärden beskyldes för att ha behandlat hyressökanden N sämre än de andra på grund av dennes nationella ursprung, medan den misstänkte uppgav att hyressökanden N inte fick lägenheten på grund av en ekonomisk bedömning. Utformningen av domskälen verkar närmast bygga på en tanke att de två förklaringarna skulle utesluta varandra – olikbehandlingen skulle antingen bero på det ena eller andra. Beviskravet ”styrkt”¹⁷ riktas i prejudikatet mot diskrimineringsförklaringen (nationellt ursprung) och ekonomiförklaringen behandlas som en motbevisning som förringar styrkan i bevisningen för diskrimineringspåståendet. Hur stark eller svag denna motbevisning egentligen uppfattades vara i detta prejudikatmål, ger domskälen inte något tydligt besked om. Domens utformning ger närmast intrycket av att det som den misstänkte hade *uppgivit* (påstått?) om den ekonomiska bevekelsegrunden var så pass rimligt att det måste beaktas vid bevisvärderingen (inte kunde lämnas utan avseende) och dessutom leda till slutsatsen att det inte kunde anses tillräckligt utrett att den aktuella hyressökanden N hade behandlats sämre än de andra på grund av sitt nationella ursprung. Uttrycket ”inte kunde lämnas utan avseende” indikerar att denna motbevisning i sig var svag, men ändå av tillräcklig substans för bidra till att åtalet inte blev styrkt.

¹⁷ Man kan notera att Högsta domstolen använder uttrycket ”styrkt”. Begreppet ”ställt utom rimligt tvivel” infördes i Högsta domstolens praxis några år senare.

Man kan fråga sig hur Högsta domstolen i dag skulle ha uttryckt detta med hjälp av begreppet ”ställt utom rimligt tvivel”. Är följande förslag ett adekvat sätt att precisera bevisbörderegeln, illustrerat med hjälp av det fingerade fallet med Bosse, Lillan och Storan?

Om den misstänkte (Bosse) lämnar uppgifter om att dennes agerande har styrts av en annan anledning (upprätthålla ordningen) än det medvetet förfördela målsägandena (Lillan och Storan) av homofobiska skäl, måste åklagaren ställa det utom rimligt tvivel att dessa uppgifter om att upprätthålla ordningen inte stämmer.

Nej, detta förslag är inte adekvat av flera skäl. Det förhållandet att det i och för sig rimligen kan antas vara så att Bosses agerande har orsakats av viljan att upprätthålla ordningen i träningslokalen leder inte till slutsatsen att agerandet saknar en orsakskoppling till homofobiska skäl. Man får nämligen räkna med att Bosse samtidigt kan ha styrts av båda dessa överväganden och rentav uppfattat deras homosexuella läggning som särskilt ordningsstörande (sett ur denna synvinkel skulle kritik kunna riktas mot Högsta domstolens bevisresonemang i 1999 års fall som bygger på att rangordna motiven bakom handlandet i huvudmotiv och andra mindre styrande motiv). För att kunna dömas till ansvar för olaga diskriminering enligt 6 kapitlet 9 § brottsbalken borde det räcka att bara en av flera samtidigt föreliggande orsaker innefattar en diskrimineringsgrund, även om det finns uttalanden i praxis som även kan få en van prejudikatläsare att tveka över denna tolkning.¹⁸ Man kan mycket väl föreställa sig att åklagaren förmår att presentera bevisning som i sig entydigt övertygar domstolens ledamöter om den homofobiska orsaken utan att styrkan i denna bevisning förringas av den bevisning som talar för ordningens upprätthållande.

Kollisionen mellan de båda konkurrerande orsaksförklaringarna ställs på sin spets först om den misstänkte Bosse lämnar uppgifter om att dennes agerande *bara* har styrts av att upprätthålla ordningen i träningslokalen. I ett sådant läge kan bevisningen i målet resa ett rimligt tvivel om det inte kan ha varit så att detta var enda anledningen till hans agerande. I så fall ska Bosse frikännas. Sett

¹⁸ Se t.ex. NJA 1979 s. 657 där Högsta domstolen tycks ha ansett att det avgörande för ansvarsfrågan var vilket som var den huvudsakliga eller avgörande motivet för det påstått diskriminerande beteendet: ”Däremot har prisfrågan berörts i protokollet, dock inte på sådant sätt att den framstår som det huvudsakliga skälet för avstyrkandet. Vad som anförs i protokollet måste i stället uppfattas så att det avgörande motivet för styrelsens beslut att avstyrka överlåtelse var familjen H:s nationella ursprung.”

på detta vis kan man undra om följande förslag till precisering av bevisbördan i brottmål skulle vara mer acceptabel än det som presenterades ovan:

Åklagaren ska ställa det utom rimligt tvivel att den misstänktes diskriminerande agerande har orsakats av att denne vill förfördela målsäganden på grund av dennes sexuella läggning och, om den misstänkte gör en invändning om att dennes agerande bara orsakades av en annan anledning, ska åklagarens uppgift att bevisa sitt subjektiva gärningspåstående även omfatta att ställa det utom rimligt tvivel att det av den misstänkte föregivna skälet *inte var den enda anledningen* till den misstänktes agerande.

Man kan fråga sig om denna bevisbörderegeln med *två tankeled* på ett träffsäkert sätt beskriver eller ger vägledning till att förstå utgången i 1999 års prejudikat. Det kan mycket väl ha varit så att Högsta domstolen i detta fall uppfattade den samlade bevisningen i målet så, att åtalet brast redan i *första tankeledet*; det fanns förvisso bevisning som (mer eller mindre starkt) talade för att målsäganden på grund av sitt nationella ursprung hade avsiktligt behandlats sämre än de övriga hyressökande, men att det fanns uppgifter som satte ifråga om det var utrett (styrkt) att det nationella ursprunget över huvud taget hade negativt inverkat på målsägandens lika möjligheter att konkurrera om hyreskontraktet. Sett på det viset behövde Högsta domstolen inte gå vidare till det *andra tankeledet*, nämligen att bedöma huruvida åklagaren hade lyckats styrka (ställa utom rimligt tvivel) att den ekonomiska bedömningen inte var den enda anledningen till behandlingen av målsäganden.

Så här långt kan den ovanstående analysen ge ett otvetydigt intryck av att åklagaren inte bara har en tung bevisbörda i brottmål om olaga diskriminering utan också att straffstadgandet i 16 kapitlet 9 § brottsbalken med denna tunga bevisbörda inte skulle ha några större utsikter att kunna bli ett särdeles verkningsfullt medel att komma till rätta med oönskad diskriminering. De omvittnade bevissvårigheterna i diskrimineringsfall i förening med det stränga beviskravet som riktas mot åklagaren innefattar en fördelningen av risken för felaktiga brottmålsdomar som klart är till nackdel för den som uppfattas ha varit utsatt för diskriminering.

Som tydligast kommer denna snedfördelade risk för felaktiga brottmålsdomar till uttryck i kravet på uppsåt (vid direkt diskriminering). För att få framgång blir åklagaren hänvisad till att driva åtal i de kanske fåtaliga fall där denne förmår övertyga domstolen om att det diskriminerande uppsåtet indirekt men otvetydigt framgår av den misstänktes faktiska agerande,

samtidigt som detta agerande närmast utesluter att agerandet kan ha styrts av någon godtagbar anledning. Som illustration kan användas NJA 1976 s. 489. I detta fall åtalades de misstänkta för att ha diskriminerat målsäganden på grund av hennes etniska ursprung. Enligt åtalet hade målsäganden avisats från den restaurang där de misstänkta arbetade på grund av att hon bar en kjol som associerade henne till en viss etnicitet. Av målets utredning framgick att en av de misstänkta (föreståndaren på restaurangen) hade utfärdat en instruktion som innebar ”bl.a. att kvinnliga gäster, som bar långa, för kvinnliga zigenare utmärkande kjolar, skulle avisas.” De misstänkta hävdade att föreskriften endast hade tillkommit av ordningsskäl och att föreskriften bara tillämpades av det skälet. Högsta domstolen framhöll:

Föreskriften i denna del drabbade praktiskt taget endast kvinnor av zigenisk härkomst. Makarna R har uppenbarligen insett detta. De har inte lämnat någon godtagbar förklaring till att de likväl upprätthållit förbudet mot sådana kjolar. Det måste därför anses, att den huvudsakliga anledningen till förbudet och till att det iakttogs beträffande Miranda B var, att de velat undvika att andra gäster skulle reagera mot närvaron av personer, som genom sin klädsel visade att de var zigenare.

I samma riktning talar Högsta domstolens bedömning i NJA 1979 s. 657. De åtalade beskyldes för olaga diskriminering genom att ha vägrat målsäganden att antas som medlem i bostadsrättsföreningen på grund av dennes nationella ursprung. Åtalet bestreds och de åtalade förnekade den påstådda diskrimineringen och hävdade att sakliga skäl styrkt avslaget på ansökan; dels familjens storlek, dels prisfrågan. Hänvisning skedde till det protokoll som styrelsen för bostadsrättsföreningen hade fört vid behandlingen av ansökan. Med den hänvisningen verkar de åtalade ha fallit på eget grepp. Protokollet talade inte för deras ståndpunkter utan tvärtom tydligt, ja kanske nästan entydigt, för diskriminering. Högsta domstolen – som biföll åtalet utan att uttryckligen skriva att gärningen var styrkt – noterade nämligen följande:

I det vid styrelsesammanträdet förda protokollet, som innehåller ingående motiveringar för styrelsens ställningstagande, har frågan om familjens storlek överhuvudtaget inte behandlats. Vissa i protokollet gjorda uttalanden motsäger påståendet att en svensk familj av motsvarande storlek skulle ha behandlats på samma sätt som familjen H. Det kan därför antagas att familjestorleken inte haft den betydelse för styrelsens beslut som i efterhand gjorts gällande. Däremot har prisfrågan berörts i protokollet, dock inte på sådant sätt att den framstår

som det huvudsakliga skälet för avstyrkandet. Vad som anförs i protokollet måste i stället uppfattas så att det avgörande motivet för styrelsens beslut att avstyrka överlåtelse var familjen H:s nationella ursprung.

4 Det skadeståndsrättsliga perspektivet – styrkt

Låt oss lämna brottmålsprocessen och övergå till tvistemål för att reflektera över frågan huruvida den riskfördelning för felaktiga brottmålsdomar som följer med beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel” skulle bli annorlunda med den bevisbördnorm som tillämpas i ett skadeståndsmål. Som bekant finns det en särskild skadeståndsregel i 2 kapitlet 3 § skadeståndslagen som exempelvis skulle kunna bli tillämplig på det fingerade fallet om Bosse, Lillan och Storan. Bestämmelsen handlar om kränkningersättning. Om den bestämmelsen finns det mycket att säga i sammanhanget, inte minst om regeln i ett skadestånds- och ersättningsrättsligt perspektiv jämförs med ersättningsbestämmelsen i diskrimineringslagen. Den jämförelsen faller utanför detta bidrag. Jag nöjer mig med att i ett bevisrättsligt perspektiv ställa frågan om inte ovan nämnda regel om kränkningersättning skulle – med någon form av bevislättning – ha kunnat fungera som ett acceptabelt gott verktyg för att komma till rätta med oönskad diskriminering. Man kunde exempelvis tänkt sig att kärandena Lillan och Storan i mitt fingerade fall bara skulle behöva göra det *sannolikt* att Bosse hade avhyst dem med motivet att behandla dem sämre än andra på grund av deras homosexuella läggning. Varför avstod lagstiftaren ifrån att överlämna åt domstolarna att med hjälp av lämpliga bevislättnader se till att regeln om kränkningersättning fick en anti-diskriminerande funktion?

Så mycket står klart att det inte finns några hinder mot att domstolarna i tvistemål utan uttryckligt stöd i lag laborerar med olika beviskrav och bevislättnader i syfte att fördela risken mellan parterna för felaktiga skadeståndsdömmar. Visst finns det en allmänt utbredd uppfattning i svensk skadeståndsrätt att bevisbördan *typiskt sett* åvilar den som påstår sig vara skadelidande och att denne *normalt* ska styrka sina påståenden om fakta som hävdas juridiskt konstitueras ett ersättningsansvar i målet.¹⁹ Men det förekommer i praxis att

¹⁹ Denna ”huvudregel” refererar Högsta domstolen till i NJA 2006 s. 170. Denna bevisbörderegeln gäller för alla de påståenden om faktiska omständigheter som den skadelidande menar juridiskt konstituerar skadeståndsansvar; att ett visst handlande har vidtagits, att handlandet har vidtagits av den utpekade skadevällande, att handlandet har orsakat en viss effekt, att handlandet har vidtagits med avsikt att åstadkomma skada, alternativt att handlandet vidtog trots att en normal aktsam person kunde ha insett att handlandet var förenat med en påtaglig risk för skada, att uppkommen skada har ett visst ekonomiskt värde.

beviskravet sätts lägre än ”styrkt” eller att bevisbördan så att säga partiellt kastas om genom skapandet av en presumtionsregel. Det kan exempelvis ske med det uttalade syftet att bevislättningen behövs för att en civilrättslig regel med ett bestämt samhälleligt ändamål verkligen ska få en praktisk betydelse.²⁰ Detta sätt att resonera skulle vara fullt användbart för att i görligaste mån motverka sådant som oönskad diskriminering.

Så vitt jag kan förstå verkar det avgörande skälet för att inte använda bevislättningar i anslutning till regeln om kränkingsersättning vara att skadeståndsansvaret bara ska inträda vid *brott*.²¹ Genom att denna juridiska märkor finns i bestämmelsen uppstår den nästan magiska konsekvensen att ett sänkt beviskrav eller en presumtionsregel är otänkbar. Tanken bakom detta är att den utpekade skadevällande inte på omvägar ska med hjälp av bevislättningar bli ersättningsansvarig och av domstolen i domskälen pekas ut (stigmatiseras)²² som en brottsling.²³ Beviskravet ”styrkt” måste därför upprätthållas, säger man, låt vara att detta krav av många jurister uppfattas vara högt ställt dock inte riktigt lika högt som ”ställt utom rimligt tvivel”.

Det märkliga i sammanhanget är emellertid att ersättningsregeln i diskrimineringslagen inte uttryckligen har knutits till ordet ”brott”, men innehåller rekvisit (bifallsvillkor) som praktiskt taget åsyftar bland annat och precis sådana beteenden som är kriminaliserade i 16 kapitlet 9 § brottsbalken om olaga diskriminering. I frånvaron av uttrycket ”brott” fullföljs den ovan nämnda magiska tanken – en bevislättning blir inte bara tänkbar utan dessutom nödvändig och försvarbar för att ersättningsregeln i görligaste mån ska kunna användas som ett effektivt vapen mot oönskad diskriminering. Eftersom ersättningsregeln inte uttryckligen innehåller ordet ”brott” sker typiskt sett inga uttalanden i domskälen ifrån domstolens sida som pekar ut den diskriminerande parten som ”brottsling”. Samtidigt står det klart att diskrimineringsersättningen till den del som betecknas som preventionsspå-

²⁰ Se t.ex. NJA 1991 s. 625 där Högsta domstolen skapade en bevislättning (en presumtionsregel) för en person som krävde skadestånd från en fastighetsmäklare för försumlig rådgivning. Högsta domstolens motivering för bevislättningen var att den i lag särskilt skadeståndssanktionerade plikten att ge en omsorgsfull rådgivning för fastighetsmäklaren skulle bli ”illusorisk” utan bevislättning, d.v.s. inte få den påverkan på oönskade mäklarageranden som lagen var tänkt att ha.

²¹ Se t.ex. B. Bengtsson, B. ”Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper”, ur Vänbok till Axel Adlercreutz (Juristförlaget i Lund, 2007) s. 37.

²² Se om stigmatiseringsfrågan hos A. Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (Fakbokforlaget Bergen, 2003) s. 567 ff.

²³ Betydelsen av vad som står i domskälen kommer till tydligt uttryck i A. Strandbakken, *Uskyldspresumsjonen* (Fakbokforlaget Bergen, 2003) s. 599: ”Her kan det riktignok anføres at så lenge man unnlater å konstatere straffeskyld, er uskyldspresumsjonen ikke krenket.” och i S. Friberg, *Kränkingsersättning* (Iustus förlag Uppsala, 2010) s. 303.

slaget av Högsta domstolen karakteriseras som ett slags straff,²⁴ ett uttalande som domstolen inte tycks ha tvekat att använda i domskälen vid utdömande av diskrimineringsersättning i tvistemål.

5 Det diskrimineringsrättsliga perspektivet – bevislättnad genom presumtion

Om bevisbörderegeln i brottmål om olaga diskriminering demonstrerar en tydlig snedfördelning av risken för felaktiga brottmålsdomar till nackdel för (åklagarens och) den som anser sig utsatt för diskriminering, kan med visst fog påstås att lagstiftaren genom bevisbörderegleringen i diskrimineringslagen närmast har valt den helt motsatta slagsidan vid riskfördelningen för felaktiga domar i mål om diskrimineringsersättning. Det är den påstått diskriminerande parten som ska bära den huvudsakliga risken för att det inte i det enskilda fallet går att reda ut vad orsaken (motivet) till det påstått diskriminerande beteendet var. Det ska räcka att det tillräckligt utredda faktiska agerandet och jämförelsesituationen ger stöd för ett antagande om diskriminering – t.ex. att det utpekade missgynnandet kan antas ha samband med den utsattes sexuella läggning. Regeln i 6 kapitlet 3 § diskrimineringslagen om bevisbörda har följande ordalydelse:

Om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att hon eller han har blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det svaranden som ska visa att diskriminering eller repressalier inte har förekommit.

I lagmotiven beskrivs denna regel som att den innefattar en ”delad bevisbörda”. Den närmare innebörden i detta uttalande förklarades inte. Högsta domstolen har i NJA 2006 s. 170 resonemangsvis stannat för slutsatsen att stadgandet bör uppfattas som en *presumptionsregel*. Med detta ståndpunktstagande har domstolen framförallt velat mota (miss)uppfattningen att bevisbördan får fördelas mellan parterna beträffande ett och samma tema (ett och samma rättsfaktum). En väsentlig poäng med presumptionsregeln är att bevisbördan bara kan fördelas mellan parterna om de får varsitt tema att bevisa och att bevisprövningen ska ske i två steg. Först ska ställning tas till om

²⁴ NJA 2014 s. 499 I och II.

käranden har lyckats bevisa de presumtionsgrundande omständigheterna.²⁵ Blir svaret nej på den frågan, ska ersättningstalan ogillas. Blir svaret ja, ska domstolen övergå till steg två för att pröva om svaranden lyckas bevisa sin ståndpunkt. Lyckas svaranden, ska ersättningstalan ogillas och i annat fall ska talan bifallas.

Hur skulle denna presumtionsregel falla ut i ett fingerat fall som det om Bosse, Lillan och Storan? Lillan och Storan bygger sitt ersättningskrav på påståenden om att Bosse har avhyst dem från träningslokalen i omedelbart samband med att de har pussats och kramats och på det viset behandlat dem sämre än vad han skulle ha behandlat heterosexuella i samma situation. Frågan om avhysning är ostridig²⁶ och behöver inte bevisas i detta dispositiva tvistemål.²⁷ Vad blir då de *presumtionsgrundande* omständigheterna som Lillan och Stora ska övertyga domstolen om, för att presumtionsregeln ska kunna tillämpas? Är temat *bara* att Bosses avhysning berodde på att de som ett *samkönat par pussades och kramades*? Eller ingår i presumptionens första led att de *dessutom* måste övertyga domstolen om att Bosse inte hade avhyst ett *olikkönat par för att de pussades och kramades*? Definitionen av vad som utgör s.k. direkt diskriminering täcker båda dessa frågor, se 1 kapitlet 4 § 1 stycket 1 punkten diskrimineringslagen, och man kan därför lätt tro att bevisbördan för de presumtionsgrundande omständigheterna ska täcka båda uppgifterna. Till detta kommer problemet vilket beviskrav som skulle riktas mot Lillan och Storan i dessa avseenden. Ska omständigheterna i det presumtionsgrundande ledet styrkas, göras sannolika eller räcker det att de görs antagliga? Kan man tänka sig att ett högre beviskrav ska gälla för påståendet om hur Lillan och Storan som ett samkönat par faktiskt behandlades av Bosse och ett lägre för den s.k. jämförelsesituationen, d.v.s. hur Bosse faktiskt eller hypotetiskt skulle ha behandlat ett olikkönat par?

I dessa frågor ger NJA 2006 s. 170 inte några helt tydliga anvisningar. Man kanske ska vara försiktig med att uppfatta referatet som att det innehåller någon annan prejudikatregel än att slå fast att bevisbörderegeln i diskrimineringslagen (då 21 § lagen om förbud mot diskriminering, i dag 6

²⁵ Med presumtionsgrundande omständigheter menar jag de omständigheter som käranden ska åberopa och bevisa och som utgör den bevismässigt utredda grund på vilken domstolen kan dra slutsatsen att det finns anledning att anta att diskriminering (ett missgynnande) har förekommit.

²⁶ Av 35 kapitlet 3 § rättegångsbalken framgår att ett partspåstående om faktum som erkänns av motparten binder domstolen och befriar domstolen ifrån att bevispröva påståendet i dispositiva tvistemål. Den erkända omständigheten ska utan föregående bevisvärdering läggas till grund för domen.

²⁷ Av 6 kapitlet 1 § 2 stycket diskrimineringslagen framgår att ersättningstvisten ska handläggas som ett dispositivt tvistemål.

kapitlet 3 § diskrimineringslagen) ska uppfattas som en presumtionsregel. Prejudikatet skulle med den tolkningen sakna direktiv inte bara i frågor om beviskrav och bevislättnad beträffande de skilda leden i regeln utan också direktiv om vilka slags omständigheter som ska föras till det första ledet (presumtionsgrundande omständigheter) och till det andra ledet (presumtionsbrytande omständigheter).

Högsta domstolens utgångspunkt vid uttolkningen av presumtionsregeln är att det ankommer på domstolen i det enskilda fallet att bestämma vilken den *presumerande* omständigheten ska vara.²⁸ Detta prejudikat avser en situation som liknar mitt fingerade fall såtillvida att prejudikatet handlar om ett fall där ett samkönat par påstods ha blivit avhysta ifrån en restaurang i omedelbart samband med att de pussades och kramades. Högsta domstolen framhöll i 2006 års fall:

Av utredningen i målet framgår att uppmaningen till och avvisningen av S.G. stod i omedelbart samband med att hon på restaurangen hade kramat och pussat en person av samma kön. Personer som gästar restauranger och där visar varandra ömhetsbetygelser i form av pussar och kramar torde normalt inte bli tillsagda att upphöra härmed eller av den anledningen bli avvisade. HomO får mot den bakgrunden anses ha visat sådana omständigheter som ger anledning att anta att S.G. blivit utsatt för diskriminering på grund av sin homosexuella läggning. Det ankommer då på Fridhem att visa att diskriminering inte förekommit utan att uppmaningen och avvisningen berott på annat än S.G:s sexuella läggning.

I det citerade textstyckets avslutande mening ges det tydliga beskedet att orsaken (motivet) bakom en avhysning inte ligger i det presumtionsgrundade ledet, vilket stämmer väl med intentionerna bakom lagstiftningen att ersättningsansvar inte förutsätter uppsåt eller vårdslöshet.²⁹ I vårt fingerade fall skulle Lillan och Storan slippa att övertyga domstolen om att Bosses avhysningsåtgärd berodde på att han reagerade mot deras homosexuella läggning. Presumtionen övervältrar frågan om orsaken eller motivet bakom agerandet på Bosse, och detta innefattar en betydelsefull skillnad mot vad som gäller vid uppsåtsbevisningen i ett mål om olaga diskriminering (se avsnitt 3 ovan).

²⁸ Detta ska skiljas ifrån att det är karendens uppgift att åberopa de omständigheter (rättsfakta) på vilka domstolen därefter ska pröva om dessa (bevisade) omständigheter ger anledning att anta att diskriminering har förekommit.

²⁹ Här hade Högsta domstolen att stödja sig på propositionen 2002/03:65 s. 85.

Skulle Bosse inte klara av denna uppgift, kommer ersättningsansvaret att grundas på presumtionen utan att det i målet har blivit klarlagt vad orsaken bakom hans agerande verkligen var.

Svårare är att med ledning av 2006 års fall avgöra huruvida de *presumtionsgrundande* omständigheterna ska innefatta mer än att Lillan och Storan visar att de som samkönat par blev avhysta i omedelbart samband med att de pussades och kramades. Följande mening i 2006 års prejudikat förbryllar:

Personer som gästar restauranger och där visar varandra ömhetsbetygelser i form av pussar och kramar torde normalt inte bli tillsagda att upphöra härmed eller av den anledningen bli avvisade.

Här kan man få för sig att Högsta domstolen tar upp frågan om jämförelsesituationen. Läst isolerat kan meningen uppfattas som att Högsta domstolen med detta försiktiga uttalande om hur restaurangvärlden ”torde” reagera på kramar och pussar³⁰ markerar att det räcker med ett *antagande* om jämförelsesituationen³¹ för att detta (tillsammans med att Lillan och Storan som samkönat par blev avhysta i omedelbart samband med att de pussades och kramades) ska *ge anledning att anta* att de blev utsatta för sexuell diskriminering. Man kan kanske tycka att det inte borde vara relevant hur restaurangägare i allmänhet hanterar pussar och kramar utan att fokus borde ligga på den aktuella restaurangägaren. Det går emellertid inte att utesluta att Högsta domstolen har velat ge anvisningen att en jämförelsesituation kan skapas på detta vis, om det inte blir utrett hur den aktuella restaurangägaren hade behandlat ett olikkönat par.

Men varifrån kommer då ”empiriska” antagandet om restaurangvärdens typiska reaktion på kramar och pussar? Antag att motsvarande antagande skulle göras beträffande träningsgym, d.v.s. att pussar och kramar normalt

³⁰ Det kan noteras att antagandet är ganska löst i konturerna. Antagandet kan bland annat problematiseras såtillvida att det kanske en sak att gäster tillåts att hälsningspussas och hälsningskramas i foajén när de anländer till eller avlägsnar sig ifrån restaurangen, men en annan sak att det inte – oavsett samkönade eller olikkönade par – godtas att de pussas och kramas upprepade gånger vid borden eller bardisken. I 2006 års fall handlade det inte om hälsningspussar och hälsningskramar utan om vad som skedde utanför toaletten.

³¹ En anförd jämförelsesituation kan men behöver inte vara faktisk utan också hypotetisk. I andra och senare sammanhang har Högsta domstolen för fram åsikten att även hypotetiska händelseförlopp som ska användas som jämförelse med vad som faktiskt har hänt, t.ex. i skadeståndsmål, också kan bli föremål för bevisning. Samtidigt har domstolen lagt till att hypotetiska händelseförlopp kan vara svåra att bevisa och reda ut, varför det kan bli tal om bevislättnader. Se t.ex. NJA 2013 s. 145 (punkterna 39–41 i Högsta domstolens domskäl) och NJA 2014 s. 272 (punkt 42 i Högsta domstolens domskäl).

torde godtas i träningslokaler landet runt. Är detta en fråga om ett rättsfaktum som måste åberopas och bevisas av Lillan och Storan,³² låt vara att beviskravet skulle vara mycket lågt satt? Eller bör Högsta domstolen tolkas som att den ovan citerade meningen ska förstås som ett slags bevisvärderingsslutsats grundat på hur man med sunt förnuft bör tolka den aktuella situationen eller, i den bästa av världar, att slutsatsen skulle följa av allmänna eller särskilda erfarenhetsatser?³³ Oavsett vilken tolkning av prejudikatet som väljs kan konstateras att kärandens börda att övertyga om hur svaranden skulle ha agerat *i jämförlig situation* med heterosexuella verkar vara väldigt lätt att bära. Häri skulle ligga ett betydande utrymme för bevislättnad³⁴ i en fråga som annars skulle kunna kräva omfattande undersökningar, t.ex. att slå fast hur den aktuella gymägaren eller gymägare i allmänhet rent faktisk hanterar kramar och pussar i deras respektive lokaler. Samtidigt ska noteras att det inte råda någon tvekan om att EU-domstolen inte bara lämnar öppet för bevislättnader utan också menar att det kan vara nödvändigt med bevislättnader av skilda slag, t.ex. vad gäller påståenden om de presumtionsgrundande omständigheterna.³⁵

Hur som helst kan man undra över hur den *presumerande omständigheten* ska formuleras. Sannolikt ska den allmänt sett återge den "antagliga" *slutsats* som kan dras av *skillnaden* mellan hur Lillan och Storan som samkönat par faktiskt behandlades och hur ett olikkönat par, faktiskt eller hypotetiskt, skulle ha behandlats i motsvarande situation.³⁶ Det som ska antas är att skillnaden i behandling har samband med Lillan och Storas homosexuella läggning såsom

³² Man kan notera att hovrätten i detta fall slog fast att företrädare för den aktuella restaurangen hade lämnat uppgifter som gjorde det klart att gäster på restaurangen normalt sett tillåts pussas och kramas.

³³ Möjligen har hovrätten i Göta Hovrätt mål T 3065-09 (mål om etnisk diskriminering) tolkat Högsta domstolens uttalande på detta vis. Hotellet beskylldes för att ha gjort sig skyldig till etnisk diskriminering genom att flera gånger för en och samma person (som deltog i en konferens på hotellet) påtala att kaffet bara var till för hotellets gäster. Hovrätten skriver i domskälen: "Av utredningen har också framgått att man samma dag från Grands sida förklarat detta med att man tidigare hade haft problem med romer som begått stölder. Det kan enligt hovrättens mening hållas för visst att hotellgäster i allmänhet normalt sett inte blir ifrågasatta på detta sätt vid upprepade tillfällen" (min kursivering).

³⁴ Normalkravet "styrkt" i tvistemål har bland annat kommit till uttryck i NJA 1993 s. 764.

³⁵ Se t.ex. det s.k. *Enderby-fallet*, mål C-127/92 punkterna 13 och 14.

³⁶ S. Fransson & S. Stüber, *Diskrimineringslagen – en kommentar* (Norstedts förlag, andra upplagan 2015) s. 551, menar att [d]en konkreta särskiljande behandlingen utgör den presumerande omständighet för att ett orsakssamband föreligger som indikerar ett brott mot likabehandlingsprincipen". Här blir man inte riktigt klok på vad som utgör en presumtionsgrundande omständighet och vilken omständighet som presumeras. Är det orsakssambandet som antas (presumeras) eller (det därigenom indikerade) brottet mot likabehandlingsprincipen eller rentav både-och? Själva orsakssambandet är bara en faktafråga, medan brottet mot likabehandlingsprincipen innefattar en rättslig prövning av om den särskiljande handlingen juridiskt sett står i strid mot diskrimineringsförbudet.

en tänkbar men oönskad avvikelser från den heterosexuella normen – presumptionen är att deras homosexuella läggning orsakade avhysningen. Det är ännu inte genom praxis klargjort hur en domstol bör hantera besluts-situationen att en dylik orsak visserligen är möjlig att anta men att det samtidigt finns andra orsaker som är betydligt mer tänkbara och kanske rentav betydligt mer sannolika.³⁷ Ska samtliga tänkbara orsaker viktas mot varandra för att undersöka om den homosexuella orsaken relativt sett kan anses vara antaglig? Eller ska domstolen – medveten om att det räcker att en av orsakerna till ett handlande utgör en diskrimineringsgrund – i detta beslutsled bortse ifrån de andra orsakerna? Ett jakande svar på den senare frågan betyder att övriga orsaker är just sådana som Bosse får bedöma om han ska återopa och bevisa för att bryta presumptionen och övertyga domstolen om att det bara var dessa som styrde hans agerande.

Gäller samma bevislättning för den del av det presumtionsgrundande ledet som angår hur Lillan och Storan behandlades av Bosse? Här påstår Lillan och Storan att de som samkönat par³⁸ blev avhysta i omedelbart samband med att

³⁷ I Malmö tingsrätt mål FT 5247-15 (krav på diskrimineringsersättning) menade den som ansåg sig utsatt för diskriminering att hon – i samband med en efterkontroll vid ögonoperation – olikbehandlades av religiösa skäl då läkaren bad henne att hänga av slöjan i väntrummet och att detta utsatte henne för obehag. Läkaren invände att alla patienter ombads att ta av sig ytterläderna och att det av medicinska och undersökande skäl var nödvändigt att hon tog av sig slöjan. Läkaren framhöll också att hon inte protesterade mot hans uppmaning och, om hon hade gjort, skulle hon ha fått ta av sig slöjan i behandlingsrummet. Tingsrätten förefaller ha behandlat läkarens invändningar inom ramen för det första, presumtionsgrundande ledet (jämförelsesituationen) och drog vid bedömningen av direkt diskriminering slutsatsen att hon inte hade behandlats sämre än andra.

³⁸ Man kan fråga sig om det ligger på Lillan och Storan att visa att det vid tidpunkten för pussandet och kramandet tydligt framgick att de var av samma kön. Man kunde nämligen tänka sig att Bosse gjorde invändningen att han på grund av deras klädsel och utseende utgick ifrån att det var ett olikkönt par eller att det inte gick att bedöma huruvida de var av samma kön eller inte och att homosexualiteten därför inte kunde ha orsakat avhysningen. Se till detta Svea Hovrätt mål T 7752-08 (diskriminering på grund av funktionshinder som bedömdes enligt 2003 års lagstiftning). Där tycks hovrätten framföra ett synsätt som möjligen skulle lägga den prövningen av denna fråga inom ramen för kravet på att Bosse ska visa att avhysningen haft annan anledning än diskriminering på grund av sexuell läggning. Hovrätten framhöll: ”Enligt hovrättens bedömning innebär det i lagtexten angivna kravet på samband mellan ett missgynnande och en diskrimineringsgrund, i en situation som den förevarande, att den missgynnande måste ha insett eller antagit att den missgynnade hade ett funktionshinder för att direkt diskriminering ska anses ha skett. Vad som måste krävas är att den missgynnande är medveten om diskrimineringsgrunden och agerar utifrån denna medvetenhet. Om en person är omedveten om ett visst förhållande, kan det knappast sägas att det finns ett samband mellan detta förhållande och en viss handling. Även om vad som anförs i lagens förarbeten inte är helt entydigt eller klargörande, talar vad som där sägs om ett krav på orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden för denna tolkning. Hovrättens slutsats är att det, för att direkt diskriminering ska anses vara för handen i ett fall som detta, måste krävas att den som missgynnats någon annan varit medveten om att den missgynnade hade, i detta fall, ett funktionshinder och att det alltså inte är tillräckligt att den missgynnande borde ha varit medveten om detta förhållande.”

de pussades och kramades. Bosse har en annan version av vad som hände, nämligen att de hänglade. Vid utredningen av fakta i detta sammanhang får en domstol inte använda sig av en delad bevisbörda, t.ex. så att det ankommer på Lillan och Storan att bevisa att det var pussar och kramar, medan det skulle ligga på Bosse att bevisa att det var fråga om hängel.³⁹ För temat i första ledet ligger bevisbördan helt på Lillan och Storan som kärande i målet. För att de ska nå framgång med att få den bevislättning som följer med presumtionsregeln måste de övertyga domstolen om att det *bara* var fråga om pussar och kramar (och inte något hängel).⁴⁰ Hyser domstolen tvivel om det verkligen gick till som Lillan och Storan påstår, innebär oklarheten om fakta att det saknas underlag för att avgöra huruvida det finns anledning till antagande om att de har utsatts för diskriminering.⁴¹ Presumtionsregeln i 6 kapitlet 3 § diskrimineringslagen går med andra ord inte att använda.

Man kan emellertid undra över vad som skulle hända om domstolen menar att det är utrett att Lillan och Storan hänglade (och inte bara pussades och kramades). I ett sådant läge saknas det utrymme för slutsatsen att avhysningen inte alls kan ha berott på deras homosexuella läggning – för det är fortfarande ett rimligt antagande. Möjligen får man fundera på om Högsta domstolen skulle – i avsaknad av ett antagande om att restauranggäster normalt sett inte ombeds lämna lokalen därför att de hänglar – anse att de presumtionsgrundande omständigheterna inte ger ett tillräckligt underlag för antagandet hur heterosexuella i jämförlig situation skulle ha behandlats och att det därför inte går att avgöra huruvida Lillan och Storan har – som det står i 1 kapitlet 4 § 1 stycket 1 punkten i diskrimineringslagen – behandlats ”sämre”.

Måste då Lillan och Storan *styrka de presumtionsgrundande* omständigheterna? Utgår vi ifrån 2006 års prejudikat ger Högsta domstolen inget besked

³⁹ En sådan delning gjorde hovrätten i 2006 års fall, med den följd att frågan om det var pussar och kramar låg i det presumerande ledet, medan frågan om hängel skulle behandlas i det led där svaranden skulle förklara att han agerat av någon annan anledning än att diskriminera. En sådan uppdelning står emellertid i strid mot presumtionsregelns utformning utan också den kritik som riktats mot en delad bevisbörda för ett och samma omstridda tema (var det bara pussar och kramar eller hängel) och som Högsta domstolen med sitt ställningstagande om presumtionsregel försökte komma till rätta med genom detta prejudikat. Man bör komma ihåg att den bevisning som åberopas för att bevisa pussar och kramar samtidigt motbevisar påståendet om hängel och vice versa. Just detta förhållande är skälet till att inte använda delad bevisbörda utan en presumtionsregel, där frågan om pussar och kramar versus hängel bevisvärderas och prövas i ett sammanhang.

⁴⁰ Så resonerade tingsrätten i 2006 års fall och redogörelsen i domskälen av den i målet åberopad bevisning ger ingen entydig bild av vad som verkligen hade utspelat sig i restaurangen vad gäller intensiteten i kramandet och pussandet. Tvärtom var bevisläget närmast det att ord stod mot ord mellan käranden och svaranden och någon egentlig bevisning i form av oberoende vittnen med tydliga observationer tycks inte ha förekommit.

⁴¹ Se t.ex. Hovrätten över Skåne och Blekinge mål T 1157-15 om påstådd religiös diskriminering.

om detta. Domstolen noterar i domskälen att de presumtionsgrundande omständigheterna (att det samkönade paret pussades och kramades och i omedelbart samband därmed blev avhysta) ”framgår” av utredningen i målet. Ett sådant uttryck säger ingenting annat än att omständigheterna i målet uppfattades som tillräckligt utredda.

En möjlig allmän prejudikattolkningsregel skulle kunna vara att om Högsta domstolen inte skriver något om beviskravets höjd, bör utgångspunkten vara att domstolen har använt ”styrkt” som utgör det normala beviskravet i tvistemål. Av ordalydelsen i och lagmotiven⁴² till den presumtionsregel som domstolen tillämpade i prejudikatet finns inte något tydligt ställningstagande till styrkan på det beviskrav som riktas mot käranden i det presumtionsgrundande ledet. Den då gällande presumtionsregeln liksom den nu gällande innehåller ordet ”visa”. Uttrycket är mångtydigt. Det kan endera uppfattas som en synonym till bevisa eller som en synonym till ”styrkt”. Om lagförarbetena inte lämnar tydliga anvisningar om hur uttrycket ”visa” ska förstås,⁴³ har Högsta domstolen ansett att det finns utrymme inom rättstillämpningen att göra de bevislättnader som kan vara påkallade.⁴⁴ Hur som helst finns det goda skäl för att inte dra slutsatsen av ordalydelsen i 6 kapitlet 3 § diskrimineringslagen att uttrycket ”ger anledning att anta” dels åsyftar avser prima facie-slutsatsen om att diskriminering har förekommit, dels de presumtionsgrundande omständigheterna (t.ex. att Lillan och Storan som samkönat par pussades och kramades och omedelbart därmed blev avhysta).⁴⁵ Det låga beviskravet ”ger anledning att anta” är enligt ordalydelsen bara knuten prima facie-slutsatsen.

Låt mig så avsluta med den börda som skulle hamna på Bosse i mitt fingerade fall, om presumtionsregeln slog till och gav en bevislättnad åt Lillan och Storan. Med Högsta domstolens formulering skulle Bosse – om han vill vinna målet

⁴² I propositionen 2002/03:65 s. 107 och s. 215 används ordet ”visa” för kärandens bevisbörda och ”styrka” för svarandens. I propositionen 2007/08:95 s. 561 till nu gällande presumtionsregel används ordet ”visa” för båda dessa bördor vad gäller direkt diskriminering. Vid indirekt diskriminering används ordet ”styrka” för kärandens bevisbörda.

