



LUND UNIVERSITY

Remissyttrande: Betänkandet EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare (SOU 2010:63)

Noll, Gregor; Selberg, Niklas

2010

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Noll, G., & Selberg, N. (2010). Remissyttrande: Betänkandet EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare (SOU 2010:63).

Total number of authors:
2

Creative Commons License:
Ospecificerad

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



LUNDS UNIVERSITET
Juridiska fakulteten

YTTRANDE

2011-01-10

Dnr J 2010/75

Justitiedepartementet
103 33 Stockholm

Juridiska fakultetsstyrelsen
Professor Gregor Noll
Doktorand Niklas Selberg

Remiss: Betänkandet EU:s direktiv om sanktioner mot arbetsgivare (SOU 2010:63)

Ju2010/7476/EMA

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, som anmodats att yttra sig över rubricerade betänkande, får härmed avge följande yttrande, som utarbetats av professor Gregor Noll och doktorand Niklas Selberg.

Fakultetsstyrelsen anser att vissa delar av betänkandet i sin nuvarande utformning inte bör ligga till grund för lagstiftning utan kompletterande utredning.

För det fortsatta lagstiftningsarbetet vill fakultetsstyrelsen framföra att det problemområde som är föremål för utredning enligt fakultetsstyrelsens uppfattning är komplext, och inte i alla delar löst i och med Sanktionsutredningens arbete (jfr inte minst t.ex. s. 169f, 182f). Fortsatta utredningsinsatser, också utanför det ramverk och de premisser som legat till grund för det aktuella utredningsbetänkandet, är angeläget.

Anställningsavtal i strid med utlänningsrättens kriminaliseringar

Utredningen hanterar, mot bakgrund av kriminaliseringar i UtlL, den arbetsrättsliga ställningen hos tredjelandsmedborgare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd som en fråga som bör lösas med stöd av doktrinen om avtal i strid med legala förbud. Fakultetsstyrelsen anser att detta val av övergripande strategi medför problem.

Doktrinen om avtal i strid med legala förbud har avsett avtalsrelationer som är annorlunda än det arbetsrättsliga rättsförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det är av det skälet inte möjligt att återropa den aktuella doktrinen på sätt som utredningen gör. Nials och Anderssons rättsvetenskapliga forskningsinsatser har avsett rättsläget ifråga om avtal om t.ex. förvärv och avyttring av fast egendom och lösa saker/aktier, handel med förbjudna/reglerade varor (vapen, alkohol, tobak), ägande av banker (äldre rätt), regler om bankers ägande (äldre rätt), aktiebolagsförvärv av egen aktie. De legala förbuden som undersökts har hämtats ur Jordabalken, aktiebolagsrätten, konsumentkrediträtten, regler om internationella sanktioner, äktenskaps- och samborätten samt (äldre rätt) diskrimineringsrätten. De avtal som legat bakom utvecklingen av doktrinen om avtal i strid med legala förbud skiljer sig från anställningsavtalet på så många och viktiga punkter att det inte är rimligt att extrapolera en doktrin för papperslösas arbetsrättsliga ställning ur denna doktrin.

Skillnaden blir ännu större i och med att anställningsavtalet placeras i en migrationsrättslig kontext. De exemplifierande avtalen (dess föremål och –typ) har det gemensamt att de är momentana; de bygger på samtidig utväxling av vardera en prestation. Partsställningen är de facto mer jämlik och lagstadgat skydd för en socialt och ekonomiskt underordnad part föreligger inte. Arbetsrätten, däremot, avser typiskt sett ett långvarigt och dynamiskt avtal, där prestationer utväxlas allt eftersom, mellan ekonomiskt och socialt ojämlika avtalsparter. Arbetsrätten syftar till att korrigera helt andra marknadsimperfektioner än de som kan göra sig gällande i de ovanstående exemplen som legat bakom utvecklingen av doktrinen om avtal i strid med legala förbud.