⁴³ Se t.ex. NJA 2013 s. 524 angående felansvar för levererad dörr och innebörden av presumtionsregeln i 20a § konsumentköplagen (punkt 20 i Högsta domstolens domskäl): ”Varken i Lagrådets yttrande eller i propositionen sägs något som tyder på att formuleringen ’om inte annat visas’ syftar till att ange ett preciserat beviskrav. Avsikten får därför antas ha varit att tydliggöra att det är fråga om en presumtion som kan motbevisas. Slutsatsen är att bestämmelsen inte ger uttryck för något krav på bevisningens styrka.”

⁴⁴ Se NJA 2013 s. 524 (punkten 23 i Högsta domstolens domskäl).

⁴⁵ Här blir jag inte riktigt klok på hur Bertil Bengtsson resonerar angående innebörden av presumtionsregeln i sin uppsats ”Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper”, ur Vänbok till Axel Adlercreutz (Juristförlaget i Lund, 2007) s. 41.

– ha till uppgift att övertyga domstolen om att ”diskriminering inte förekommit utan att uppmaningen och avvisningen berott på annat än [Lillans och Storans] sexuella läggning”. Om det nu genom bevisprövningen av de presumptionsgrundande omständigheterna är konstaterat att det bara var fråga om pussar och kramar, skulle frågan om hångel inte bli aktuell att pröva för att avgöra motivet till Bosses agerande och bryta presumptionen riktat mot honom. Han skulle bli hänvisad till att med hjälp av andra omständigheter (bevisfakta) leda orsaken till hans agerande – eller, om man så vill, hans avsikt, hans motiv – i bevis om att bara vidtog avhysningen av Lillan och Storan för att upprätthålla ordningen i träningslokalen. Det skulle inte alls bli en lätt uppgift för honom, när det redan i första ledet inte blev utrett att det var tal om hångel. Visst kan man påstå att han är den som definitivt bäst vet hur han tänkte i den aktuella situationen.⁴⁶ Men hur ska en person som Bosse gå tillväga för att på ett pålitligt sätt säkerställa tillförlitlig bevisning om hur han tänkte när han bestämde sig för att avhysa Lillan och Storan, om han inte vid den tidpunkten förmedlade sina tankar till omgivningen? Detta gäller särskilt om presumptionsregeln (uttrycket ”visa”) ska uppfattas som att Bosse måste styrka orsaken till (sitt motiv bakom) handlandet och att lagen på denna punkt inte gör det möjligt för domstolarna att göra avsteg från det höga beviskravet⁴⁷ och ge honom någon sorts bevislättnad. Möjligen skulle Bosse kunna freda sig för den händelsen att hans gym bevisligen tillhör de undantag där pussar och kramar inte alls godtas och att det framgår av ordningsföreskrifter för gymmet.⁴⁸ Det handlar då om att bryta antagandet om jämförelsesituationen. Låt mig emellertid ta upp några andra möjligheter.

Kan man tänka sig att Bosses invändningar om att Lillan och Storan såsom juriststudenter hade *provocerat* fram Bosses agerande respektive att de *inte var homosexuella* skulle kunna utgöra tema för hans uppgift att bryta presumptionen

⁴⁶ Se t.ex. B. Bengtsson, ”Diskriminering och allmänna skadeståndsprinciper”, ur Vänbok till Axel Adlercreutz (Juristförlaget i Lund, 2007) s. 41.

⁴⁷ Av NJA 2013 s. 524 (punkten 21 i Högsta domstolens domskäl) framgår att ”styrkt” i tvistemål ska uppfattas som ”ett högt ställt beviskrav”.

⁴⁸ Av NJA 2006 s. 170 framgår att de presumerande omständigheterna grundade antagandet om att pussar och kramar normalt godtas på restauranger (jämförelsesituationen), men samtidigt antyds det indirekt att detta antagande kunde – inom ramen för den på restaurangägaren övervälrade bevisbördan – brytas, t.ex. för att just den aktuella restaurangen inte godtog pussar och kramar. Det indirekta antydandet skulle framgå av följande mening i Högsta domstolens domskäl: ”I målet har inte påståtts annat än att det även för gäster på restaurangen normalt var tillåtet att ge varandra pussar och kramar”. Se till detta också Göta Hovrätt mål T 3065-09. Där ställde hovrätten upp ett antagande om att hotellgäster normalt sett inte blir ifrågasatta vid upprepade tillfällen (genom att påpeka att kaffet bara var till för hotellets gäster). Hotellet påstående om att ifrågasättande ingick i hotellets säkerhetsarbete bedömdes inom ramen för svarandens uppgift att visa att ifrågasättandet hade annan anledning än att diskriminera på grund av etnisk tillhörighet.

mot honom? Med den första invändningen skulle hans argument vara att en kändare som agerar i syfte att provocera fram ett beteende som utåt kan ge anledning till antagande om diskriminering inte blir kränkt, eftersom detta är en förväntad, ja kanske t.o.m. en önskvärd reaktion på provocerandet. Följer man lagtexten skulle denna tankelinje falla inom ordalydelsen: Där står nämligen att "svaranden ska visa att diskriminering eller repressalier inte har förekommit". Följer man däremot Högsta domstolens formulering (tolkning av lagtexten i detta led?) att "uppmaningen och avvisningen berott på annat än [Lillans och Storans] sexuella läggning", så hör frågan om provokation inte hemma i det som skulle ha orsakat Bosses motiv bakom avhysningen. Det skulle nämligen kräva att Bosse redan vid tidpunkten för avhysningen förstod att Lillan och Storan var ute efter att provocera honom. Om och i den mån frågan om provokation kan få betydelse,⁴⁹ blir det inom ramen för prövningen av andra frågor i målet. Provokationen kan påverka storleken på den ersättning som döms ut,⁵⁰ men det kan också påverka bevisvärderingen i den del som avser huruvida Lillan och Storan bara pussades och kramades eller hänglade.⁵¹ I den senare situationen skulle alltså en upplysning om ett provocerande syfte medföra att Lillan och Storans påståenden om att det bara handlade om oskyldiga kramar och pussar med visst fog betvivlas och ge näring åt slutsatsen att det med tillräckligt fog inte kan uteslutas att det var tal om hängel (just för att Lillan och Storan kunde haft ett intresse att nå framgång med sin

⁴⁹ I NJA 2008 s. 915 framhåller Högsta domstolen i anledning av uppgiften att de som ansågs sig ha blivit utsatta för särbehandling just var där för att testa om de skulle bli det: "Det förhållandet att D.D., H.H., C.A. och H.A. nekats inträde till restaurangen på det sätt som skett innebär, så som domstolarna funnit, att de på grund av sin etniska tillhörighet har missgynnats genom att ha behandlats sämre än andra restaurangbesökare. Därmed föreligger en sådan direkt diskriminering som förbjuds såväl enligt 3 § 1 och 9 § 2003 års diskrimineringslag som enligt 1 kap. 4 § första stycket 1 och 2 kap. 12 § första stycket 1 2008 års diskrimineringslag. Det särskilda syftet med inträdesförsöken saknar betydelse för den bedömningen. Ingen av lagarna inrymmer nämligen ett krav på att vad som inträffat skall ha upplevts som en kränkning av den utsatte eller att andra subjektiva förhållanden på dennes sida tillmätts någon betydelse, när det gäller vad som utgör en direkt diskriminering."

⁵⁰ I NJA 2008 s. 915 framhåller majoriteten i Högsta domstolen att rättsordningen bör "visa återhållsamhet beträffande ersättningens storlek när det gäller en diskriminering, som utlösts av att diskrimineringsbenägenheten hos den diskriminerande prövats. Om det är klarlagt att fråga är om ett led i en undersökning bör rätten till ersättning kunna bli föremål för jämkning. Vid den bedömningen måste dock samtliga omständigheter kring undersökningen och den diskriminerande handlingen beaktas."

⁵¹ Jämför här NJA 1996 s. 768 (olaga rasdiskriminering). I domskälen framhöll Högsta domstolen följande: "Det kan, som också HovR:n funnit, inte uteslutas att målsägandena – som begivit sig till restaurangen inte i syfte att besöka den utan för att som medverkande i ett TV-program just pröva om de skulle bli utsatta för olaga diskriminering, och enligt Yoro S:s uppgift närmast med förväntan att bli avvisade – på Conny K gjort ett intryck som han ansåg utgöra tillräckliga skäl för att inte gå dem till mötes. Det intrycket behöver inte ha något samband med deras ras eller hudfärg."

provokation och därför överdriva pussandet och kramandet att det blev förståeligt att Bosse uppfattade detta som hångel).

Ungefär motsvarande reflektioner som i det förra stycket kan göras beträffande Bosses invändning om att Lillans och Storans heterosexuella läggning inte gör det möjligt att de blivit diskriminerade såsom homosexuella. Högsta domstolens formulering, men inte lagtexten, gör att invändningen inte skulle höra hemma i prövningen om Bosse förmår bryta presumtionen. Här måste man emellertid också uppmärksamma diskrimineringslagens definition av direkt diskriminering. Enligt denna definition räcker det för ersättningsansvar att Bosses agerande "har samband med" sexuell läggning. Med denna formulering saknar det i princip betydelse för ersättningsskyldigheten i sig vilken sexuell läggning som Lillan och Storan har.⁵² Det avgörande är om situationen är sådan att orsaken till avhysningen kan antas ha samband med Lillans och Storans verkliga eller (av Bosse felaktigt) antagna sexuella läggning. Däremot kan man undra över huruvida en bevisad heterosexualitet kan påverka ersättningen storlek; det är ju svårt att tänka sig att Lillan och Storan med framgång skulle hävda att de blev kränkta genom bli behandlade som homosexuella eller att de skulle vara lika kränkta som verkliga homosexuella skulle vara, om de hade utsatts för samma diskriminering som Lillan och Storan. Om frågan om sexuell läggning både saknar betydelse för frågan om diskriminering och storleken på diskrimineringsersättning, kan i processuellt hänseende noteras att det saknas lagstöd i rättegångsbalken för att avvisa Bosses diskrimineringsrättsligt irrelevanta invändning och därmed slippa att pröva den. Däremot har domstolen lagstöd för att avvisa den bevisning som han vill åberopa för att visa att Lillan och Storan skulle vara heterosexuella.⁵³

6 Avslutning

Stämmer det fingerade fallet om Bosse, Lillan och Storan till eftertanke? Ja, verkligen. Det gäller särskilt som att vi i svensk rätt parallellt har tre skilda sätt att bestämma vem av parterna som ska förlora på att domstolen bygger sin dom på en faktaversion som inte stämmer överens med vad som verkligen har hänt. Risken för att domen blir felaktig fördelas mellan parterna beroende på i vilken måltyp som den omstridda diskrimineringshändelsen aktualiseras, trots att de

⁵² Se till detta propositionen 2007/08:95 s. 489.

⁵³ Se 35 kapitlet 7 § 1 punkten rättegångsbalken där det stadgas att bevisning får avvisas om den omständighet som ska bevisas är utan betydelse i målet.

skilda regleringarna ytterst bärs upp av ett och samma samhällspolitiska mål – nämligen att försöka förmå människor att avstå ifrån oönskade diskrimineringsbeteenden. Åtalas Bosse för olaga diskriminering enligt brottsbalken ställs det höga beviskrav för att han ska fällas till ansvar och straffas att betala säg 20 000 kronor i böter till staten. Straffet kräver att Bosse otvivelaktigt har behandlat Lillan och Storan som homosexuella sämre än ett heterosexuellt par och dessutom *utan rimligt tvivel* har gjort det med avsikt. Krävs däremot Bosse på diskrimineringsersättning, kan han på betydligt svagare bevisning förpliktas att betala 80 000 kronor till Lillan och Storan – ett belopp som med Högsta domstolens ord innehåller ett preventionsspåslag har karaktären av ett slags straff. Då räcker det att domstolen övertygas om att den faktiska situationen *kan uppfattas* (ger anledning att anta) som att innefatta en diskriminering – utan att man riktigt vet om det verkligen var så. Valde Lillan och Storan att i stället kräva skadestånd som kränkingsersättning enligt skadeståndslagen (som inte innehåller något preventionsspåslag och därmed inte kan karakteriseras som ett straff) kanske Bosse kan bli skyldig att betala 15 000 kronor till dem. Men då ställs det betydligt högre krav på bevisningen. Det ska vara utrett (*styrkt*) att Bosse har behandlat Lillan och Storan som de påstår och att han därmed avsiktligt har missgynnat dem för att de är homosexuella.

Trots att de nu beskrivna bevisbördereglerna ytterst bygger på samma samhällspolitiska ändamål verkar man på ledande håll ha avstått ifrån att ta ett samlat grepp på hur riskerna för felaktiga domar bör fördelas mellan de inblandade. Det främsta vapnet för att i görligaste mån trygga den mänskliga rättigheten att slippa bli diskriminerad, t.ex. på grund av sexuell läggning, har blivit diskrimineringsersättning. Denna mänskliga rättighet har fått väga tungt i vågskålen vid valet att skapa en presumtionsregel – ja så tungt att en annan mänsklig rättighet på ett normativt plan, men kanske inte på ett rättstillämpningsplan, har fått maka på sig rejält, nämligen den sidan av rätten till en rättvis rättegång som handlar om en processuell likabehandling av parterna i diskrimineringsmål. Presumtionsregeln snedfördelar risken för felaktiga domar till nackdel för den som beskylls för diskriminering och berövar denne rätten till en lika fördelning av risken för att en diskrimineringsdom grundas på en felaktig faktaversion. Det gäller allmänt sett att undvika bevisbördelösningar till nackdel för en part som typiskt sett inte har möjligheter att säkerställa tillräckligt tillförlitlig bevisning för sina påståenden om fakta i målet.

I brottmål och i skadeståndsmål om kränkingsersättning blir slagsidan i riskfördelningen ännu tydligare, men då åt andra hållet. Ambitionen att trygga

rättssäkerheten för den som beskylls för diskriminering har fått väga mycket tungt i vågskålen. Den diskrimineringsutsattes mänskliga rättighet att få skydd mot diskriminering har inte ens tillsammans med dennes mänskliga rättighet till processuell likabehandling förmått rubba rättssäkerhetsambitionen. Den diskrimineringsutsatte lastas med den klart största risken för felaktiga domar. Han eller hon berövas med detta den processuell likabehandling som ligger i att beviskravet bestäms så att risken för felaktiga domar delas så lika det går, bland annat med hänsyn taget till möjligheterna för vardera parten att komma åt tillräcklig bra bevisning för att skydda sina intressen.

HANS-HEINRICH VOGEL

SOCIAL PLANERING 1817
LÖNEGARANTI VID NEDLÄGGNING AV TYSKA RIKETS
REICHSKAMMERGERICHT

1 En social plan för *Reichskammergericht*?

Skall en offentlig myndighet eller ett företag läggas ner, måste social planering bli en integrerad del av nedläggningsprocessen. I detta syfte kan i Sverige tillämpning av lönegarantilagstiftningen övervägas, kanske även regeringsinriparanden och riksdagsbeslut om kompenserande etablering av en ny eller flyttning av en befintlig statlig myndighet. I tysk arbetsrätt kan institutet Sozialplan tillgripas.¹ Enligt Europeiska unionens rätt kan t.ex. Europeiska fonden för justering av globaliseringseffekter komma till användning.² Europas arbetsrättssystem erbjuder i dag många instrument för att lindra nedläggningars negativa konsekvenser. Men hur gjorde man för 200 år sedan, när många europeiska stater under och efter Napoleon-krigen och efter Wienkongressen fick reorganisera sina förvaltningar? Under krigen hade myndigheter och domstolar fått läggas ner överallt i Europa. Men deras arbetsuppgifter fanns kvar, och efter krigen fick nya organisationer skapas, som kunde ersätta de gamla – ibland inom de gamla territoriella gränserna, oftare inom helt nya gränser.

En sådan institution som drabbades av krigshändelserna var den ena av Tyska rikets högsta domstolar, *Reichskammergericht*, som då hade sitt säte i Wetzlar.³ Denna domstol hade inrättats 1495 och hade sedan dess blivit och förblivit ett kärnelement i Tyska rikets organisation. På sommaren 1806 fick den abruptt inställa sin dömande verksamhet. När detta skedde, hoppades

¹ § 112 Absatz 1 Satz 2 Betriebsverfassungsgesetz definierar "Sozialplan" som "Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung entstehen".

² Se t.ex. Europaparlamentets och rådets beslut (EU) 2016/618 av den 13 april 2016 om utnyttjande av Europeiska fonden för justering för globaliseringseffekter (ansökan från Sverige – EGF/2015/009 SE/Volvo Trucks). EUT L 105, 21.4.2016, s. 20.

³ Om domstolen se artikeln Adolf Laufs, *Reichskammergericht*, i: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [1. Auflage], IV. Band, Berlin 1990, s. sp. 655–662. – Den andra högsta domstolen var Reichshofrat som hade sitt säte hos kejsaren i Wien. Om denna domstol se artikeln Peter Moraw, *Reichshofrat*, a.a. sp. 630–638.

personalen kunna få vad man då kallade pensioner och i dag kan kalla lönegarantibetalningar. Men det tog mer än ett decennium, ända till 1817 – nu på våren för 200 år sedan – att få en social plan för domstolens personal på plats.

2 Krigstider och fredsslut

1792 hade franska trupper börjat föra Franska revolutionens budskap till grannländer, sedan 1796 i Italien under ledning av generalen Napoleon Bonaparte, senare förste konsul och Frankrikes kejsare. Fälttåg, fredsslut, därefter nya fälttåg och nya fredsslut följde snabbt på varandra ända till 1816.

I ett av de tidiga fredsavtalen, som efter franska framgångar slöts 1797 i Italien nära Udine vid Campo Formio,⁴ fick kejsare Franz II och Tyska riket till Frankrike avstå rikets områden väster om floden Rhen. Verkställigheten tog tid och avståndet bekräftades 1801 i ett nytt fredsavtal, freden i Lunéville.⁵ I detta avtal bestämdes också att de av Tyska rikets furstar, som drabbades av avståndet, skulle kompenseras för sina på vänstra Rhensidan belägna, till Frankrike förlorade, tillgångar på Rhens andra sida, den högra. Verkställigheten av kraven i fredsfördragen och genomförandet av kompenstation hade långtgående konsekvenser i det då rådande politiskt och militärt ytterst volatila läget i Tyska riket.

Tillgångar som kunde lämnas i kompenstation skulle i stor utsträckning anskaffas genom *sekularisering*, dvs. överflyttning till världsliga innehavare, av kyrklig egendom. All kyrklig egendom kunde komma i fråga, även sådan som användes för sociala ändamål – stift, stiftelser, barmhärtighetsinrättningar, allting.⁶

Även *mediatisering* kunde användas i detta syfte, vilket innebar att åtskilliga av rikets ständer, som tidigare varit ”riksomedelbara”, dvs. direkt lytt under kejsaren och riket, kunde underställas ett annat riksstånd med högre rang.⁷

Verkställigheten påbörjades och Tyska riket försökte fullgöra sitt

⁴ Philipp Anton Guido von Meyer, Heinrich Zoepfl: Corpus Juris Confoederationis Germanicae oder Staatsacten für Geschichte und öffentliches Recht des Deutschen Bundes, 3. Auflage, I Staatsverträge, II Beschlüsse der Deutschen Bundesversammlung, Frankfurt am Main 1858-1859. (Citeras nedan CCG) I s. 4–7.

⁵ CCG I s. 1–4.

⁶ Se artikeln K. O. v. Aretin, *Säkularisation*, i: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte [1. Auflage], IV. Band, Berlin 1990, sp. 1263–1267.

⁷ Se artikeln Dietmar Willoweit, *Mediatisierung*, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Auflage, III. Band, Berlin 2016, sp. 1394–1398.

kompensationsåtagande. En riksdeputation tillsattes, och denna deputation beslutade 1803 i tyska riksdagens ställe i ett *Reichsdeputationshauptschluß* en mycket detaljerad reglering av för vilka förluster kompensation skulle utgå och hur kompensation skulle gå till.⁸ För förluster i landområden fanns många och mycket detaljerade bestämmelser. För enskilda personer, dvs. för anställda hos andliga och världsliga herrar, för militärpersoner, pensionärer m.m. fanns i § 59 en generell föreskrift, som skulle tjäna som modell för senare regleringar:

In Ansehung der sämtlichen bisherigen geistlichen Regenten, auch Reichsstädte und unmittelbaren Körperschaften, Hof-, geistlichen und weltlichen Dienerschaft, Militair und Pensionisten, in so ferne der abgehende Regent solche nicht in seinem persönlichen Dienste behält, so wie der Kreisdiener, da, wo mit den Kreisen eine Veränderung vorgehen sollte, wird diesen allen der unabgekürzte, lebenslängliche Fortgenuß ihres bisherigen Rangs, ganzen Gehalts und rechtmäßiger Emolumente, oder, wo diese wegfallen, eine dafür zu regulirende Vergütung unter der Bedingniß gelassen, daß sie sich dafür nach Gutfinden des neuen Landesherrn, und nach Maaßgabe ihrer Talente und Kenntnisse auch an einem andern Orte und in andern Dienstverhältnissen gebrauchen und anstellen lassen müssen; jedoch ist solchen Dienern, welche in einer Provinz ansässig sind, und in eine andere gegen ihren Willen übersetzt werden sollen, freizustellen, ob sie nicht lieber in Pension gesetzt werden wollen.

In diesem letztern Falle ist einem fünfzehnjährigen Diener sein voller Gehalt mit Emolumenten, einem zehnjährigen zwei Dritttheile, und denen, die noch nicht volle zehen Jahre dienten, die Hälfte als Pension zu belassen. Den wirklichen Pensionisten sind, falls nicht etwa neuerlich hie und da Mißbräuche untergelaufen wären, ihre Pensionen fortzubezahlen.

Sollte der neue Landesherr einen oder den andern Diener gar nicht in Diensten zu behalten gedenken, so verbleibt demselben seine genossene Besoldung lebenslänglich. Sollten hingegen seit dem 24. August 1802 neue Pensionen oder Besoldungserhöhungen verwilligt, oder ganz neue Besoldungen gemacht worden seyn, so bleibt es billig dem neuen Landesherrn überlassen, ob er solche Verwilligungen den

⁸ Reichsdeputationshauptschluß den 25 februari 1803 med Reichsgutachten den 24 mars 1803 och ratifikation den 27 april 1803 i CCG s. 7–45.

Grundsätzen der Billigkeit und einer guten Staatsverwaltung angemessen findet.⁹

Budskapet i beslutet var lovande, men verkligheten blev en helt annan. Krigshändelserna hindrade att riksdeputationsbeslutet verkställdes. Beslutet hade fattats i rikets namn, men riket hade börjat falla isär.

I norr, i rikets periferi, förklarade Sverige redan den 13 januari 1806 att inte längre vilja delta i riksdagens överläggningar och den 26 juni 1806 att den svenska regeringsformen skulle införas i Vorpommern;¹⁰ Danmark införlivade hertigdömet Holstein med Danmark den 9 september 1806.¹¹

I söder ingick sexton av Tyska rikets territorier den 12 juni 1806 ett förbund under Frankrikes protektorat, *Rheinbund*, Rhenförbundet, och förklarade den 1 augusti 1806 sitt utträde ur riket.¹²

3 Kejsarens abdikation och Tyska rikets upplösning

En vecka efter utträdesförklaringen, den 6 augusti 1806 abdikerade kejsare Franz II såsom tysk kejsare och nedlade Tyska rikets kejsarkrona. Den politiska utvecklingen efter Napoleons framgångar och direkta hot från hans sida gjorde det ofrånkomligt.¹³

I abdikationsförklaringen befriade kejsaren alla rikets ständer och tjänstemän från sina förpliktelser gentemot riket.¹⁴

Wir entbinden zugleich Churfürsten, Fürsten und Stände und alle Reichsangehörigen, insonderheit auch die Mitglieder der höchsten Reichsgerichte und die übrige Reichsdienerschaft, von ihren Pflichten,

⁹ Citat enligt CCG I s. 37 f.

¹⁰ CCG I s. 73–75, kungörelse 26.6.1806 angående införandet af Swenska Stats-Förfatningarne och Sweriges Rikes Lag uti Pomern och Rügen, kungörelse 4.7.1806 om uphäfwandet af lifegenskapen uti des tyska stater, kungörelse 12.7.1806 om kyrko-wäsendet och presterskapet uti des tyska stater. – Ang. händelserna i Pommern 1806 se Wolfgang Wagner, Vorpommern und die Konsolidierung des schwedischen Rechts in der Gesetzessammlung von 1807, i: Wolfgang Wagner (utg.) Das schwedische Reichsgesetzbuch von 1734 s. 107–129 (s. 112–117).

¹¹ CCG I s. 72 f.

¹² Acte de la Confédération du Rhin (Rhenförbundsakten) 12.07.1806 med kompletterande handlingar i CCG I s. 79–93.

¹³ Angående händelserna som ledde till abdikationen se Joachim Whaley, Das Heilige Römische Reich Deutscher Nation und seine Territorien I (1493–1648), II 1648–1806, Darmstadt 2014, II s. 731–740 (med ytterligare hänvisningar). – Om hela händelseförloppet sedan 1792, Rhenförbundet, reformer i Preußen och Deutscher Bund se Werner Frotscher, Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, 15. Auflage, München 2016, s. 77–145 (citeras nedan Frotscher-Pieroth, Verfassungsgeschichte).

¹⁴ CCG I s. 71 f.

womit sie an Uns, als das gesetzliche Oberhaupt des Reichs, durch die Constitution gebunden waren. Unsere sämtlichen deutschen Provinzen und Reichsländer zählen Wir dagegen wechselseitig von allen Verpflichtungen, die sie bis jetzt, unter was immer für einem Titel, gegen das deutsche Reich getragen haben, los, und Wir werden selbige in ihrer Vereinigung mit dem ganzen österreichischen Staatskörper, als Kaiser von Oesterreich, unter den wiederhergestellten und bestehenden friedlichen Verhältnissen mit allen Mächten und benachbarten Staaten, zu jener Stufe des Glückes und Wohlstandes zu bringen beflissen seyn, welche das Ziel aller Unserer Wünsche, der Zweck Unserer angelegensten Sorgfalt stets seyn wird.¹⁵

Tyska riket upphörde att fungera. Vid *Reichskammergericht* avstannade den dömande verksamheten. Men domstolens personal var till större delen kvar; många – även domare – var bosatta i Wetzlar.

De i Lunéville-freden bestämda territoriala förändringarna – sekulariseringar och mediatiseringar – hade beslutats och deras genomförande påbörjats under Tyska rikets tid. Men vad skulle ske nu? Rikets institutioner hade genom kejsarens abdikation och rikets upplösning förlorat sin huvudman och den stat, vilken de hade varit en del av eller tjänat. 1803 års riksdeputationsbeslut var inte bindande lag längre. Skulle de territoriella förändringarna fullföljas? Vem skulle ta över riksinstitutionernas arbetsuppgifter? Vad skulle bli av institutionernas personal? Vem skulle ta hand om rikets respektive institutionernas tillgångar? Skulle någon ta över skulder?

Medlemmarna i Rhenförbundet fortsatte i *Rheinbundes-Acte*,¹⁶ Rhenförbundsakten, på den 1803 inslagna vägen. Visserligen föreskrev artikel 2 i akten som huvudregel att rikslagstiftning inte längre skulle vara bindande för medlemmarna, men tillade

sauf néanmoins les droit acquis à des créanciers et pensionnaires par le recès de mille huit cent trois¹⁷

Rhenförbundsakten föreskrev alltså att ett undantag från huvudregeln skulle gälla när fråga var om statsborgenärens och pensionärens rättigheter enligt

¹⁵ Citat enligt CCG I s. 72.

¹⁶ Om Rheinbund se Johann Ludwig Klüber, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4. Auflage, Frankfurt am Main 1849, §§ 29–33 (s. 55–40) (citeras nedan Klüber, *Öffentliches Recht*). Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, II, München 1992 s. 62–75. Ulrich Eisenhardt, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6. Auflage, München 2013, Randnr. 535–550 (s. 245–252).

¹⁷ Se art. 2 Acte de la Confédération du Rhin, citat enligt CCG I s. 80.

1803 års deputationsbeslut. Akten höll fast vid rikslagstiftning som gällde när akten undertecknades, men förlorande sin bindande verkan i och med rikets upplösning en vecka efter undertecknandet. Vidare innehöll förbundsakten ett stort antal explicita föreskrifter om territoriala förändringar,¹⁸ och för dessa gällde kompensationsregler i artiklarna 30, 32 och 33 som uppenbarligen också var inspirerade av 1803 års beslut:

Art. 30. Les dettes propres de chaque principauté, comté ou seigneurie passant sous la souveraineté de l'un des Etats confédérés, seront divisées entre le dit Etat et les princes ou comtes actuellement régnans, dans la proportion des revenus que ledit Etat doit acquérir et de ceux que les princes ou comtes doivent conserver d'après les stipulations ci-dessus.

Art. 32. Les individus employés dans l'administration publique des principautés, comtés ou seigneuries qui doivent, en vertu du présent traité, passer sous la souveraineté de l'un des Etats confédérés, et que le Souverain ne jugerait pas à propos de conserver dans leurs emplois, jouiront d'une pension de retraite égale à celle, que les loix ou réglemens de l'état accordent aux officiers de même grade.

Art. 33. Les membres des ordres militaires ou religieux qui pourront être en conséquence du présent traité, dépossédés ou sécularisés recevront une pension annuelle et viagère, proportionnée au revenu dont ils jouissaient, à leur dignité et à leur âge, et hypothéquée sur les biens dont ils étaient usufruitiers.¹⁹

Här kan inte undersökas, i vilken omfattning dessa bestämmelser – i 1803 års riksdeputationsbeslut och i Rhenförbundsakten – verkligen kom att tillämpas i medlemsstaterna i förbundet, som sinsemellan var mycket olika och av vilka de franska modellstaterna Kungariket Westphalen och Storhertigdömet Berg dessutom blev mycket kortlivade. Uppenbart är dock att förhållandena var allmänt instabila. Kriget fortsatte, krigsansträngningarna tärde hårt på Rhenförbundsstaternas ekonomiska och administrativa resurser, och Rhenförbundsstaterna blev rekryteringsområden för Napoleons arméer.²⁰ *Reichskammergericht* fick försöka lösa sina problem på egen hand. T.ex. lät

¹⁸ Se art. 13–24 Acte de la Confédération du Rhin, CCG I s. 81–83.

¹⁹ Citat enligt CCG I s. 83 f.

²⁰ Jfr Johann Ludwig Klüber, Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses überhaupt, und insonderheit über wichtige Angelegenheiten des teutschen Bundes, I–III, Frankfurt am Main 1816, (citeras nedan Klüber Verhandlungen) I s. 121.

chefsdomaren, Kammerrichter Heinrich Reichsgraf von Reigersberg, en tredjedel av sin lön gå till fördelning bland domstolens kanslipersonal.²¹

4 Krig, Leipzig och Wien-kongressen

Ett slut på krigen kunde anas först efter Napoleons fälttåg till Ryssland 1812 och katastrofen för hans armé under vintern 1812/13. Sedan innebar slaget vid Leipzig den 16 till 19 oktober 1813, Napoleons abdikation den 6 april 1814 och hans exil på ön Elba att slutet för Napoleons välde och Frankrikes hegemoni verkligen hade kommit. Rhenförbundet, Napoleons organisation i Tyskland, gav upp: Efter Leipzig upplöstes förbundet genom formella utträdesdeklarationer av några Rhenförbundsstater och i övrigt genom stillatigande passivitet av de övriga.²²

Vid fredsslutet i Paris den 30 maj 1814, Första Paris-freden, mellan de allierade å ena sidan och Frankrike å den andra, nu företrätt av kungen Louis XVIII Bourbon, bestämdes att en kongress skulle samlas i Wien för att återställa och förnya Europas politiska landskap.

Wien-kongressen började sitt arbete i november 1814. Rätt snart var det klart att Tyska riket inte skulle återuppstå. Utgångspunkten för kongressförhandlingarna skulle därför inte vara läget före frederna i Campo Formio eller Lunéville utan läget 1815. Därmed blev 1803 års problem – olösta under tolv år – åter aktuella: Hur skulle riket likvideras? Skulle förlorarna – furstar och enskilda individer – få ersättning för något de hade förlorat? Var 1803 års riksdeputationsbeslut glömt eller skulle beslutet åter tas till vägledning för beslut i ersättningsfrågor?

Högst på kongressens dagordning stod frågan hur den nya kartan över Europas stater skulle se ut. Den skulle ritas om. Territoriell omdaning – oundviklig efter Napoleon-krigen – skulle förmodligen bli förhandlingarnas resultat. Vissa stater skulle erhålla ytterligare landområden och se sig som vinnare. Andra stater skulle däremot se sig som förlorare, och liksom tolv år tidigare skulle de förlorande staterna försöka få ersättning för sina förluster. Men ersättningsproblemet var svårlöst; det var helt andra tider efter Franska revolutionen och efter krig i hela Europa. Argumenten för ersättning, som kanske kunde övertyga 1803 och 1806, gjorde det inte längre. För stor-

²¹ Se Protokolle der Deutschen Bundesversammlung nebst den loco dictaturae gedruckten Beilagen vom Jahre 1816, Protokoll 14. Sitzung, 23.12.1816, § 61 (s. 237). – Hänvisningar nedan till "Protokoll" avser författarens tryckta protokollexemplar.

²² Klüber, Öffentliches Recht § 33 (s. 39 f.).

politiken gällde nya, helt andra, regler. ”Kompensation” på statsnivå kunde förekomma, men då var det fråga om någonting annat än ersättning till enskilda människor. Wien-kongressen agerade på statsnivån och kunde under något mer än ett halvår skapa en ordning för de europeiska staternas koexistens som skulle få avsevärd stabilitet i nästan hundra år. Däremot blev det inte något mål för kongressarbetet att skapa regler för ersättning till enskilda människor för politikbetingade förluster. Men helt avstod kongressen inte från att agera på framställningar av enskilda personer. Föreställningen var väletablerad att alla och envar skulle ges möjlighet att genom petition vända sig till sin överhet i angelägna ärenden och att petenten skulle bli bemött med saklig eftertanke. Och så blev det som regel under kongressens förhandlingar.²³

Ett sådant för petenten angeläget ärende gällde fursten *Philip Franz von der Leyen*.²⁴ Han var innehavare av ett furstendöme med samma namn, också kalladt Hohengeroldeck, vilket låg som en enklav i kurfurstendömet Baden. Såsom dåvarande greve hade von der Leyen varit en av de sexton suveräner – alla Napoleons partigångare – som 1806 bildade Rheinbund och undertecknade förbundsavtalet. I artikel 5 i detta avtal –med övriga suveräners och Napoleons godkännande – antog von der Leyen titeln ”furste”, dvs. han erkändes som suverän och beviljades en rangupphöjning. På Wien-kongressen begärde numera fursten von der Leyen att hans sändebud skulle få tillträde till kongressens möten och överläggningar, vilket vägrades. Denna vägran innebar, att von der Leyens status som suverän inte accepterades. von der Leyen begärde då – petitionsvägen – att återfå sin suveränitet och i övrigt även dels att bli upptagen i Tyska förbundet och dels att tilldelas ersättning för förluster på Rhens vänstra sida. Men ingenting av detta beviljades av kongressen. Suveräniteten över furstendömet von der Leyen tilldelades så småningom genom artikel 51 i Wien-kongressens slutakt.²⁵ Österrike utan att omnämnas särskilt. Petitionen hade behandlats men inte avslagits explicit; beslutets innehåll kungjordes implicit och utan motivering (vilken möjligen kan förmodas ha varit att fursten von der Leyen ansågs ha varit för nära lierad med Napoleon).

²³ Se redogörelserna för utskotts- och kommissionsförhandlingar och ”spelregler” för kongressen hos Reinhard Stauber, *Der Wiener Kongress*, Wien 2014, s. 80–78, och Heinz Duchhardt, *Der Wiener Kongress*, München 2013, s. 70–80.

²⁴ Klüber, *Verhandlungen I 135 f. III s. 561*. Johann Ludwig Klüber, *Acten des Wiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815, I–IX, Erlangen 1815–1835*, s. 579 f. (citeras nedan Klüber, *Acten*). – Angående personen Philip Franz von der Leyen se Karl Heinrich Ludwig Pölit, *Handbuch der Geschichte der souverainen Staaten des Rheinbundes*, Leipzig 1811, 2 s. 298–302 (s. 300), <http://data.onb.ac.at/rec/AC12232708> 2017-01-22 00:18.

²⁵ *Acte final de Congrès de Vienne* Klüber, *Quellen* s. 1–99 (s. 56), CCG I s. 254–286 (s. 266 f.).

I ett annat ärende, som hade sitt ursprung utanför Europa, begärde *Johanniterorden* med återopande av sina goda gärningar under århundraden²⁶ att bli återinsätt i sin suveränitet. Orden bad också om anvisning av ett territorium. Sitt säte på Malta hade denna orden förlorat i och med Napoleons ockupation av ön år 1798 och erövring av ön två år senare genom britter under admiral Horatio Nelson. Inom Tyska riket hade Johanniterorden genom § 26 i 1803 års riksdeputationsbeslut uttryckligen blivit undantagen från sekularisering och hade såsom kompensation för förluster på vänstra sidan av Rhen erhållit ett antal territorier. Men under Napoleon-tiden hade Johanniterorden inte fått behålla dessa besittningar utan förlorat den centrala delen, det tyska furstendömet Heitersheim, till Baden genom artikel 19 i Rhenförbundsakten och senare även övriga territorier. Wien-kongressen slutbehandlade inte Johanniterordens framställning.²⁷

Ett tredje ärende initierades genom en petition som var framgångsrik. Den ingavs till kongressen av en deputation av ledamöter av *sekulariserade andliga inrättningar* och avsåg deras pensioner.²⁸ Deputationen företrädde ledamöter av andliga inrättningar på *båda* sidor om Rhen, dvs. inte bara på den vänstra sidan av floden som omfattades av Lunéville-freden. De i ärendet aktuella inrättningarna hade sekulariserats, och deras tillgångar hade förts över till olika stater. Med tillgångarna följde som huvudregel den samlade skulden för ledamöternas försörjning respektive pension, och vederbörande stat skulle efter hand utbetala pensionerna till de enskilda pensionärerna. Utbetalningarna genomfördes emellertid inte friktionsfritt. De deputerade begärde därför att ledamöterna av de berörda inrättningarna, dvs. pensionärerna, skulle få ta emot sina pensioner utan inskränkningar. För att få en fast rättslig grund för utbetalningarna skulle kongressen bekräfta att 1803 års riksdeputationsbeslut var allmänt bindande lag. Ändringar i huvudmannaskap skulle inte få medföra att pensioner inte längre betalades. Vidare skulle mottagarna av pensioner inte ha residensplikt i den utbetalande staten och slutligen skulle skatter och andra avgifter inte uttas av eller avdras från pensioner. Wien-kongressen accepterade visserligen inte tanken att till lag upphöja 1803 års beslut som sådant. Men

²⁶ Allmänt om Johanniterorden Karin Schneider-Ferber, Ritter im Exil, Darmstadt 2016.

²⁷ Se Klüber Verhandlungen I s. 110–115, III s. 553 f., 560, Klüber, Acten I Heft 3 s. 85–106, III s. 551–553, VI s. 463–468, 602 f., 611. Ernst Rudolf Huber (utg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band 1, 3. Auflage, Stuttgart 1978 s. 30 fn. 6.

²⁸ Klüber, Verhandlungen I s. 142 och III s. 458–467. Klüber, Acten I Heft 2 s. 23–28. Se artikel XV andra stycket Deutsche Bundesakte, CCG II s. 6.

Wien-kongressen infogade ett stadgande i ett av kongressens slutdokument som i sak ändå tillgodosåg deputationens krav:

Die Mitglieder der ehemaligen Dom- und freien Reichsstifte haben die Befugniß, ihre durch den erwähnten Reichsdeputationsschluß festgesetzten Pensionen ohne Abzug in jedem mit dem deutschen Bunde im Frieden stehenden Staate verzehren zu dürfen.²⁹

Som synes var 1803 års riksdeputationsbeslut inte glömt. Beslutet var på väg att åter få aktualitet.

Egentligen skulle Wien-kongressen också befatta sig med avvecklingen av *Reichskammergericht*: Det fjärde och sista ärendet, som skall nämnas här, hade kunnat utgöra en anledning. Ärendet gällde en petition av *alla advokater och prokuratorer vid Reichskammergericht* vilka framförde en begäran om understöd. Petenterna hörde inte till de personer som enligt § 59 i 1803 års riksdeputationsbeslut var ersättningsberättigade efter nedläggningen av domstolen. Under sin aktiva tid hade de emellertid varit hårt knutna till domstolen och förhindrade att ta externa uppdrag. De avlönades inte med medel ur domstolens ordinarie stat utan ur domstolens intäkter av sportler. Sådana sportler uteblev emellertid efter domstolens nedläggning. Domstolen saknade därför resurser att göra utbetalningar till sina advokater och prokuratorer. Dessa förlorade därmed sin enda inkomstkälla och hamnade i nöd. Ovan har redan nämnts att Kammerrichter von Reigersberg hade avstått från en tredjedel av sin avlöning till förmån för kanslipersonalen, till vilken även advokater och prokuratorer räknades. Men – argumenterade petenterna – detta vore endast en provisorisk lösning och i övrigt helt otillräckligt för den oavlönade personalens uppehälle. Petenterna bad därför om en reglering av ersättningsfrågan både för förfluten tid och för framtiden. Petitionen blev en påminnelse om olösta problem med Reichskammergerichts avveckling, men petitionen togs inte upp av kongressen.³⁰

Liksom advokaternas och prokuratorernas petition fick många andra petitioner ingen uppmärksamhet på Wien-kongressen. Ty kongressen hamnade i stor tidsnöd.

²⁹ Artikel 15 andra stycket, Deutsche Bundesakte 8.6.1815, vilken utgjorde en bilaga till Wien-kongressens slutakt daterad 9.6.1815. Citat enligt CCG II s. 6. Se även Johann Ludwig Klüber, *Quellen-Sammlung zu dem Oeffentlichen Recht des Teutschen Bundes*, 3. Auflage, Erlangen 1830, s. 134 (s. 172) (citeras nedan Klüber, *Quellen*).

³⁰ Klüber, *Acten* IV s. 122–126, Klüber, *Verhandlungen* III s. 562.

5 Napoleons återkomst, Waterloo och Wien-kongressens slut

Från Napoleon utgick nya hot. Helt överraskande lämnade han i mars 1815 sin exil på Elba och tågade tillbaka till Paris. På kongressen pågick då arbetet med grunddokumenten för Tyska förbundet, ett förbund av de tyska staterna, påtänkt och planerat i Första Paris-freden 1814.³¹ Under intryck av Napoleons återkomst från Elba påskyndade kongressen sitt arbete till det yttersta³² och slutförde sina förhandlingar om de tyska staternas vara eller icke-vara och en organisation för deras samarbete. Denna organisation, *Deutscher Bund*, Tyska förbundet, bildades i Wien genom *Bundesakte*, förbundsakten, dagtecknad den 8 juni 1815 och fogad som bilaga till *Acte final du Congrès de Vienne*, Wien-kongressens slutakt, dagtecknad den 9 juni 1815.³³

Napoleon hade då hunnit med att samla nya trupper, han tågade mot Tyskland och hade med sin armé kommit till närheten av Bryssel. Den 18 juni 1815, nio dagar efter det att Wien-kongressens slutakt hade undertecknats, stod slaget vid Waterloo/Belle Alliance. Napoleon förlorade slaget, tvingades att abdikera för andra gången den 22 juni och sändes den 7 juli 1815 till sin nya exil på ön St. Helena i Sydatlanten, utan möjlighet att återvända till Europa under sin återstående levnad.

Den 26 september 1815 ingick stormakterna Ryssland, Österrike och Preussen i Paris Heliga allians-fördraget.³⁴ Ett nytt fredsfördrag, Andra Paris-freden, slöts den 20 november 1815.³⁵ Därefter blev det möjligt att utan latent eller rentav konkret krigshot försöka lösa de problem som krigen och Tyska rikets sönderfall hade skapat.

³¹ Artikel VI andra stycket: "Les États de l'Allemagne seront indépendans et unis par un lien fédératif." CCG I s. 240–246 (s. 242). – Om förberedande utkast till Bundesakte Klüber, Acten II s. 293–298.

³² Se Duchhardt (fn. 23) s. 100–120, slutkapitlet med rubriken *Finale furioso*.

³³ Bundesakte Wien i CCG II s. 1–29 och Klüber, Quellen s. 134–179. – Kongressens slutakt, Acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815, återgiven i Klüber, Quellen s. 1–99. – Bundesakte undertecknades egentligen den 10 juni 1815. Den daterades emellertid tillbaka med tanke på att den utgör en bilaga till Wien-kongressens slutakt som var daterad dagen innan, den 9 juni 1815.

³⁴ CCG I s. 290 f.

6 *Deutscher Bund*

6.1 *Institution och arbete*

Uppgiften att lösa många av de problem, som Wien-kongressen inte ville, hann eller kunde lösa, tillföll *Deutscher Bund*, Tyska förbundet. Detta förbund – som 144 år senare skulle bli en anfader till 1959 års Europeiska ekonomiska gemenskap och senare Europeiska Unionen – var en sammanslutning av ursprungligen 32 suveräner och fyra fria städer; ytterligare två suveräner anslöt sig några dagar senare och ytterligare en medlemsstat upptogs 1817.³⁶ Förbundets styrande organ var *Bundesversammlung*, förbunds församlingen, som inte var en parlamentarisk församling utan en permanent konferens av medlemsstaternas sändebud med säte i Fria staden Frankfurt am Main.³⁷

Förbunds församlingen började sitt arbete i oktober 1816. Konstituerande sessioner ägde rum i början på november 1816, och den första arbets sessionen den 14 november 1816.³⁸ Det första materiella ärendet vid sessionen hade – så skulle vi säga i dag – social inriktning. Det avsåg Lunéville-fredens följder för *Sustentation*, försörjning, för vänstra Rhen-sidans andliga furstar och deras personal efter sekulariseringen av biskopsdömena och andra andliga riksständers egendomar.³⁹

6.2 *Medlemsstaternas ärenden och petitioner*

En betydande del av förbunds församlingens arbete avsåg ärenden som väcktes av medlemsstaterna. Sustentationsärendet var ett sådant ärende. Men en icke

³⁵ CCG I s. 299–320.

³⁶ 31 suveräner ratifierade förbundsakten, en suverän, hertig Friedrich Wilhelm, dog i slaget vid Quatre-Bras två dagar före slaget vid Waterloo, men hans hertigdöme Braunschweig blev medlemsstat. De suveräner, som anslöt sig till förbundet några dagar senare, var kungen av Württemberg och storhertigen av Baden. 1817 upptogs Hessen-Homburg. Se Klüber, *Öffentliches Recht* § 107 (s. 121 f.) och §108 fn. g) (s. 124).

³⁷ Se allmänt om förbundet och dess organ Klüber, *Öffentliches Recht* §§ 116–182 (s. 132–238). Frotscher-Pieroth *Verfassungsgeschichte* Randnr. 247–279 (s. 116–132). – Förbunds församlingens arbetsordning återges i CCG II s. 32–38.

³⁸ Förbunds församlingens möten protokollerades utförligt. Protokollen spreds i två varianter, den ena – loco dictaturae-protokollen – med fullständiga bilagor för förbundets medlemsstater och deras interna bruk, den andra för allmän spridning, och i denna andra variant kunde visst material vara utelämnat som klassificerades som förtroligt. Källhänvisningar och citat nedan avser författarens tryckta loco dictaturae-exemplar som ursprungligen har tillhört Fria staden Lübeck. Loco dictaturae-exemplaret tillhörande Bayerische Staatsbibliothek BSB finns inscannat tillgängligt på internet på <https://opacplus.bsb-muenchen.de/metaopac/search?View=default&db=100&id=209381-9> [2017-01-18 09:51].

³⁹ Dvs. handläggningen ”der transrhenanische Sustentationssache”, 2. Protokoll der 3. Sitzung, 14.11.1816, § 3 (s. 55), Protokoll 4. Sitzung, 18.11.1816, § 11 (s. 60) med bilagor 1–3 (s. 62–64) och Protokoll 6. Sitzung, 25.11.1816, § 26 (s. 88–90) med bilaga 19 (s. 96–101).

ringa del av församlingens arbete under den första tiden kom att avse petitioner av enskilda, *Privat-Reclamationen* eller *Eingaben*. Petitionsinstitutet var inte reglerat i förbundsakten, och frågan inställde sig därför, om och i förekommande fall i vilken omfattning förbunds församlingen skulle befatta sig med sådana *Eingaben*. Under mötet den 21 november 1816 diskuterade Förbunds församlingen problematiken och beslutade att inhämta instruktioner från sina huvudmän,⁴⁰ men påbörjade också provisorisk handläggning av de inkomna petitionerna vilka avsåg mycket olikartade ting. Instruktioner dröjde. Meningarna torde ha gått isär, i vilken omfattning petitioner skulle accepteras. Ett argument för att ta upp petitioner till handläggning torde ha varit att Tyska förbundet saknade en högsta domstol som med bindande verkan kunde avgöra tvister mellan enskilda och stater.⁴¹ Efter några månader föreskrev förbunds församlingen för sin del att petitioner skulle avfattas på tyska språket och att eventuellt på främmande språk avfattade bilagor skulle åtföljas av översättningar till tyska.⁴² Ytterligare några veckor senare beslutades att anonyma petitioner inte skulle tas emot.⁴³ Och efter ett års erfarenheter med petitioner beslutade förbunds församlingen att förordna agenter vid församlingen, som skulle gå enskilda personer till handa med att avfatta petitioner som skulle inges till församlingen.⁴⁴ Utgångspunkt för beslutet var

”... daß jedem Deutschen der Weg an die Bundesversammlung jederzeit offen stehen muß, daß aber die Betretung dieses Weges für die Unterthanen der Bundesstaaten immer eine Ausnahme von der Regel bleibt, und daher eben so sehr eine Erschwerung, als selbst der Schein einer Aufforderung zu vermeiden ist ...”⁴⁵

Orden skrevs av förbunds församlingens kommission, som hade i uppgift att förbereda beslutet, och ordvalet indikerar att viss grundläggande enighet fanns bland medlemsstater i petitionsfrågan.

⁴⁰ Protokoll 1816, 5. Sitzung, 21.11.1816, § 16 Allgemeine Ansichten über die Eingaben bey der Bundesversammlung (s. 66) med bilagor 4–9 (s. 67–78).

⁴¹ Se exempelvis ärendet ”Entlassene Glieder des ehemaligen rheinpfälzischen General-Landeskommissariats zu Mannheim betreffend”, nedan fotnot 48.

⁴² Protokoll 1816, 9. Sitzung, 5.12.1816, § 44 (s. 173, apropå ett ärende avseende anspråk på hertigdömet Bouillon av Gottfried Moritz Maria Joseph de la Tour d’Auvergne).

⁴³ Protokoll 1817, 6. Sitzung, 30.1.1817, § 32 (s. 37).

⁴⁴ Protokoll 1817, 51. Sitzung, 24.11.1817, § 390 (s. 764 f.) och bilaga 77 (s. 767–773), Protokolle 1817, 55. Sitzung, 11.12.1817, § 412 (s. 813 f.).

⁴⁵ Protokolle 1817, 51. Sitzung, 24.11.1817, bilaga 77 s. 767.

6.3 *Petitioner i förbunds församlingen på hösten 1816*

De petitioner som förbunds församlingen behandlade under arbetsmötet den 21 november 1816 efter sin principdiskussion torde ha varit representativa. De tre första avsåg pensioner.

Daser, f. d. kapten i franska regementet Royal Suédois, senare fransk pensionär boende i Württemberg, fick inte längre sin franska pension och bad om hjälp med att få ut den fr.o.m. 1813 eller någon annan form av gratifikation. Förbunds församlingen ansåg sig inte vara rätt forum för hans begäran och beslutade avvisa den.⁴⁶

Johann Anton Mella, f.d. kurförlstlich Mainzischer Renten Assessor hade fått sin pension t.o.m. den 1 juni 1814, men utbetalningen avbröts då i samband med territoriala förändringar. Han bad om uppgift om den herre eller kassa, av vilken han kunde få ut sin pension och resterande belopp. Förbunds församlingen beslutade att ingivna originalverifikationer skulle återlämnas till honom och att han skulle hänvisas till den nya landsherren.⁴⁷

Friherren von Schweickhardt Bettinger anförde för räkning av samtliga entledigade ledamöter i förutvarande General-Landescommissariat i Rhein-Pfalz att dessa hade hänvänt sig till *Reichskammergericht* för att få ut ersättningar enligt 1803 års riksdeputationsbeslut. Domstolen hade genom ovillkorligt mandat ålagt ifrågavarande furstar betalning, men de därefter följande domstolsförhandlingarna hade avbrutits i och med att domstolen lades ner. Schweickhardt Bettinger bad därför om medling eller anvisning av rätt domstol. Förbunds församlingen konstaterade att artikel 15 i förbundsakten garanterade genomförandet av 1803 års riksdeputationsbeslut och att petenterna hade valt rätt väg för sin begäran genom att hänvända sig till *Reichskammergericht*. I dess ställe hade trätt olika staternas högsta domstolar såsom rätt instans för tvisten. Om hjälp inte lämnades där, och endast då, kunde besvär anföras hos förbundets förbunds dag. Förbunds församlingen beslutade därför att petenterna skulle hänvisas till respektive högsta domstolar i de stater som de hade överförts till.⁴⁸

Ett fjärde petitions ärende som under samma möte behandlades av förbunds församlingen avsåg en begäran om betalning av en fordran som *änkan Rief*, vars

⁴⁶ Protokolle 1816, 5. Sitzung, 21.11.1816, § 17 Pensionsforderung des Hauptmanns Daser zu Wildberg an die Königlich Französische Regierung (s. 67) med bilaga 10 (s. 78 f.).

⁴⁷ Protokolle 1816, 5. Sitzung, 21.11.1816, § 18 Pensionsgesuch des vormalis Kurförlstlich-Mainzischen Renten-Assessors Mella (s. 67) med bilaga 11 (s. 79).

⁴⁸ Protokolle 1816, 5. Sitzung, 21.11.1816, § 19 Vorstellung der entlassenen Glieder des ehemaligen rheinpfälzischen General-Landescommissariats zu Mannheim, die ihnen Reichsschlussmässig gebührenden Gehalte und Emolumente betreffend (s. 67) med bilaga 12 (s. 79 f.).

make hade varit Großherzoglich Frankfurtischer Hofkammerrath, ansåg sig ha mot det förutvarande Tyska riket på grund av ett leveranskontrakt. Förbunds församlingens beslut blev att ärendet skulle utredas för rapportering och inhämtande av instruktioner.⁴⁹

Slutligen uppkom ett ärende som rörde fursten *von der Leyen*. Liksom hos Wien-kongressen begärde han att återfå sina besittningar och att få ersättning eller annan hjälp på grund av förlorad suveränitet. Förbunds församlingen fann att han fick nöja sig med de särskilda rättigheter som tillkom mediatiserade furstar enligt artikel 14 i förbundsakten, att ärendet inte hörde till dem som skulle handläggas av församlingen och att petentens begäran skulle avvisas.⁵⁰

Alla dessa ärenden hade beretts inför beslutet. En av förbunds församlingens ledamöter var rapportör i ärendet, och denna ledamot utarbetade också ett skriftligt votum, vilket trycktes och bifogades protokollet.

6.4 Pensionsärenden i förbunds församlingen på hösten 1816

En viktig ärendegrupp under förbunds församlingens första tid utgjordes av pensions- och avlöningsärenden; några av dem krävde stora insatser, och det tog lång tid att avsluta dem.

Ett sådant ärende, som kom på dagordningen den 25 november 1816, rörde pensioner till *vänstra Rhensidans kyrkliga herrar och deras tjänstefolk*.⁵¹ Ett annat gällde en ansökan av *Johanniterorden* om att eventuellt likställas med *Tyska orden* i fråga om ordens bevarande, återlämnande av ordens ännu inte avyttrade gods och provisorisk omsorg om underhåll till förutvarande ledamöter. Båda ärenden visade sig så småningom vara mycket resurskrävande och det tog lång tid att komma fram till ett slut.⁵²

⁴⁹ Protokolle 1816, 5. Sitzung, 21.11.1816, § 20 Vorstellung der Wittwe des Großherzoglich Frankfurtischen Hofkammerraths Rief, eine Forderung an die ehemalige Reichs-Operationskasse betreffend (s. 67) med bilaga 13 (s. 80–82).

⁵⁰ Protokolle 1816, 5. Sitzung, 21.11.1816, § 22 Gesuch des Fürsten von der Leyen um Herstellung seiner früheren Besitzungen und Entschädigung oder sonstige Hülfe wegen verlorener Landeshoheit (s. 68) med bilaga 15 (s. 83 f.).

⁵¹ Protokolle 1816, 6. Sitzung, 25.11.1816, § 26 Die das Pensionswesen der übrerrheinischen Geistlichen und Dienerschaft betreffenden Eingaben Z. 15. 16. 19. 20. 30. und 36. des Einreichungs-Protokolls (s. 88–90) med bilaga 19 (s. 96–101). – Se även Protokolle 1816, 7. Sitzung, 28.11.1816, § 32 Reclamation der vormals Königlich Westphälischen Staatsdiener ihre Pensionierung betreffend (s. 108). Protokolle 1816, 13. Sitzung, 19.12.1816, § 57 Vorstellung des Kurpfalzbaierischen Geheimen Raths und ehemaligen Kur- und Oberrheinischen Kreisgesandten, Freyherrn von Weiler, Gehalt als Kreisgesandter betreffend (s. 213 f.).

⁵² Protokolle 1816, 6. Sitzung, 25.11.1816, § 27 Bittschrift des Bevollmächtigten des Johanniterordens von Jerusalem, Freyherrn von Pfürdt, Bailli des deutschen Großpriorats, die Erhaltung des Ordens, Zurückgabe der noch unveräußerten Güter desselben und einstweilige Vorsorge für den Unterhalt der dormaligen Mitglieder betreffend (s. 90) med bilaga 20 (s. 101–104).

7 Ärendet angående Reichskammergericht

Ett tredje stort pensionsärende, som för första gången kom upp på förbunds-församlingens dagordning den 28 november 1816, avsåg pensioner till både domare i och kanslipersonal vid *Reichskammergericht* som abrupt hade fått avsluta sin dömande verksamhet 1806, när kejsaren i sin abdikations-förklaring befriade alla rikets ständer och tjänstemän från sina förpliktelser gentemot riket.

7.1 von Grubens utlåtande 1816

Ärendet gällde till en början fjorton petitioner som alla avsåg försörjning av personer tillhörande *Reichskammergerichts* personal.⁵³ Rapportör i ärendet var i detta skede kungariket Bayerns sändebud friherre *Friederich Ignatz von Gruben*, fram till 1806 själv verksam i *Reichskammergericht* såsom av kurfurstendömet Mainz presenterad assessor.⁵⁴ Redan på detta stadium, under von Grubens beredning, kom ärendet att utvidgas från att avse ett fåtal petenter till att omfatta hela domstolspersonalen, från domstolschef till kopister och bud. Bidragande till beredningen förefaller ha varit förutvarande protonotaren, sedermera Justizrath, Kraus som i mycket positiva ordalag omtalas av rapportören von Gruben.⁵⁵ Utredningsresultaten redovisade rapportören i ett utförligt utlåtande, vilket inklusive bilagor intogs i förbunds-församlingens tryckta protokoll.⁵⁶

Rapportören går till väga som dåtidens kamerala metoder och rutiner krävde: Han börjar med att utreda vilka finansieringsbehov som uppstår när det gäller att täcka legitima krav på pension. Han utreder därför, vilka enskilda personer som kan komma i fråga för *Sustentation*, dvs. underhåll i form av pension. Han delar in dem i sex personalgrupper (*Klassen*): Presidenter och bisittare, kanslipersoner, rättens läkare, bud (ridande och till fots), advokater och prokuratorer, protokollister och notarier. Inom varje grupp utreder han de i gruppen ingående personernas aktuella läge. Om domar- och kanslipersonalgrupperna får man t.ex. veta, vilka som har fått annan tjänst och

⁵³ Efter förbunds-församlingens första behandling inkom ytterligare petitioner till förbunds-församlingen, se Protokolle 1817, 2. Sitzung, 16.1.1817, § 14 (s. 17 f.) med bilaga 6 (s. 21–24).

⁵⁴ Des Kaiserlichen und Reichs-Cammer-Gerichts Kalender auf das Jahr ... MDCCCXV ... Frankfurt am Main. Avdelning Assessorer, s. C3 verso. Citeras nedan Reichs-Cammer-Gerichts Kalender 1805.

⁵⁵ Om Johann Georg Kraus, se Reichs-Cammer-Gerichts Kalender 1805 s. D recto (efternamnet stavas här *Krauß*).

⁵⁶ Protokolle 1816, 7. Sitzung, 28.11.1816, § 30 Die Sustentations-Angelegenheit der Reichs-kammergerichtlichen Individuen betreffend (s. 106–108) med bilaga 21 (s. 111–142).

vilka inte och att de som inte har fått annan tjänst ofta inte har kunnat få det på grund av hög ålder (bl. a. assessorn *Friedrich Joseph friherre von Schmitz zu Grollenburg* var över 84 år, assessorn *Clemens von Hueber von der Wiltau* 80 år, presidenten *Franz Paul Christoph friherre von Seckendorff* 68 år, advocatus fisci *Schelver* 75 år och kansliförvaltaren *Handel* 70 år). Alla dessa har rätt pension på livstid utan avdrag både *pro praeterito* och *futuro*, alltså för förfluten tid och framtiden. Rapportören anger också att dessa personers tjänstetid vida överstiger de femton år, som enligt 1803 års riksdeputationsbeslut krävs för att få hela beloppet utan arbete.

För varje personalgrupp granskas vidare beloppsberäkningen med tanke på att beloppen hade bestämts för mycket länge sedan. T.ex. för bisittare hade belopp bestämts 1719, nästan 100 år tidigare. För kanslipersonalen hade beloppen aktualiserats 1732, men tillgängliga medel hade inte varit tillräckliga för att utbetala dem. 1768 betalades de då upplupna beloppen ut, men därefter och ända fram till 1803 hade åter belopp upplupit, som inte betalats. Med utgångspunkt i dessa uppgifter beräknar respektive uppskattar rapportören sedan aktualiserade avlöningsbelopp i 1816 års valuta och penningvärde.

I nästa steg utreds vilka medel som kan förväntas stå till förfogande för betalning av de förväntade avlöningsbeloppen⁵⁷ för både förfluten tid och framtid. Källorna för sådana medel är i huvudsak två:⁵⁸ Den ena källan var *Kammerzieler*, en inom Tyska riket uttagen och enbart för *Reichskammergericht* avsedd, alltså specialdestinerad, skatt att betalas av rikets stånd och utdebiterad efter riksmatrikeln. Dessa Kammerzieler hade åtskilliga stater efter 1806 fortsatt att frivilligt betala helt eller delvis. Den andra källan är det kapital som hade ackumulerats i *sustentationskassan* hos *Reichskammergericht*, där domstolens *Pfennigmeisterei* förvaltade de till domstolen inkommande löne-medlen och sportlerna. Kassan kunde placera sina tillgångar räntebärande respektive ta upp lån mot ränta för att vid behov anskaffa likviditet.

⁵⁷ Penningbelopp redovisas i rapporten genomgående enligt "24-Gulden-Fuß", vilken då tillämpades i Sydtyskland och var den myntfot som hade föreskrivits i § 30 tredje stycket riksdeputationsbeslutet för betalning enligt beslutet. För belopp avseende förfluten tid redovisas dessutom uppgifter i "Reichsthaler im 20 Gulden Fuß", dvs. enligt den något äldre österrikiska myntfoten.

⁵⁸ En tredje källa, sportler uppburna i domstolsverksamheten, sinade, när den dömande verksamheten upphörde. – Om *Reichskammergerichts* ekonomi i allmänhet och inkomstkällor i synnerhet under 1700-talet se Georg Melchior von Ludolff, *Historia sustentationis judicii supremi cameræ. Das ist: Gründlicher Unterricht Von dem Unterhalt des Kayserl. und ReichsCammer-Gerichts ...*, Frankfurt am Main 1721. VD18 11067489, Online hos Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt, urn:nbn:de:gbv:3:1-263370. Författaren var assessor i *Reichskammergericht*.

Som resultatet skisserar rapportören en årlig *driftbudget* med följande belopp:

	fl.	kr.
intäkter om	66.044	27
utgifter om	-60.295	49
reserv	5.748	38

*Kassans status*⁵⁹ redovisar rapportören med

	fl.	kr.
Kammerzieler och fordringar	157.051	54
Avlönings- och andra skulder	-151.398	2
Överskott	5.653	52

Rapportörens beräkningar specificeras i tabellbilagor. Där finner man uppgifter om debiterade och resterande Kammerzieler-belopp, om nya arbetsgivare till domstolspersonal och nya avlöningsbelopp, om detaljer avseende sustentationskassans tillgångar och t.o.m. resterande lönebelopp för tiden sedan den 20 mars 1768 – nästan ett halvt sekel – avseende avlidna och levade personer hörande till domstolens kansli.

von Gruben framhöll avslutningsvis att ytterligare utredning var nödvändig för att bekräfta och ytterligare underbygga beräkningarna och förslag att Kurhessens sändebud *Carl Friedrich Buderus von Carlshausen*⁶⁰ skulle utföra den. Förbundsförsamlingen beslutade att von Gruben skulle vara kvar i sin funktion och att von Carlshausen skulle fortsätta med utredningen. von Gruben und von Carlshausen fick fullmakt att såsom kommissarier granska de aktmässiga beräkningarna och att infordra alla ytterligare nödvändiga bevis. I övrigt skulle församlingen åtta dagar senare diskutera ärendet i konfidentiellt möte. Sedan skulle fortsatt handläggning äga rum efter sex veckor respektive på sätt som angavs i instruktioner som kunde förväntas.⁶¹ Handlingarna i ärendet trycktes loco dictaturae och delgavs samtliga beskickningar.

⁵⁹ Rapportören von Gruben anger inte per vilket datum beloppen anges. Han undertecknade sin rapport den 27 november 1816 och kan antas ha aktualiserat sina uppgifter fram till denna dag.

⁶⁰ Biografiska uppgifter se Hessische Biografie, Landesgeschichtliches Informationssystem Hessen, <http://www.lagis-hessen.de/pnd/139295828> [20170203 22:48].

⁶¹ Protokolle 1816, 7. Sitzung, 28.11.1816, § 30 (s. 108), Protokolle 1817, 2. Sitzung, 16.1.1817, § 14 (s. 17 f.) med bilaga 6 (s. 21–24) därefter fristförlängning Protokolle 1817, 11. Sitzung, 17.2.1817, § 42.

Så som ärendet utvecklade sig sedan, fattade förbunds församlingen ett någorlunda slutligt beslut i ärendet först i november 1817.

7.2 von Carlshausens kommissionsrapport 1817

Den 20 februari 1817 lämnade von Carlshausen sin kommissionsrapport.⁶²

Carlshausens tankar går i samma banor som von Grubens i 1816 års utlåtande. Personuppgifterna är aktualiserade och mera fullständiga; det samma gäller för uppgifter om resterande lönebelopp.

Såsom *status* per 31 december 2016 redovisar von Carlshausen:

	fl.	kr.
Kontantkassa hos RKG	683	13
Kammerzieler, obetalda	160.830	47
Räntefordringar	4.399	34 1/2
<i>summa</i>	165.913	34 1/2
Avlönings- och andra skulder	-121.817	11
Överskott	44.096	23 1/2
Om avlöningsskulder för förfluten tid helt eller delvis inte skulle betalas ut, skulle överskottet kunna öka till	125.644	6 1/2

När det gäller *årliga betalningar* räknar han med

	fl.	kr.
Intäkter		
Kammerziel, hel	79.066	9
Kammerziel, halv	39.533	4 1/2
Räntor	7.657	4 1/2
Kapitalamorteringar (fördelade på 15 år)	14.502	40
<i>summa</i>	140.758	53 1/2
Utgifter	131.387	0

Rapportörens konklusion är att 1 1/2 Kammerzieler skulle ge inkomster som skulle vara tillräckliga för täckning av de kalkylerade årliga utgifterna. Han påpekar också att elva domare – domstolschefen och tio assessorer – hade fått tjänster i Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden och Hessen. Om dessa skulle avlönas av sina suveräner, skulle den på alla stater som helhet vilande bördan

⁶² Protokolle 1817, 12. Sitzung, 20.2.1817, § 56 (s. 96–99) med bilaga 16 (ny paginering s. 1–71). – Justizrat Kraus, som tydligen hade medverkat i utredningen beviljades vid samma tillfälle dagpenning för sin vistelse i Frankfurt, se § 57 (s. 99).

minskas med 69.120 fl. årligen. För alla övriga utgifter skulle i så fall ett halvt Kammerziel vara tillräckligt.

Förbundsförsamlingens beslut blev att utredningen skulle fortsätta och instruktioner inhämtas av medlemsstaterna. Årets slut var emellertid nära och därmed nästa termin för utbetalning av pensioner. Förbundsförsamlingen föreslog därför att medlemsstaterna såsom provisorium skulle betala ett halvt Kammerziel som förskott för pensionsutbetalningar under första halvåret 1817. Handlingarna i ärendet trycktes loco dictaturae och distribuerades.

7.3 Våren 1817: Detaljer och diskussioner

Varken von Gruben eller von Carlshausen hade ifrågasatt sustentationskassans roll som utbetalande instans. Kassan förutsattes vara kvar i *Pfennigmeisterei*, kassakontoret vid *Reichskammergericht* med Reichspfennigmeister Wolfgang von Hötendorf⁶³ som chef. Kassan förutsattes behålla sin roll både vid mottagande av anslag i form av Kammerzieler från medlemsstaterna och vid periodisk utbetalning av pensioner till pensionärerna.

Som alternativ framfördes under diskussionen i februari 1817 ett förslag att fördela pensionärerna på medlemsstaterna, vilka sedan skulle utbetala pensionerna. Som kommentar till detta förslag påpekade von Carlshausen att sustentationskassesystemet garanterade att bördorna fördelades jämnt på alla medlemsstater. Dog en pensionär i sustentationskassesystemet och upphörde betalningarna till honom, skulle allas bördor minska automatiskt – vilket inte utan vidare skulle vara fallet, om medlemsstaterna var för sig skötte pensioneringen av enbart vissa personer.⁶⁴

Andra förslag som på våren 1817 framfördes under diskussionen var att utbetalningarna skulle begränsas till att avse tiden fr.o.m. 1817 och inte skulle ske för förfluten tid, och även att endast de pensionärer skulle omfattas som inte hade fått annan tjänst. Vidare framkom under diskussionen krav på ytterligare beräkningar. Förutom den enkla beräkningen baserad på första årets pensionsbelopp krävdes en mera sofistikerad livränteberäkning med utgångspunkt i pensionärens ålder, ett antagande om återstående levnad och en kapitalisering av räntebetalningarna med kalkylränta om fyra procent samt antagande om utbetalning halvårsvis i efterskott. Slutligen ifrågasattes rimligheten i att repartition på medlemsstaterna av den totala bördan skulle ske på grundval av den förefintliga riksmatrikeln. Matrikeln ansågs vara föråldrad

⁶³ Reichs-Cammer-Gerichts Kalender 1805 s. D2 recto, där han uppförs som Quaestor sedan den 7 april 1775.

⁶⁴ Protokolle 1817, 14. Sitzung, 27.2.1817, § 67 (s. 107 f.) med bilagor 33, 34 (s.117–124).

och oanvändbar efter de senaste årens territoriala förändringarna. I stället skulle övervägas att ta folkmängden som måttstock för repartitionen.⁶⁵ Medlemsstaten Bayern framförde bl.a. ett visst missnöje att ärendet gjorde endast långsamma framsteg.⁶⁶

Medan diskussionen mellan medlemsstaterna pågick, inkom i juni 1817 till förbunds församlingen en petition av Leser, läsaren, Marks⁶⁷ i Wetzlar. Han begärde ett tillägg till sin pension med hänvisning till att han tidigare också hade arbetat i Pfennigmeisterei vid *Reichskammergericht*. Hans ansökan avlogs emellertid efter utredning men utan motivering.⁶⁸ Hade han haft framgång med sin begäran, hade man förmodligen fått justera alla beräkningar som då cirkulerade.

Under samma månad inkom också invändningar av Hohenzollern, Liechtenstein, Reuß, Schaumburg-Lippe, Lippe och Waldeck som i huvudsak avsåg repartition efter befolkningstal.⁶⁹

Då, i juni 1817, hade diskussionen pågått i fyra månader. Halvårsskiftet närmade sig och därmed nästa termin för ytterligare provisorisk betalning av löpande pensioner. Österrike och Kurhessen yttrade sig, hade invändningar i detaljer, men var inte ovilliga att acceptera liggande förslag, om övriga också skulle gjorde det.⁷⁰

7.4 Juli 1817: Beslut?

Halvårsskiftet passerade, man var inne på juli månad 1817. Skall pensionsbetalningar ske? Förbunds församlingens presidium ingriper och på dess förslag anvisas Pfennigmeister von Hötendorf att inte betala annat än sådant som avser juni. Samtidigt skall lugnande besked ges pensionärerna att betalningsförbudet torde upphävas i god tid före slutet av juli 1817.⁷¹

⁶⁵ Protokolle 1817, 22. Sitzung, 26.3.1817, § 124 (s. 200) med bilaga 47 (s. 211–213). – Angående livränteberäkningen görs en reservation: "Die Commission hat sich zu Veranschlagung der Renten zu Capital (nach den Probabilitäts-Tabellen) eines hiesigen, als sehr geschickt bekannten Rechners Herrn Chelius bedient, und hat in Ansehung der Art der Berechnung sich auf diesen verlassen müssen. Die ihm vorgelegte Aufgabe war diese: Zu wie hoch ist eine gegebene Leib-Rente für einen Mann von gegebenem Alter anzukaufen, wenn der, welcher die Rente übernehmen soll, Schuldner der Summe zu 4 prC. ist?" (s. 213). – Jfr även vad som mycket kort antyddes i von Grubens utlåtande i slutet om likheter av den då och där omnämnda beräkningen "mit Tontinen oder Verträgen auf Lebenszeit"; Protokolle 1816, 7. Sitzung, 28.11.1816, bilaga nr 21 (till § 30) § 17 andra stycket sista meningen (s. 118).

⁶⁶ Protokolle 1817, 25. Sitzung, 1.5.1817, § 146 (s. 274 f.).

⁶⁷ Joseph Marks, uppförd i Reichs-Cammer-Gerichts Kalender 1805 s. D verso.

⁶⁸ Protokolle 1817, 34. Sitzung, 12.6.1817, § 228 (s. 464).

⁶⁹ Protokolle 1817, 35. Sitzung, 19.6.1817, § 244 (s. 495 f.).

⁷⁰ Protokolle 1817, 38. Sitzung, 26.6.1817, § 268 (s. 533–536).

⁷¹ Protokolle 1817, 40. Sitzung, 3.7.1817, § 289 (s. 562 f.).

Sedan går det fort. På mötet den 7 juli 1817 godtar Nederländerna för Luxemburg i stort sett det liggande förslaget.⁷²

På nästa möte, tre dagar senare, den 10 juli 1817 voterar först Bayern och storhertigdömet Hessen.⁷³ Sedan går turen till de Fria städerna Lübeck, Frankfurt, Bremen och Hamburg, företrädna av Bremens senator Smidt. Städernas votum blir ett entydigt förord för den enkla lösningen utan sustentationskassans medverkan:

Der Plan dieser Vertheilung ist einfach, macht weitere gemeinschaftliche Beiträge, deren Ausmittelung, Verwaltung und Aufsicht auf dieselbe überflüssig, führt mithin schnell und sicher zum Zweck, und spart Zeit und Mühe für wichtigere Geschäfte.⁷⁴

Medlemsstaterna skall betala pensioner till angivna pensionärer som de övertar. Endast pensionsbetalningar för framtiden skall regleras nu. Smådetaljer i beräkningen korrigeras. Nästan alla medlemsstater ansluter sig till denna lösning, och förbundsförsamlingen anser sig kunna fatta det slutliga beslutet. Alla sändebud kallas till konfidentiell överläggning för slutjustering.⁷⁵

Den 14 juli 1817, på nästa möte, tas det färdigt formulerade beslutet till protokollet.⁷⁶

Medlemsstaterna övertar betalningarna enligt en mycket enkel lista i vilken anges utbetalande stat, pensionären, beloppet och att listan gäller för betalning fr.o.m. juli 1817. Listan återges nedan på sidorna 893–895.

I själva beslutstexten anges föreskrifter som kompletterar listan. Huvudpunkterna är:

- Pensionärerna kan i Tyskland leva var de vill och behöver inte ta tjänst.
- Betalning kan begäras i Wetzlar eller Frankfurt.
- Pensionerna betalas ut kvartalsvis.
- Tar en pensionär åter en avlönad tjänst, skall pensionen minskas med lönen.
- Dör en pensionär, behåller hans arvingar pensionen till slutet av det kvartal, i vilket dödsfallet inträffar; nådekvarteral medges inte.

7.5 Förbehåll och slutligt beslut

Men alla medlemsstater hade ännu inte förklarat sitt godkännande. Württemberg hade tidigare gjort några förbehåll, bl.a. om återlämning av skuldebrev som fanns hos sustentationskassan. Även Baden ville ha skuldebrev

⁷² Protokolle 1817, 41. Sitzung, 7.7.1817, § 306 (s. 599).

⁷³ Protokolle 1817, 42. Sitzung, 10.7.1817, § 318 (s. 624 f.).

⁷⁴ Protokolle 1817, 42. Sitzung, 10.7.1817, § 318 (s. 626).

⁷⁵ Protokolle 1817, 42. Sitzung, 10.7.1817, § 318 (s. 624–641).

tillbaka. Dessutom antydde Baden viss irritation att arkivet hos *Reichskammergericht* krävde betalning för eftersökning och utlämning av akter och uttryckte önskemål om snar pensionering av arkivets personal för att påskynda fördelningen av domstolens akter på medlemsstaternas arkiv. Dessutom återstod att finna ett svar på frågan vad som skulle göras åt resterande lönebelopp från tiden före den 1 januari 1817.

Presidiet, dvs. Österrike, föreslog att den sittande kommissionen skulle fortsätta sitt arbete och utreda dels restantierna, dels frågorna rörande skuldebrev hos *Reichskammergericht* och domstolens arkiv. Förslagen bifölls med alla röster.⁷⁷

Därmed hade Württembergs förbehåll undanröjts. Emellertid kunde ännu inte fastställas att beslutet i huvudfrågan, dvs. efter pensionernas utbetalning, var fattat med den enhällighet som ansågs nödvändig. Badens företrädare fick rapportera beslutet i skuldebrevs- och arkivfrågan och avvakta instruktioner hur han skulle rösta – liksom storhertigdömet Hessens företrädare, eftersom hans huvudman tidigare hade instämt i Badens förbehåll. Instruktionerna anlände dock förhållandevis omgående. Den 20 november 1817 förklarade Baden sitt uttryckliga godkännande av det beslut som framgick av protokollet den 14 juli 1817,⁷⁸ och den 27 november 1817 anslöt sig även storhertigdömet Hessen till beslutet.⁷⁹

Nu hade alla medlemsstater kommit till samma resultat, enhällighet fanns, beslutet var slutligt fattat: Vad som föreskrevs för tiden fr.o.m. 1817 i listan och det med listan sammanhängande beslutsdokumentet skulle verkställas – och verkställdes – av medlemsstaterna.

Överenskommelsen bar tydliga drag av kompromiss och förlikning. Sannolikt var någon medlemsstat egentligen inte nöjd med resultaten; diskussionerna på våren 1817 låter förstå att det fanns såsom tung ansedd kritik även mot den lösning som alla enades om. Men missnöjet var inte så stort att resultatet kom i fara vid slutgranskningen i medlemsstaternas stats- och finansdepartement. Och resultatet var definitivt genomförbart och praktikabelt.

Överenskommelsen utgör också en bekräftelse för det paradigmskifte i fråga om social omsorg som ägde rum under och efter övergången från 1700-talet till 1800-talet. Kyrkornas mångfasetterade sociala verksamhet övertogs suc-

⁷⁶ Protokolle 1817, 43. Sitzung, 14.7.1817, §§ 330, 331 (s. 636–641).

⁷⁷ Protokolle 1817, 46. Sitzung, 10.11.1817 § 380 (s. 749).

⁷⁸ Protokolle 1817, 50. Sitzung, 20.11.1817, § 391 (s. 765).