En annan problematik förknippad med att extrapolera papperslösa arbetspresterandes arbetsrättsliga ställning ur doktrinen om avtal i strid med legala förbud följer av att denna doktrin i sig inte är alldeles klar vare sig på rättsfaktasidan eller på rättsföljdssidan. Det är inte helt klart vad som är ett legalt förbud och det är inte klart vad som är rättsföljden av ett avtal i strid med det. Rättsföljden blir en nyanserad, situationsbunden, ogiltighet med oklar räckvidd. Litteraturen (och rättspraxis, 1997 års dom) på området ger liten vägledning i hur doktrinen skall tillämpas på anställning i strid med det legala förbudet i UtiL. Lagstiftaren har självfallet möjlighet att avgöra frågan om papperslösas arbetsrättsliga ställning utan den äldre doktrinen om legala förbud. Förslaget nedan bygger just på det att lagstiftaren själv axlar ansvaret för den arbetsrättsliga ställningen hos de personer som utredningen diskuterar. Tredjemans rättsliga intressen samt statens intresse av en välfungerande arbetsmarknad kan då beaktas. En politisk process som efterföljs av lagstiftning (i alla händelser uttalanden i proposition) ger tydlighet, ansvar och transparens ifråga om denna viktiga fråga, på ett sätt som extrapolering ur doktrinen om avtal i strid med legala förbud omöjligen kan ge.

Det som krävs är att lagstiftaren gör en konkret och explicit genomgång av vilka rättigheter de irreguljära parterna (arbetstagare utan uppehållstillstånd och arbetsgivare) har sinsemellan och i vilka fall ett irreguljärt anställningsavtal i övrigt kan beaktas rättsligt. En genomgång av de regler som på rättsfaktasidan innehåller termen anställning krävs för att slutsatser skall kunna dras om i vilka fall som en irreguljär anställning skall ges rättslig betydelse. Som generellt riktmärke bör gälla att så mycket som möjligt av den arbetsrättsliga regleringen bör kunna vara tillämplig på arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd. Rättsordningen bör även möjliggöra att dessa rättigheter i så många avseenden som möjligt kan realiseras av den berörda arbetskraften.

Som exempel kan nämnas ställningstagandet att (s. 180f) att arbetstagare som arbetat utan föreskrivet arbetstillstånd har rätt till lön, även om avtalet skulle vara ogiltigt enligt allmänna rättsgrundsatser. Man måste välkomna att rättsläget nu kommer att vara lagfäst och inte beroende av extrapolering av allmänna rättsgrundsatser. En genomgång av samtliga förpliktelser och rättigheter som uppstår i och med att arbetsrätten är tillämplig på ett rättsförhållande bör göras.

Anställning figurerar i ett större antal rättsregler.¹ Frågan är alltså i vilka fall som den irreguljära anställningen skall ges rättslig betydelse, eller om en annan tillämpning av den aktuella regeln är att föredra.

I sammanhanget finns anledning att särskilt väcka frågor om tredjelandsmedborgares som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd föreningsrätt (se t.ex. O. Bergqvist, L. Lunning, G. Toijer, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer, 1997, s. 131ff). Ska den irreguljära anställningen beaktas i denna bedömning? Detta har avgörande betydelse eftersom föreningsrätten är kopplad till bestående anställningsförhållanden. Rättshandlingar som innefattar föreningsrättskränkning är ogiltiga (MBL 8 § 3 st). Hur tillämpas denna regel på rättshandlingen arbetsgivares uppsägning av anställningsavtal med en tredjelandsmedborgare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd (för den händelse anställningsavtalet skall beaktas vad gäller MBL:s tillämpningsområde i detta hänseende)? Anledning finns också att allmänt erinra om den fackliga föreningsfrihetens bakgrund i internationell rätt och folkrättsliga förpliktelser (se t.ex. P. Herzfeld Olsson, Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet, diss., 2003). Även rättshandlingar som är diskriminerande i diskrimineringslagens (SFS 2008:567) mening är ogiltiga (1 kap. 3 §). Återigen blir frågan om det irreguljära anställningsavtalet skall beaktas och en tredjelandsmedborgare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd kan diskrimineras i egenkap av arbetstagare. Är en diskriminerande uppsägning ogiltig? Även diskrimineringsrätten har sin bakgrund i internationella normer om mänskliga rättigheter, vars giltighet inte påverkas av frågan om personen ifråga har uppehållstillstånd eller ej.