⁷⁹ Protokolle 1817, 52. Sitzung, 27.11.1817, § 399 (s. 785).

cessivt av staterna. I barmhertighetens ställe skulle ”gute Policey” och ”Wohlfahrtspolizei” bli statsuppgifter.⁸⁰ Kyrkans uppgifter skulle inte bara övertas utan vidareutvecklas. Ärendet angående pensioner till *Reichskammergerichts* personal åskådliggör detta krav: Det ovan citerade stadgandet i riksdeputationsbeslutets § 59 hade klargjort att sekularisering 1803 inte skulle genomföras som krigsbetingad expropriation utan ersättning. Stadgandet föreskrev i inskränkande syfte hänsynstaganden till enskilda personer och åtgärder som kunde motsverka deras utsatthet. Därför hade stadgandet inte försvunnit ur tidens politiska medvetande trots att tidsomständigheterna hade förändrats radikalt. Tvärtom blev dess påbud aktualiserade och *ex analogia* tillämpliggjorda på förhållanden som de inte var skrivna för – t.ex. när Tyska förbundets förbunds församling skulle dra sitt strå till stacken, när det gällde att förmå medlemsstaterna till att sörja för den nedlagda högsta domstolens personal utan huvudman. Det var inte omsorg av barmhertighet, *ex gratia*, det var inte heller en förpliktelse *ex lege* som en domstol kunde fastställa, utan det var något annat som förhandlingar fick klä i ord och siffror. Tiden hade då ännu inte någon term för innehållet i det beslut som togs av Tyska förbundets förbunds församling den 6 november 1817; i dag skulle vi med tillämpning av vår tvåhundra år yngre terminologi kunna kalla det som skedde för tillämpad social omsorg och beslutets innehåll för en social plan med lönegarantibetalningar till *Reichskammergerichts* tidigare anställda.

8 Vad hände sedan?

8.1 Skuldebrev och arkivet

Frågan efter skuldebrev, som under hösten 1817 ställdes av Baden och storhertigdömet Hessen, fick sitt svar först 1823 i samband med den slutliga likvidationen av sustentationskassan. Denna kassa hade i huvudsak avvecklats efter 1817 års beslut om pensionerna. Tyska förbundets kassa, *Bundeskasse*, hade övertagit kvarvarande uppgifter.

Den 30 december 1822 återkom Württemberg till den 1817 ställda frågan med en formlig framställning om återlämning av de skuldebrev för tecknat kapital i sustentationskassan, som ännu inte hade återlämnats. En utredning

⁸⁰ Se Stolleis (fn. 16) s. 248–258 och Michael Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003, s. 23–35, särskilt s. 24: ”Der souveräne Staat der Neuzeit behielt also die Kompetenz-Kompetenz und konnte von dieser Position aus auch den Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege Unantastbarkeit und Selbstentfaltung garantieren.”

verkställdes och en likvidationsberättelse med översikt över sustentationskassans avveckling av aktiva och passiva lämnades av förbundskassan till förbundsförsamlingen. Berättelsen godkändes den 24 februari 1823 och fogades till förbundsförsamlingens protokoll som bilaga.⁸¹ Skuldebrevet torde därefter återlämnats och kvitterats i vederbörlig ordning.

Frågan vad som skulle ske med *Reichskammergericht*-arkivet besvarades efter lång utredning och många diskussioner först 1845 i och med att förbundsförsamlingen beslutade om slutlig avveckling av arkivet.⁸² Beslutet verkställdes under åren 1847–1852.⁸³

8.2 Pensionsrestantier

Pensionsrestantierna för tid före 1817 kom att sysselsätta förbundsförsamlingen i många år. Svaret på frågan förutsatte att enhällighet kunde uppnås om fler än de få faktorer – personer, årsbelopp och utbetalande stat – som bestämde 1817 års beslut. Nu skulle också utredas vilka betalda Kammerzieler som skulle tillgodoräknas vilka stater – bara det ett förehavande där meningsskiljaktigheterna kunde förväntas vara stora med tanke på de territoriala förändringarna som hade ägt rum sedan 1700-talets sista decennier. Berättigade pensionärer och deras eventuella arvingar skulle identifieras, pensionsbeloppen fastställas retroaktivt för årtionden och den totala pensionskulden beräknas på ett sätt som alla berörda stater kunde godta. Sedan skulle enighet uppnås om tillvägagångssätt och fördelningsnyckel vid repartitionen och slutligen även om utbetalningsmodaliteter.⁸⁴ Med andra ord: Alla de frågor, som man elegant hade kunnat undvika att besvara i 1817 års förlikning, ställdes på nytt. Svarsförslagen blev alltmer komplexa och argumenten *pro et contra* i tilltagande grad invecklade och allt svårare att väga mot varandra. Först 1831, arton år

⁸¹ Protokolle 1823, 4. Sitzung, 24.02.1823, § 30 (s. 61 f.) med bilaga 1 (s. 63–66).

⁸² Protokolle 1845, 32. Sitzung, 4.9.1845, § 344 (s. 816–821).

⁸³ Se Ingrid Scheurmann (utg.), *Frieden durch Recht. Das Reichskammergericht von 1495 bis 1806*. Mainz 1994, nr 256 (s. 342 f.) med hänvisning till Walther Latzke, *Das Archiv des Reichskammergerichts*, i *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, vol. 78, s. 321–326; även online <https://doi.org/10.7767/zrgga.1961.78.1.321> [20170204 23:32].

⁸⁴ Se redovisningen under uppslagsordet *Reichskammergerichts-Sustentation* (*Sustentation reichskammergerichtlicher Individuen*) i Johann Daniel Leutheuser, *Alphabetisches Register über die Verhandlungen der deutschen Bundesversammlung vom 1. October 1816 bis zum Schlusse des Jahres 1836*, Frankfurt u.ä., s. 353–357 (särskilt s. 354 f.).

efter den första förlikningen, kunde förbunds församlingen fatta ett beslut som alla medlemsstater i förbundet – *nolens volens* – accepterade och genomförde.⁸⁵

Den sociala planen avseende lönegarantibetalningar till personalen av Tyska rikets nedlagda *Reichskammergericht* var äntligen genomförd.

⁸⁵ Protolle 1831, 40. Sitzung, § 281 (Besoldungs- und Pensions-Rückstände der zum vormaligen Kaiserlichen und Reichskammergericht gehörenden Personen betreffend (s. 898–910). – Vid samma möte avtog förbunds församlingen efter utredning en petition av förutvarande advokaten och prokuratorn vid Reichskammergericht, sedan Oberappellationsgerichtsrats i Lübeck, Dr. Goll angående utbetalning av pensionsrestantier, a.a. § 282 (s. 910 f.). Om Ignaz Goll Reichs-Cammer-Gerichts Kalender 1805 s. D recto.

Beilage
zu dem
Protokolle der drei und vierzigsten Sitzung
vom 14. Juli 1817.
73.
Bewilligte Pensionen für das Kammergericht vom 1. Januar 1817.

Staaten, welche die Zahlung vom 1. Juli 1817 an aus- schließlich übernehmen.	Namen der Pensionärs.	Jährliche Pension im 24 fl. Fuß.	
		fl.	fr.
I. Besoldete Kameralen.			
Preussen } Baiern } Baden } Württemberg	Vormaliger Kammerrichter Graf von Reigeröberg, Zuschuß	7040	—
»	Präsident von Sedendorf	6580	48
»	Kammergerichts-Assessor von Weidenfeld	4800	—
Preussen	» » » Martini	4800	—
»	» » » Schmitz	4800	—
Baiern	» » » Hueber	4800	—
»	» » » Branca, Zuschuß	800	—
»	» » Freiherr v. Sedendorf »	800	—
»	» » von der Bede »	800	—
Württemberg	» » Freiherr von Linden »	800	—
»	» » von Niedesl »	800	—
Königreich Sachsen	» » » Neurath jun. »	800	—
Baden	» » Freiherr v. Hohenhorst »	1200	—
»	» » » Stein »	353	15
Baiern	Kanzlei-Verwalter von Handel	1882	24
Baden	Reichsfiscal Werner	3200	—
Solms-Lich	Fiscal-Advocat Schelver	1828	48
Hannover	Kammergerichts-Arzt Hofrath Jordan	912	—
Preussen	» » » Gergens	912	—
Königreich Sachsen	Reichspfenningmeister von Höbendorf	1100	48
II. Canzlei.			
Preussen	Botenmeister Gref	144	—
Großherzogth. Hessen	Protonotar Appellius	928	—
Preussen	» Bachkampf	928	—
»	» Krauß	928	—
Württemberg	Notar Ballreuther	618	40
Baiern	» Gref	620	54
Sachsen	Leser Jagemann	701	—
Preussen	» Marr	701	—
Kurbeyren	» Mühl	701	—

Ur: Protokolle der Deutschen Bundesversammlung nebst den loco dictaturae gedruckten Beilagen vom Jahre 1817, Protokoll 43. Sitzung, 14.7.1817, § 330 Beilage 73.

Staaten, welche die Zahlung vom 1. Juli 1817 an aus- schließlich übernehmen.	N a m e n d e r P e n s i o n ä r e.	Jährliche Pension im 24 fl. Zug.	
		fl.	kr.
Nassau	Copist Schäfer	200	—
Anhalt $\frac{1}{2}$ }	» Schubert	300	—
Rheinstein $\frac{1}{2}$ }			
Schaumb. Lippe $\frac{1}{2}$ }			
Holstein	» Herdt	300	—
	III. Advocaten und Procuratoren.		
Nassau	Hofrath Lange	1500	—
Württemberg	» Buchholz	1500	—
Baden	» Abel	1500	—
Preussen	» Gombel	1500	—
Königreich Sachsen	» Frech	1000	—
Baden	» Lils	1000	—
Hannover	» Buff	1000	—
Preussen	» v. Vostell sen.	1000	—
Hannover	» v. Sachs	800	—
Kurhessen	» Helffrich	800	—
Medlenburg Schwerin } » Strelitz }	Geb. Rath v. Bissing	400	—
	Hofrath Sippmann	400	—
Preussen	» Mainoni	800	—
Baiern	» M. v. Vostell	800	—
Sachl. Gotha, Coburg } Meining, Hildburgh. } Freie Städte	» Dieß	800	—
	IV. Notarien und Protokollisten.		
Braunschweig	Notar Hßman	200	—
Luxemburg	» Fr. Anton Bach	200	—
Baden	» Casimir Blum	200	—
Schwarzb. Sondersh. } Schwarzb. Rudolstadt }	» Kluthe	200	—
Oldenburg	» Thomas	200	—
Nassau	» Hepp	200	—
Holstein	» Fr. Kleber	200	—
Waldeck 133 $\frac{1}{2}$ fl. } Neußäl. Lin. 66 $\frac{1}{2}$ fl. }	» J. F. Gottschalk	200	—
Braunschweig	» Joh. Maierhöfer	200	—
Hannover	Protokollist Ziesler	200	—
	V. K a m m e r b o t e n.		
Hohenz. Hechingen 55 fl. } » Sigmaring. 145 fl. }	Bote Joseph Raup	200	—
Luxemburg	» J. H. Gülske	200	—
Sachsen-Weimar	» J. W. Glaser	200	—
Hohenz. Heching. 55 fl. } Hohenz. Sigmaring. 145 fl. }	» Henni Hennings	200	—
Baiern	» J. Ludw. Horn	200	—
Württemberg	» J. A. Hartmann	200	—

Staaten, welche die Zahlung vom 1. Juli 1817 an aus- schließlich übernehmen.	Namen der Pensionäre.	Jährliche Pension im 24 fl. Fuß.	
		fl.	kr.
Württemberg . . .	Hofe J. J. Wittlinger	200	—
Kurhessen	» Joh. Hembt	200	—
Oldenburg	» Joh. Rehorn	200	—
Sachsen-Weimar . .	» J. Dieck	200	—
Neuß jüngere Linie 85 fl.	» J. Hauch	200	—
Lippe-Deimold 115 fl.	» J. W. Schuchart	200	—
Anhalt			

JENNY JULÉN VOTINIUS

JÄMFÖRT MED VEM, EGENTLIGEN? OM JÄMFÖRELSE VID MISSGYNNANDE I SAMBAND MED FÖRÄLDRALEDIGHET

1 Inledning¹

Förbudet mot missgynnande av föräldralediga arbetstagare infördes i föräldraledighetslagen år 2006.² Under de drygt tio år som sedan dess har passerat har Arbetsdomstolen prövat bestämmelsen i ett femtontal mål.³ Frågan om hur regleringen av föräldraledighet återverkar på jämställdheten, arbetskraftsförsörjningen, den ekonomiska tillväxten, och den demografiska utvecklingen är ständigt aktuell och har på senare tid uppmärksammats på EU-nivå genom initiativet *Nystart för förvärvsarbetande föräldrar* som en del i kommissionens arbetsprogram 2016. I Sverige tillsattes i februari 2016 en utredning med frågor om hur den svenska föräldraförsäkringen, och de anslutande reglerna om föräldraledighet, kan förändras för att leda till ökade jämställdhetseffekter.⁴

En viktig utgångspunkt när förbudet infördes var att detta förbud skulle vara något annat än ett diskrimineringsförbud, bland annat i det viktiga avseendet att det enligt lagen inte skulle krävas någon jämförelseperson för att kunna konstatera att ett missgynnande hade ägt rum. För att slå fast huruvida den föräldralediga arbetstagaren hade blivit missgynnad, skulle det vara tillräckligt att fråga sig hur arbetstagaren skulle ha blivit behandlad för det fall att frågan om föräldraledighet inte hade varit aktuell. Detta bidrag tar sikte på frågan om

¹ Detta bidrag har författats inom ramen för projektet *Föräldraledighetslagens missgynnandeförbud – de tio första åren*, som finansieras av Stiftelsen för rättsvetenskaplig forskning.

² Föräldraledighetslagen (1995:584) 16 §. Ändringen infördes genom SFS 2006:442.

³ AD 2009 nr 13, AD 2009 nr 15, AD 2009 nr 45, AD 2009 nr 56, AD 2010 nr 14, AD, 2011 nr 2, AD 2011 nr 20, AD 2011 nr 23, AD 2013 nr 18, AD 2013 nr 22, AD 2013 nr 63, AD 2013 nr 74, AD 2014 nr 19, AD 2015 nr 12, samt AD 2015 nr 58.

⁴ *New start to address the challenges of work-life balance faced by working families*, Justice and Consumers, D2 & D1, Employment, D1 & D2, 2015/JUST/012. Jämför även kommissionens arbetsprogram 2016 *Dags för nya tag* COM (2015) 610, Annex 1, där initiativet beskrivs som ”en rad lagstiftningsåtgärder och andra åtgärder för att på ett bättre sätt finna en balans mellan arbetsliv och privatliv för förvärvsarbetande föräldrar och stödja arbetsmarknadsdeltagande för kvinnor”. Kommittédirektiv 2016:10 *Jämställt föräldraskap och goda uppväxtvillkor för barn – översyn av föräldraförsäkringen*.

hur föräldralediga arbetstagare jämförts med andra arbetstagare i Arbetsdomstolens praxis om tillämpningen av föräldraledighetslagens missgynnandeförbud. Med sin nära koppling till frågor om könsdiskriminering knyter detta ämne an till teman och frågeställningar som Ann genom åren många gånger återkommit till i sin forskargärning. Diskussionen tar sin utgångspunkt i föräldraledighetslagens förarbeten.

I diskrimineringslagstiftningen är frågan om jämförelseperson central; just jämförelse är ett av de tre moment som tillsammans konstituerar begreppet direkt diskriminering.⁵ Eftersom föräldraledighetslagens utgångspunkt är att missgynnande skall kunna konstateras utan att någon jämförelse görs mellan den föräldralediga arbetstagaren och någon annan arbetstagare kan det, vid en första anblick, verka som att en diskussion kring temat jämförelseperson skulle sakna relevans för föräldraledighetslagens tillämpning. Men frågor om jämförelse kan i själva verket få stor betydelse när föräldraledighetslagens skyddsregler tillämpas. Även om det alltså inte krävs någon jämförelse med andra arbetstagare för att konstatera att den föräldralediga arbetstagaren har blivit missgynnad, kommer en sådan jämförelse ändå i många fall faktiskt att aktualiseras. Och detta till följd av den undantagsregel i lagen, som anger i vilka fall missgynnandeförbudet inte skall gälla. Enligt undantagsregeln är det tillåtet för arbetsgivaren att missgynna den föräldralediga arbetstagaren om missgynnandet kan anses vara en nödvändig följd av ledigheten.⁶ Såsom regleringen är uppbyggd blir arbetsgivarens utrymme för att missgynna den föräldralediga arbetstagaren med stöd av undantagsregeln många gånger beroende av just utfallet av en jämförelse mellan den föräldralediga arbetstagaren och andra arbetstagare – och dessa andra arbetstagare utgör då i praktiken jämförelsepersoner.

I det följande introduceras inledningsvis begreppet jämförelseperson såsom det utvecklats i det arbetsrättsliga sammanhang där det kan anses höra hemma, nämligen i anslutning till reglerna om förbud mot diskriminering. Sedan följer ett avsnitt som redogör för hur frågan om jämförelse har hanterats vid utformningen av föräldraledighetslagens regler till skydd mot missgynnande. Därefter analyseras Arbetsdomstolens argumentation i de hittills tre domar där domstolen har resonerat kring frågan om jämförelse mellan föräldralediga

⁵ Begreppet direkt diskriminering är uppbyggt kring de tre momenten *missgynnande*, *jämförelse* och *orsakssamband*, och definieras sålunda som att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med någon av de diskrimineringsgrunder som anges i lagen, se diskrimineringslagen 1 kap. 4 § 1 p. Jfr prop. 2007/08:95 s. 101.

⁶ Föräldraledighetslagen (1995:584) 16 §.

arbetstagare och andra arbetstagare. En viktig fråga för analysen är vilka slutsatser man kan dra av Arbetsdomstolens resonemang i de tre domarna om vad som skall gälla vid konstruktionen av jämförelse och val av jämförelseperson vid tillämpningen av föräldraledighetslagens regler.

2 Jämförelseperson i diskrimineringslagstiftningen

De arbetsrättsliga reglerna om direkt diskriminering bygger på att en jämförelse görs mellan den som anser sig missgynnad och någon annan person. Redan den första jämställdhetslagen, som infördes 1980, tog sin utgångspunkt i en jämförelse. Jämförelsepersonen skulle vara en person av motsatt kön, som var anställd hos arbetsgivaren, och vars arbetsuppgifter var liknande eller likvärdiga de arbetsuppgifter som utfördes av den som påstod sig vara missgynnad.⁷ Sedan slutet av 1990-talet har de arbetsrättsliga reglerna om diskriminering successivt utvecklats och fått delvis nytt innehåll.⁸ Denna utveckling, som till stor del har motiverats med hänvisningar till EU-rätten, skedde i lagarna om förbud mot diskriminering som har samband med etnicitet, funktionshinder, respektive sexuell läggning, samt i jämställdhetslagen. År 2008 fördes samtliga dessa lagar samman i diskrimineringslagen, där missgynnande definieras som att någon "behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation".⁹

Diskrimineringsförbudet kräver alltså att den som anser sig diskriminerad i förhållande till någon annan skall visa att de två befinner sig i en situation som är jämförbar. Jämförelsen behöver dock inte göras med en faktisk person, eftersom lagstiftningen möjliggör en argumentation utifrån hur att arbetsgivaren hypotetiskt sett skulle ha behandlat någon annan. Det är *jämförbar situation* som är det centrala rekvisitet vid konstruktionen av jämförelseperson i diskrimineringslagstiftningens mening.¹⁰ I fall som gäller arbetssökande aktua-

⁷ Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet 4 § 1 p. Prop. 1978/79:175 bl. a. s. 61 ff, 74 ff.

⁸ Lagarna om förbud mot diskriminering som har samband med etnicitet (SFS 1999:130), funktionshinder (SFS 1999:132), respektive sexuell läggning (SFS 1999:133), samt jämställdhetslagen (SFS 1991:433), upphävdes i samband med ikraftträdandet av diskrimineringslagen (SFS 2008:567).

⁹ Diskrimineringslagen 1 kap. 4 § 1 p.

¹⁰ Genom 1999 års diskrimineringslagar infördes rekvisitet *likartad situation* i den arbetsrättsliga regleringen om diskriminering, prop. 1997/97:177 s. 25, 1997/97:179 s. 40, och 1997/97:180 s. 29. Detta rekvisit införlivades något år senare också i jämställdhetslagen, prop. 1999/2000:143 s. 32. I syfte att nå bättre överensstämmelse med EU-rätten men utan att avse någon ändring i sak byttes uttrycket *likartad* senare ut mot uttrycket *jämförbar*, se prop. 2002/03:65 (diskrimineringslagarna) och prop. 2004/05:147 (jämställdhetslagen). Detta är också det uttryck som används i den nu gällande diskrimineringslagen, jfr prop. 2007/08:95 s. 101

liseras i första hand frågan om jämförbarheten i de sökandes meriter. I sammanhang som gäller arbetsvillkor tar jämförelsen istället i första hand fasta på huruvida personerna utför arbetsuppgifter som är lika eller likvärdiga.¹¹

Eftersom det arbetsrättsliga diskrimineringsförbudet förutsätter att de personer som jämförs med varandra verkligen utför arbete åt arbetsgivaren, lämpar det sig dåligt för att skydda föräldralediga arbetstagare – då ju föräldraledigheten utmärks av att arbetstagaren *inte* utför något arbete åt arbetsgivaren.¹² Just detta faktum var ett tungt vägande skäl till att föräldraledighetslagens skyddsregel utformades som ett förbud mot missgynnande istället för ett förbud mot diskriminering.

3 Föräldraledighetslagen och frågan om jämförelse

Det övergripande syftet med föräldraledighetslagens missgynnandeförbud är att förhindra att arbetstagares möjligheter i arbetslivet påverkas negativt av föräldraledighet. Förarbetena talar om lagreglernas roll för att stärka uppfattningen att föräldraskap och föräldraledighet är en naturlig del av livet och arbetslivet, och synen på föräldraledighet som något naturligt och som en av de omständigheter som arbetsgivare regelmässigt har att beakta när arbete planeras, leds och fördelas. Lagstiftningen ska på så sätt skapa förutsättningar för att föräldraskap och förvärsarbete skall kunna förenas på ett sätt som motsvarar de jämställdhetspolitiska målsättningarna.¹³

Med denna ansats bygger föräldraledighetslagens missgynnandeförbud på ett förhållnings sätt som helt bryter av mot vad som annars gäller i arbetsrätten. Normalt är det arbetsuppgifterna, deras art och omfattning, som läggs till grund för bedömningen av vad som ska anses utgöra rättvis behandling av en arbetstagare i jämförelse med en annan. Arbetsrättens utgångspunkt är att två arbetstagare som utför samma eller likvärdiga arbetsprestationer ska behandlas på samma sätt. Denna utgångspunkt ligger till grund såväl för diskrimineringslagstiftningen som för den allmänna arbetsrättsliga förståelsen av rättvisa mellan arbetstagare, men den upprätthålls inte i föräldraledighetslagen. Enligt denna lag kan den föräldralediga arbetstagaren i princip göra anspråk på samma förmåner som de arbetstagare som varit tjänst och utfört arbete, trots att den som är föräldraledig inte alls utför något arbete.¹⁴

¹¹ Prop. 2005/06:185 s.78, jfr prop. 1999/2000:143 s. 32.

¹² Prop. 2005/06:185 s. 77.

¹³ Prop. 2005/06:185 s. 86.

¹⁴ Visserligen innehåller många kollektivavtal regler om att sjukskrivna – och i vissa fall föräldralediga – arbetstagare skall tas med i årliga lönerrevisioner. Detta innebär dock i regel inte att arbetstagaren är garanterad en viss löneutveckling under sin frånvaro.

Föräldraledighetslagens huvudregel om förbud mot att missgynna föräldralediga arbetstagare är utformad på samma sätt som det arbetsrättsliga förbudet mot direkt könsdiskriminering som tidigare fanns i jämställdhetslagen, och som sedan 2008 till sitt innehåll är överförd till diskrimineringslagen.¹⁵ Likheten med diskrimineringslagstiftningen är medvetet vald. När missgynnandeförbudet infördes i föräldraledighetslagen år 2006 skedde detta med den uttalade avsikten att föräldralediga arbetstagare skulle tillförsäkras ett i princip lika starkt skydd som gravida arbetstagare, och gravida arbetstagare skyddas av just diskrimineringslagstiftningens förbud mot direkt könsdiskriminering.¹⁶ I likhet med förbudet mot direkt könsdiskriminering omfattar föräldraledighetslagens missgynnandeförbud sålunda i princip varje försämring någon kan möta i sin egenskap av arbetssökande eller arbetstagare, och är tillämpligt så snart försämringen har samband med föräldraledighet.¹⁷

Den finns emellertid två stora skillnader mellan föräldraledighetslagens förbud mot missgynnande och diskrimineringslagstiftningens förbud mot direkt diskriminering. Den första skillnaden är alltså att missgynnande – till skillnad från direkt diskriminering – kan konstateras utan att någon jämförelse görs mellan den föräldralediga arbetstagaren och någon annan arbetstagare. Den andra stora skillnaden gäller möjligheten att göra undantag från förbudet. Föräldraledighetslagens förbud mot missgynnande är försett med en betydelsefull undantagsregel, medan förbudet mot direkt diskriminering i princip är absolut.¹⁸ Båda dessa skillnader är av stor betydelse för temat för förevarande

¹⁵ Missgynnandeförbudet kan åberopas av den som anser sig ha blivit sämre behandlad om det föreligger ett samband mellan föräldraledigheten och den sämre behandlingen. Förbudet täcker alla aspekter av anställningsförhållandet och är tänkt att omfatta alla situationer som kan uppstå i relationen mellan arbetsgivare och arbetssökande eller arbetstagare. Förbudet mot direkt könsdiskriminering fanns tidigare i 16 och 17 §§ i den numera upphävda jämställdhetslagen (1991:433). Motsvarande bestämmelser finns nu i diskrimineringslagen 1 kap. 4 och 5 §§ samt 2 kap. 1 §.

¹⁶ Se prop. 2005/06:185 s. 76f, jfr Ds 2005:15 s. 90, samt Ds 2002:56 s. 469. Diskriminering som har samband med graviditet betraktas i rättsligt hänseende som diskriminering på grund av kvinnlig könstillhörighet, och omfattas därför av diskrimineringslagens – tidigare jämställdhetslagens – förbud mot könsdiskriminering. Av detta skäl ansågs det ändamålsenligt att ta jämställdhetslagen som utgångspunkt för en skyddsreglering för föräldralediga arbetstagare.

¹⁷ I de fall där arbetsgivaren även hade något annat skäl för sitt beslut om uppsägning eller omplacering, var det tidigare inget som hindrade att beslutet samtidigt till någon del grundades på arbetstagarens ledighet. Den tidigare regeln var dessutom begränsad till att enbart omfatta arbetstagare – inte arbetssökande.

¹⁸ Att det bara finns mycket begränsade möjligheter till undantag från förbudet mot direkt diskriminering framgår av 2 kap. 2 § diskrimineringslagen (2008:567). Propositionen till föräldraledighetslagen betonade att det måste vara möjligt att göra undantag från den regel som skall skydda föräldralediga arbetstagare mot att missgynnas till följd av sin ledighet, prop. 2005/06:185 s. 79. Denna tanke var inte ny. Redan den mindre omfattande skyddsregel, som tidigare fanns i föräldraledighetslagen, medgav att arbetstagaren fick tåla sämre behandling om en sådan behandling kunde ses som en nödvändig följd av föräldraledigheten.

bidrag; hur frågan om jämförelseperson skall hanteras vid tillämpningen av föräldraledighetslagen.

Föräldraledighetslagens förarbeten gör klart att ett regelverk till skydd för föräldralediga för att vara effektivt måste utformas så att missgynnande skall kunna konstateras utan att det sker en jämförelse mellan den föräldralediga arbetstagaren och någon annan arbetstagare.¹⁹ Eftersom föräldraledigheten utmärks av att arbetstagaren inte utför något arbete åt arbetsgivaren, befinner sig inte den föräldralediga arbetstagaren i en jämförbar situation med andra arbetstagare. Bedömningen av huruvida en arbetstagare har behandlats sämre till följd av sin föräldraledighet skall därför enligt förarbetena normalt göras utifrån en jämförelse med hur samma arbetstagare hypotetiskt sett skulle ha behandlats ifall frågan om föräldraledighet inte hade varit aktuell, det vill säga ifall den föräldralediga arbetstagaren fortfarande hade varit i tjänst.²⁰ Det är viktigt att betona att det är själva ledigheten som är det skyddsvärda intresset bakom föräldraledighetslagens missgynnandeförbud. Arbetstagaren skall slippa försämringar och sämre behandling, *trots* att hon eller han under föräldraledigheten inte utför något arbete åt arbetsgivaren – syftet är att åstadkomma reell likabehandling av arbetstagarna, oberoende av frågan om föräldraledighet.²¹

Även om föräldraledighetslagens huvudregel har utformats så att ett missgynnande kan konstateras utan att den föräldralediga arbetstagaren jämförs med någon annan arbetstagare, kommer dock i vissa fall just en sådan jämförelse behöva ske för att klargöra om det missgynnande som har konstaterats verkligen står i strid med lagen.²² Detta beror på den undantagsregel som innebär att missgynnande behandling av föräldraledig arbetstagare kan rättfärdigas i fall där arbetsgivaren kan visa att den sämre behandlingen varit en nödvändig följd av ledigheten. Den närmare innebörden av detta undantag preciseras i förarbetena. Här anges att undantagsregeln får tillämpas i de fall där den föräldralediga arbetstagaren annars skulle *”särskilt gynnas i förhållande till andra arbetstagare på ett sätt som kan uppfattas som orättvist mot dessa, eller annars framstår som orimligt eller uppenbart omotiverat”*.²³ Arbetsgi-

¹⁹ Prop. 2005/06:185 s. 77.

²⁰ Prop. 2005/06:185 s. 82.

²¹ Prop. 2005/06:185 s. 81.

²² Prop. 2005/06:185 s. 87.

²³ En annan effekt av undantagsregeln är att den, genom hänvisningarna till vad som kan uppfattas som orättvist, orimligt eller omotiverat, ger möjlighet för överväganden som baserar sig på traditionella uppfattningar om vilken slags behandling en föräldraledig arbetstagare bör få tåla. Att denna effekt avsevärt minskar omfattningen av det skydd som föräldralediga arbetstagare tillförsäkras genom missgynnandeförbudet har jag diskuterat i artikeln J. Julén, ”Missgynnande i fråga om ekonomiska förmåner som en nödvändig följd av föräldraledighet” *Juridisk Tidskrift* 3 (2010–11) 620.

varen har sålunda ett utrymme att missgynna om en jämförelse skulle ge vid handen att den föräldralediga arbetstagaren annars skulle få en orättvis förmån i förhållande till andra arbetstagare. I dessa fall anses arbetsgivaren så att säga inte ha något annat val än att missgynna den föräldralediga arbetstagaren, och arbetsgivarens missgynnande ses därför som en nödvändig följd av att arbetstagaren tagit ut sin föräldraledighet. Det tydligaste exemplet på ett missgynnande som är en sådan nödvändig följd av föräldraledigheten är att arbetstagaren inte har rätt att uppbära någon lön under ledigheten.

Förarbetena betonar att utgångspunkten är att rekvisitet nödvändig följd av ledigheten skall tolkas strängt. Detta betyder att det skall mycket till för att ett skydd mot försämringar i samband med föräldraledighet skall anses vara orättvist mot andra arbetstagare, orimligt, eller uppenbart omotiverat.²⁴ Vid den inledande prövningen av huruvida ett missgynnande alls har ägt rum kommer den föräldralediga arbetstagaren att jämföras med hur hon själv skulle ha behandlats om föräldraledigheten inte hade varit aktuell. Men så snart en arbetsgivare gör gällande att missgynnandet måste tillåtas därför att lika-behandling skulle leda till att den föräldralediga arbetstagaren gynnades i förhållande till andra arbetstagare, blir den avgörande jämförelsen istället alltså den som görs mellan den föräldralediga arbetstagaren och någon eller några andra arbetstagare. Och här blir det verkligt intressant, för ingenstans i förarbetena finns någon tydlig anvisning om i förhållande till vilka andra arbetstagare en sådan jämförelse skall göras.

Arbetsdomstolen har hittills i tre mål förhållit sig till frågan om jämförelse vid tillämpningen av föräldraledighetslagens undantagsbestämmelse för missgynnande som utgör en nödvändig följd av föräldraledigheten. I det följande kommer jag att kortfattat redogöra för omständigheterna i vart och ett av dessa båda mål, och därefter analyseras Arbetsdomstolens argumentation i med utgångspunkt i frågan om hur jämförelsen mellan föräldralediga arbetstagare och andra arbetstagare har konstruerats. För i sina resonemang om jämförelse argumenterar Arbetsdomstolen på olika annat sätt i de tre målen.

²⁴ Prop. 2005/06:185, s. 87, Ds 2005:15 s. 106 f.

4 Frågan om jämförelse i Arbetsdomstolens praxis

4.1 Pensionsinbetalningar under föräldraledighet, AD 2009 nr 15

4.1.1 Bakgrund

I AD 2009 nr 15, *Stryker*-målet, prövades föräldraledighetslagens missgynnandeförbud på en pensionsförmån som var kopplad till en privat tjänstepensionsförsäkring för bolagets anställda.²⁵ Förmånen bestod i att arbetsgivaren fortsatte att göra pensionsinbetalningar under perioder då arbetstagaren var frånvarande från sitt arbete. Arbetsgivaren behandlade dock inte all frånvaro på samma sätt. Det var enbart de arbetstagare som var frånvarande på grund av sjukdom som hade rätt till fortsatta pensionsinbetalningar. Om en arbetstagare var frånvarande av annan orsak, däribland föräldraledighet, upphörde inbetalningarna. I detta mål hade arbetsgivaren upphört att betala in den månatliga premien till pensionsförsäkringen för en kvinnlig produktspecialist och säljare i samband med att hon födde sitt barn och påbörjade sin föräldraledighet. Arbetsgiversidan hävdade att det var en nödvändig följd av föräldraledigheten att inbetalningarna av pensionspremier upphörde. Pensionspremier skall, menade arbetsgivaren, ses som en form av lön, och eftersom löneutbetalningar upphör under den tid som arbetstagaren är ledig, borde detsamma gälla för pensionspremier. Arbetstagaren, som företräddes av Jämställdhetsombudsmannen, menade däremot att arbetsgivers agerande utgjorde en överträdelse av föräldraledighetslagens bestämmelser om förbud mot missgynnande som har samband med föräldraledighet. Eftersom sjuklediga arbetstagare hade rätt till bibehållna pensionsförmåner borde, förklarade Jämställdhetsombudsmannen, detsamma gälla också för föräldralediga arbetstagare.

Utgångspunkten för arbetstagersidans jämförelse var alltså att föräldralediga arbetstagare skulle jämföras med arbetstagare som var sjuklediga. Arbetsgiversidan höll inte med, utan föreslog istället att den föräldralediga arbetstagaren skulle jämföras med två andra arbetstagargrupper. Den första gruppen var arbetstagare som – utan att vara föräldralediga – var lediga av andra skäl än sjukdom. Denna grupp gick enligt företagets pensionspolicy miste om sina

²⁵ Tvisten gällde två olika förmåner som ingick i företagets ersättningspolicy. I målet var det bara den ena av dessa, ett system för pensionsinbetalningar, som behandlades med utgångspunkt i föräldraledighetslagens missgynnandeförbud. Den andra förmånen, ett lönetillägg, ifrågasattes med stöd av dåvarande jämställdhetslagens regler och kommer inte att beröras i det följande.

pensionspremier under den tid då de var lediga, precis som de föräldralediga arbetstagarna. När det gällde arbetstagare som var föräldralediga på deltid ansåg arbetsgivaren att en jämförelse också kunde ske med en annan arbetstagargrupp, nämligen de arbetstagare som var anställda på deltid. Deltidsanställda arbetstagare fick enligt företagets pensionspolicy en pensionspremie som stod i proportion till arbetad tid. Arbetsgivarsidan förklarade att i förhållande till dessa två grupper skulle föräldralediga arbetstagare gynnas på ett orättvist sätt, för det fall att de skulle få behålla sina pensionsinbetalningar under föräldraledigheten. Arbetsdomstolen anslöt sig till arbetsgivarens uppfattning. De föräldralediga skulle jämföras med arbetstagare som var lediga av andra skäl än sjukdom, samt – för de som var föräldralediga på deltid – med arbetstagare som var deltidanställda. Eftersom pensionsinbetalningarna för dessa två kategorier av arbetstagare enligt företagets pensionspolicy skulle reduceras så att de stod i proportion till arbetad tid, skulle detsamma gälla för föräldralediga arbetstagare. I annat fall skulle de föräldralediga gynnas på ett omotiverat sätt.

4.1.2 Hur Arbetsdomstolen konstruerade jämförelsen

Arbetsdomstolen förklarade i sina domskäl inte varför den ansåg att de föräldralediga arbetstagarna skulle jämföras med andra lediga arbetstagare eller med deltidanställda arbetstagare – de arbetstagargrupper som enligt arbetsgivarens pensionspolicy alltså fick vidkännas indragna respektive reducerade pensionsinbetalningar. Och domstolen diskuterade över huvud taget inte möjligheten att istället jämföra de föräldralediga arbetstagarna med sjuklediga arbetstagare – den arbetstagargrupp som enligt pensionspolicy fick behålla sina pensionsinbetalningar. På grund av dessa brister i domskälen går det inte att se vilka överväganden som ligger bakom domstolens resonemang i denna del.

Det är dock svårt att i förarbetena finna stöd för att jämföra föräldralediga arbetstagare med de två arbetstagargrupper som Arbetsdomstolen har valt – arbetstagare som är lediga av andra skäl än sjukledighet, samt arbetstagare som är anställda på deltid. Den föräldralediga arbetstagaren har, genom föräldraledighetslagens bestämmelser, en särskilt privilegierad position framför arbetstagare som är lediga av andra skäl. Att föräldralediga arbetstagare till följd av föräldraledighetslagens skyddsregler skulle kunna komma i en bättre position än arbetstagare som är lediga av andra skäl, är sålunda något som lagstiftaren har räknat med. Därför är en jämförelse mellan föräldralediga arbetstagare och arbetstagare som är lediga av andra skäl inte relevant.

Inte heller ger lagstiftningen stöd för att jämföra arbetstagare som är *föräldralediga* på deltid med arbetstagare som är *anställda* på deltid. Ändå godtog Arbetsdomstolen i *Stryker*-domen alltså en sådan jämförelse. Här slog domstolen fast att de arbetstagare i företaget som var föräldralediga på deltid skulle få pensionsavsättningar i proportion till arbetad tid eftersom detta var den princip som gällde för beräkningen av pensionsavsättningarna för de arbetstagare som var anställda på deltid. Om de arbetstagare som arbetade deltid på grund av sin föräldraledighet skulle få full pensionsavsättning skulle de, enligt Arbetsdomstolen, gynnas på ett orättvist sätt i förhållande till de arbetstagare som arbetade deltid på grund av sitt anställningsavtal. De deltidslediga och de deltidsanställda arbetstagarna skulle då arbeta i lika stor omfattning, men de deltidslediga arbetstagarna skulle få avsevärt bättre pensionsavsättningar.

Ser man till de orimliga konsekvenserna av detta resonemang förstår man att dess utgångspunkter måste vara felaktiga. Att jämställa arbetstagare som är föräldralediga på deltid med arbetstagare som är anställda på deltid innebär i förlängningen att man jämställer tid då arbetstagaren varit föräldraledig med tid då arbetstagaren inte alls varit anställd.²⁶ Just detta blir resultatet om man drar jämförelsen mellan deltidslediga och deltidsanställda till sin spets. Tankeexemplet visar att arbetstagare som är föräldralediga på deltid och arbetstagare som är anställda på deltid inte är jämförbara kategorier.

Mot bakgrund av de ändamål som föräldraledighetslagen är tänkta att förverkliga hade det i detta mål legat betydligt närmare till hands att, såsom arbetstagsidans hade föreslagit, jämföra de föräldralediga arbetstagarna med sjuklediga arbetstagare. Av föräldraledighetslagens förarbeten framgår att de särskilda skyddsreglerna för föräldralediga syftar till att sprida och stärka uppfattningen att föräldraskap och föräldraledighet är en naturlig del av livet – både arbetslivet och livet i övrigt. Föräldraledighet skall inte vara en extraordinär händelse i en arbetstages arbetsliv eller i relationen mellan en arbetsgivare och de anställda utan, enligt förarbetena, en av de omständigheter som arbetsgivare regelmässigt har att beakta när de planerar, leder och fördelar arbetet. Mot denna bakgrund verkar det högst rimligt att, i ett fall som detta, jämföra föräldraledighet med just sjukledighet. Sjukledighet och föräldrale-

²⁶ Om en heltidsanställd person som på grund av föräldraledighet tjänstgör på halvtid ska jämföras med en person som är anställd för att arbeta endast på halvtid, skall på samma sätt en heltidsanställd person som på grund av föräldraledighet tjänstgör på kvartstid jämföras med en person som är anställd för att arbeta endast på kvartstid. Följaktligen skall då också en heltidsanställd person som på grund av hel föräldraledighet inte tjänstgör alls jämföras med någon som över huvud taget inte är anställd vid företaget.

dighet är, vid sidan av semesterledighet, de två absolut vanligaste orsakerna till frånvaro från arbetsplatsen.²⁷ Dessutom har lagstiftaren alltså, genom de utförliga regler mot missgynnande som införts i föräldraledighetslagen, gjort klart att det skall finnas ett alldeles särskilt skydd mot försämringar för den arbetstagare som är föräldraledig. Motsvarande skyddsregler finns inte för arbetstagare som är lediga på grund av sjukdom. Grundtanken i föräldraledighetslagen är att en föräldraledig arbetstagare skall ha ett skydd mot försämringar i samband med sin ledighet som är lika bra eller bättre än skyddet för de arbetstagare som är lediga av annan anledning, sjukledighet inräknat. Om arbetsgivare själva tillåts upprätthålla interna ordningar, som tvärtom försätter andra lediga arbetstagargrupper i en mer gynnsam position än vad som gäller för de föräldralediga, går denna grundtanke om intet. Företags-interna bestämmelser av det slag som tillämpades i *Stryker*, där sjuklediga arbetstagare tillförsäkrades ett bättre skydd än arbetstagare som var föräldralediga, låter sig därför inte förenas med föräldraledighetslagens ändamål.

4.2 Kompetensutveckling omedelbart före längre föräldraledighet

4.2.1 Bakgrund

Några månader efter det att domen hade fallit i målet om pensionsavsättningar prövade Arbetsdomstolen ytterligare ett mål om missgynnande i samband med föräldraledighet, AD 2009 nr 45 *Diskrimineringsombudsmannen (tidigare Jämställdhetsombudsmannen) mot Stockholms läns landsting*. Också här kom Arbetsdomstolen fram till att arbetstagaren hade missgynnats till följd av sin föräldraledighet, men i detta mål fann domstolen *inte* att missgynnandet kunde tillåtas som en nödvändig följd av ledigheten. Arbetsgivaren hade överträtt föräldraledighetslagens bestämmelser och befanns vara skadeståndsskyldig.²⁸

Målet gällde en arbetstagare som under sin graviditet hade ansökt om att få gå en kurs. Kursen skulle äga rum en vecka före beräknad förlossning. Hennes ansökan hade avslagits av arbetsgivaren på den grunden att hon skulle vara ledig en längre tid direkt efter det att kursen avslutats. Diskrimineringsom-

²⁷ Se t.ex. *Långtidsutredningen 2003/04* SOU 2004:19, bilaga 1–2 s. 58 ff och Arbetsgivarverket, *Arbetad tid och frånvaro i staten – tidsanvändningsstatistik 2000–2002*, s. 7 ff.

²⁸ Skadeståndsbeloppet sattes till 25 000 kronor istället för de 40 000 kronor som arbetstagar sidan hade yrkat, vilket motiverades med att missgynnandet gällde en förmån som arbetsgivaren ensidigt förfogat över.

budsmannen, som förde arbetstagarens talan, hävdade att avslagsbeslutet hade utgjort ett otillåtet missgynnande i föräldraledighetslagens mening. Arbetsgivaren invände i första hand att arbetstagaren visserligen hade nekats tillträde till den sökta kursen, men att detta inte hade utgjort något missgynnande. Ingen arbetstagare hade någon ovillkorlig rätt att få kompetensutveckling, och dessutom hade arbetstagaren mot bakgrund av landstingets kurspolicy inte haft befogad anledning att tro att hon skulle få gå kursen. Kurspolicyen innebar att bidrag för kompetensutveckling enbart beviljades i de fall där arbetsgivaren kunde antas tillföras kompetens, och eftersom arbetstagaren planerade en längre ledighet och därför ha svårt att förankra de nyvunna kunskaperna i den praktiska yrkesverksamheten, var det osäkert om hennes kompetensutveckling skulle tillföra arbetsgivaren någon kompetens. Arbetsdomstolen fann dock att arbetstagaren haft befogad anledning att räkna med att få gå kursen, och att avslagsbeslutet därför var att se som ett missgynnande som hade samband med föräldraledigheten.

I andra hand invände arbetsgivaren att om den arbetstagare som snart skulle vara föräldraledig hade fått gå den kurs hon ansökt till, skulle hon ha gynnats i förhållande till andra arbetstagare som vill gå en kurs strax före en längre tids frånvaro. Att på detta sätt särskilt gynna en arbetstagare som skulle vara föräldraledig, vore enligt arbetsgivaren orimligt eller i vart fall uppenbart omotiverat. Arbetsgivaren menade, med hänvisning till föräldraledighetslagens undantagsregel, att beslutet att avslå arbetstagarens kursansökan därför var att se som en nödvändig följd av ledigheten. Men Arbetsdomstolen höll alltså inte med. Syftet med lagen är, förklarade domstolen, att se till att arbetstagare inte missgynnas till följd av att de utnyttjar sin lagstadgade rätt till föräldraledighet. Sålunda, fortsatte domstolen, har föräldraledigheten – till skillnad från annan ledighet – ansetts vara särskilt skyddsvärd. Utrymmet för att tillåta missgynnande som en nödvändig följd av ledigheten är, som domstolen konstaterade, starkt begränsat och i detta mål ansågs alltså förutsättningarna för att tillämpa bestämmelsen inte vara uppfyllda.

4.2.2 Hur Arbetsdomstolen konstruerade jämförelsen

I detta mål skiljer sig Arbetsdomstolens förhållningssätt till frågan om vem de föräldralediga arbetstagarna skall jämföras med påtagligt från det tidigare målet om pensionsavsättningar. Precis som i det tidigare målet hade arbetsgivarsidan här framhållit att föräldralediga arbetstagare borde jämföras med arbetstagare som var lediga av andra skäl. En arbetstagare som stod i begrepp att vara ledig av annat skäl än föräldraledighet skulle enligt arbetsgi-

varens kompetensutvecklingspolicy inte få del av den i målet omtvistade förmånen – rätten att gå en kompetensutvecklande kurs. Därför, menade arbetsgivaren, borde denna förmån inte heller tillkomma en arbetstagare som inom kort skulle vara föräldraledig. I annat fall skulle föräldralediga arbetstagare gynnas på ett orättvist sätt i förhållande till arbetstagare som var lediga av andra skäl.

Detta är just det argument som Arbetsdomstolen lade till grund för sin dom i målet om pensionsavsättningar. Argumentet går ut på att om arbetstagare som är lediga av andra skäl än föräldraledighet inte kommer i åtnjutande en viss förmån, skall inte heller den som ledig för att utöva sitt föräldraskap komma i åtnjutande av denna förmån – detta är en nödvändig följd av föräldraledigheten. Men i målet om den kompetensutvecklande kursen godtog Arbetsdomstolen inte detta argument. Tvärtom gjorde domstolen här klart att det saknar betydelse vilka förmåner arbetstagare som är lediga av andra skäl än föräldraledighet kan göra anspråk på. Föräldralediga arbetstagare skall ha samma rätt till den omtvistade förmånen – kompetensutveckling – som en arbetstagare som är i tjänst. Och detta oavsett om arbetstagare som är lediga av andra skäl än föräldraledighet går miste om kompetensutveckling till följd av sin ledighet.

Inte heller i denna dom förde Arbetsdomstolen några detaljerade eller uttömmande resonemang. Men utgångspunkten för bedömningen är ändå klar: domstolen slår fast att föräldraledighet – till skillnad från annan ledighet – har ansetts vara särskilt skyddsvärd. Denna utgångspunkt var, får man förmoda, den egentliga grunden till att Arbetsdomstolen avfärdade arbetsgivarens påstående om att det varit en nödvändig följd av ledigheten att neka den gravida arbetstagaren tillträde till den kurs hon ville gå.

Men domstolen lyfte här också fram det faktum att alla arbetstagare hos arbetsgivaren hade en egen reserverad kurspott, och att det var denna personliga kurspott som belastades när en arbetstagare gick en kurs. Därför, förklarade Arbetsdomstolen, skulle de andra arbetstagarnas möjligheter till kompetensutveckling inte ha påverkats om arbetsgivaren hade beslutat att den arbetstagare som skulle vara föräldraledig skulle få gå den aktuella kursen. De andra arbetstagarna hade ju kvar sina kurspotter. Mot bakgrund av den beskrivning av landstingets kurspolicy som återfinns i arbetsgivarsidans sakframställan är det tveksamt om Arbetsdomstolen verkligen har dragit en riktig slutsats här. Det stämmer visserligen att alla arbetstagare hade en egen kurspott. Men det framgår också att bara ett begränsat antal arbetstagare fick ta sin kurspott i anspråk under ett och samma år. De arbetstagare som ville

kompetensutveckla sig fick ansöka om kompetensutvecklingsbidrag hos arbetsgivaren. Bland ansökningarna valde arbetsgivaren ut de ansökningar som bäst svarade mot verksamhetens behov av kompetensutveckling, och som förväntades kunna tillföra arbetsgivaren mest kompetens. Detta tycks innebära att om den gravida, snart föräldralediga arbetstagaren, hade fått gå den kurs som hon hade sökt, så hade en annan, icke föräldraledig, arbetstagare kunnat få vänta till ett annat tillfälle på att få genomgå kompetensutveckling. I så fall hade ett beslut om att den snart föräldralediga arbetstagaren skulle få gå den aktuella kursen faktiskt inneburit att möjligheterna till kompetensutveckling för andra arbetstagare – i vart fall för den andra arbetstagare som istället hade fått avslag på sin ansökan – hade påverkats negativt. Genom att Arbetsdomstolen särskilt lyfter fram den omständigheten att andra arbetstagares möjlighet till kompetensutveckling *inte* skulle ha påverkats av att den snart föräldralediga arbetstagaren beviljades tillträde till kursen, framstår det som att detta är en omständighet av särskild betydelse. Detta kan tolkas som att domstolen möjligen skulle ha ansett att den snart föräldralediga arbetstagaren inte borde ha fått gå den kurs hon hade sökt, för det fall att detta hade lett till att andra arbetstagares möjligheter till kompetensutveckling hade försämrats. Tyvärr innehåller domen inte något resonemang kring hur intresset av kompetensutveckling för den arbetstagare som står i begrepp att vara föräldraledig skyddas i förhållande till motsvarande intresse för den arbetstagare som kvarstår i tjänst. Som domen nu är formulerad tycks Arbetsdomstolen inte anse att det i målet föreligger någon risk för intressekonflikt mellan den snart föräldralediga arbetstagaren och en arbetstagare som skall vara kvar i tjänst. Men en sådan konfliktrisk finns uppenbarligen, eftersom arbetsgivaren bara beviljade ett begränsat antal ansökningar om kompetensutveckling vid varje ansökningstillfälle. Och frågan är då vem som skall få företräde till kursen för det fall att det finns fler sökande än antalet platser. Här kan man anlägga olika synpunkter. En arbetstagare som skall vara föräldraledig har, precis som sina arbetskamrater, ett intresse av kompetensutveckling. Kompetensutveckling innebär mer kunskap, bättre befordringsmöjligheter, bättre förutsättningar för löneförhöjning och en allmän utveckling av yrkesrollen. Den föräldralediga arbetstagarens intresse av dessa fördelar blir inte mindre för att han eller hon kommer att vara borta från arbetet under en begränsad tid. Samtidigt är det så att om den arbetstagare som skall vara föräldraledig får vänta på kompetensutveckling till dess att han eller hon kommer tillbaka till arbetet, kan istället en arbetstagare som är i tjänst beredas möjlighet till kompetensutveckling. Och det kan då verka rimligt att den som ändå skall vara

föräldraledig får vänta på kompetensutveckling till dess att han eller hon kommer tillbaka till arbetet. Detta eftersom en arbetstagare som är i tjänst – till skillnad från en föräldraledig arbetstagare – kan få nytta av sina nya kunskaper, och de därtill hörande fördelarna, omedelbart.

Här finns alltså ett argument som Arbetsdomstolen hade kunnat undersöka för att rättfärdiga arbetsgivarens uppfattning att det varit en nödvändig följd av ledigheten att avslå den snart föräldralediga arbetstagarens kursansökan. Domstolen hade kunnat pröva om den snart föräldralediga arbetstagaren, för det fall att hon hade fått gå kursen, hade gynnats på ett orättvist sätt i förhållande till de arbetstagare som var kvar i tjänst. Så skedde dock inte.

4.3 Möjlighet att nå prestationsbaserad lönenivå trots vård av sjukt barn

4.3.1 Bakgrund

Det tredje målet där frågan om jämförelse har aktualiserats, AD 2015 nr 74, handlade om bemanningsavtalets lönebestämmelser för ambulerande tjänstemän. Arbetsdomstolen prövade här huruvida avtalet innebar otillåtet missgynnande av arbetstagare som varit tjänstlediga med tillfällig föräldrapenning för vård av sjukt barn.

Lönen enligt bemanningsavtalet är uppdelad i grundlön och prestationslön. Den lägre grundlönen utgår på villkor att arbetstagaren har stått arbetsgivarens förfogande på hel- eller deltid, oavsett hur mycket arbetstagaren faktiskt har varit utbokad i arbete. Grundlönen är sålunda en garanti för att arbetstagaren skall få lön för ett visst antal timmar varje månad även om arbetsgivaren inte har kunnat erbjuda bemanningsuppdrag. Prestationslönen, som är en högre timlön, utgår för varje timme som arbetstagaren varit sysselsatt i bemanningsuppdrag utöver de timmar som omfattas av grundlönen. Eftersom prestationslönen är högre än grundlönen har arbetstagaren ett starkt intresse av att nå upp till det antal timmar som krävs för att prestationslön skall börja utbetalas.

Tid då arbetstagaren har haft semester eller varit föräldraledig sänker timgränsen för när prestationslönen ska utgå, vilket innebär att semester eller föräldraledighet inte inverkar negativt på arbetstagarens möjligheter att utfå prestationslön. En dags föräldraledighet under en månad innebär sålunda att timgränsen sänks med åtta timmar, och två dagars föräldraledighet sänker gränsen med sexton timmar. Denna regel gäller dock endast om arbetstagaren är ledig med vanlig föräldrapenning, som utgår för att ta vård om ett barn. För arbetstagare som är lediga med tillfällig föräldrapenning, som utgår för vård av ett sjukt barn, görs däremot inte en sådan sänkning av timgränsen. Detta

innebär att ledighet för vård av sjukt barn får den effekten att arbetstagarens möjlighet att nå prestationslönegränsen minskar. Detsamma gäller för arbetstagare som är sjukskrivna eller lediga av andra skäl.

I detta mål hävdade arbetstagsidan att arbetsgivaren hade överträtt föräldraledighetslagens missgynnandeförbud genom inte sänka timgränsen för prestationslön också vid ledighet med tillfällig föräldrapenning. Den arbetstagare som målet gällde hade under hela sin anställning varit utbokad på heltid hos en och samma uppdragsgivare utan några avbrott. För denna arbetstagare hade därför varje dag med tillfällig föräldraledighet inneburit att hans möjlighet nå den prestationslönegrundande timgränsen minskat. På grund av föräldraledigheten hade arbetstagaren försatts i en sämre position än vad som varit fallet om frågan om föräldraledighet inte hade varit aktuell. Arbetsgivarsidan invände att det inte rörde sig om något missgynnande, och att det i vart fall rört missgynnande som varit en nödvändig följd av ledigheten. Detta eftersom en sänkning av prestationslönegränsen för arbetstagare med tillfällig föräldrapenning skulle framstå som orättvist i förhållande till dels dem som är frånvarande av andra skäl, dels dem som inte är frånvarande utan står till förfogande i avvaktan på att bli utbokade till kundföretag. Arbetsdomstolen fann att arbetstagaren hade missgynnats genom att prestationslönegränsen inte hade sänkts för honom i proportion till den tid då han hade varit ledig för vård av sjukt barn: han hade därigenom fått sämre möjlighet att nå gränsen för den högre prestationslönen än om han hade varit i tjänst. Men Arbetsdomstolen fann därtill att missgynnandet hade varit en nödvändig följd av ledigheten: det skulle framstå som orättvist att sänka prestationslönegränsen för den föräldralediga arbetstagaren – i förhållande till en annan arbetstagare som är frånvarande av något annat skäl, men i synnerhet i förhållande till en annan arbetstagare som står till förfogande i avvaktan på att bli utbokade.

4.3.2 Hur Arbetsdomstolen konstruerade jämförelsen

I domen slår Arbetsdomstolen fast att en arbetstagare som är föräldraledig för vård av sjukt barn inte får gynnas i förhållande till någon annan kategori av lediga arbetstagare. Men framför allt var domstolen här mycket tydlig med att en sänkning av tröskeln för prestationslön för den som varit föräldraledig för vård av sjukt barn skulle kunna innebära ett otillåtet gynnande i förhållande till arbetstagare som var i tjänst. Intressant nog jämförs sedan den föräldralediga arbetstagaren inte med arbetstagare som har en tjänstgöring som liknar hans egen, utan med en helt annan grupp arbetstagare i tjänst.

Den ambulerande arbetstagare som målet gällde hade under hela sin tid hos

arbetsgivaren varit utbokad hos kund på heltid, och uppbar normalt prestationslön varje månad. Dagar med ledighet för vård av sjukt barn minskade arbetstagarens möjlighet att under en månad tjäna in tillräckligt många timmar för att få rätt till den högre prestationslönen, och innebar sålunda att arbetstagaren hamnade i ett lönemässigt sämre läge än andra arbetstagare som också var utbokade hos kund på heltid och som inte hade varit lediga för vård av sjukt barn. I förhållande till dessa andra arbetstagare skulle en sänkning av intjänandegränsen för prestationslön vid vård av sjukt barn inte utgöra ett orättvist gynnande. Men för att svara på frågan om en sänkning av intjänandegränsen skulle gynna föräldralediga arbetstagare på ett otillåtet sätt jämförde Arbetsdomstolen inte den föräldralediga arbetstagaren med andra arbetstagare som var utbokade på heltid och som därför regelmässigt uppbar prestationslön. I stället gjordes jämförelsen med arbetstagare som stod till förfogande i avvaktan på att bli utbokade – det vill säga arbetstagare som inte alls hade rätt till prestationslön. Denna tolkning av föräldraledighetslagen innebär att en arbetsgivare kan bortse från reglerna till skydd mot missgynnande, om de skulle leda till att den föräldralediga arbetstagaren får bättre villkor än *någon* annan arbetstagare som är i tjänst, även om den föräldralediga arbetstagaren rent faktiskt redan har en annan arbetsituation och andra arbetsvillkor än denna andra arbetstagare.

5 Olika förhållningssätt till frågan om jämförelse

I de tre mål där frågan om jämförelse mellan den föräldralediga arbetstagaren och andra arbetstagare har aktualiserats, har detta skett i anslutning till prövningen av huruvida det missgynnande som hade konstaterats kunde anses tillåtet som en nödvändig följd av ledigheten. Detta innebär att syftet med jämförelsen har varit att ta reda på om en tillämpning av missgynnandeförbudet skulle innebära att den föräldralediga arbetstagaren gynnades på ett orättvist sätt i förhållande till andra arbetstagare. Det är intressant att se hur Arbetsdomstolen dessa mål ger i uttryck för helt olika förhållningssätt frågan om med vilken annan grupp av arbetstagare som jämförelsen ska göras.

I målet om pensionsavsättningar var Arbetsdomstolen, som vi sett ovan, mycket noga med att slå vakt om idén att de föräldralediga arbetstagarna inte på något sätt fick gynnas i förhållande till någon annan arbetstagargrupp. Arbetsdomstolen förde denna idé så långt, att arbetstagare som var föräldralediga på deltid jämfördes med arbetstagare som var anställda på deltid. Domstolen tolkade här föräldraledighetslagen som att de föräldralediga

arbetstagarna inte kunde ställa krav på bättre villkor än de som gällde för deltidsanställda. Som vi sett i det föregående innebär denna tolkning, enligt vilken föräldralediga skall jämföras med deltidsanställda, i förlängningen att tid då arbetstagaren varit föräldraledig skall jämföras med tid då arbetstagaren *inte alls varit anställd*. Med en sådan tolkning har man kommit mycket långt ifrån föräldraledighetslagens själva utgångspunkt – som ju är att perioder av föräldraledighet skall jämföras med tid då arbetstagaren varit i tjänst.

I samma mål godtog Arbetsdomstolen även argumentet att de villkor som gäller för föräldralediga arbetstagare måste vara jämförbara med villkoren för arbetstagare som är *lediga av andra skäl*, eftersom de föräldralediga arbetstagarna annars kommer att gynnas på ett orättvist sätt i förhållande till dessa andra lediga arbetstagare. Arbetsgivaren i detta mål behandlade de arbetstagare som var lediga av andra skäl än föräldraledighet olika, beroende på vilken av två kategorier den lediga arbetstagaren tillhörde. Den ena kategorin utgjordes av arbetstagare som var sjuklediga. Den andra kategorin var arbetstagare som var lediga av andra skäl än sjukdom. Det var bara den sistnämnda kategorin arbetstagare som till följd av sin ledighet fick vidkännas den försämring som var föremål för prövning i målet, indragna pensionsinbetalningar. Detta räckte dock för att Arbetsdomstolen skulle se det som en nödvändig följd av föräldraledigheten att också de föräldralediga arbetstagarna fick sina pensionsinbetalningar indragna. Domstolen ansåg alltså i detta fall att de föräldralediga arbetstagarna skulle jämföras med den kategori lediga arbetstagare som hade sämst villkor, det vill säga de som var lediga av andra skäl än sjukdom, och inte med den kategori som hade bäst villkor, de som var sjuklediga. Så förstådd innebär föräldraledighetslagen att en arbetsgivare får bortse från reglerna till skydd mot missgynnande, så snart de leder till att den föräldralediga arbetstagaren under sin ledighet får bättre villkor än de sämsta villkor som kan komma ifråga vid ledighet av något annat skäl.

På ett liknande sätt resonerade domstolen i målet om prestationslön hos ett bemanningsföretag. Här sänkte arbetsgivaren intjänandetröskeln för prestationslön med det antal timmar som arbetstagaren hade varit föräldraledig eller hade haft semester, men inte för tid då arbetstagaren hade varit föräldraledig för vård av sjukt barn eller av annan orsak. Arbetsdomstolen godtog denna ordning och accepterade arbetsgivarens argument om att en arbetstagare som hade varit föräldraledig för vård av sjukt barn inte fick gynnas i förhållande till, exempelvis, en sjukledig arbetstagare. Än en gång gav domstolen här alltså en anvisning om att föräldralediga arbetstagare ska jämföras med den kategori lediga arbetstagare som hade sämst villkor. Långt ifrån denna tolkning av

föräldraledighetslagen ligger Arbetsdomstolens skrivningar i målet där en arbetstagare hade nekats att gå en kurs med hänvisning till den omedelbart förestående föräldraledigheten. I denna dom avfärdades helt tanken om att lagen skulle innebära att skyddsnivån inte kan sättas högre för föräldralediga arbetstagare än för arbetstagare som är lediga av andra skäl. Istället utgick Arbetsdomstolen här från föräldraledighetslagens tydliga avsikt att skydda föräldraledigheten som särskilt skyddsvärd i jämförelse med till skillnad från annan ledighet. Med denna utgångspunkt är det faktum att arbetstagare som är lediga av andra skäl får vidkännas en viss försämring inte ett godtagbart argument till stöd för att också föräldralediga arbetstagare skall behöva tåla samma försämring. Det blir då tydligt att en bedömning av i vilka fall en tillämpning av föräldraledighetslagen kan leda till ett orättvist gynnande av föräldralediga inte kan göras genom en jämförelse mellan föräldralediga arbetstagare och sådana arbetstagare som är lediga av andra skäl och som på grund där av har fått vidkännas en försämring.

I två av de mål om föräldraledighetslagens missgynnandeförbud som har aktualiserat en jämförelse har Arbetsdomstolen slutligen också jämfört den föräldralediga arbetstagaren med arbetstagare som fortfarande är *i tjänst*. Så skedde i målen där en arbetstagare hade nekats att gå en kompetenshöjande kurs och i målet om intjänandetröskel för prestationslön, dock på helt olika sätt. I målet om den kompetenshöjande kursen gjordes jämförelsen till en fråga om huruvida de kvarstående arbetstagarnas möjligheter att själva få gå en kurs minskat om arbetsgivaren hade låtit den snart föräldralediga arbetstagaren gå den kurs hon hade sökt. Den centrala frågan blev här alltså inte huruvida den föräldralediga arbetstagaren gynnades på ett orättvist sätt, utan istället huruvida de arbetstagare som kvarstår i tjänst skulle få vidkännas en försämring i sin egen anställning. I målet om tillgång till prestationslön för bemanningsanställda gjorde Arbetsdomstolen en vanlig jämförelse, med fokus på huruvida det förelåg risk för ett orättvist gynnande i samband med föräldraledighet. Den föräldralediga arbetstagaren jämfördes dock här inte med andra arbetstagare i en liknande arbetsituation, utan istället med arbetstagare som var i en sämre arbetsituation. Detta gjorde att risken för ett orättvist gynnande av den föräldralediga arbetstagaren framstod som väsentligen mycket större än vad som annars hade varit fallet, och arbetstagaren förlorade också målet.

6 Frågan om jämförelse och föräldraledighetslagens ändamål

Föräldraledighetslagens utgångspunkt är att en arbetstagare inte skall behöva vidkännas någon försämring i sin anställning till följd av föräldraledighet – den föräldralediga arbetstagaren skall behandlas som om frågan om föräldraledighet inte varit aktuell. I första hand skall därför den föräldralediga arbetstagarens villkor jämföras med de villkor som samma arbetstagare hade innan föräldraledigheten kom på tal. En jämförelse med andra arbetstagare kan dock komma ifråga i den särskilda situation där arbetsgivaren hävdar att den föräldralediga arbetstagaren inte kan behandlas som om hon eller han fortfarande var i tjänst, eftersom detta skulle gynna den föräldralediga arbetstagaren på ett orättvist sätt i förhållande till andra arbetstagare. Med utgångspunkt i föräldraledighetslagens övergripande ändamål att skydda föräldralediga arbetstagare mot varje försämring som beror på ledigheten är det tydligt att jämförelsen i dessa fall måste göras på ett sätt som bevarar integriteten i den föräldralediga arbetstagarens position – som särskilt skyddsvärd. I detta sammanhang framstår det som direkt i strid med lagens ändamål att jämföra föräldralediga arbetstagare med arbetstagare som är lediga av andra skäl eller med deltidsanställda – dessa grupper omfattas ju inte av något rättsligt skydd mot missgynnande som är jämförbart med det som gäller för föräldralediga. Mot bakgrund av föräldraledighetslagens klara utgångspunkt om att den föräldralediga arbetstagaren skall behandlas som om frågan om föräldraledighet inte varit aktuell ligger det istället närmast till hands att jämföra den föräldralediga arbetstagaren med arbetstagare som är i tjänst – och då på villkor som liknar dem som normalt gäller för den föräldralediga arbetstagaren. De tre domar som Arbetsdomstolen hittills levererat på området ger inte uttryck för någon klar linje i frågan om hur jämförelsen ska göras, tvärtom.

SACHARIAS VOTINIUS

INDIVIDUATION, EDUCATION AND DEMOCRACY

1 Promoting flourishing persons and prosperous societies

Individuation, education and democracy – as these ideas refer to different dimensions of reality, they do not appear at first glance to be interconnected. This apparent lack of connection is emphasized by the fact that each of these ideas has its own arguments and theories, provided by an array of separate discourses and dispersed throughout a vast area of scientific disciplines. However, these ideas are nevertheless intrinsically related. When gathered together in same conceptual field, they give rise to a gestalt that projects an archetypical vision of flourishing persons in prosperous societies. Individuation, education and democracy are ideas that carry this vision in patterns of argumentation stemming from enlightenment philosophy. Taken together, these three ideas can be used to develop comprehensive and coherent views on the meaning and significance of enlightenment in all its aspects and dimensions. Some of these are explored in this contribution to Ann, a legal scholar with an authentic voice, communicating the views of an enlightened mind and a caring heart.

Educational institutions have a virtually unmatched potential to assist people in their individuation; in the process of becoming what one already is. This process includes first and foremost the ability to govern one's own life through deliberate decisions founded on the authentic self. Individuation is in turn a necessary precursor for democracy. This is the basis of my argument in the discussion that follows; the central theme is education in its role as an institution, but the discussion extends above and beyond the discourse concerning the composition of educational programmes and methods for evaluating how well educational institutions meet the requirements of the curriculum. Instead, focus is on the fundamental idea of education as a cornerstone in the development of an independent personality within the framework of democracy.

I argue that educational institutions are crucial in giving a person the possibility of realizing one's life as an individual within the institutions of democracy. In this view the very idea of democracy, regardless of the specific definition one chooses, is to create and maintain institutions which in

themselves embody the right to live one's life in one's own way – the right to be an individual. This right to an authentic life is expressed in enlightenment philosophy, which since its origins in ancient Athens and throughout Western history has served as the foundation of democracy.

This idea of education demands for a thorough examination of every argument approaching education as a means for shaping a specified personality type to serve the purposes of a political order. The problem with this kind of arguments is that, to the extent that an educational system dedicates itself to shaping citizens for political purposes – irrespective of whatever good intentions this may have – the system is no longer committed to imparting knowledge. Naturally, to some degree, every education programme has moral and political foundations and implications, and in that sense can never be neutral to values.¹ Therefore, the criterion for distinguishing between education and the production of a certain kind of person must be the desired result: the aim to be oneself, or the aim to be what someone else wants one to be, to live someone else's life.

The main purpose of education is reflected in its perspectives and methods. An educational system aiming to produce a certain kind of person hampers the beginnings of independent thought, and creates uniformity in thought and action. Even though this takes place under the premise that the educational system fosters students to be independent thinkers in their own right, this sort of pedagogy discourages deeper questions about the fairness of a current or an envisioned social order. The critical questions will instead be loyal to the established order and concern how its institutions could be improved and strengthened even further, all in accordance with internalized convictions that these institutions maintain a social order that in itself is just.

This is very far from the ideas refined and passed on by distinguished thinkers associated with enlightenment, which in the eighteenth century was captured in the axiom that each person must be treated as an end in himself, and never as a means to some other end.² To be in line with this axiom, the educational system should teach the ability to think and act in accordance with an ideal of independence. I argue that this is the very basis of education – to promote individuation through the acquisition of knowledge and the development of analytical capacities. This argument is developed in the

¹ Cf S Votinius, *Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund* (Symposium, Stockholm, 2004) 49 ff. See also C Dahlman, *Neutralitet i juridisk forskning* (Studentlitteratur, Lund, 2006) 8 ff.

² This 'categorical imperative' is postulated to be superior to all other ethical principles, I Kant, *The moral law: groundwork for the Metaphysics of Morals* (Routledge, London, 2005).

following sections of this contribution.³ Section 2 addresses the problem of education as a means for shaping a specified personality type to fit a political order. Section 3 expands on the idea of individuation and its roots in early Athenian enlightenment philosophy. Section 4 develops the notion of interaction in a community as a crucial ingredient for individuation, as the process of becoming an individual is pursued in dialogue with and contrast to other individuals. It is through reflection and upbringing that human beings acquire the attributes which are considered to be genuinely human, such as the ability to symbolize through language; a personal identity; a sensibility sufficiently developed to enable reflection and self-reflection; and a conscience – the ability to feel compassion and duty, and then to act. Finally, the idea of education as a means for individuation has an important political-philosophical dimension, and this is highlighted in Section 5.

2 The power of education

2.1 Learning to see through the eyes of the political order

Education shapes a person's perspective on himself and others, his socialization, and patterns of thinking, already from a young age when he is most malleable. A child's trust in authority does not end with parents, but extends to schoolteachers as well. The school's use of its authority to teach independent and critical thought is a prerequisite for shaping and maintaining a character structure which is built on independence, and which can therefore uphold a corresponding social structure to promote an independent life. It is a common psychological understanding that a person who is raised to *be* a certain sort of person will come to *act* in accordance with what is in his character. His fundamental character will be expressed every day and manifest itself in most acts he performs. He needs no specified rules or instructions to be able to act as he was taught to do in every concrete situation; he is guided by principles internalized in early life, and has the ability to reflect over how these principles should be applied in any given situation.

By contrast, ways of thinking that exclude reflection are reinforced by the conditions of the surrounding society. Social, political and economic conditions – and the intellectual environment – control perceptions of what

³ In the following, the discussions of Greek philosophy draw on S Votinius, *Varandra som vänner och fiender. En idékritisk undersökning om kontrakter och dess grund* (Symposion, Stockholm, 2004).

is possible to think and talk about, and provide statements about what reality is, such as claims about what does or does not constitute a problem.⁴ Social structures, which also include the law, thereby contribute to shaping people's thoughts, desires and plans, and to limiting people's ability to assess whether something is truly in their best interest.⁵ This framework for thought is difficult to penetrate. It can even be difficult to detect, as it is so deeply embedded in broader systems of thought, in language and in everyday practice. To the outside observer, this phenomenon is most prevalent in totalitarian societies. Consider the very concrete example provided in a report from a Swedish delegation to North Korea.⁶ During the trip, the delegation was constantly under the watchful eye of their domestic guides. North Koreans, the authors write in their account of the trip, are masters of illusion. On the bus from the airport, a guide pointed out the 'sacred revolutionary mountain', insisting that the peaks were capped in snow. None of the visitors could see any snow. But the snow was there nevertheless, the guide explained, because the 'Dear Leader' had said so.

The freedom to discuss and form independent opinions on well-informed grounds is essential if the members of a community are to have the opportunity to live a good life. This freedom grants them the power to monitor society's normative development, and they can continually review how well the state fulfils its obligations. When education frustrates this approach, a radical redistribution of power takes place, creating a serious democratic problem. It is a democratic problem when the press is not free in relation to the state, or adheres to some currently politically correct ideology, or withholds and distorts information that the public needs to make informed decisions in a deliberative democratic process. This is referred to as the politicized press. In the same way, a democratic problem is created when schools, the field of science and educated thinkers similarly identify with the state and supranational bodies. This identification restricts scientific discourse, and gives the state the power to decide what is worth talking about. At the same time, such education deprives itself of its own value, and transforms itself into an instrument of the state's interests. Indeed, what the state might need most from the educational institutions is a learning programme that shares a common cause with the

⁴ M Foucault, *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972–1977*, ed. Colin Gordon (New York, Pantheon, 1980).

⁵ S Lukes, *Power: a radical view*, Studies in sociology (London, Macmillan, 1974) 115 ff.

⁶ M Bårtås & F Ekman, *Alla monster måste dö* (Bonnier, Stockholm, 2011).

state, helps implement laws and otherwise facilitates control, while lending legitimacy to the exercise of power.⁷

If this ever happens, not so much can be done about it.

Systems of thought do not change the moment someone manages to demonstrate shortcomings in the prevailing explanatory model. When the model is not consistent with reality, its proponents instead attempt to force reality to fit the model. They try first to solve the resulting problems by abandoning their theory. The model cannot be called into question – therefore, nothing can be wrong with it; such is the logic. The problems must be solved according to the assumptions behind the model, and using its methods, techniques and conceptualizations. Those who follow the rules are rewarded, and those who do not can be subjected to various kinds of reprisal. Well-established explanatory models therefore maintain their tenacious grip, and are abandoned only when they are so thoroughly refuted and have created so many intractable problems that no one believes any longer in the models' value or sustainability.⁸ Perspectives are transformed at the end of a cumbersome process, characterized by the cognitive dissonance that arises when individuals or societies undergo revolutionary shifts in the approaches and standardized formulas for interpretation. When customary thought patterns begin to crumble, people attempt to deal with the resulting confusion and discomfort by trying to reconcile conflicting observations and ideas. Before this process can reach a relative equilibrium, in which the contradictions form a coherent cognitive structure, the same reality is interpreted in multiple ways.

Perhaps intelligence, the enlightened mind, is what indoctrinating educational programmes fear most, and that is why they try to stifle it. Intelligence may indeed serve the purposes of this order, but because intelligence is also key to critical thinking and the formation of personal autonomy, it threatens constantly to overthrow the order or undermine its authority. In his short story 'Examination Day', Henry Slesar captures this behaviour with the metaphorical story of a boy who, in connection with his twelfth birthday, is called to a mandatory school exam. His parents are clearly worried for some reason, but suppress their concerns about their son's intellectual performance. His father insists that everything will go well. Before

⁷ Cf. A Christensen, 'Den värdelösa juridiken. En essä om mentaliteten och mentalitetsförändringar i en gammal vetenskap', *Ordfront Magasin* 3, 1994, 53–58.

⁸ TS Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (Alternativt namn: Kuhn, Thomas Samuel, 1922–1996 University of Chicago Press, Chicago, 1962); L Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache. Einführung in die Lehre vom Denkstil und Denkkollektiv* (Schwabe, Basel, 1935).

the examination, the examiner asks the boy to drink a liquid, and tells him the liquid will ensure that the boy is truthful. Then the test is carried out. That afternoon, the boy's parents receive a phone call from the government's ministry of education. An anonymous voice explains that the boy's test results were unsatisfactory. His intelligence deviates from the norm and does not fulfil government requirements. The boy's ability exceeds the maximum allowable level, according to the regulations of 'The New Code'. The voice tells the parents that this is regrettable, and that they must decide whether they or the government will take care of the boy's funeral. In the case of the latter, the parents will need to cover the government's costs.

2.2 Personality production in the name of democracy

The potential of education as an instrument to shape citizens is exploited in totalitarian societies, but the capacity of education to shape, create, or even produce a specific kind of person has also captured the interest of proponents of a global society. One of the most prominent among these is Martha Nussbaum, who has devoted a good deal of her work as a professor of philosophy to the significance of emotions in a political-philosophical context. When discussing the subject of how children should be fostered to become global citizens, she uses the very term *production*. Nussbaum views this human production as highly desirable, as she seeks to promote action to create a worldwide democracy inhabited by global citizens. To this end she has developed a proposal for a learning programme, including detailed suggestions for educational approaches, to produce people who are supremely adapted to such an environment.⁹

To begin with, this sort of person would be able to develop an identity without strong national or local foundations. When it comes to identifying the characteristics of intellectual communication and the ability to independently acquire and assess the value of knowledge, Nussbaum is somewhat vague. However, it is clear that Nussbaum abandons the fundamental core of philosophy – critical thinking – in favour of a sentimentalized and repressive position. This is an attempt to thwart intellectual exchange and prevent the progress of knowledge processes. For a 'ready-made' global citizen, critical thinking – a value that Nussbaum clearly purports to applaud – is something other than critical thinking, in the same way that democracy means something other than democracy. The capacity for logical analysis, creativity and other

⁹ M Nussbaum, *Not for Profit. Why Democracy Needs the Humanities* (Princeton University Press, Princeton & Oxford, 2010) 29.

intellectual virtues is outweighed by reservations as to which questions can be asked, how they can be asked, and from which vantage points and perspectives. Not surprisingly, it appears quite clear that the idea of a global society is not to be questioned, and instead must be the obvious starting point and reference for 'critical' discussion.¹⁰

The ability to critically assess political leadership is absolutely necessary for democracy, Nussbaum states, on the condition that one must position oneself in and understand the reality of these leaders.¹¹ However, if one identifies with the political power which is the subject of the examination, then the value of such an examination will be questionable. Nussbaum also stresses the importance of showing understanding and respect for different opinions, statements and arguments. In her view, though, understanding and respect are manifested by avoiding a questioning stance, and not a questioning approach based on understanding and respect.¹² Furthermore, in proposals regarding appropriate teaching materials and theories about society, the selection is skewed in favour of the globalized society supported by Nussbaum.¹³

In a democracy, the institutional structure shall treat people in their own right, as subjects – but the development of the institutional structures which are essential to democratic societies depends on autonomous persons with the ability to make deliberate decisions about their own life goals, taking into account the fact that social structures are both emancipating and oppressive. The idea of a person as his own being – or, in other words, the idea of individuation – can thus be said to be the mainstay of a democratic society. The following explores the notion of individuation and how interaction and education can contribute to its achievement.

3 The idea of individuation and its philosophical roots

3.1 *Daring to know*

Freedom, equality, and brotherhood are the *ethical* and *political* ideals of the Enlightenment and summarize the idea that society should promote individuals' prosperity their emergence as separate, distinct individuals. *Sapere aude*, 'daring to know', is the Enlightenment's *intellectual* ideal and summarizes the

¹⁰ Ibid 93 f.

¹¹ Ibid 26.

¹² Ibid 81 ff.