Strategin att hantera den arbetsrättsliga ställningen (frågan om de arbetsrättsliga reglernas tillämplighet) hos tredjelandsmedborgare som arbetar utan föreskrivet arbetstillstånd med stöd av doktrinen om avtal i strid med legala förbud riskerar även att hota de arbetsrättsliga begreppens integritet. I utredningen framhålls på s 182 att även om anställningsavtalet skall anses vara ogiltigt, innebär det inte per automatik att den arbetspresterande inte är arbetstagare, när det handlar om att ta ställning till reglernas tillämplighet. Lagstiftningens syfte anger dess tillämplighet. Resonemanget låter sig sammanfattas som att en arbetstagare är inte arbetstagare (eftersom anställningsavtalet är ogiltigt) men arbetsrättens regler (som ju endast är tillämpliga på arbetstagare) kan ändå vara tillämpliga på denne. Problematiken ligger här i att resonemanget för att nå detta resultat kräver att det avgörs vad som skall anses ligga i ”ogiltighet”.

Anställning som gärningsmoment i utlänningsrättens kriminaliseringar

Utredningsbetänkandet bygger på förutsättningen att anställning skall utgöra gärningsmoment i kriminaliseringarna av arbete utan föreskrivet arbetstillstånd. Den här aktuella direktivimplementeringen kräver som sådan inte att ställning tas till denna fråga, men direktivet aktualiserar den alltjämt.

¹ Några exempel är regleringen av principalansvar, lagstiftning om företagshemligheter, ställningsfullmakt, arbetsrättsliga tröskelbegrepp (reglering avhängig arbetsgivarens stor-

I svensk rätt definieras anställningen med stöd av ett icke-lagstadgat och tvingande arbetstagarbegrepp. På anställningen är arbetsrättens regler tillämpliga. En central punkt i arbetsrätten handlar om att definiera de arbetspresterande personer som skall beredas det särskilda skydd som ligger i arbetsrättens materiella regler. Något annat anställningsbegrepp än det arbetsrättsliga föreligger inte. Att knyta migrationsrättens kriminaliseringar till arbetsrättsliga termer såsom anställning och arbetsgivare leder till problem, vilket utredningen ger prov på.

Utredningen noterar att ”de nationella anställningsbegreppen avgör vem som är att anse som anställd” och anger i samma stycke att den gällande kriminaliseringen i UtL 20 kap. 5 § ”avser anställning i den mening som avses i direktivet” (s. 95). Men enligt direktivet skulle ju de nationella anställningsbegreppen avgöra vad som var en anställning som omfattades av de sanktioner som föreskrevs av direktivet. Direktivet saknar egen anställningsdefinition. Därmed öppnas en argumentativ cirkel: varje nationell reglering som anger anställning som moment i kriminalisering uppfyller direktivet, med den tolkning som utredningsbetänkandet presenterat.

När ”anställning” görs till gärningsmoment (s 109) föreskrivs samtidigt ett specialsubjekt för brottet. Definitionen av gärningen ger per automatik definitionen av deliktets specialsubjekt. Huvudmannen i en anställning kan endast vara arbetsgivaren.

Att koppla straffrätten till arbetsrätten på denna punkt måste ifrågasättas i ljuset av den straffrättsliga legalitetsprincipen och dess krav på klara och förutsebara regler. En anställning kan uppstå konkludent, dvs. avtalsbundenhet efter vårdslöshet. Det föreligger inte heller något krav på minsta varaktighet hos ett arbetsförhållande för att anställning skall kunna vara för handen. Mycket tillfälliga arbeten kan vara anställning.