¹³ Ibid 88 ff.

frame of mind needed to be able to reach its ethical and political ideals. Enlightenment philosophy emphasizes the fundamental importance of independent rational thought for a good life, and the necessity of rational thought for creating and sustaining a society that makes a good life possible. This idea of the supremacy of thought involves the ability to independently seek knowledge, along with a healthy scepticism for the prevailing consensus about reality – about what is true and of value. Consensus is the basis for a silent contract on accepted truths. It is a convention whose legitimacy is based on the fact that its truth claims has been accepted by the general public– ‘the many’, to quote Socrates – and thus has taken a position of authority.

The tension that is always present between reason and authority is the main theme for enlightenment philosophy as it originated in ancient Greece, as it was expressed during the Renaissance, and then, during the eighteenth century, when it became a revolutionary force and the beginning of modern society and its legal order. The discussion of enlightenment philosophy has now become so specialized into various historical and epistemological sub-categories that one cannot always identify enlightenment’s core purpose – a purpose which is first and foremost existential. More specifically, the fundamental idea of enlightenment is emancipatory, intended to shape and connect patterns of thought that can reflect and challenge the beliefs behind traditional or emergent practices and social structures. This makes it possible to reveal and dismantle power structures that limit the public’s influence over society’s design, and that restricts the possibilities of creating institutional conditions for human flourishing.

From an existential perspective therefore, the ability to carry out independent critical thought has intrinsic value, but also instrumental value; it is a necessary means for *individuation*. In the course of individuation, one begins to experience oneself and others as independent subjects, distinct from one another. In order to add nuance to this observation, it is worth emphasizing that individuation is a process, and therefore it should not be interpreted in absolute terms. Instead, the creation of the individual should be interpreted as development in several steps.¹⁴ This is a life process of making each individual his own, of letting him come forward with his own voice, in the awareness that he is separating himself from all others; that he has his own

¹⁴ Cf. Carl Gustav Jung, whose psychology gives the concept of individuation a central position. According to Jung, individuation is a process of differentiation in which individual personality grows and develops from within the collective norms. This process does not lead to the isolation of the individual from others, however. CG Jung, *Development of Personality*, Collected Works of C.G. Jung, Volume 17 (Princeton University Press, Princeton, 1954).

identity, his own will, his own needs, thoughts and talents – that he has his own potential to realize. In an illustrative account, Erich Fromm tells how, one afternoon, a ten-year-old child suddenly becomes aware that she is an individual; she understands how remarkable it is that it is her hand that she moves and her own motions she controls, and she begins to realize the meaning of self-determination.¹⁵ In a sense, she now dares to seek knowledge about herself – ‘*sapere aude*’.

The expression ‘*sapere aude*’ comes from a verse written by Horace, a Roman educated in philosophy at the academy in ancient Athens through conversations with the Stoics, among others.¹⁶ Horace’s verse is about the necessity of finding the direction which one’s own life should take in order for that life to be worth living.¹⁷ Even if this is a difficult task, Horace asserts that there is no time to lose, because life runs out; half the work is already done when one begins to take that first step – daring to think one’s own thoughts.¹⁸

Sapere aude, Kant explains in the eighteenth century, is the leitmotif of the Enlightenment. In an essay, he urges the public to leave behind their ignorance, with a motto that has been given historic significance for having breathed new life into the enlightenment tradition. Enlightenment, Kant says, means that one frees oneself from self-inflicted immaturity – the inability to dare to think without being directed by authority. This motto is powerfully formulated and has become a guide for the understanding of the Enlightenment, but it originates from a very problematic premise. According to Kant, immaturity, laziness, and cowardice are the reasons why so many people turn down the opportunity of self-determination, by uncritically allowing authorities to think for them, speak on their behalf, and direct their lives.¹⁹

Kant’s position is problematic, as it ignores that the individual has a limited possibility to single-handedly free himself from beliefs that are hegemonic, especially if they are reinforced and passed on through upbringing and education. On this point, Kant recommends an ethical code that actually serves to erode the fundamentals of his own ideal of independent thought. According to Kant, the teacher has a duty (of conscience), in loyalty to the system that remunerates him, to convey approved doctrine to his students, without

¹⁵ E Fromm, *Escape from Freedom* (Farrar & Rinehart, New York, 1941). Fromm draws his portrayal from R Hughes, *A High Wind in Jamaica* (Chatto & Windus, London, 1929).

¹⁶ VG Kiernan, *Horace: Poetics and Politics* (Macmillan, Basingstoke and London, 1999). Horace lived between 65 and 8 BC. The Epistles were probably written in 20 BC.

¹⁷ Horatius Quintus Flaccus, *Epistulae I*, ii, especially line 33 ff and line 41 ff.

¹⁸ Horace, *Epistulae I*, line 37–39.

¹⁹ I Kant, *An Answer to the Question: What is Enlightenment?* (1784).

encouraging them to object – even when the doctrine seems unreasonable. If the teacher possesses knowledge which counters the established truth, then only during his spare time and in his capacity as a private person should he dare to communicate this knowledge in public fora.²⁰

With this code of ethics, freedom of speech and the courage to think are stifled in the situations where they are needed most; the teacher who has made himself an instrument of the power structure fosters in his students – even against his better judgment – an unquestioning obedience to that same power structure. Kant's categorical imperative, which requires that each person must be treated as an individual in himself and not as a means to some other end, loses its postulated superiority to all other ethical principles. It is difficult to understand how ignorance and the inability to think independently first and foremost must be self-inflicted in a system where even the critics counteract full enlightenment.

Kant's conception of ethical and enlightened teaching may be of practical use for those who wish to maintain a position which they have managed to establish in an oppressive institution. However, as an ethical standard, it does not live up to or even come close to the idea of enlightenment. Instead of instilling true valour, it encourages intellectual cowardice and urges teachers to deceive their students. As a foundation of the educational system in a democracy, Kant's admired and so oft-repeated explanation of what enlightenment is, would in fact pose a very real threat to democracy. It is based upon a *conception* of education that contradicts the very *idea* of education as personal individuation and societal emancipation through fearless examination of established political power, which is the Socratic understanding of education.

3.2 *The theme of individuation in 'Year Zero' of philosophy*

So important is the spirit of Socratic philosophy for the entire Western tradition of ideas that the division of this tradition into historical periods takes Socrates as a point of reference. There is a Before and an After Socrates, just as there is a Before and After Christ. Socrates is widely considered to be the first 'real' philosopher in Greece and thereby in the Western World. Those who came before him are referred to as 'pre-Socratic' and those who came after are called 'post-Socratic.' Before Socrates came the so-called natural philosophers, and the Sophists were contemporaries of Socrates. After Socrates came Plato,

²⁰ In his argument about the teacher's duty to withhold system-challenging information from his students in the classroom, Kant is talking about priests, but he applies the same professional secrecy in his example of public servants.

Aristotle, and the Stoics, to name philosophers who established a fundamental legacy for posterity. The Socratic philosophy unfolds around existential questions within the theme of individuation – which is central to all Greek philosophy.

In the Greek tradition, with its symbolic origin in philosophy's Year Zero, the discussion builds on a perception that was the very basis for democracy in the city-state of Athens: personal autonomy means making one's own decisions about the direction of one's life – in other words, self-government. To that end, philosophy can assist with considerations; for example, what it means to be a good person, which life goals are developmental and which are destructive, and how society should be designed in order to promote a good life. This idea of philosophy's mission differs radically from the formal logic and language statement-oriented, analytical philosophy that dominated twentieth-century intellectual discourse until only recently, around the turn of the twenty-first century.

In Athenian enlightenment philosophy, the theme of individuation and self-determination forms a pattern of ideas around the concept of 'autonomy'; this concept is so self-evident as a starting point for the argument that it is most often implicit. 'Autonomos' is the term for a person who has achieved a psychological disposition which gives him the courage to accept his own view of reality. Consequently, he also has the ability to himself (*eautos*) issue his own law (*nomos*) regarding how his life should be lived and the goals which are worth striving for. He has formulated this law from a coherent outlook (*theoria*) with a foundation in the character structure which has emerged in the attempt to understand the truth about himself (*gnothi euathon*). As this law, the guideline for his own life, thus reflects the person's authentic view, it is a normative force which leads the person to comply in practice (*praxis*).

The idea of a person as an individuated being living an autonomous life is thus the foundation of democratic society. For a democratic order to be able to detect, investigate and resist authoritarian forces, and for democracy to be possible at all, education has the task of teaching, practising and applying *intellectual* virtues. This process must begin in the earliest years of schooling, because it is so difficult to truly attain the ideal of knowledge. The ability to live a good life involves the intellectual capacity, or virtue, to determine what is true and proper.²¹ Aristotle captures the nature of perception in persons who find it appropriate to cultivate intellectual virtues. This person does not allow his judgement to be affected by fleeting desires. He sees the truth for what it

²¹ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book III, 4, 1113a 30–33.

is, and avoids self-deception.²² In other words, intellectual development includes attempting to avoid seeing reality through an ideological filter, and resisting tendencies to formulate arguments so that they align with that which is politically opportune. Intellectual development also includes another feature – respect does not entail an obligation to honour another’s opinions and arguments, or to refrain from raising objections to them.

As highlighted in inter alia Aristotelean virtue ethics, the practise of intellectual habits is equally essential for the becoming of a harmonious, responsible and ethical person, to the living of a good life – *eudaimonia* – in harmonious interaction with other persons in the community – and for the very existence of a good society. Education in intellectual practices, contrary to indoctrination, is built upon the ideal of knowledge: an impartial, critical approach. It is built upon the attempt to base critical assessments (irrespective of whether they are legal, moral or political) on what is true or probable, on relevant premises and comprehensive information, clear and logically sound reasoning, consequential conclusions and coherent argumentation.

4 The significance of community for individuation

4.1 *No man is an island*

Throughout its history, the idea of personal individuation has evolved in the tension and interplay between the individual and society. On the one hand, the individual needs the community; on the other, the community imposes obstacles through majority opinions. It is from within this field of tension that Socrates takes his thematic starting point for all of his philosophical activity, and it is also the starting point for the Greek and Western traditions. In this discursive context, the Greek tradition – with representatives such as Socrates and Aristotle – emphasizes one fundamental and significant fact. A community is necessary for the individual’s optimal development of all his human abilities. The individual can only be developed with the help of others. If one puts aside the existence of every kind of community, one must also put aside the human being. No one who is alone and completely isolated, can even come close to evincing the qualities that characterize a human, such as ability to use language and think rational thoughts. Aristotle captured all of these insights in his observation that a human, by nature, is a social creature: *zoon politikon*.

²² Aristotle, *Nicomachean Ethics* Book III, 1113a 33–34.

Aristotle developed such observations in many different ways throughout his works. His writings revolve around the basic existential issue of what it really means to be human. His work also involves the matter of what it means to be a happy human: to experience *eudaimonia*. He investigates what makes a human happy, and in this respect, a way of living, as well as government and social institutions. Eudaimonia does not mean happiness in the hedonistic sense, that is to say happiness as superficial enjoyment (*hedone* – *pleasure*). In the hedonistic sense, happiness is temporary and occurs through the satisfaction of a sensual desire, for example by eating at a fine restaurant. For an Aristotelian, it is uncertain whether this enjoyment truly generates happiness. Thus, simply translating *eudaimonia* as ‘happiness’ can be misleading. Sensory pleasure is indeed part of *eudaimonia*, but this concept actually centres on at a completely different state. Eudaimonia also includes the lasting state of deep-seated happiness and satisfaction in a person who has reached harmony with himself – when one lives in good (*eu*) accordance with his spiritual abilities (*daimon*). Thus, one first experiences *eudaimonia* when one is allowed to realize one’s true personality, so that one can be oneself. Of course, this harmony cannot be achieved by realizing just any objective. It must be a matter of morally acceptable purposes, which means that these purposes cannot be destructive to oneself or others. The purpose of eudaimonic ethics is to create an incentive to attain good character – not to allow humans to act on their impulses in any way they please.

Against this background, it is easier to understand why happiness in the Aristotelian sense requires community. The solitary human can never experience *eudaimonia* – his social nature means that he cannot develop his humanity or his individuality without support from others. In his discussion of friendship in *Nicomachean Ethics*, Aristotle clarifies some of the meaning of human social nature by comparing humans and cattle. The argument is that one becomes conscious of one’s own, and likewise others’, existence through living together and exchanging thoughts and opinions. This is exactly what human coexistence implies. The only community that cattle have, on the other hand, is when they happen to graze in the same place.²³ In *Politics* there is a similar example of the difference between the human and the inhuman, based on the idea that everything in nature strives for togetherness, except for those who can manage on their own – either predators or gods.²⁴

²³ See the entire (complex) argument in Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book IX, 9, 1170a 25–1170b 13.

²⁴ Aristotle, *Politics*, Book I, 2, 1253a 25–30.

Insight into the prerequisites for individuation also provides an insight about the fact that community is something different from and greater than a mere assembly of people, and something completely different from a collective (which is superior to the individual). Thus, Aristotle is careful to emphasize that a community must fulfil certain requirements on legitimacy. A community is established when the members of this group agree what lies in their best interests, decide to act in accordance with these interests and then act based on their agreed approach.²⁵ These criteria correspond with the characteristics for any true community, irrespective of what these may be called: voluntary participation, common interests, consensus, and loyalty to the community. Being a community coincides with the basic criteria for a democracy.

4.2 *The inter-relational dimension of individuation ethics*

A community cannot be established on the notion that its members must be perfect persons. Nor is this idea supported by this philosophy of human character development. When Cicero remarks that *the virtuous* has two different meanings – the expression can be used to refer to a utopian ideal or a real person's exemplary actions – he pinpoints this distinction between godlike perfection and human ability.²⁶ I suggest that the Greek philosophy of humans' development of character, the ethics of virtue, is a philosophy about and for the human being and his emergence as an autonomous person, capable of governing his own life with regard to his own abilities. This must mean, firstly, that one distinguishes between the ideal as a pursuit of perfection and the ideal in the sense of a standard based on realistic expectations.

Greek virtue ethics require an awareness of the fact that virtues are ideals, and that complying with them is intended to create both self-respect and respect for others. Only when one acts morally in relations with others can one develop self-respect. Against this background, it is unthinkable that the Greek ethics of virtue, according to a fairly common perception, should present ideals for personality development which are so far from reality and so unattainable that no one can ever come close to achieving them.²⁷ First of all,

²⁵ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book IX, 6, 1167a 26–28, and NE, Book IX, 6, 1167b 2–3.

²⁶ According to Cicero, one meaning of moral rectitude refers to the greatness and pre-eminence of a superior soul; the other, to the shaping and regulation of it by temperance and self-control. MT Cicero, *De Officiis*, Book III, 96, also from Book III, 116. Translation from W Miller, *M. Tullius Cicero. De Officiis. With An English Translation* (Harvard University Press, London, 1913).

²⁷ Among others, W Kunkel, 'Diligentia', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romantische Abteilung* 45 (1925) 266–351, see 285 f, 306 f and esp. 344 f.

this would mean that people can fulfil neither intellectual nor moral virtues; this is patently absurd. Secondly, virtue ethics would not be able to create the intended self-respect, if the ideal were so perfectionistic in every situation that people would appear to be failures, no matter how they might try to succeed in the effort.

As for moral virtues, Aristotle advocates views on how one should act which are both realistic and restrained. In fact, the foundation of Aristotelian ethics rests on a manifest principle of restraint. *Nicomachean Ethics* contains detailed accounts of this, and there should be little doubt that the work is offering instructions for how to act in a sober, balanced way, and avoiding extremes at either end of the spectrum.²⁸ This general determination of virtue is concretized in the specific virtues. This applies first and foremost to the virtue of fairness – a cardinal Aristotelian virtue. Thus, the ideal of fairness, in its concept of equal measures of assets and burdens in human interaction, offers a clear expression of the notion of proportional distribution of that which is good. One should avoid taking too much of the assets and too little of the burdens; instead, one should do what one can to ensure that the relationship serves both parties. One should think of oneself and the other party, and this is the same as striving to promote mutuality. The notion of proportionality, or balance, becomes even clearer in a detailed description of the other character virtues.²⁹ For example, bravery is described as the path between fear and recklessness, and generosity as being neither extravagant nor stingy.³⁰ When viewed as an integrated whole, virtue ethics represents an ideal which is truly difficult to achieve. However, this is not a matter of attempting to live up to the whole ideal in every single moment of one's life. Any given situation will normally require the practice of no more than one or perhaps two virtues, and when virtues are approached on an individual basis, their instructions are not so difficult to apply.

This type of ethics is adapted to what real people can normally achieve, so it takes into account personal characteristics such as age and health. For example, in some cases one cannot demand as much of an older person as a younger person. A general standard which includes person-orientated aspects

²⁸ That which is neither too much nor too little, and instead well considered, is that which is proportional or equal. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book II, 6, 1106a 28–29 and 1106b 27–28.

²⁹ For a more detailed account see Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book II, 7, Book III, 6–12, and all of Book IV. Here, Aristotle develops a notion of (among other things) what it means to be contemplative, proud, good-tempered, frank, kind, spiritual and friendly.

³⁰ See Aristotle, Aristotle, *Nicomachean Ethics*, e.g. Book III, 6–9 (courage) and NE, Book IV, 1 (generosity).

of this kind is always less demanding – for obvious reasons – than a standard which does not allow for any kind of deviation from that which is considered typical. A person who is old and no longer as active is not helped by an ideal based on what a young person could normally achieve without undue effort. The thing that a young person can accomplish with reasonable effort can appear to be an insurmountable ideal for an older person. The individual person's own needs, prerequisites and abilities are at the core of the idea of what it means to develop one's inherent potential in community with others, within the framework of an ethical approach. It also means that one should choose a path between the two extremes of egoism and self-effacement, which therefore leads to a fair solution. Regard for oneself should also be united with regard for the other party's wellbeing, and vice versa – caring about the other party should be united with caring about oneself. This is matter of placing oneself in another's situation, or as with Aristotle, to let the other person represent one's other self.

In this context, deviations from that which is considered normal or typical for 'everyone else' become self-evident. That which is considered normal emanates more from the individual than from the group. One must decide how to be and act, from the perspective of who one actually *is*, and not how one *ought* to be according to some external, authoritative source. Aristotle emphasizes that the norm for ideal action – when applied to people and not to things and phenomena – is not one and the same for everyone. He devotes considerable time and energy to developing this notion through concrete examples.³¹ What the norm of ideal action means for different persons must be determined using rational considerations, in the way that a discerning, reasoning person would make this determination.³²

Such references to an external observer do not need to be taken literally. Every well-founded perception requires critical reflection, and referring to the good judgment of a symbolically external person is a way to facilitate self-critical examination. Stepping outside oneself in this sense is a way to leave the sphere of the purely subjective and partial, and instead take a more enlightened position, from which things can also be observed from another perspective. Understanding the importance of this possibility is a philosophical insight endowed with sheer poetic luminosity. As the lines in Tomas Tranströmer's 'Preludes' tell us: 'Two truths approach each other. One comes

³¹ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book II, 6, 1106a 25–1106b 28. This reasoning results in a definition of the virtue as an intentionally sought-out state of being, which pursues the intermediate *relative to us*. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book II, 6, 1106b 36–1107a 1.

³² Aristotle, *Nicomachean Ethics* Book II, 6, 1106b 25–1106b 2.

from inside, the other from outside, and where they meet we have a chance to catch sight of ourselves'.³³

However, critical reflection is not only of value for the individual. This approach also holds significance for society. A person who is able to view himself through the eyes of others and test the mettle of his own original truth can be forced to ask himself, when all is said and done, whether he has acted as he should to respect the other person's interests. If this person cannot step outside of himself to reflect over his own role in the relationship with the other party, in time the legal framework may do this for him. With such perspective, the legal order must accommodate each person's responsibility for his own development and wellbeing, and his responsibility for the development and wellbeing of the community.

5 Individuation and democracy

5.1 *The individuating power of democracy*

The entire development of modern democracy can be said to have its foundation in a process of individuation. This is implied in the description of an evolution from status to contract.³⁴ The status relationship represents a feudal social order characterized by ignorance, superstition, and other irrational beliefs. The status relationship also represents order and obedience, passivity and dependence. It represents benefits based on position rather than merit. It also represents the legally and morally supported opportunities of authorities to exercise their power in their own interests and at society's expense. In this description, however, contractual relationships represent a social order in which people have freedom of choice and the ability to educate themselves about what is best for them. The contract is a symbol of a free society based on people's capacity for rational thought – the democratic society.

This description of reality is intended to establish and clarify a social pattern. It is meant to formulate a social law for the fundamental social changes – legal and moral and political – and the fundamental intellectual changes that

³³ T Tranströmer, *Selected poems 1954–1986* (Ecco Press, New York, 1987). First published in *17 Dikter* (Stockholm, Bonnier, 1954).

³⁴ This description derives originally from British lawyer and historian Henry Maine's reasoning in the book *Ancient Law* from the mid-19th century '[...] the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract', H Maine, *Ancient Law – its Connection with the Early History of Society and the Relation to Modern Ideas* (John Murray, London, 1861).

preceded and accompanied the progression of society. This thesis was formulated in the mid-nineteenth century, first and foremost with support of empirical observations of the history of Western society. This does not mean, however, that this thesis applies only to Western society during a specific time period. The intention was instead to formulate an empirically grounded theory regarding what happens in *in every society* during its development. The contract thus constitutes a symbol for every modern society, regardless of where on the timeline and in which cultural sphere this society may find itself. From this approach, the contract comprises both the democracy of ancient Greece and modern democracy. The contract becomes a symbol for a free, equal, and modern relationship of enlightened persons in a society without illegitimate exercise of power, unwarranted hierarchies, and exploited dominance. At the social level, this theory of development can be used to describe the alternating changes initiated when the society of antiquity developed from status to contract, manifested in the democracy of Athens, and then moving back to a clear status order during the Middle Ages, only to swing back towards a contract during the Renaissance.

The connection between individuation and democracy emerges clearly in the Socratic social contract, as it is developed in the *Crito* dialogue. The Socratic version of the social contract is sometimes put forth as an early example of the notion that political power can only be justified through reference to the people's consent.³⁵ Indeed, it is possible to understand the *Crito* dialogue as a conversation about contractual consent. Socrates does in fact address this subject. However, making consent the primary question in the dialogue is to perceive the Socratic contract from the perspective of the modern social contract. In *my* interpretation, the Socratic contract is primarily about a requirement of reciprocity in the relationship between the individual and society, a reciprocity based on the interaction between the parallel developments of individual and community. Thus, community is obligated to support its citizens in their development and citizens must create and maintain such a community.

After having received the sentence of death for his criticism of the Athenian state, Socrates spent his final days imprisoned – according to legend, in a cave in the vicinity of the Acropolis in Athens.³⁶ There, he devoted himself to the development of his thoughts on the notion of an organic social contract. He

³⁵ As for example in J Hampton, *Political philosophy* (Westview Press, Boulder, 1997).

³⁶ For an account of the trial of Socrates and the fundamental questions of freedom of expression which arose as a result, see Stone, who is quite critical of Socrates; IF Stone, *The Trial of Socrates* (Little, Brown and Company, New York, 1988).

did so in conversations with his friend Crito, in which the two expounded on the laws of Athenian democracy. Socrates and Crito discuss whether it would be right for Socrates to become a fugitive from justice in order to save his own life. Socrates found his death sentence groundless, and his friends – who had made every effort to find refuge for him – felt that there was no reason whatsoever for Socrates to remain in Athens. Crito was one of these friends, and early one morning he visited Socrates to persuade him to escape and thus avoid execution. Socrates had no intentions of fleeing, however, despite being convinced that he was innocent. According to Socrates, an attempt to escape would be a breach of contract; doing so would conflict with the agreement he had with the State of Athens, by virtue of being an Athenian citizen. Socrates considered these agreements as having been voluntarily entered into – not ‘by force or as the result of some misleading action or at short notice’.³⁷

The theme of individuation in the dialogue becomes most evident in Socrates’ description of his own nascence. His view is that he could not have become who he was entirely on his own; instead he had the community to thank for his emergence as an individual.³⁸ The community’s order for the care, fostering and education of children has served Socrates. Society had generally given Socrates and all its other citizens the best that was available.³⁹ Society has obligations towards its citizens, and Socrates believed that society had fulfilled these obligations with respect to him. But the legal order is built on a principle of reciprocity, and thus Socrates also had obligations to society. To keep his end of the bargain in his current situation, Socrates believed he should refrain from fleeing because flight would undermine his respect for the law, and thus inflict damage on society.⁴⁰

According to the Socratic view, citizens have an obligation to support society, on the condition that it is democratic and helps citizens develop as individuals. Part of a citizen’s obligation of loyalty to the political order of good, Socrates says, is the responsibility to defend the community against external attack.⁴¹ Yet the good society can also be undermined or destroyed by internal enemies. This is undoubtedly the insight that compelled Socrates to proclaim that citizens are vested with a moral obligation to obey the laws of the society, as long as these laws cannot be proven to be unjust. Not respecting the law, Socrates seems to say, is to have hostile intentions towards the society which,

³⁷ Plato, *Crito*, 52e.

³⁸ In this sense, Socrates says, it is the laws that have created him; Plato, *Crito*, 50d.

³⁹ Plato, *Crito*, 50d–50e and 51c–51d.

⁴⁰ Plato, *Crito*, 50a–50b, 52c–52d, 53b–53c, and 54c–54d.

⁴¹ Plato, *Crito*, 51b–51c.

through care and support, has promoted the process of individuation and thus helped to form our identities as free individuals. The good society will be toppled if its citizens demonstrate disloyalty in return for the good that they have received.⁴²

The Socratic contract's clause ordering us to obey laws or prove their unjustness encompasses an opportunity for continual dialogue about how wrongs can be righted. The ability to renegotiate the Socratic social contract clearly expresses the foundation of this contract: it is a perception of democratic society as a dynamic whole. If a law does not fulfil its purpose, it can be withdrawn completely, and this means that the contract is dissolved in this regard. Citizens can choose instead to formulate a law – a contractual condition – that is more suitable for the overall purpose of supporting the citizens in their attempt to achieve perfection as individuals. Note that in this regard, Socrates operates with a substantial concept of democracy – a concept that defines specific values on which a democracy must be based. In addition, the Socratic democracy presumes that the citizens, individually and together with others, reflect over these values and in doing so, they keep the values alive by incorporating them in their own character. Socrates dismisses the empty concept of democracy as merely meaning that all citizens are allowed to vote. This sort of nominal democracy, at least in principle, can legitimize any decision through the reference to the decision's foundation in a popular vote – whereby the decision is seen as being made by a majority.⁴³ Socrates maintains that a perception does not need to be correct in order to be advocated by many, and in doing so he reveals the potential conflict between authority and rationality.

5.2 *Liberty lies in the hearts of men and women*

Within the Athenian enlightenment philosophy, the psychological understanding of human nature is that character is developed through upbringing and practical training, and is perfected through habit. To illustrate the connection between the exercise of social practices and the development of character, Aristotle presents an etymological explanation: the term 'ethics,' *ethike*, is derived from *ethos* – which is the Greek word for 'habit'. To become an

⁴² Plato, *Crito*, 51c–52a.

⁴³ For an extensive discussion of the Socratic concept of democracy see AG Gundersen, *The Socratic Citizen – A Theory of Deliberative Democracy* (Lexington books, Lanham, 2000). According to Gundersen liberal theories of democracy build on the idea that a correct procedure will necessarily result in a fair outcome. At the same time, these theories lack criteria of fairness which are independent of the procedure itself; p. 7.

independent person, one must act in an independent way and under reflection over what independence means, in the same way that one can only become a musician by learning to play an instrument. From this foundation, Aristotle highlights that the good society enacts laws that create good habits among its citizens, and these habits can develop each individual's character. He also highlights the significance of the fact that as early as childhood, one begins to adopt character-building habits.⁴⁴

In order to achieve their individuating objective, educational institutions should provide comprehensive knowledge about different areas of life, and deepen understanding of the effects of social structures on people's living conditions. At the same time, the gathering of facts must be processed on the conceptual level to form meaningful patterns of thought. Knowledge and education include an understanding of how to perform this activity creatively and independently, relates to established knowledge and traditions, and includes reflections over the meaning and relevance of knowledge. Thus, education teaches an independent mode of thought which allows students to take part in discussions about superiority and subordination, and offers answers for how influential phenomena occur, spread through society, and are reflected in society's institutions.

Objectification of a person is severe in and of itself when it infringes upon another's bodily integrity or private sphere. Providing protection against such intrusion is thus a fundamental task of the law, which punishes murder, assault, theft and fraud. Yet the most serious infringement and far-reaching objectification, in addition to homicide, is what one might call the murder of the soul: being stripped of one's essence to be what someone else wants you to be, and to be forced to live someone else's life, all the while in the belief that this is what one wants. I contend that this follows from the axiom that a person being a person in his own right is the most important ethical principle of all.

Nevertheless, something more than laws and courts is required to maintain this principle. As noted by Learned Hand, one of twentieth-century America's most influential judges, placing one's trust solely in laws and the authorities applying them is merely false hope: 'Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it; no constitution, no law, no court can even do much to help it.'⁴⁵

⁴⁴ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book II, 1. See further C Lord, 'Aristotle and the Idea of Liberal Education' in J Ober and C Hedrick (eds), *Demokratia – A Conversation on Democracies, Ancient and Modern* (Princeton University Press, Princeton, 1996) 271 ff.

⁴⁵ H Learned, *The Spirit of Liberty. Papers and addresses*, ed. I Dillard (New York, 1960).

ANIA ZBYSZEWSKA

WOMEN IN RESEARCH AND ACADEMIC LABOUR
MARKETS:
REVISITING THE ISSUE TEN YEARS ON

1 Introduction

In 2006, Ann Numhauser-Henning wrote the introduction to a volume on gender equality in academic and research careers, which was a follow-up to a conference she organized at the Lund University Faculty of Law the preceding year.¹ One of the book's premises, was that while in the European Union (EU) context there has been some progress in terms of increasing women's educational attainment as well as their visibility and progression in research careers, this progress has been rather uneven and, on the whole, there was still much work to be done to realize the EU policy's long-time aspiration of achieving gender equality in all spheres of life, including in academia. With such a state of affairs as a backdrop, this 2006 edited collection brought together contributions from a number of leading legal scholars, some of whom were also members of the European Commission's Network of Legal Experts on Equality between Men and Women, to consider whether or not there was scope for positive action on gender equality in EU law.

A decade since that book's publication, the issue of women's advancement in research and academia is no less important, and indeed, has been reaffirmed as such by a number of recent EU policy statements characterizing it not only as a measure of social progress, but as essential also for the success and competitiveness of Europe's knowledge and innovation-led economic growth.² In this contribution I wish to revisit the issue of women's standing in academia

¹ Ann Numhauser-Henning, 'Introduction: Aiming High – Falling Short?' in R. Blainpain (ed.) *Women in Academia and Equality Law*, Kluwer Law International, 2006.

² In the words of Robert-Jan Smits, the European Commission's Director General for the Research and Innovation Agenda, 'The promotion of gender equality is part of the European Commission's strategic approach in the field of research and innovation. It contributes to the enhancement of European competitiveness and the full realization of European innovation potential.' European Commission: Strasbourg, 2012, as cited in Miriam E. David, 'Women and Gender Equality in Higher Education', (2015) *Educational Science* 5: 10–25, at 21–22.

and research by looking at the current state of affairs, with my motivation for doing so resting on two related premises. First, as an early-career scholar who shares Ann's feminist commitments, as well as her research interests in labour law, labour markets, and gender equality, I regard women's progress in our professional field to be of both personal and professional importance. Indeed, I imagine that Ann may have held similar sentiments throughout her professional life. As a prolific academic writer, a law professor, and a faculty and university-level manager and administrator, she had come up through the ranks at a time when very few women earned doctoral degrees and even fewer became professors. As such, she did not only take up the challenges women face in employment and labour markets as a subject of her scholarly work, but very likely herself experienced, and navigated, such challenges in her daily work and life. Even in countries like Sweden, whose political commitment to gender equality has been long-standing and much more robust than in most other EU Member States, women have had a harder time reaching and succeeding at the highest rungs on the research and academic career ladders. This brings me to the second reason for my choice of focus: scholars like Ann – with their inspiring stories of what is possible, their commitment to new and unique perspectives on what is worthy of study and how to do good research, and the mentorship and advice that they have been able to impart to others – have 'blazed the trail' and helped to usher in a somewhat more receptive institutional environment for the next generation of female researchers and scholars. I have certainly benefited from this general process of trail blazing, and more specifically, from Ann's keen support for the sort of up-and-coming labour law research that is informed by feminist principles, in which I too engage. In light of this, I thought it fitting to celebrate Ann's academic legacy by focusing on the subject that she *lived* and wrote about a decade ago, and which remains as crucial and current today as it was then.

To reflect my own research interests and approach, however, I wish to examine the issue of careers and gender equality in research and academia not through the prism of legal jurisprudence on the positive gender equality duty in EU law, but rather by placing the issue of women's progress within the more general context of institutional changes in higher education and research governance, as well as the broader trends that have been shaping the academic labour markets. My reason for doing so stems from a contention that such a perspective is useful because higher education institutions and labour markets are currently undergoing transformations that are not unlike those that have been taking place in other public institutions (e.g. health care, public care, and

government services) and broader labour markets of Europe and developed countries like Australia or Canada for some time. Unfortunately, what this implies is that aiming for gender equality – especially as it is currently articulated in EU-level policy instruments and within the model of ‘academic capitalism’³ that is increasingly shaping university and research life – is unlikely to alone improve women’s positions in research and academia, much as it has not done for women’s labour market status more broadly, as Judy Fudge, another prominent feminist labour law scholar and mentor has recently argued.⁴ Following Fudge, I wish to suggest that pushing for equality in the academic and research labour markets, while still an important goal, may no longer ‘be enough’⁵ to improve academic women’s overall standing and career progression, especially when this goal coexists with, and may in fact rely upon, the presence of secondary (read, inferior) academic labour markets characterized by casualization, insecurity, precariousness, and lack of prospects, in which so many women academics find themselves.

In order to make these points, my reflection will unfold in three steps. First, I will provide a brief snapshot of women’s standing in research jobs by citing the most recent figures from Europe and select national contexts where women’s representation in research careers has been a subject of ongoing policy intervention. Secondly, drawing on a range of studies on academic labour – its nature, processes, and their contemporary transformation – as well as broader changes in the organization of higher education institutions, I will examine some of the key reasons for women’s continually lagging position. Finally, I will consider a number of recent policy-led interventions designed to improve women’s chances and increase numerically their representation at the apex of academic hierarchies on the one hand, and the recent calls for a move towards ‘slow academia’ as a potential reprieve from work intensification and a solution to women’s underrepresentation on the other. I will conclude by reflecting on why neither of these solutions are likely to be sufficient so long as they rely upon or at the very least fail to challenge the dual academic labour market in which only a select few get to aim high and succeed, while so many others are destined to fail.

³According to Christine Teelken and Rosemary Deem, ‘academic capitalism’ refers to the process of transformation in higher education and universities whereby economic values expressed in discourses of rankings, market competition, managerial authority, and efficient use of resources inform the meaning of the term ‘excellence’: C. Teelken and R. Deem, ‘All are Equal, But Some are More Equal Than Others: Managerialism and Gender Equality in Higher Education in Comparative Perspective’, (2013) *Comparative Education* 49(4): 520–53.

⁴ Judy Fudge, ‘Women Workers: Is Equality Enough?’ (2013) *feminists@law* 2(2).

⁵ *Ibid.*

2 How does 'She Figure'? Women in academia in Europe and beyond

Despite the significant progress in integrating more women into higher education and research, the 2013 Global Gender Index suggests that strong vertical gender segregation remains a prominent feature of research and academic careers in developed countries on either side of the Atlantic, and in all other parts of the world.⁶ In Europe, for example, the latest *She Figures* report⁷, which the European Commission has published every three years since 2003, indicates that while almost half (47 percent) of all PhD graduates are women, strong disciplinary discrepancies and gendered patterns in progression remain, as women make up just a third of all research professionals with even fewer being present in the fields of technology, engineering, and computing. The report also shows that although women fare better in the context of higher education and academic research than they do in the industrial and business research sectors, gender is a key determinant of working conditions also in higher education, as female researchers are more likely than men to work part-time or have precarious contractual arrangements (although the part-time gender gap is still lower in higher education than in the overall economy).⁸ In 2015, for example, 13.5 percent of women researchers in EU 28 countries were in part-time employment (versus 8.5 percent of men) and 10.8 percent had precarious contracts (versus 7.3 percent of men).⁹ That year, the gender pay gap in research was 17.9 percent.¹⁰

These already marked disparities are even more pronounced at the higher levels of the academic hierarchies, with significant gender inequalities in career advancement and participation in academic decision-making. In 2013, women made up only 21 percent of the top-tier research posts (20 percent in 2010) across the EU 28 Member States, with such skewed proportions being present even in countries known for their egalitarianism, like Sweden.¹¹ Indeed, given the increase in women's overall educational attainment, the abovementioned 2015 *She Figures* report also notes that women are actually increasingly under-represented in senior research and academic positions: at

⁶ The Global Gender Index online: <https://www.timeshighereducation.com/features/global-gender-index-2013/2003517.article?storyCode=2003517>.

⁷ European Commission, *She Figures 2015*, Directorate General for Research and Innovation, 2016: online: https://ec.europa.eu/research/swafs/pdf/pub_gender_equality/she_figures_2015-final.pdf.

⁸ *Ibid.* at 1, 103–105.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, 111–115.

¹¹ *Ibid.*, at 6 and Chapter 6.

the highest level, the difference between women and men is 58 percent, which compares poorly with the 10 percent difference at the entry level.¹² Gender also affects the rates of success in securing external funding, with men's success rates (31.8 percent) being slightly higher than women's (27.4 percent).¹³ Unsurprisingly, the gender perspective is also rarely utilized (or mainstreamed) in research design, ranging from being entirely absent in some science fields to being integrated in about 6 percent of all research outputs in social sciences, which is quite low indeed.¹⁴ And finally, gendered patterns are also found in the context of academic and research leadership and decision-making. In 2014, of all heads of higher education institutions, 20 percent were women (15.5 percent in 2010), and women represented 28 percent of all scientific and administrative board members, with only 22 percent being board leaders.¹⁵ While the figures are much better in some countries like Sweden, studies show that phenomena such as 'glass cliffs' often make it difficult for women to be actually successful in such higher posts because their appointments also tend to coincide with periods of difficult institutional transition.¹⁶

The gendered patterns in academic careers reported in Europe are not dissimilar to those on the other side of the Atlantic, in Canada and the United States (US), or in Australia. In all of those contexts, white men still dominate senior ranks of the academe, and women are less likely to secure tenure (associate professor level and higher) and are slower to attain it, with those who are visible minorities being even less likely to do so. In Canada, for instance, women made up 30 percent of the full-time faculty with tenure, while visible minorities constituted less than 15 percent.¹⁷ Moreover, like in Europe, in Canada women are also more likely to be among the growing ranks of part-time, non-tenure track faculty.¹⁸ Similarly, the National Centre for Education

¹² *Ibid.*, at 6.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ H. Peterson, 'Is managing academics "women's work"? Exploring the glass cliff in higher education management', (2016) *Educational Management and Leadership* 44(1): 112–127, with useful review of literature on 'glass cliffs' and similar phenomena in other sectors as well.

¹⁷ Canadian Association of University Teachers 2010, reporting figures for 2009 and 2006 respectively: Canadian Association of University Teachers. 2011, March. The persistent gap: Understanding male–female salary differentials amongst Canadian academic staff. CAUT Equity Review 5.

¹⁸ S. Acker, M. Webber & E. Smyth, 'Tenure troubles and equity matters in Canadian academe,' (2012) *British Journal of Sociology of Education*, 33:5, 743–761, M. Horn, 'The case for tenure', (2009) *Academic Matters*, October/November. http://www.academicmatters.ca/current_issue.article.gk?catalog_item_id=3423&category=/issues/OCT2009. G. Howie and A. Tauchert, 'Institutional Discrimination and the Cloistered Academic Ideal', in G. Howie and A. Tauchert (eds), *Gender, Teaching and Research in Higher Education*, Ashgate, 2002.

Statistics reported that in the United States too, (white) women comprised 35 percent of full-time academic faculty at degree granting post-secondary institutions, with only 25 percent of full-time professors being (white) women (while visible minority women are particularly poorly represented).¹⁹ The proportions of part-time and casual staff (49 percent) to full-time staff (51 percent) are nearly equal at American higher education institutions, reflecting a marked casualization of academic jobs which is also highly gendered as women are more likely to be found in non-tenure track posts of lecturers and instructors or in assistant professorships, than in associate and full professor posts. Showing very similar patterns is Australia, where in 2014 women comprised 44 percent of academic staff and held 31 percent of senior positions. While still unequal, the Australian case does nonetheless shows a remarkable improvement from the particularly unfavourable figures of 20 and 6 percent (representing women as academic staff members and in senior posts, respectively) at the start of the 1980s.²⁰

With this statistical backdrop in mind, in the next section I wish to consider some of the reasons that explain the persistence of these inequalities. While there is a growing body of research on this subject, curiously academics appear fairly reluctant to turn the gaze on themselves, and labour lawyers only very rarely reflect on the nature and inequalities inherent in academic labour process and research labour markets, with the aforementioned 2006 collection Ann contributed to being one rare example. Thus, in examining the reasons for why gender inequalities are so persistent in our occupational sector, I will be drawing on research on the subjects of labour and progression within academia that has been developing in a range of other social science disciplines.

3 Gendering academic labour markets: Diagnosing the problem

As many studies on gender and progression in academia suggest, women's lagging status is a result of the interplay between a number of cultural, normative, and structural factors, much as in the case of women's continued disadvantage in the labour market as a whole. Like in the latter case, the problem within academia relates in part to the traditional model of academic

¹⁹ U.S. Department of Education, National Center for Education Statistics. 2015. *The Condition of Education 2016*. online: <https://nces.ed.gov/fastfacts/display.asp?id=61>.

²⁰ H. Winchester and L. Browning, 'Gender Equality in Higher Education: A critical reflection,' (2015) *Journal of Higher Education Policy and Management* 37(3): 269–281, 269.

work and life course, which developed at a time when scholarly and research careers were dominated by men. In academia, like in many other occupations, these models and underlying presumptions about a worker's availability, commitment, and unencumbered status served to either exclude women or to limit their advancement opportunities through, for instance, division of academic labour and vertical segmentation based on gender coding of various forms of work. Reinforced by the vocational character of scholarly work, which is imbued with notions of 'labour of love' or 'life's work' and unquestioned dedication (even sacrifice), the social and professional expectations of *how to be* successful in the academe have tended to translate into a work process and a work load that can be relentlessly demanding on time, even if the independence to determine the subjects and scope of one's research and the flexibility to organize one's work schedule have been long highly prized features of the academic sector. As I will explain in more detail next, the combination of these characteristics can have a very distinct impact on women and men's ability to thrive and succeed as scholars, with the temporal demands especially tending to reinforce or exacerbate gendered differences for a number of reasons. I will also suggest that contemporary transformations in the field of higher education are neither easing the academic workloads or the inherent tensions; on the contrary, these changes might be contributing to work intensification and extensification in ways that reinforce gendered patterns of work and institutional hierarchies.

To begin, it is well known that research output and publication record are still the key guarantors and predictors of career advancement in academia,²¹ and that development of a robust research and publication profile requires time. In this regard women might experience more difficulties than their male colleagues on two accounts. First, like all women seeking to combine employment with family responsibilities, academic women are more likely to assume primary responsibilities for domestic and caregiving tasks in their private lives. Given that the division of labour within the home continues to be highly gendered and uneven, even if it is less so within households whose members have university degrees, female scholars who have family responsibilities may be from the outset operating under different temporal constraints

²¹ L. Morley, 'Lost Leaders: Women in the Global Academy. Higher Education Research and Development,' (2014) *Gender and Education* 33 (1): 114–128, H. Horta, V. Dautel, and F. M. Veloso, 'An Output Perspective on the Teaching-Research Nexus: An Analysis on the US Higher Education System', (2012) *Studies in Higher Education* 37 (2): 171–187, J. Litwin, 'Who's Getting the Biggest Research Bang for the Buck', (2012) *Studies in Higher Education* 39 (5): 771–785.

than their male colleagues (whether or not they are fathers) or female colleagues who have no children or other dependents. Indeed, research shows fairly convincingly that academia is not a family-friendly sector (it has been even suggested that it is one of *the least* family-friendly ones) and that family status has a very different impact on women and men's respective success rates.²² Crucially, there is evidence that it is only for women that the presence of young children (under six), especially at early career stages, correlates negatively with their prospects of securing permanent (tenure-track or similar) academic posts.²³ Even if that effect lessens at later stages in their careers, once they have landed such a post and seek to advance to a higher level (whether by attaining tenure or becoming full professors), the 'leaky pipeline' phenomenon explains in part why there is such a significant disparity between the numbers of women and men who complete PhDs and those who manage to land tenure-track positions.²⁴ While researchers are ultimately divided on what precise impact having a family has on women's research productivity,²⁵ and indeed, there is actually some evidence to suggest that female scholars who are mothers may be more productive than those who do not have children,²⁶ there is no doubt that women who combine academic work with childrearing face more considerable time pressures, even if they manage to find ways to navigate them effectively or do so at the cost to their leisure time.

Whatever their impact on ability to publish, another reason why care obligations and family status might affect women's chances of succeeding in academia differently to men's is related to the fact that having a family tends to also limit mobility, which is increasingly regarded key for development of a professional research profile. International mobility in particular plays an

²² M.A. Mason, N. H. Woltinger, and M. Goulden, *Do Babies Matter?: Gender and Family in the Ivory Tower*, Rutgers University Press, 2013.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.* Specifically, as Mason, Woltinger, and Goulden (2013) show by drawing on US data, having a child aged six and under is especially problematic for academic women at the early career stage as it significantly lessens the likelihood of securing a tenure-track, permanent assistant professor post; a penalty not experienced by their male cohorts who are fathers or other women who have no children or whose children are older. This 'child penalty' becomes insignificant at later career stages such as in the transition to tenure or, subsequently, attainment of full professorships. Indeed, research shows that in those latter transitions, having a family can actually act as an advantage (in the case of tenure) or have no impact (in the case of full professorship). Since the gender gap continues to be most pronounced in the last case, gender alone is the key predictor of promotion. See also Winchester and Browning, *supra*.

²⁵ Some evidence shows that motherhood either has no negative impact or that impact is insignificant and over a brief period of time. See S. J. Aiston & J. Jung, (2015) 'Women academics and research productivity: an international comparison,' *Gender and Education*, 27:3, 205–220.

²⁶ *Ibid.*

important role in facilitating broader exposure and better integration in academic networks through enabling scholars to take advantage of research stays, visiting posts, or conference travel. Indeed, ability to demonstrate a mobility track record is increasingly required for promotion both, because mobility is consistent with internationalization strategies pursued by many higher education institutions, and because it actually broadens the range of possible research fields, funding options, and career prospects for the academics themselves. Yet, evidence shows that women scholars are significantly less mobile than their male colleagues, especially when they have families or when they are partnered with other academics.²⁷ In effect, those female scholars have a more limited scope to foster and maintain professional connections and research links, develop international profiles, or take advantage of career-advancing job opportunities that might require relocation (which is especially important in those academic labour markets where scarcity of permanent posts is a problem) than their colleagues who do not face similar mobility constraints.

Although work-family conflict is often touted as the key problem for achieving gender equality in research and higher education, it is by no means the only one, as there are other cultural and structural problems that stall advancement by impeding academic women from being able to perform on par with their male colleagues or have their contributions recognized.²⁸ Stereotypical assumptions and cultural norms may be keeping many women behind despite efforts made at increasing their representation. Studies show, for example, that the academic division of labour itself is highly gendered, with women faculty members more likely to carry heavier administrative and teaching loads²⁹ than their male colleagues. Female faculty members are more often assigned the necessary yet time intensive and emotionally taxing committee work, pastoral care, and other types of work involved in maintenance of student or staff relationships and running of departments.³⁰

²⁷ H. Jöns, 'Transnational Academic Mobility and Gender', (2011) *Globalisation, Societies and Education* 9 (2): 183–209, see also H. Ruger H and S. Ruppenthal, 'Advantages and disadvantages of job-related spatial mobility,' in Schneider N and Collet B (eds) *Mobile Living across Europe II*. Opladen: Barbara Budrich, 2010, 69–94, cited in N-S. Fritsch, 'At the leading edge – does gender still matter? A qualitative study of prevailing obstacles and successful coping strategies in academia,' (2015) *Current Sociology* 63(4): 547–565.

²⁸ K. Zippel, M. Marx Ferree & K. Zimmermann, 'Gender equality in German universities: vernacularising the battle for the best brains,' (2016) *Gender and Education*, DOI: 10.1080/09540253.2015.1123229.

²⁹ For a brief and useful review of literature on this see: S.J. Aston & J. Jung, 'Women academics and research productivity: an international comparison,' (2015) *Gender and Education*, 27:3, 205–220.

³⁰ *Ibid.*

Since these kinds of tasks tend to be more time consuming than is often anticipated by workload allocation models, they might impose on the time required for developing and leading research projects and keeping up with scholarly writing, which are themselves time intensive and often time sensitive. Paradoxically, while academics are increasingly expected to excel at administrative tasks and teaching,³¹ those forms of work are ultimately considered of lower status and assigned lesser importance in the hiring and promotion decisions, for which research output is still the key indicator of success.³² Thus, even when external (i.e. family) time pressures do not have a prohibitive impact on research productivity, institutional division of labour and the time frames and requirements of promotion procedures, which are often based on gendered presumptions even when they are regarded as fair and neutral, can set women back.

Securing external research funding is one way in which research time can be 'bought' and the responsibilities for the sorts of time-consuming yet lesser-valued (for the purpose of promotion) tasks minimized. However, the time investment involved in the preparation of grant applications and the low and ever decreasing likelihood of success (due to the streamlining and cuts to public funding) can itself serve as a disincentive for those academics who are already inundated with other responsibilities, especially if the type of research they perform does not fall into a field or category that is likely to attract external funding in the first place. As recent data suggest, women already secure fewer grants than men,³³ which may in part be linked to their position within the departmental division of labour and their publication and funding track record. Moreover, as feminist scholars have pointed out, peer review processes and decisions about funding allocation are themselves highly gendered.³⁴ This is both because the members of decision making bodies (much like senior journal editors) are still more likely to be men,³⁵ and because the subjects women choose to study, and especially the adoption of a feminist perspective, tend to be continually regarded as niche and not of general importance and interest. Although there is a perception that gender has been mainstreamed in scholarship and that a gender perspective might be in fact advantageous in a funding bid, as the above noted data from the 2015 *She*

³¹ As, for instance, demonstrated by the increased importance of student evaluation and recent proposals to introduce a Teaching Excellence Framework in the United Kingdom.

³² M. Baker, *Academic Careers and the Gender Gap*. Toronto: UBC Press, 2012.

³³ *She Figures 2015*, *supra*.

³⁴ See Morley (2014) *supra*, Baker (2012) *supra*.

³⁵ Aison and Jung (2016) *supra* at 216.

Figures report suggests, which is that only six percent of all social sciences research outputs have actually adopted a gender perspective in an analytical sense,³⁶ such a perspective is in reality still fairly marginal.

Moreover, the fact that the teaching and administrative tasks waived for research grant holders and institutional 'research stars' need to be distributed within departments, means that there will always be those faculty members who assume disproportionate share of such jobs, regardless of the impact that this might have for their own research output and advancement potential. Increasingly, and especially in light of the advancing marketization of higher education which makes universities hungry for larger student enrollments, such coverage is being facilitated through the deployment of part-time, casual, or temporary contract workers to deliver teaching.³⁷ While in the past such jobs were primarily given to doctoral students as opportunities to develop their teaching portfolios, currently a large share of this work is carried out by newly minted PhDs or PhDs who have not been able to secure permanent posts or more prestigious (because career enhancing) temporary posts. The temporal constraints that these 'secondary' academic workers face due to heavy teaching loads they are assigned, combined with their insecure status, low pay, and lack of institutional support and integration they often experience,³⁸ often undermines their chances of developing research portfolios and profiles and maintaining or establishing professional links, and thus being competitive in the shrinking pool of permanent posts. In such a dual academic labour market, the success of some scholars is increasingly facilitated by the precarious work of others and as the statistics I cited above clearly show, women are more likely to be in that latter group.³⁹ Thus, even when efforts to elevate some women to the higher level of academic hierarchies are effective, their success is very likely going to rely upon the insecure status of female colleagues who have no similar prospects.

While academics have until recently been relatively silent about the inequalities within their own workplaces, there is now a growing body of

³⁶ *Supra*.

³⁷ A. Lopez and I. Dewan, 'Precarious Pedagogies: The Impact of Casual and Zero-hours Contracts in Academia.' (2014) *Journal of Feminist Scholarship* 7(3); David (2015) *supra*, J. White, 'Zero-hours contracts and precarious academic work in the UK', *Academic Matters*, Spring-Summer 2015. Online: academicmatters.ca.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ See also B. Bagilhole and K. White, *Generation and Gender in Academia*, London: Palgrave, 2013; K. Broadbent, C. Troup, & G. Strachan, 'Research Staff in Australian universities: is there a career path?' (2013) *Labour & Industry: a journal of the social and economic relations of work* 23: 276–295.

literature on the process of neoliberal restructuring in the higher education and research sectors, which considers also its consequences for the organization of academic work, hierarchies, and labour markets, as well as women's progression.⁴⁰ While much of this literature is critical in nature, it might be tempting to see those features of the emergent academic capitalism that focus on leveling the playing field through meritocratic assessments based on objective metrics and quantifiable indicators as a positive development because of their potential to break down long-standing but invisible hierarchies, nepotism, and the 'old boys club' that have kept women behind. At the same time, in focusing on individuals, such merit-based systems themselves fail to account for structural problems that have been noted above, not least because they rely on the gendered peer-review processes, the academic division of labour, and the segmentation or dualization of the academic labour market. In the next section, I will briefly recount some current policy proposals for how to redress gender inequality in academia as well as proposals from within the academy itself that seek to revert the gendered process of erosion in academic working conditions. My reflection on the extent to which these initiatives and policy directions are promising, will also act as segue into my concluding remarks.

4 Policy directions and potential solutions: Can academic capitalism advance gender equality?

The recognition that the progress on gender equality in research and academia has been insufficient has led to a new series of policy calls and renewed efforts in many national contexts.⁴¹ At the EU level, for example, gender equality plans had been adopted in 36 percent of research performing organizations, which responded to the 2014 European Research Area (ERA) Survey. As the survey suggests, by far the most popular measures taken up to now have been those that focus on improving the balance between work and family, in recognition that this is one area in which women experience more difficulties than their male colleagues. More than half of research organizations in 26 of 37 countries that responded to the ERA survey had such measures in place. Similar efforts

⁴⁰ See for example Lopez and Dewan (2014) *supra*; David (2015), *supra*.

⁴¹ European Commission, *supra* note 2. In the Horizon 2020 program, the Commission has proposed targets of 40 percent of women in research leadership positions by the year 2020, and has integrated gender as a key indicator for allocation of funds.

to make academia a more family-friendly sector have been made on the other side of the Atlantic, in United States.⁴²

While work-life balance measures are indeed important, as some feminist scholars have noted these sorts of measures can only go so far. For one, focus on work-family conflict can in fact reinforce the notion that the family is a woman's responsibility, especially when measures seeking to address it are only targeted at them. Moreover, measures seeking to accommodate women may make it easier for them to conform to standard academic workloads or life course, without necessarily tackling the source of the problem and eradicating it. Crucially, such measures often leave unchallenged other structural causes of inequalities in academic careers and labour markets. Yet, while positive actions that seek to advance equality through recruitment targets or support schemes for women's leadership have been shown to be effective in Australia,⁴³ to cite one prominent example, such measures are still rarely used in Europe. In 2013, for instance, merely less than a quarter of European research organizations that responded to the abovementioned ERA Survey had such measures in place.

Even where such broader efforts to increase women's advancement and leadership in research and academic careers do exist, however, what is troubling for some feminist scholars is that these efforts too often appear to be instrumental only. Especially when they are articulated in the language of ensuring growth and economic productivity, which they tend to be in EU policy for example, these commitments are part of the broader business case for women's equal opportunities and inclusion in the labour markets, which has been made for some time yet has not yet led to the emergence of more egalitarian and inclusive labour markets.⁴⁴ Of course, in the research and academic contexts, the unleashing of the institutional race to capture the most talented and productive researchers – based on merit and output, and regardless of their gender – indeed does open opportunities for some women. However, as already noted above, these opportunities often come at a price to oneself and others,⁴⁵ especially when this model of competitive academic

⁴² See Mason, Woltinger, and Goulden (2013) *supra*.

⁴³ Fritsch (2015) *supra*.

⁴⁴ Feminist scholars point out that even when these efforts are framed in the language of gender equality, they tend to lack the political edge offered by the feminist critique they seem to have appropriated and required for a transformative approach. See, for example, Zippel, Marx Ferree & Zimmermann (2016), *supra*; Morley (2015) *supra*.

⁴⁵ R. Gill, 'Breaking the silence: The hidden injuries of neoliberal academia,' in R. Ryan-Flood and R. Gill (eds.) *Secrecy and silence in the research process: Feminist reflections*, 228–244. London: Routledge, 2009.

capitalism places ever increasing temporal burdens on all academics in the race for the prize, and relies on the flexible, secondary academic labour force for whom similar opportunities are often foreclosed by the very nature of the positions they occupy.

This competitive model plays well into the sector's vocational ethos, a feature I noted at the outset according to which academia is a 'calling' while its various elements, and especially research, are the sort of work that people are lucky to have and perform out of 'love' and dedication, as opposed to being like other jobs or ways of making a living. Although this sort of passion-inflected characterization of intellectual work is not necessarily unique to academia since is also found in other professions, it does carry very concrete consequences for those academic workers who are not able to comply with the associated expectations and required discipline. For one, such an ethos tends to cast as individual and inevitable many structural and cultural problems inherent in academic work, the organization of research, and university life, with the merit-based mechanisms by which successful progression is accessed and promotions are meted out being one example. Also problematic is the fact that academia's vocational ethos can be very effectively mobilized not only to encourage self-regulation and self-discipline among academics, but also lead them to self-exploit⁴⁶ and self-blame when they are not succeeding. As a consequence, even those scholars who adopt critical perspectives in their research and are sensitive to injustice in the wider world may be less likely to resist, whether alone or collectively, the encroachment of managerialism and external discipline and surveillance in their daily work lives, and may be more likely to accept deteriorating conditions of work for others or themselves. While those who are successful might see this an unfortunate yet inevitable outcome of the competitive and meritocratic selection processes, those who are struggling might see their failure to perform as an individual problem, rather than one that is also of a systemic nature.

In response to the intensification of work that this sort of model of academic capitalism encourages and has already yielded in countries like United Kingdom or United States, a number of calls from within the academy have urged scholars to 'slow down' – both in the interest of work-life balance as well

⁴⁶ R. Gill, 'Academic, cultural workers, and critical labour studies' (2014) *Journal of Cultural Economy* 7(1): 12–30.

as in the interest of quality in research and teaching.⁴⁷ The vision of 'slow academia' is a tempting one indeed. However, the ability to resist in this way is not available to everyone.⁴⁸ For reasons already mentioned, those who are most precarious are often, albeit paradoxically, the least likely to resist exploitation because their very insecure status makes it difficult to do so. Thus, while it is those academics in permanent posts, and from whose ability to attract grants institutions benefit, who are in the position to draw attention to and challenge the inequalities inherent in the dual academic labour market, as some in fact do, the individualized, merit-based, competitive of contemporary academia tends to erode potential alliances as it in fact relies on divisions.

Similarly, while the notion of gender equality that relies on this individualized and competitive model of success may indeed elevate some women and enable them to reach the high goals they aim for, a far greater number of others will nonetheless remain relegated to the insecure, dead-end academic jobs that will make it very difficult, if not impossible, for these women (and an increasing number of men) to successfully thrive and advance in their careers. Only addressing the poor conditions and insecurity faced by workers in this secondary academic labour market together with addressing the structural barriers that still make it hard for too many women to succeed, can improve the prospects of realizing substantive equality objectives in the context of academia and research.

⁴⁷ M. Berg and B. Seberg, *The Slow Professor: Challenging the Culture of Speed in the Academy*, University of Toronto Press, 2016; MOUNTZ, Alison et al. 'For Slow Scholarship: A Feminist Politics of Resistance through Collective Action in the Neoliberal University,' (2015) *ACME: An International Journal for Critical Geographies*, [S.l.], 14 (4):1235–1259.

⁴⁸ H. Mendrick, 'Social Class, Gender, and the Pace of Academic Life: What Kind of Solution is Slow?', (2014) *Forum: Qualitative Social Research*, 15(3).

EVA ÅKESSON

KARRIÄR OCH KOMPETENS – ODE TILL ANN

1 Inledning

Vi satt mitt emot varandra utanför hörsalen i Eden, bytte några ord men var mest tysta. Det var mitt första möte med Ann. Tillsammans med Paula Uddman var Ann och jag de tre kandidaterna till att bli prorektor vid Lunds universitet. Nu satt vi och väntade på att träffa hörandeförsamlingen. Ann gick in först och jag satt ensam kvar och väntade på min tur. Resultatet stod senare att läsa i *Sydsvenskan*: ”Professorn i civilrätt Ann Numhauser-Henning blir ny prorektor vid Lunds universitet. Det stod klart på tisdagseftermiddagen när hon fick en klar majoritet av rösterna i valförsamlingen. Formellt beslut ska fattas av universitetsstyrelsen 24 februari.”¹ Blev jag besviken eller lättad över att Ann blev prorektor och inte jag? Jag minns ingen besvikelse, tvärtom minns jag hur omtumlad jag var över att överhuvudtaget vara med som kandidat till att bli prorektor. Och vad en prorektor gör? I sanningens namn måste jag erkänna att det hade jag ingen aning om vid det tillfället.

Den då nytitträdde rektorn för Lunds universitet Göran Bexell utvidgade sedan universitetsledningen med vicerektorer. De två nya vicerektorerna blev Björn Wittenmark och jag. Vi fyra ingick i universitetsledningen under åren 2003–2008 tillsammans med universitetsdirektör Peter Honeth. Efter att Peter blivit utnämnd till statssekreterare hösten 2006 tillkom även under en period Hans Modig som tillförordnad universitetsdirektör och därefter universitetsdirektör Marianne Granfelt.

Första mötet för den nya universitetsledningen var den 1 mars 2003. Det var en lördag och vi samlades i rektors rum i universitetshuset för vår första gemensamma arbetsdag. Under mötet gick vi igenom arbetsindelningen och en stor del av de arbetsformer som skulle komma att gälla de följande sex åren. Ganska snart hade vi, vicerektorer och prorektor, varsin portfölj med så

¹ I Nathéll, ”Numhauser – Henning ny prorektor” (2003-02-11), *Sydsvenskan*. Tillgänglig via <http://www.sydsvenskan.se/2003-02-11/numhauser-henning-ny-prorektor>. Hämtad 2016-08-08.

kallade linjefrågor som vi skulle arbeta med framöver. Det gick förvånansvärt smärtfritt kan jag konstatera så här i efterhand. Ann fick forskarutbildning, jämställdhet och likabehandling, samt mötesplatser i sin portfölj. Den sistnämnda frågan – mötesplatser – tror jag att hon inte riktigt uppskattade. Den hade hon tidvis svårt att göra något konkret med. I Björns portfölj fick forskningspolicy, ledarskapsutveckling, internationella frågor och återkoppling samsas. Återkoppling associerade Björn ibland lite skämtsamt till sin expertis inom reglerteknik. Själv fick jag breddad rekrytering, lärarutbildning, högskolepedagogisk utbildning för lärare och kvalitet i grundutbildningen som mina linjefrågor. Vi hade alltså inte ansvarsområden såsom utbildning, forskning och samverkan, utan snarare portföljer med vissa frågor i våra uppdrag. Jag uppfattade att detta var ett medvetet val av Göran Bexell. Han ville vara tydlig med att vi vicerektorer och prorektor inte hade en delegation, utan att beslut skulle fattas i styrelsen eller på rektorssammanträdena, allt för tydlighet och transparens. Göran Bexell var samtidigt noga med att inkludera oss alla tre i olika sammanhang. Att det fanns en prorektor och två vicerektorer var en utvidgning av den akademiska ledningen gjord med stor medvetenhet från rektorns sida. Vi kom från olika fakulteter: Ann hade sin bakgrund inom juridik, Björn inom reglerteknik och jag inom kemi. Göran själv var professor i etik. Vi kände inte varandra sedan tidigare, men skulle under de kommande åren arbeta tätt tillsammans, få förmånen att lära mycket och lära känna varandra väl.

Någon skämtade om det här skulle bli *kvartetten som sprängdes*, den dagen under första mötet, jag kan inte minnas om det sas av någon av oss eller av någon annan. Men den förutsägelsen kunde inte varit mer felaktig. Vi litade på varandra från första stund och har så gjort sedan dess. Ann adresserade frågan om förtroende flera gånger på ett klokt sätt. Hon sa helt enkelt att man litar – det är ingångsvärdet. Det var ett förhållningssätt som visade sig fungera alldeles utmärkt. Kittet som höll ihop gruppen var tilliten som Ann talade om och praktiserade. Den förbehållslösa tilliten blev en förutsättning för det fina samarbete som vi alla borde praktisera oftare. (Mycket av detta finns beskrivet i Göran Bexells bok.²) I våra kalendrar fanns ibland noteringen GABE. Akronymen stod för Göran, Ann, Björn och Eva och betydde att det var lunchmöte. Oftast var mötena hemma hos Björn. Denna GABE-grupp träffas än idag, naturligtvis inte lika ofta men likväl ses vi och diskuterar ledarskap och utbyter erfarenheter i olika former. Numera ses vi inte längre hos Björn.

² G Bexell, *Akademiska värden visar vägen* (Stockholm, Bokförlaget Atlantis, 2011).

De senaste träffarna har varit i Spanien, på Skånes ostkust och nu senast på Fårö.

Som prorektor initierade Ann satsningar på yngre lärare/forskare vid Lunds universitet. Under perioden 2007–2011 gjordes gemensamma utlysningar av (minst) 5 x 35 anställningar som postdoktor, forskarassistent eller biträdande lektor, som finansierades till 50 procent av gemensamma medel och 50 procent fakultetsmedel om totalt minst 320 miljoner. Det här blev en stor gemensam satsning. Men samtidigt byggdes det upp kompetensutvecklingsprogram för yngre forskare. Här kom hennes helhetstänk fram. Det var ett webbaserat strukturerat postdoktoralt kompetensutvecklingsprogram i tre dimensioner:

- luPOD-programmet för personer i meriteringsanställningar
- luPOD-seminarier för alla i postdoktoral ställning
- luPOD-portalen för alla i postdoktoral verksamhet, inklusive alumni-nätverk.

Idag finns luPOD 2.0 vid Lunds universitet och är ett välutvecklat karriär- och kompetensutveckling i form av seminarier, nätverk och mentorsprogram³, vidareutvecklat från det som Ann initierade.

2 Karriär för kvalitet

I april 2006 fick Ann uppdraget av departementschefen Leif Pagrotsky att som särskild utredare genomföra en översyn av befattningsstrukturen vid svenska lärosäten. Det var ingen slump att han utsåg just henne. I uppdraget låg att *granska den rådande anställningsstrukturen och föreslå förbättringar för att uppnå en fungerande och sammanhållen meriterings- och karriärväg för såväl kvinnor som män vid universitet och högskolor och i relation till det omgivande samhället*.⁴ Tiden från doktorsexamen fram till fast anställning var det som stod i fokus tillsammans med detaljstyrningen i högskoleförordningen som hinder för utvecklandet att ta ansvar som arbetsgivare. Ann, som var välrenommerad professor i civilrätt med inriktning på arbetsrätt, var som klippt och skuren för uppdraget. Betänkandet *Karriär för kvalitet*⁵ överlämnades den 14 december 2007 till dåvarande statsrådet Lars Leijonborg. Det var ett omfattande

³ Medarbetarwebben, *Karriär- och kompetensutveckling inom akademien* (Lunds universitet, 2016) Tillgänglig via <http://www.medarbetarwebben.lu.se/anstallning/kompetensutveckling/karriar-och-kompetensutveckling-inom-akademien>. Hämtad 2016-09-25.

⁴ Dir. 2006:48, *Befattningsutredning vid universitet och högskolor*.

⁵ SOU 2007:98, *Karriär för kvalitet*.

arbete som tog tid, hon var fullt upptagen och djupt engagerad med Befattningsutredningen under denna period.

I en Powerpoint från en av våra gemensamma presentationer som vi hade på ett ledarskapsprogram, hittar jag följande text från Ann som beskriver uppdraget till Befattningsutredningen:

- En sammanhållen meriterings- och karriärväg
- Ett förenklat och rättssäkert anställningsförfarande
- Översyn av de visstidsanställdas situation (HL, HF och LAS)

Med följande förutsättningar:

- Jämställdhet är en förutsättning
- En del av det internationella kunskapssamhället
- Högskolesektorn går från ständig tillväxt till balanserad excellens
- Frihet under ansvar – ökat självbestämmande

Jag stannar till vid begreppet balanserad excellens. Första gången jag hörde uttrycket var när dåvarande rektorn på Ekonomihögskolan, Allan Malm, använde det. Balanserad excellens betyder att ställa krav på ett tydligare akademisk ledarskap som ska ta strategiskt ansvar och samtidigt visa hela verksamheten omsorg. När Ann höll på med utredningen talade hon om att det var fråga om att dela på tryggheten, att några få i det dåvarande systemet hade nästan oändlig trygghet och att andra saknade den helt. Nu skulle flera få dela på tryggheten. Konsekvensen blev mindre för vissa och mer för andra.

Hur blev det då? Befattningsutredningen blev klar i slutet av 2007 och en tid senare kom autonomiutredningen.⁶ Dessa båda kopplades samman och behandlades i en gemensam proposition⁷ där universitet och högskolor gavs större självbestämmanderätt över lärarkategorier, liksom i frågan om befordran ska vara en möjlighet eller rättighet för individen. Jag frågade henne vid något tillfälle hur hon tyckte Befattningsutredningen hade tagits om hand och vad hon ansåg att resultatet blivit. Hennes svar var ett typiskt Ann-svar: Det hade hon inte några synpunkter på. Hon var klar med uppdraget och utredningen var överlämnad, därmed var det andras ansvar. Klar och blicken framåt hela tiden, det är den Ann jag känner, hon stannar inte kvar i det som varit och ältar.

När jag bläddrar i utredningen idag, nästa tio år senare, slås jag av att det till mångt och mycket är samma frågor som vi brottas med idag. I inledningen på betänkandet *Karriär för kvalitet* stannar jag upp vid sista stycket, där det står följande: *Det förslag jag nu lägger ska ses som en sammanhängande helhet, där de*

⁶ SOU 2008:104, *Självständiga lärosäten*.

⁷ Prop. 2009/10:149, *En akademi i tiden – ökad frihet för universitet och högskolor*.

olika åtgärderna kompletterar varandra och tillsammans skapar en bättre, och framför allt, tydligare befattningsstruktur som verkar kvalitetsdrivande för högre utbildning och forskning i Sverige. I sammanfattningen betonades att största genomslaget fås om förslagen genomförs i ett samlat åtgärds paket. Ann tar upp frågor som är aktuella även idag och kanske viktigast – påpekar att det hon föreslår ska ses som en helhet. Min tolkning är att det inte går att plocka russin ur kakan. Sett i backspegeln är det bestickande att det förslag som lades fram i betänkandet trots det behandlades som separata delar.

Vissa saker har visserligen implementerats. Idag finns postdoktor tjänster, som är en tidsbegränsad anställning om längst två år som infördes 2008. De har blivit ett viktigt steg på karriärstegen som fattades. Det är idag en kategori som växer kraftigt och är den som nu är vanligast som meriteringsanställning med drygt 1 900 av totalt 2 910 helårspersoner.⁸ Kanske sker det på bekostnad av doktorander som minskar i landet.

Kallelse av professorer har införts men används inte som betänkandet avsåg, d.v.s. som ett jämställdhetsinstrument att brukas vid ojämn könsfördelning. Den tanken borde återupplivas. I en av UKÄ:s rapporter⁹ skrivs att SUHF gjorde en kartläggning 2013 och då hade 49 professorer kallats, varav tio kvinnor. Under 2103 var antalet totalt 27 varav fem kvinnor, vilket blir 19 procent som är tydligt under snittet som i dagsläget är 26 procent. Tanken att använda kallelse som jämställdhetsinstrument togs inte med i propositionen. Nu har den sittande regeringen lyft fram jämställdhet som en viktig fråga. De anser sig vara en feministisk regering och lärosätena har blivit varslade om att nya mål ska sättas för nyrekryterade professorer. Då kan det vara på sin plats att ge verktyg för att uppfylla målen. Varför inte återuppliva ursprungstanken med kallelser?

Biträdande lektorn skulle ersätta forskarassistenten, var det tänkt. Så blev det enbart delvis. Forskarassistenten och biträdande lektor togs bort ur högskoleförordningen. Vid sidan av lektor och professor skulle lärosätena själva kunna råda över vilka andra kategorier av lärare som borde finnas därutöver och ifall befordran var en rättighet eller möjlighet. Meriteringsanställningen återkom¹⁰ senare i högskoleförordningen då arbetsmarknadens parter inte lyckats komma överens. Nu lämnades det öppet för lärosätena att själva avgöra om det skulle var en tidsbegränsad tjänst eller en tjänst med rätt/möjlighet till befordran. Dessutom har olika lärosäten tillämpat detta på olika

⁸ UKÄ Rapport 2016:10, *Universitet och högskolor Årsrapport 2016*, 100.

⁹ UKÄ Rapport 2014:9, *Jämställdhet i högskolan efter autonomireformen*.

¹⁰ Förordning (2012:523) om ändring i högskoleförordningen (1993:100).

sätt.¹¹ Lärosätena fick egen beslutanderätt över frågan om befordran ska vara en möjlighet eller en rättighet även för andra lärartjänster i.e. lektor till professor, och idag kan vi se att alltfler lärosäten har valt att det ska vara en möjlighet, inte en rättighet, för individen att kunna bli befördrad då man uppnått viss kompetensnivå.

Att vi har utmaningar inom sektorn visar inte minst den nyligen genomförda utredningen om stipendier och karriärvägar för unga forskare kallad Forskarkarriärutredningen ledd av Ann Fust:¹² *Trygghet och attraktivitet – en forskarkarriär för framtiden*. Med denna nya utredning skulle åtgärder föreslås för att säkra återväxten av unga forskare genom bättre villkor för doktorander, förändringar av meriteringsanställningen i syfte att skapa en attraktiv forskarkarriär samt ökad mobilitet.¹³ Utredningen täpper inte igen hålen. Direktiven begränsade utredaren och den korta utredningstiden bidrog ytterligare till att utredningen inte kunde ta något helhetsgrepp. I mitt tycke är inte det stora problemet i Sverige hur vi har tillämpat meriteringsanställningarna utan snarare det låga antalet. Under 2015 minskade antalet anställda med fyraåriga meriteringstjänster vid svenska lärosäten.¹⁴ Detta behandlas enbart delvis av den nyare utredningen, där man anser att biträdande lektor bör kunna användas bredare än som ett renodlat elitspår. Under de senare åren har kategorin *annan forskande* och *undervisande personal med doktorsexamen*, ofta kallade forskare, vuxit. Vår stora utmaning är att med stor andel externfinansiering kunna ta arbetsgivaransvar och ge attraktiva karriärvägar till större andel än vad vi gör idag vid våra lärosäten. Åtgärden som föreslås, att ge lärosätena ett nationellt mål med en ökning på 50 procent, är ett slag i luften. En högre andel basanslag krävs för att lärosätena ska kunna axla denna uppgift på ett ansvarsfullt sätt, i dagsläget har andelen statliga anslagsmedel minskat till 43 procent att jämföra med 1997 då mer än hälften var basanslag.¹⁵

I inspelen till forskningspropositionen som Uppsala universitet gjorde hösten 2015, var karriärvägar för yngre forskare och höjda basanslag för att kunna ta vårt arbetsgivaransvar högt på önskelistan.¹⁶ Men vi kan behöva

¹¹ SOU 2016:29, *Trygghet och attraktivitet – en forskarkarriär för framtiden*, 186 tabell 6.2.

¹² SOU 2016:29, *Trygghet och attraktivitet – en forskarkarriär för framtiden*.

¹³ Dir. 2015:74, *Trygga villkor och attraktiva karriärvägar för unga forskare*.

¹⁴ UKÄ Rapport 2016:10, *Universitet och högskolor Årsrapport 2016*, 100.

¹⁵ UKÄ Rapport 2016:10, *Universitet och högskolor Årsrapport 2016*, 125.

¹⁶ M Machale-Gunnarsson, *Inspel till forskningspropositionen från lärosäten, finansierare och några andra* (Forsknings- och innovationskontoret, Göteborgs universitet) Tillgänglig via:http://www.suhf.se/MediaBinaryLoader.axd?MediaArchive_FileID=b77a8f1c-7bd0-40aa-bb2e-cbb51e74925e&FileName=Magnus+MacHale+Gunnarsson+Inspel+til+forskningspropositionen.pdf. Hämtad 2016-09-25.

påminnas om frågorna som lyfts i *Karriär för kvalitet*. Det krävs ett fungerande akademiskt ledarskap på alla nivåer som tar ett aktivt och uthålligt arbetsgivaransvar. Jag tror att detta är en av de viktigaste utmaningar för oss framöver. Människorna – våra studenter och anställda – är universitetens viktigaste resurser. Frågorna är fortfarande obesvarade om (o)balansen mellan forskning och utbildning. Dels handlar det om att hitta balansen rörande volym och dimensionering i forskningstunga miljöer som är utbildningsfattiga. Många av de stora forskningsansatserna under de senaste åren har gått till utbildningsfattiga miljöer. Dels är det en värderingsfråga. Så länge begrepp som *att köpa sig fri från undervisning* florerar, så länge vi inte värderar pedagogiska insatser med samma omsorg och tyngd som insatser inom forskning, så länge vi inte klarar av att se samverkan som meriterande vid tjänstetillsättningar – så länge kommer det att vara en obalanserad excellens. Fust skriver om behoven: Att en långsiktig kompetens- och rekryteringsstrategi tas fram lärosättesvis för att kunna vara en attraktiv arbetsgivare.¹⁷

Det väcker funderingar när det ges öppenhet i regleringen att tillämpa möjligheter olika och att då lärosätena tar till vara dessa höjs genast röster om att det inte får bli olika. I utredningen *Karriär för kvalitet* betonades ökad frihet för lärosätena att lokalt ha regler för rekrytering, anställning och befordran som förutsättning för strategiskt ansvarstagande.¹⁸ Autonomi och möjligheter för lärosätena att agera strategiskt lyftes fram men i det betänkandet som kom tio år efter oroas man av att det har blivit olika. Bilden beskrivs som splittrad. Men det svenska högskolelandskapet är inte en homogen samling lärosäten utan snarare en differentierad skara, och bör så vara enligt min mening. Då behöver kanske inte allting tillämpas exakt lika. Var det inte det som var meningen?

I efterhand är det tydligt att förslagen som lades fram 2007 inte användes fullt ut trots att det betonades att de skulle ses i ett sammanhang. Jag tycker att det är värt att gå tillbaka och se vad vi tappade eller missade på vägen när helhetsgreppet försvann, eller aldrig riktigt togs som det var avsett. Det jag särskilt fastnar för i min läsning är tankarna om lärare och forskare som strategisk resurs. Här tas en attraktiv arbetsplats upp och behovet av en aktiv personalpolitik. Hållbar dimensionering och aktivt arbetsgivaransvar är ord som används. Jag läser detta med stort intresse och begrundar den utveckling som har skett under tidsperioden sedan detta skrevs. Har vi lyckats med detta? Jag vill med emfas säga nej. Inte minst ser jag den utveckling som skett, med

¹⁷ SOU 2016:29, *Trygghet och attraktivitet – en forskarkarriär för framtiden*, 217.

¹⁸ SOU 2007:98, *Karriär för kvalitet*, 99.

antalet forskare som ökat samtidigt som få meriteringsanställningar har använts under samma period. Detta är inte en genomtänkt planerad utveckling med strategiska val, utan något som har skett och ursäktas med (o)balansen mellan externa anslag och basanslag, behovet att snabbt anställa samt för litet uppdrag inom utbildning för vissa områden. Anns förslag i utredningen *Karriär för kvalitet* och de tankar som hon lade fram där är en utgångspunkt för mig som rektor nu när vi inom Uppsala universitet satsar på meriteringsanställningar, karriärstöd, gästprofessorsprogram, ledarskapsutveckling och omvandlar professorsprogram till strategiska rekryteringsprogram. Helhetssyn, att vi går från ständig tillväxt till balanserad excellens, är ett skifte som är lika relevant idag som då. Jag rekommenderar alla berörda att plocka fram *Karriär och kvalitet* för att inspireras i arbetet med att göra universiteten till attraktivare arbetsplatser och skapa tydligare karriärvägar. Så här tio år senare har vi fortfarande en hel del kvar att göra av det Ann föreslog.