Här uppstår en fara för att det i rättstillämpningen uppstår ett specifikt migrations(straff-)rättsligt anställningsbegrepp/arbetstagarbegrepp, utan explicit stöd i rättskällorna. I praktiken kan mindre köp av arbetskraft/ ”anställningar” komma att bedömas som om anställning i UtL:s mening inte varit för handen. Ur strikt arbetsrättslig synvinkel kan rättsförhållandet vara att bedöma som anställning (dvs. den arbetspresterande är att bedöma såsom arbetstagare). Ett nytt anställningsbegrepp uppstår och de rättsliga begreppens integritet urlakas.

Istället för att knyta migrationsrättens kriminaliseringar på denna punkt till arbetsrättsliga termer såsom anställning och arbetsgivare bör lagstiftaren presentera självständiga definitioner på den kriminaliserade gärningen och pliktsubjektet. Frågan som bör besvaras i denna kriminalisering borde vara: Under vilka förutsättningar skall köp av arbetskraft utlösa straffansvar för huvudmannen/den som tillgodogjort sig arbetsprestationen? Dessa självständiga gärningsmoment och andra definitioner kommer inte att vara belastade av arbetsrättsliga bibetydelser. Rätts-

lek) i arbetsmiljörätten och diskrimineringsrätten, varsel till myndighet och formaliaskadestånd enligt LAS.

ordningens begreppsapparat kommer också att i högre grad lämnas intakt. Detta är att föredra före att lägga till och dra ifrån i en straffrättslig nyansering av arbetsrättsens begreppsbyggnad.

Det arbetsmarknadsdeltagande såsom arbetspresterande som skall kriminaliseras kan beskrivas utan referens till arbetstagarbegreppet, arbetsgivarbegreppet och anställningsbegreppet. En gärning kan definieras som bygger bl.a. på momentet att en fysisk eller juridisk person tillgodogjort sig en fysisk persons arbetskraft och att detta har varit av viss omfattning och intensitet. Pliktsubjektet är den som tillgodogjort sig arbetskraften.

Frågan om tidsbegränsat uppehållstillstånd

Fakultetsstyrelsen anser att lagstiftaren bör överväga om inte andra arbetsrättsliga tvister med arbetsgivaren kunde kumuleras med processer om inestående ersättning enligt den föreslagna nya lagstiftningen. Den som väckt talan i enlighet med det ovanstående borde då beviljas ett tillfälligt uppehållstillstånd till dess att saken/sakerna var rättskraftigt avgjorda. Förslaget motiveras av principen om allas lika tillgång till rättsmedel.

Utredningen föreslår att utlänning under vissa förutsättningar får ges tidsbegränsat uppehållstillstånd efter giltighetstiden för tidsbegränsat uppehållstillstånd har gått ut (enligt UtIL 5 kap. 15 §). Förutsättningarna för detta tillstånd är att utlänningen har samarbetat med brottsutredande myndigheter i utredning om brott enligt UtIL 20 kap. 5 §, och utlänningen väckt talan om inestående ersättning (s. 219, 305, 345).

Fakultetsstyrelsen vill i sammanhanget framhålla att rekvisiten i UtIL 20 kap. 5 § överensstämmer med de i UtIL 20 kap. 3 § som straffbelägger att vara anställd utan föreskrivet arbetstillstånd. Har brott mot 5 § förövats, måste någon ha förövat brott mot 3 §. Den föreslagna regleringen kommer i praktiken att utlova tidsbegränsat uppehållstillstånd till den som medverkar till utredningen av egen brottslighet. Garanti att åtal inte kommer att väckas kan inte lämnas på förhand. Fakultetsledningen anser det som olämpligt att endast sådana personer som riskerar självinkriminering kan komma ifråga för en förlängning av uppehållstillstånd för att driva ett civilrättsligt krav.

Den föreslagna bestämmelsen anger inte på vems ansökan beslut om tidsbegränsat uppehållstillstånd skall beslutas (i UtIL 5 kap. 15 § anges att förundersökningsledare ansöker). Det anges inte vad som avses med "har samarbetat". Skall samarbetet redan vara för handen, eller avses även utfästelse om samarbete? Vilket samarbete avses? Utredningen uttalar att sådant tidsbegränsat uppehållstillstånd som avses i den föreslagna bestämmelsen endast skall lämnas i situationer då utlänningen "behöver vara här för att kunna föra sin talan, exempelvis om hans närvaro vid en huvudförhandling är av betydelse för utredningen". Om det återstår "lång tid" innan närvaron behövs skall uppehållstillstånd enligt förslaget inte beviljas. Fakultetsstyrelsen framhåller att dessa uttalanden inte är tillräcklig vägledning för beslutsfattande på denna punkt. Det är en grannlaga uppgift att avgöra vilken betydelse

se arbetstagarens närvaro vid huvudförhandling har. Troligen har denna betydelse i samtliga fall som inte är synnerligen okomplicerade. Vilken tidsrymd som avses med "lång tid" anges inte. Här krävs ställningstagande.

Preskriptionstid

Direktivets artikel 6.2.a. föreskriver att i nationell rätt skall finnas preskriptionsregler som definierar den tidsperiod inom vilken krav om efterhandsutbetalningar skall framföras. Några regler för preskription av just denna typ av krav presenterar utredningen inte. Hur skall detta förstås? Avses arbetsrättens sedvanliga regelverk om preskription vara tillämpligt? Avses den i övrigt gällande tioåriga preskriptionstiden? Det bör här framhållas att utredningens förslag presenteras på premisserna att LAS inte är tillämplig på de aktuella anställningsavtalen. De arbetsrättsliga preskriptionsreglerna bildar ett invecklat lapptäcke av olika regler beroende på bl.a. anspråk, grund för anspråket (lag, kollektivavtal, enskilt anställningsavtal) och om fordran är tvistig eller inte. När ska anspråken anses uppkomma? Problematikens komplexitet motiverar att explicit ställning tas till vilka preskriptionsregler som skall gälla den särskilda form av lönefordran som uppstår i och med den nya lagstiftningen om lön för arbete vid vistelse utan föreskrivet tillstånd. I avsaknad av explicit och informativ lagreglering föreligger fara för rättsförluster för den enskilde. Motsvarande fråga kan ställas om frister för talans väckande. Avses sedvanliga regler vara tillämpliga? Information om talefrister och preskription av anspråk bör för övrigt ingå i den information som skall lämnas enligt utredningsförslagets nya bestämmelse i UtIF (s. 206f, 367). Fakultetsstyrelsen förespråkar generöst tilltagna tidsperioder med tanke på de utsatta arbetstagare som reglerna avser.

Genomförande av direktivets artikel 7.2

Utredarna föreslår att en ny sanktion införs i 5 kap. 15 § UtIL (särskild rättsverkan). Vi tycker att det är nödvändigt att förmåner som betalas ut till fysisk person för hans eller hennes privata behov undantas (vilket förslås i sista meningen av nämnda lagförslag). Detta står i överensstämmelse med Sveriges förpliktelser som följer av bland annat artikel 11 i 1966 års konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som garanterar en adekvat levnadsstandard, föda och bostad. Tolkningen som Europadomstolen har givit artiklarna 3, 6, och 8 EKMR samt artikel 1 i dess första tilläggsprotokoll i förhållande till enskildas möjligheter att erhålla socialbidrag torde också leda åtminstone till stor försiktighet innan en hel kategori av personer utesluts från sådana bidrag.