3 Minnesglimtar

Många av de insikter och åsikter jag har kring universitetens behov och utveckling fick jag under våra gemensamma år i ledningsgruppen i Lund. Men de starkaste minnesbilderna jag har av Ann är av ett annat slag.

När Ann var nytilträd som prorektor gjorde Sydsvenskan ett porträtt av henne. Efteråt berättade hon att Julio, hennes make, hade blivit upprörd över att hon hade berättat om sitt stora trädgårdsintresse. Julio hade förfärat sagt: ”Har du tänkt på hur det ser ut i vår trädgård i Åkarp? Tänk ifall någon kommer förbi och tittar?” Svaret var typiskt för Ann: ”Jag sa att jag var intresserad av trädgården – inte att jag gör något i den.” Jag måste erkänna att jag stulit hennes uttryck och använt i flera olika sammanhang.

Jag drar mig också till minnes en gång då vi var på väg till ett fakultetsbesök. Det tillhörde våra regelbundna visiter ute på fakulteterna. Först var det möte med ledningen och sedan öppna *alla-möten* i någon hörsal. Det skiftade hur många som kom på dessa möten. Tydligt var att närvaron steg när det var någon fråga som hade hettat till, annars kunde det vara relativt ljumt intresse att få träffa universitetsledningen och ställa oss mot väggen. Vi var på väg till ett sådant möte på LTH. Ann och jag var lite sena och jag hade cykel med mig, Ann gick till fots. För att vinna lite tid uppmanade jag Ann att hoppa upp bak på cykeln så att jag kunde skjutsa henne. Sagt och gjort. Ann hoppade upp, men vi kom inte mycket längre än till Biskopshuset förrän polisen tog oss. Lite skamsna och fnissande tog vi emot polisens åthutningar. Väl på plats framme

på LTH kunde vi inte låta bli att ursäkta vår sena ankomst med att polisen hade tagit oss i örat. Görans förskräckta min var obetalbar, jag tror han såg rubriker framför sig i morgondagens Sydsvenskan. Inför avtackning och avslutning fick Ann och jag återupprepa denna cykeltur för att den skulle kunna förevisas på bild. Så någonstans i arkiven finns vi på bild cyklandes utanför Biskopshuset i Lund.

Jag kommer också alltid att minnas Anns stora värme och omtanke. Alltid fanns det någon julgåva som jag kunde hitta på min stol strax före jul. Jag minns många av våra samtal i olika grupper och enskilt. Ann hade rollen som storasyster, med mer erfarenhet än jag. Generöst delade hon med sig av sin klokskap.

Jag vill härleda den vikt som jag idag lägger vid rollsäkerhet i olika situationer till Anns inflytande på mig och det som hon lärde mig. Många har en tendens att antingen låta sin roll spilla över eller krympa när det blåser upp till styv kuling. Att klara av att axla det ansvar som rollen ger, hålla sig till sin roll och hantera det inom de ramar som är givna även då det blåser, eller särskilt när det blåser, är något som fler borde lära sig.

Anns sätt att arbeta och hantera problem har dessutom skapat den bild jag nu har av jurister, vilket kan vara rätt eller fel. Åren i ledningsgruppen tillsammans med henne gav mig stor respekt för hennes expertområde. Jag har sedan dess lagt mig vinn om att allt som oftast tillfråga jurister om deras syn på saken, oavsett om frågan ligger inom deras domän eller inte. Jag härleder hennes förmåga att strukturera upp och renodla problem till juristen i henne. Det var en avundsvärd förmåga som alltid ledde fram till en lösning. Själv har jag haft en ovana att dra in allt fler perspektiv på problemet och till slut har det växt mig över huvudet. Ann arbetar strukturerat och sakligt och har det motsatta arbetssättet. När vi arbetade tillsammans kunde hon ofta på ett helt osentimentalt sätt, tydligt och rationellt, konstatera att något inte hade med saken att göra. Sedan renodlade hon metodiskt det vi höll på med och i processen blev det som kändes som ett oöverstigligt problem hanterbart. På ett mirakulöst sätt krympte det hopplösa ihop till en lösbar bagatell. Min beundran för hennes saklighet är stor, och många gånger när jag sitter med ett problem som växer och växer så kan jag höra hennes röst och osentimentala uppmaning att ta bort det som inte har med saken att göra. Håll dig till saken!

Jag blev sedan Anns efterträdare som prorektor 2009 vid Lunds universitet. Med glädje och stolthet kunde jag få följa i hennes fotspår. Jag fick ta över en del av hennes uppgifter bland annat som ordförande i biblioteksstyrelsen. Under sex års tid hade jag närvarat på rektorssammanträden och deltagit i den

ledningsgruppen. För mig var det en viktig period. Den gav mig en god grund för mitt uppdrag som prorektor vid Lunds universitet och senare som rektor vid Uppsala universitet.

THE WRITINGS OF ANN NUMHAUSER-HENNING
A BIBLIOGRAPHY
COMPILED BY GUNILLA WIKLUND

Ann Numhauser-Henning pursues a wide range of research interests within the social dimension, such as labour law, non-discrimination law, social welfare law, elder law, EU law, comparative law, tenancy and property law and family law, as well as critical, feminist and social-science oriented theories and methods. These research interests are all reflected in her scholarly writings and in this bibliography. She has engaged in legal-scientific discourses at Swedish, Nordic, European and global levels. Furthermore, she has actively participated in the public debate, for example through the publication of opinion pieces in daily newspapers.

As an expert to international organizations she has written and contributed to countless reports (only some of which are officially published and accessible), analysing the content and implications of national, EU and international law. In addition, for many years she has served in an important role as a national expert in the expert legal networks of the European Commission in the fields of gender equality, non-discrimination, coordination of social security and migrant workers, and European labour law.

This bibliography does not claim to be exhaustive. It is organized chronologically. For each year, works are listed in order of monographs, edited volumes, book chapters, journal articles, reports and other publications (such as articles in newsletters and opinion pieces in daily newspapers; responses to consultation have been omitted).

1981

Henning A, 'Fritt fram för provanställning blir dödsstöten: Snart onormalt med fast anställning!' *Dagens Nyheter* (9 October 1981).

1982

Henning A, *Tidsbegränsad anställning. En undersökning av anställningsformerna i platsutbudet 1979* (Lund, Juridiska institutionen, Lunds universitet, 1982).

1984

Henning A, *Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund 71 (Lund, Juridiska föreningen, 1984).

Henning A, 'Behöver man kringgå LAS?' in *Lag & Avtals årsbok* (Stockholm, Stiftelsen Arbetsrättslig tidskrift, 1984).

1985

Henning A, 'Argentina: Arbetslöshetsförsäkring försämrar anställningsskyddet?' (1985) *Lag & Avtal*, 9, 26–27.

1986

Numhauser-Henning A, *Hiring Procedures. International Society for Labour Law and Social Security. Second European Regional Congress 1986. Swedish report*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund 82 (Lund, Juridiska föreningen i Lund, 1986).

Numhauser-Henning A, 'Temporary Employment: A Critical Study of the Swedish Regulations Governing Categories of Employment and Their Functions' (1986) 30 *Scandinavian Studies in Law* 153–182.

Henning A, 'Var det någon vits med att arbetsgivarna fick laglig rätt att provanställa?' (1986) *Lag & Avtal*, 9, 32–34.

Henning A, 'Några reflektioner kring lönearbetet och jämställdheten' in *Jämställdhetsaspekter på forskning och undervisning vid juridisk fakultet*, Pedagogiskt utvecklingsarbete vid Lunds universitet 86:147 (Lund, Lunds universitet, Ledningsgruppen för jämställdhetsarbetet, 1986) 47–55.

1987

Henning A, 'Om forskning angående lagreglers samhälleliga funktioner' (1987) *Svensk Juristtidning* 386–389.

Henning A, 'Ann Henning om frivillig arbetslöshet: Välfärdssamhället biter sig självt i svansen' (1987) *Lag & Avtal*, 3, 32–33.

Numhauser-Henning A, 'Ny syn på lönearbetet' *Sydsvenska Dagbladet* (27 February 1987).

1988

Numhauser-Henning A, *Rätten till fäderneslandet. Om jordförvärvslagen och dess funktioner mot bakgrund av jordbrukets utveckling i det svenska samhället*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund 97 (Lund, Juristförlaget i Lund, 1988).

- Numhauser-Henning A, *Arbetshandikappad, med rätt till arbete?* (Stockholm, Norstedts förlag, 1988).
- Numhauser-Henning A, 'Temporary Employment: A Critical Study of the Swedish Regulations Governing Categories of Employment and Their Functions' (1988) 10 *Comparative Labor Law Journal* 36–64.
- Numhauser-Henning A, 'Los trabajadores minusválidos y el derecho del trabajo –"el modelo sueco"' (1988) *Civitas Revista española de derecho del trabajo* 545–569.
- Numhauser-Henning A, '(O)lämpliga jordbruks samhällliga funktioner – eller jordförvärvslagen som intervention' (1988) *Retferd*, 43, 46–58.
- Numhauser-Henning A, 'Om äganderättens funktion' (1988) *Tidskrift för Rettsvetenskap* 29–53.
- Numhauser-Henning A, 'Anm. av Erik Norman. Kollektiva åtgärder och det enskilda anställningsavtalet' (1988) *Svensk Juristtidning* 368–378.
- Numhauser-Henning A, *Fixed-Term Contracts of Employment and Temporary Work in Sweden. Report to the ILO* (Lund, 1988).
- Numhauser-Henning A, 'Spännande festskrift om lönearbetets död' (1988) *Lag & Avtal*, 7, 30–31.

1989

- Bogdan M and Numhauser-Henning A, 'La cohabitación extramatrimonial en el derecho civil sueco' in F R Perez (ed), *Centenario del Código civil, vol II* (Madrid, Universidad Popular Enrique Tierno Galvan, 1989) 47–65.
- Numhauser-Henning A, 'Anm. Asbjørn Kjøenstad: Folketrygdens uførepensjon' (1989) *Tidskrift för Rettsvetenskap* 467–470.
- Numhauser-Henning A, *On the Recruitment of Employees under Fixed-Term Contracts of Employment in Some Swedish Enterprises. Report to the ILO* (Lund, 1989).
- Henning A, '[Genmäle]: Kruse har inte förstått' (1989) *Lag & Avtal*, 8, 33.

1990

- Numhauser-Henning A, "'El modelo sueco" y la concertación social' in A O Avilés (ed), *La concertación social tras la crisis* (Sevilla, Ariel Derecho, 1990) 285–296.
- Numhauser-Henning A, 'Flexibility in Working Time from the Swedish Horizon' in S Strömholm and C Hemström (eds), *Swedish National Reports to the XIIIth International Congress of Comparative Law, Montreal 1990*, Acta Instituti Upsaliensis iurisprudentiae comparativae (Uppsala, Institutet för jämförande rättsvetenskap, 1990) 172–198.

Numhauser-Henning A, 'Förvärvslagarna: Ett hinder för s k dold samäganderätt i äktenskap och samboförhållanden' (1990–91) *Juridisk Tidskrift* 199–233.

Numhauser-Henning A, 'Rätt till arbete?' in H Karlsson (ed), *Ett helt liv* (Karlskrona, Stiftelsen Ett helt liv, 1990) 63–66.

Numhauser-Henning A, 'Land Ownership: A Critical Study of the Swedish Land Acquisition Act and Its Functions' (1990) 34 *Scandinavian Studies in Law* 181–210.

1991

Numhauser-Henning A, 'Market Economy and Labor Law. Swedish Report' in M Bogdan (ed), *Legal Aspects of Market Economy. Reports from a Czechoslovak-Swedish Symposium*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund 110 (Lund, Juristförlaget i Lund, 1991) 47–61.

Numhauser-Henning A, 'Oklarhet huruvida s k kvarsittningsrätt förelåg utgjorde synnerliga skäl för anstånd med försäljning av fastighet enligt 6 § samäganderättslagen' (1991–92) *Juridisk Tidskrift* 104–112.

1992

Numhauser-Henning A, '¿El modelo sueco está cambiando?' (1991–1992) *Sociología del trabajo* 91–106.

1993

Numhauser-Henning A, 'Arbetets flexibilisering' in R Eklund *et al.* (eds), *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*, Arbetsrättsliga föreningens skrifter (Uppsala, Iustus, 1993) 255–296.

Numhauser-Henning A, 'Las negociaciones colectivas y la flexibilización del derecho laboral' in A O Avilés and O E Uriarte (eds), *La negociacion colectiva en America Latina* (Madrid, Editorial Trotta, Instituto Europeo de Relaciones Industriales, 1993) 73–84.

Numhauser-Henning A, 'Arbetsrätten i utveckling. Mot flexiblare arbetsformer' in *Lundaforskare föreläser* 25 (Lund, Lund University Press, 1993) 25–33.

Numhauser-Henning A, 'Precariedad en el empleo. Desarrollo y reglamentación en Suecia' (1993) 1 *Revista de Trabajo & Economía* 95–113.

Numhauser-Henning A, 'Despidos colectivos en suecia' (1993) *Laborum* 15–16.

Numhauser-Henning A, 'En ny anställningsskyddslag?: Kommittén öppnar för otidsenligt godtycke' (1993) *Lag & Avtal*, 5, 25–26.

Numhauser-Henning A, 'Nya regler för turordning' *Sydsvenska Dagbladet* (6 May 1993).

Numhauser-Henning A, 'Urholkat anställningsskydd' *Sydsvenska Dagbladet* (13 November 1993).

1994

Numhauser-Henning A, 'Fixed-Term Contracts of Employment as a Means of Flexible Management in a Comparative Framework' in K Sugeno and Y Suwa (eds), *Management Flexibility in an Era of Changes. The Methods of Accommodating Working Conditions and Work Organizations. The 1991 JIL Comparative Labor Law Seminar*, JIL Report 1994 No 3 (Tokyo, Japan Institute of Labour, 1994) 26–39.

1995

Numhauser-Henning A, 'Arbetsrättsliga perspektiv på sexuella trakasserier' in K Ketscher, J Lindgård and R Nielsen (eds), *Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv* (København, Jurist- og Økonomforbundet, 1995) 147–170.

Numhauser-Henning A, 'Sweden' in K Sugeno and Y Suwa (guest eds), *The Harmonization of Working Life and Family Life*, R Blanpain (ed), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 30 (The Hague, Kluwer Law International, 1995) 91–103.

Numhauser-Henning A, 'Working Life and Family Life. Policies for their Harmonization. Swedish National Report' in *Working Life and Family Life. Policies for their Harmonization. The 1994 JIL Comparative Labor Law Seminar*, JIL Report 1995 No 4 (Tokyo, Japan Institute of Labour, 1995) 103–116.

1996

Numhauser-Henning A, *Den neoliberala arbetsrätten. Exemplet Chile*, Skrifter utgivna vid Juridiska fakulteten i Lund 121 (Lund, Juristförlaget i Lund, 1996).

Numhauser-Henning A, 'La cohabitación extramatrimonial en el Derecho Civil sueco. Sistema vigente de protección a las parejas de hecho' in C V Alcaide (ed), *Derecho Europeo ante la pareja de hecho. La experiencia sueca y las tendencias legislativas en nuestro entorno. Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme* (Barcelona, Cedecs, 1996) 43–60.

Numhauser-Henning A, 'En "plugghäst" finner sin väg' in M Wirmark *et al.* (eds), *Professorsboken. Fyrtionio Lundakvinnor berättar* (Stockholm, Carlssons, 1996) 35.

Numhauser-Henning A and Christensen A, *Normative Development within the Social Dimension. Studies on the Normative Patterns and Their Development in the Legal Regulation of Employment, Housing, Family and Social Security from a European Integration Perspective*, Norma 1996:1 (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 1996).

Numhauser-Henning A, *Discrimination in Employment. Swedish National Report to the 15th World Congress of the International Society of Labour Law and Social Security (Buenos Aires 1997)*, Norma 1996:2 (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 1996).

Numhauser-Henning A, 'Bromsklossar i arbetsrätten' *Sydsvenska Dagbladet* (29 September 1996).

Numhauser-Henning A, 'Verkningslös lag mot diskriminering' *Sydsvenska Dagbladet* (27 October 1996).

Numhauser-Henning A, 'Arbetsrätt med sprängverkan' *Sydsvenska Dagbladet* (12 December 1996).

1997

Numhauser-Henning A, 'La discriminación en el empleo' (1997) *Trabajo y Seguridad Social Doctrin y Práctica* 27–59.

Numhauser-Henning A, 'Den framtida arbetsrättens förutsättningar' (1997) 3 *Arbetsmarknad & Arbetsliv* 97–108.

Numhauser-Henning A, 'Rätten – ett uttryck för samhällsmoralen?' (1997) *Social forskning*, 1, 20–21.

Numhauser-Henning A, 'La discriminación en el empleo' in *Suecia – la discriminación en el empleo. Los derechos humanos y la seguridad social. Informes para el XV Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Buenos Aires 1997)*, Norma 1997:3 (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 1997) 1–26.

Numhauser-Henning A, 'Socialförsäkringar ger trygghet på en rörlig arbetsmarknad' (1997) *Lag & Avtal*, 5, 20–21.

Numhauser-Henning A, 'Vikariefällan kan undvikas' *Sydsvenska Dagbladet* (18 November 1997).

1998

Numhauser-Henning A, 'National Reports: Sweden' in R Blanpain (ed), *Discrimination in employment* (Leuven, Peeters, 1998) 331–356.

Numhauser-Henning A, 'Positiv särbehandling. EG-domstolen överraskar igen!' (1997–98) *Juridisk Tidskrift* 814–834.

Numhauser-Henning A, 'Premiepension för hela slanten. Det chilenska exemplet' (1997–98) *Juridisk Tidskrift* 1266–1292.

Numhauser-Henning A, 'De funktionshindrade och arbetsrätten' (1998) *Svensk rehabilitering* 19–20.

1999

Numhauser-Henning A, 'Lagstiftning och rättstillämpning i Sverige. Något om de nya förbuden mot diskriminering i arbetslivet och deras implikationer' in *Diskriminering i arbetslivet. Normativa och deskriptiva perspektiv. Ett symposium i Sigtuna 22 juni 1999* (Stockholm, Socialvetenskapliga forskningsrådet, 1999) 54–86.

Numhauser-Henning A, 'Om rättens roll i en demokratisk samhällsutveckling' in E Amnå (ed), *Maktodelning. Demokratiutredningens forskarvolym I*, Government Inquiry Report SOU 1999:76 (Stockholm, Fakta info direkt, 1999) 87–111.

Numhauser-Henning A, 'Krönika. Om diskriminering' (1999) *Social forskning*, 4, 2.

2000

Numhauser-Henning A (ed), *Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2000).

Numhauser-Henning A, 'Rätt att gå vid 67?' in A Numhauser-Henning (ed), *Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2000) 277–301.

Numhauser-Henning A (ed), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2000).

Numhauser-Henning A, 'Introduktion' in A Numhauser-Henning (ed), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2000) 13–34.

Numhauser-Henning A, 'Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön' in A Numhauser-Henning (ed), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2000) 149–183.

Numhauser-Henning A, 'Labour Law' in M Bogdan (ed), *Swedish Law in the New Millennium* (Stockholm, Norstedts juridik, 2000) 343–373.

Numhauser-Henning A, 'Positiv särbehandling i förnyad belysning' (2000) *Lex Lundensis* 2, 6–9.

Numhauser-Henning A, 'Fantasifullt om visstidsdirektivet' (2000) *Lag & Avtal*, 4, 34.

2001

Numhauser-Henning A (ed), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Studies in Employment and Social Policy 12 (The Hague, Kluwer Law International, 2001).

Numhauser-Henning A, 'Introduction. Equal Treatment – A Normative Challenge' in A Numhauser-Henning (ed), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Studies in Employment and Social Policy 12 (The Hague, Kluwer Law International, 2001) 1–28.

Numhauser-Henning A, 'On Equal Treatment, Positive Action and the Significance of a Person's Sex' in A Numhauser-Henning (ed), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Studies in Employment and Social Policy 12 (The Hague, Kluwer Law International, 2001) 217–250.

Numhauser-Henning A, 'Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice' (2001) 30 *Industrial Law Journal* 121–126.

Numhauser-Henning A, 'Flexible Qualification – a Key to Labour Law?' (2001) 17 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 101–116.

Numhauser-Henning A, 'Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten?: svaret är både ock' in Lagstiftning eller självreglering? Rättssymposium 23–24 november 2000 på Häringe slott (2001) *Svensk Juristtidning* 314–326.

2002

Numhauser-Henning A, 'Arbetsrätt och funktionshinder' in M Sjöberg (ed), *Arbetsliv och funktionshinder* (Lund, Studentlitteratur, 2002) 112–123.

Numhauser-Henning A, 'Fixed-term Work in Nordic Labour Law' (2002) 18 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 429–457.

Numhauser-Henning A, 'Fixed-term Work in Nordic Labour Law' (2002) 43 *Scandinavian Studies in Law* 277–310.

Numhauser-Henning A, 'Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights. Pension Rights and the EC Coordination Rules on Applicable Legislation in the Light of Migration and Labour-Market Developments' in *Labour Law Congress 2002. Reports. Proceedings for the VII European Regional Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Stockholm, September* (Stockholm, 2002) 173–224.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2002) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 1, 38–40.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2002) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2, 35–37.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2002) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 3, 35–36.

2003

Numhauser-Henning A, 'Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights' in R Blanpain (ed), *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration. A Selection of Papers and Proceedings of the VIIth European Regional Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Stockholm, September, 2002*, *Bulletin of Comparative Labour Relations* 48 (The Hague, Kluwer Law International, 2003) 153–204.

Numhauser-Henning A, 'On the Impact of the Amended Equal Treatment Directive and the Issue of Equally Adequate Working Conditions for Men and Women' in AFdFJaEWL Association (ed), *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle le point sur les développements actuels europe*, *Thèmes et commentaires : actes* (Paris, Dalloz, 2003) 51–58.

Numhauser-Henning A and Julén Votinius J, 'Des textes récents mis à jour par la directive européenne: Suede. La transposition de la directive communautaire est réalisée par une loi votée en juin dernier' (2003) 27 novembre au 10 décembre, no 92 *Liaisons sociales Europe* 7–8.

Numhauser-Henning A, 'Diritti pensionistici e norme comunitarie di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale alla luce degli sviluppi in materia di immigrazione e mercato del lavoro' (2003) *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale* 471–516.

Numhauser-Henning A, *Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights. Pension Rights and the EC Coordination Rules on Applicable Legislation in the Light of Migration and Labour-Market Developments. Report to the VII European Regional Congress of the International Society of Labour Law and Social Security, Stockholm 2002*, Norma 2003:1 (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2003).

Numhauser-Henning A, 'Introduction' in *Normative Development in the Welfare State Legal Studies of Employment, Family and Social Security within the Norma Research Programme*, Norma 2003:2 (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2003) 5–12.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2003) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 1, 37–39.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2003) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2, 44–46.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2003) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 3, 50.

2004

Numhauser-Henning A, 'Balancing Values to Build a Legitimate Society' in J-P Lavié, M Horiuchi and K Sugeno (eds), *Work in the Global Economy. Papers and Proceedings of an International Symposium, Tokyo, 1–3 December 2003* (Geneva, International Institute for Labour Studies, 2004) 105–119.

Norberg P and Numhauser-Henning A, 'Collective Bargaining in Sweden' in *Collective Bargaining in Europe*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales 70 (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004) 241–273.

Numhauser-Henning A and Norberg P, 'La negociación colectiva en Suecia' in A O Avilés (ed), *La negociación colectiva en Europa* (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004) 235–266.

Numhauser-Henning A, 'Der Anspruch auf Teilzeitarbeit und seine gerichtliche Durchsetzung in den Niederlanden, Frankreich, Großbritannien, Schweden, Dänemark und der Bundesrepublik Deutschland' (2004) 57 *Recht der Arbeit* 129–141.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2004) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 1, 65–67.

Numhauser-Henning A, 'Sweden' in *Report on Gender Equality Bodies. Report for the European Commission* (European Commission, 2004) 51–52.

2005

Numhauser-Henning A, 'News from the EU Member States (Sweden)' (2005) *European Anti-Discrimination Law Review*, 1, 67.

Numhauser-Henning A, 'News from the EU Member States (Sweden)' (2005) *European Anti-Discrimination Law Review*, 2, 74.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2005) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 1, 70–72.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2005) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2, 74–76.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2005) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 3, 57–59.

Numhauser-Henning A, 'National Report (Sweden)' in *Report on Positive Action Measures* (European Commission, 2005) 58–60.

Numhauser-Henning A, 'National Report (Sweden)' in *Report on Putting Rights into Practice* (European Commission, 2005) 122–126.

Numhauser-Henning A, 'National Report (Sweden)' in *Report on Directive 76/207/EEC. Exclusions and Exceptions. By the Commission's Network of legal experts on the application of Community law on equal treatment between women and men* (European Commission, 2005) 63–64.

2006

Numhauser-Henning A (guest ed), *Women in Academia and Equality Law. Aiming High – Falling Short? Denmark, France, Germany, Hungary, Italy, The Netherlands, Sweden, United Kingdom*, R. Blanpain (ed), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 57 (The Hague, Kluwer Law International, 2006).

Numhauser-Henning A, 'Introduction. Aiming high – falling short?' in A Numhauser-Henning (guest ed), *Women in Academia and Equality Law. Aiming High – Falling Short? Denmark, France, Germany, Hungary, Italy, The Netherlands, Sweden, United Kingdom*, R. Blanpain (ed), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 57 (The Hague, Kluwer Law International, 2006) 1–22.

Numhauser-Henning A, 'Sweden. Recruitment targets for women professors – mission impossible?' in A Numhauser-Henning (guest ed), *Women in Academia and Equality Law. Aiming High – Falling Short? Denmark, France, Germany, Hungary, Italy, The Netherlands, Sweden, United Kingdom*, R. Blanpain (ed), *Bulletin of Comparative Labour Relations* 57 (The Hague, Kluwer Law International, 2006) 171–197.

Numhauser-Henning A, *Occupational Risks, Social Protection and Employer's Liability. Social Change and Legal Developments in Industrialised Countries. General Report to the XVIII World Congress of Labour Law and Social Security Law, Paris, France, 5–8 September 2006*, (Paris, 2006).

Numhauser-Henning A, 'News from the EU Member States (Sweden)' (2006) *European Anti-Discrimination Law Review*, 3, 83–85.

Numhauser-Henning A, 'News from the EU Member States (Sweden)' (2006) *European Anti-Discrimination Law Review*, 4, 80–82.

Numhauser-Henning A, 'News of the Member States (Sweden)' (2006) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 1, 54–55.

Numhauser-Henning A, 'News of the Member States (Sweden)' (2006) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2, 56–58.

Numhauser-Henning A, 'National Report (Sweden)' in *Report on Collective Bargaining* (European Commission, 2006) 75–77.

2007

Numhauser-Henning A (Head of Government Inquiry), *Karriär för kvalitet*. Government Inquiry Report SOU 2007:98 (with Secretaries of Government Inquiry Ekberg T and Sebardt G) (Stockholm, Fritze, 2007).

Numhauser-Henning A, 'EU Sex Equality Law Post-Amsterdam' in H Meenan (ed), *Equality Law in an Enlarged European Union Understanding the Article 13 Directives* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007) 145–177.

Numhauser-Henning A, 'Från begränsad till allmän visstidsanställning' in B Flodgren *et al.* (eds), *Vänbok till Axel Adlercreutz* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2007) 367–383.

Numhauser-Henning A, 'News from the EU Member States (Sweden)' (2007) *European Anti-Discrimination Law Review*, 5, 97.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2007) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 1, 53–54.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2007) *Bulletin Legal Issues in Gender Equality*, 2, 58.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of employment, social affairs and equality between men and women' in *Report on Directive 79/7/EEC and Directive 86/378/EEC as amended by Directive 96/97/EC* (European Commission, 2007) 126–130.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of employment, social affairs and equality between men and women' in *Report on Pregnancy, Maternity, Parental and Paternity Rights* (European Commission, 2007) 118–121.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of employment, social affairs and equality between men and women' in *Legal Aspects of the Gender Pay Gap* (European Commission, 2007) 90–93.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of employment, social affairs and equality between men and women' in *Access to*

goods and services. Implementation of Directive 2004/113/EC (European Commission, 2007) 33.

Numhauser-Henning A, *Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report. For the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field* (Brussels, European Commission, 2007).

2008

Rönmar M and Numhauser-Henning A, 'EU, sysselsättningsstrategin och flexicurity' in C Moëll, P Vilhelm and H Wenander (eds), *Festskrift till Hans-Heinrich Vogel* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2008) 409–426.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2008) *European Gender Equality Law Review*, 1, 123–125.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2008) *European Gender Equality Law Review*, 2, 100.

Numhauser-Henning A *et al.*, 'Förmyndernet långt borta' *Sydsvenska Dagbladet* (24 October 2008).

2009

Numhauser-Henning A, 'En samlad diskrimineringslagstiftning' in H Aune *et al.* (eds), *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakbellns 70-årsdag* (Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2009) 495–516.

Numhauser-Henning A, 'Funktionshindrad med rätt till arbete?' in H Wallskär (ed), *Att leva med funktionshinder*, Populärvetenskaplig kunskapsöversikt (Stockholm, Forskningsrådet för arbetsliv och socialvetenskap, 2009) 30–40.

Numhauser-Henning A, 'Funktionshindrades rätt till arbete. Ett område under snabb förändring' in *Inkluderande arbetsliv. En skrift från Arbetsmiljöpålitiska Kunskapsrådet*, Government Inquiry Report SOU 2009:93 (Stockholm, Fritze, 2009) 69–82.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2009) *European Gender Equality Law Review*, 1, 106–108.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2009) *European Gender Equality Law Review*, 2, 94–96.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Burri and D Schiek, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination* (European Commission, 2009) 120–125.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Burri and A McColgan, *Sex Discrimination in the Access to and Supply of Goods and Services and the Transposition of Directive 2004/113/EC* (European Commission, 2009) 161–167.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Burri and S Prechal, *The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC* (European Commission, 2009) 98–101.

2010

Numhauser-Henning A and Rönnmär M (eds), *Fifteen Years with the Norma Research Programme. Anniversary Volume* (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2010).

Numhauser-Henning A, 'Introduction' in A Numhauser-Henning and M Rönnmär (eds), *Fifteen Years with the Norma Research Programme. Anniversary Volume* (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2010) 9–25.

Numhauser-Henning A, 'Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor' in K Ahlberg (ed), *Vänbok till Ronnie Eklund* (Uppsala, Iustus, 2010) 439–474.

Numhauser-Henning A, 'Labour Law' in M Bogdan (ed), *Swedish Legal System* (Stockholm, Norstedts juridik, 2010) 344–380.

Numhauser-Henning A and Rönnmär M, 'Det flexibla svenska anställningsskyddet' (2010–11) *Juridisk Tidskrift* 382–411.

Foubert P, Burri S and Numhauser-Henning A, *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective (including 33 country reports). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality* (European Commission, 2010).

Numhauser-Henning A, 'Report from the Experts of the Member States. Sweden' in P Foubert, S Burri and A Numhauser-Henning, *The Gender Pay Gap in Europe from a Legal Perspective (including 33 country reports). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality* (European Commission, 2010) 235–242.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2010) *European Gender Equality Law Review*, 1, 132–134.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2010) *European Gender Equality Law Review*, 2, 110–111.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Renga, D Molnar-Hidassy and G Tisheva, *Direct and Indirect Gender Discrimination in Old-Age Pensions in 33 European Countries* (European Commission, 2010) 319–327.

Numhauser-Henning A, 'Särregel för unga var olämpligt även om syftet var legitimt' (2010) *EU & Arbetsrätt* 6.

2011

Numhauser-Henning A, 'EU Equality Law – Comprehensive and Truly Transformative?' in M Rönömar (ed), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe*, Swedish Studies in European Law 4 (Oxford, Hart Publishing, 2011) 113–136.

Numhauser-Henning A, 'Var står diskrimineringsrätten idag?' in E Lindell-Frantz *et al.* (eds), *Festskrift till Boel Flodgren* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2011) 289–307.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2011) *European Gender Equality Law Review*, 1, 142–145.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2011) *European Gender Equality Law Review*, 2, 105.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Burri and H van Eijken, *The Transposition of Recast Directive 2006/54/EC – Update 2011* (European Commission, 2011) 147–150.

2012

Numhauser-Henning A, 'Om avgång i samband med pension och åldersdiskriminering' in B Nyström, Ö Edström and J Malmberg (eds), *Nedslag i den nya arbetsrätten* (Malmö, Liber, 2012) 136–165.

Numhauser-Henning A, 'Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo', in E C Morgado (ed), *Presente y Futuro del derecho del trabajo y de la seguridad social. Documentos del XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y del Seguridad Social* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2012).

Numhauser-Henning A, 'Kort normativ reflektion kring avgång med pension' in D Töllborg (ed), *Gubbe! En sustainable genuskorrekt modernt digital hyllning till Håkan Hydén från några vänner* (Gothenburg Research Institute, Gothenburg, 2012).

Rönmar M and Numhauser-Henning A, 'Swedish Employment Protection in Times of Flexicurity Policies and Economic Crisis' (2012) 28 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 443–467.

Numhauser-Henning A and Laulom S, *Harassment Related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries. Discrimination versus Dignity* (European Commission, 2012).

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in A Numhauser-Henning and S Laulom, *Harassment Related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries. Discrimination versus Dignity* (European Commission, 2012) 264–272.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2012) *European Gender Equality Law Review*, 1, 112–114.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2012) *European Gender Equality Law Review*, 2, 141–142.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in L Senden and G Selanec, *Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including on Company Boards* (European Commission, 2012) 211–219.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in N Countouris and M Freedland, *The Personal Scope of the EU Sex Equality Directives* (European Commission, 2012) 213–220.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Prechal and S Burri (updated by S Burri and H van Eijken), *Gender Equality Law in 33 European Countries – Update 2011* (European Commission, 2012) 166–170.

2013

Numhauser-Henning A and Rönmar M (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Modern Studies in European Law 40 (Oxford, Hart Publishing, 2013).

Numhauser-Henning A and Rönmar M, 'Introduction' in A Numhauser-Henning and M Rönmar (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Modern Studies in European Law 40 (Oxford, Hart Publishing, 2013) 3–23.

Numhauser-Henning A, 'Understanding Law as Normative Patterns in a Normative Field' in A Numhauser-Henning and M Rönömar (eds), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU*, Modern Studies in European Law 40 (Oxford, Hart Publishing, 2013) 27–53.

Numhauser-Henning A (ed), *Introduction to the Norma Elder Law Research Environment. Different Approaches to Elder Law. The Norma Elder Law Workshop, Lund, 19 March 2013* (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2013).

Numhauser-Henning A, 'An Introduction to Elder Law and the Norma Elder Law Research Environment' in A Numhauser-Henning (ed), *Introduction to the Norma Elder Law Research Environment. Different Approaches to Elder Law. The Norma Elder Law Workshop, Lund, 19 March 2013* (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2013) 21–38.

Numhauser-Henning A, 'Age Discrimination and Compulsory Retirement' in A Numhauser-Henning (ed), *Introduction to the Norma Elder Law Research Environment. Different Approaches to Elder Law. The Norma Elder Law Workshop, Lund, 19 March 2013* (Lund, the Norma Research Programme, Faculty of Law, Lund University, 2013) 41–50.

Numhauser-Henning A, 'Äldrerätt – ett nytt forskningsfält inför stora utmaningar' in K Ketscher *et al.* (eds), *Velferd og rettferd. Festskrift til Asbjørn Kjøenstad 70 år* (Oslo, Gyldendal juridisk, 2013) 439–453.

Numhauser-Henning A and Rönömar M, 'Compulsory Retirement and Age Discrimination: The Swedish Hörnfeldt Case Put in Perspective' in P Lindskoug *et al.* (eds), *Essays in Honour of Michael Bogdan* (Lund, Juristförlaget i Lund, 2013) 401–415.

Numhauser-Henning A, 'The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls' (2013) 29 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 391–414.

Numhauser-Henning A, 'An Introduction to Elder Law and the Norma Elder Law Research Environment' (2013) *European Journal of Social Law* 235–252.

Numhauser-Henning A, 'Labour Law in a Greying Labour Market – in Need of a Reconceptualisation of Work and Pension Norms: The Position of Older Workers in Labour Law' (2013) 4 *European Labour Law Journal* 84–100.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2013) *European Gender Equality Law Review*, 1, 113–114.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2013) *European Gender Equality Law Review*, 2, 104–105.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in S Burri and H Aune, *Sex Discrimination in Relation to Part-Time and Fixed-Term Work. The application of EU and national law in practice in 33 European countries* (European Commission, 2013) 326–334.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in A Masselot, E Caracciolo Di Torella and S Burri, *Fighting Discrimination on the Grounds of Pregnancy, Maternity and Parenthood. The application of EU and national law in practice in 33 European countries* (European Commission, 2013) 255–260.

2014

Numhauser-Henning A, 'La prohibición de la UE contra la discriminación por edad y el papel de los agentes sociales' in J Gorelli Hernández (ed), *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés* (Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014) 335–343.

Numhauser-Henning A, 'Noteringar om skydd för etablerad position: Ett normativt grundmönster' in A H Persson and L Ryberg-Welander (eds), *Festskrift till Catharina Calleman. I rättens utkanter* (Uppsala, Iustus, 2014) 275–286.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2014) *European Gender Equality Law Review*, 1, 111–112.

Numhauser-Henning A, 'News from the Member States (Sweden)' (2014) *European Gender Equality Law Review*, 2, 105.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in C Barnard and A Blackham, *Self-Employed. The implementation of Directive 2010/41 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity* (European Commission 2014) 254–260.

2015

Numhauser-Henning A and Rönmar M (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, Studies in Employment and Social Policy 47 (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015).

Numhauser-Henning A and Rönnmär M, 'Introduction' in A Numhauser-Henning and M Rönnmär (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, Studies in Employment and Social Policy 47 (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015) 3–16.

Numhauser-Henning A, 'Labour Law, Pension Norms and the EU Ban on Age Discrimination: Towards Ultimate Flexibilisation?' in A Numhauser-Henning and M Rönnmär (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, Studies in Employment and Social Policy 47 (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015) 115–140.

Numhauser-Henning A and Rönnmär M, 'Concluding Discussion' in A Numhauser-Henning and M Rönnmär (eds), *Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond*, Studies in Employment and Social Policy 47 (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015) 449–463.

Numhauser-Henning A, 'Labour Law in a Greying Labour Market: In Need of a Reconceptualisation of Work and Pension Norms' in S L Willborn and A C Neal (eds), *Yearbook of Comparative Labour Law Scholarship 2014* (Toronto, Lancaster House, 2015) 47–68.

Numhauser-Henning A, *The Policy on Gender Equality in Sweden. Study for the FEMM Committee* (European Parliament, 2015).

Numhauser-Henning A, 'National Law: Reports from the Member States. Sweden' in S Burri and H van Eijken, *Gender Equality Law in 33 European Countries. How are EU Rules Transposed into National Law in 2014?* For the European Network of Legal Experts in Gender Equality (European Commission, 2015) 239–244.

Numhauser-Henning A, 'Reports from the Experts of the Member States (Sweden). For the Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality' in M do Rosário, P Foubert and S Burri, *The Implementation of Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries* (European Commission, 2015) 213–217.

Numhauser-Henning A, 'Viktig påminnelse om att man inte kan bortse från EU:s regler' (2015) *Lag & Avtal*, 10, 8.

2016

Numhauser-Henning A and Rönnmär M, 'Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective' in L Carlson, Ö Edström and B Nyström

(eds), *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law. A Swedish Perspective* (Uppsala, Iustus, 2016) 113–137.

Numhauser-Henning A and Rönnmar M, 'Age Discrimination Law and Social Partners and Collective Bargaining' in B J Mulder *et al.* (eds), *Sui Generis. Festschrift til Stein Evju* (Oslo, Universitetsforlaget, 2016) 506–521.

2017

Numhauser-Henning A (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).

Numhauser-Henning A, 'Introduction' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).

Numhauser-Henning A 'The Elder Law Individual Versus Societal Dichotomy – A European Perspective' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).

Numhauser-Henning A, Julén Votinius J and Zbyszewska A, 'Equal Treatment and Age-Discrimination – Inside and Outside Working Life' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).

Rönnmar M, Kullmann M, Numhauser-Henning A and Ulander-Wänman C, 'Employment Protection and Older Workers' in A Numhauser-Henning (ed), *Elder Law. Evolving European Perspectives* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, forthcoming 2017).