Däremot måste vi ställa frågan om ett sådant i övrigt välmotiverat undantag står i överensstämmelse med direktivets artikel 7.2, som enbart medger undantag för situationer där arbetsgivaren är en fysisk person och arbetet sker för dennes privata syften. Det kan argumenteras att Sverige inte efterkommer sina förpliktelser under direktivets artikel 7 när tillämpningsområdet för sanktionen begränsas utöver vad direktivets ordalydelse medger. Denna spänning mellan sekundärrätten och utredningens lagförslag kan bara lösas upp om man beaktar att rättigheterna under EKMR ges en plats överordnad sekundärrätten i artikel 6.3 i EUF.

Det är åtminstone tänkbart att Europeiska kommissionen kan ifrågasätta genomförandet av artikel 7:2, vilket då skulle leda till att frågan behandlas av EUD.

Det sagda väcker frågan varför Sverige inte har observerat dessa komplikationer när direktivet förhandlades fram. Utredningens förslag är ett försök att kompensera för ett bristfälligt europarättsligt lagstiftningsarbete. Det är av stor vikt att denna typ av situationer inte uppkommer i framtiden.

Övriga kommentarer

Apropå de föreslagna lydelseerna i UtL erinrar fakultetsstyrelsen om att begreppet tjänst utmönstrats ur den arbetsrättsliga lagstiftningen till förmån för termen anställning.

Utredningen anger inga skäl för ställningstagandet att anställningsförhållande skall presumeras ha varat tre månader på heltid (s. 207f, 282, 283). Fakultetsstyrelsen anser att skäl finns för presumtion om en längre tidsperiod än den föreslagna.

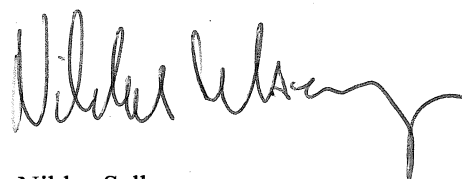
Arbetsgivarens skyldighet mot sin fackliga motpart att tillämpa kollektivavtalets normer på samtliga arbetstagare borde avse även oorganiserade arbetstagare som saknar föreskrivet arbetstillstånd (jfr avsnitt 7.3.5, s. 183f). Frånvaron av föreskrivet arbetstillstånd bör inte innebära att arbetskraften skall betraktas på annat sätt än som utomstående arbetstagare i traditionell bemärkelse. Detta vore i linje med kollektivt arbetsrättslig elementa (se t.ex. T. Sigeman i F. Schmidt m.fl., Löntagarrätt, rev. uppl. 1994, s.116). Den kollektivavtalsbundna arbetstagarorganisationen får en viss möjlighet att privaträttsligt sanktionera (i det allmänna skadeståndet) anställning av arbetskraft som saknar föreskrivet arbetstillstånd.

Presumtionen för viss ersättning föreslås genomföras genom att ersättningen skall anses vara den som följer av "ett tillämbart svenskt kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen" (avsnitt 7.5.4, s. 194f, 356). Arbetstagaren har att åberopa ett kollektivavtal och lägga fram utredning för att det är "tillämbart". I sammanhanget nämns UtL 6 kap. 2 § som legislativ förebild.

Arbetsrätten, inte utlänningsrätten (som enligt utredningen inte ger vägledning, jfr s. 194) bör fungera som rättslig förebild. Inspiration bör hämtas från rättsläget på arbetsplatser där arbetsgivaren inte är kollektivavtalsbunden. I denna situation gäller vid ofullständiga anställningsavtal att domstolarna har att utfylla det med skäliga villkor som hämtas från god avtalssedvänja i branschen och särskilt närmast tillämpliga kollektivavtal. (se t.ex. T. Sigeman i F. Schmidt m.fl., Löntagarrätt, rev. uppl. 1994, s.120ff) Det anförda skiljer sig från utredningen som talar om "tillämbart" kollektivavtal.

Enligt delegation


Gregor Noll



Niklas Selberg