

Omfattas IT- och teknikkonsultbranschens arbetstagare av kundföretags skyldigheter att erbjuda tillsvidareanställning eller två månadslöner enligt ny bestämmelse i 12 a § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare?

Rättsutlåtande för Danir Group om 2022 års LAS-reforms tillämplighet på konsultverksamhet

Niklas Selberg & Erik Sjödin

2023-11-14

1 Uppdraget och rättsutlåtandets frågeställningar

2022 års lagändringar om anställningsskyddet inbegriper reformer till skydd för arbetstagare som under lång tid hyrs ut av bemanningsföretag (långtidsinhyrda). Bemanningsföretags verksamhet regleras i 2012 års uthyrningslag, som i huvudsak syftar till att säkerställa att långtidsinhyrda arbetstagare likabehandlas med det mottagande bolagets egna anställda såvitt gäller grundläggande arbets- och anställningsvillkor. Uthyrningslagen är resultatet av ett genomförande av bemanningsdirektivet.

I svenskt näringsliv förekommer en uppfattning enligt vilken konsultbolag inte uppfattar sig som ”uthyrare av personal” och vars tjänstemottagare inte är berörda av vare sig de gamla eller de nya reglerna om uthyrning av arbetstagare.

Inom ramen för 2022 års reform av anställningsskyddet, infördes en ny regel i 2012 års uthyrningslag, och frågor har uppkommit om den nya bestämmelsens tillämpningsområde. Mer specifikt rör det om regeln är tillämplig på arbetstagare som är anställda hos de ”konsultbolag” som inte ser sig som ”bemanningsbolag” och inte heller tidigare ansett sig omfattade av nämnda lag.

Mot denna bakgrund har Andreas Schöldström, General Counsel för Danir Group – moderbolag till bl.a. IT- och teknikkonsultbolagen Sigma och Nexer – gett undertecknade i uppdrag att utreda tillämpningsområdet för 2022 års regler om skydd för långtidsinhyrda, och närmare bestämt under vilka förutsättningar företag blir skyldiga att med stöd av 12 a § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare (”uthyrningslagen”) erbjuda tillsvidareanställning eller två månadslöner åt en arbetstagare.

Detta utlåtande utreder inte huruvida arbetstagaren ska anses vara anställd hos det mottagande företaget eftersom ett anställningsförhållande ostridigt föreligger mellan det utsändande företaget och den arbetspresterande. Föreliggande analys uppmärksammar vidare varken det s.k. ”arbetstagarbegreppet” eller det materiella innehållet i de skyldigheter som 2022 års lagändringar innebär för bemanningsföretags vidkommande.

2 Sammanfattning av rättsutredningen

1. Konsultarbete (konsultbolag) ska skiljas från bemanningsanställning (bemanningsbolag). Rättsordningen utgår från ett antagande om att detta är två olika former för arbete. Skillnader manifesteras dels i olika anställningsvillkor, dels i att branschaktörer själva gör en åtskillnad, vilket bland annat illustreras av att bemanningsbolag organiseras av Kompetensföretagen och konsultbolag av andra arbetsgivarorganisationer, såsom exempelvis Innovationsföretagen och Tech Sverige inom teknik och IT.
2. 2022 års reform av LAS har inte på något sätt ändrat uthyrningslagens tillämpningsområde.
3. Det är rekvisiten i 1 och 5 §§ uthyrningslagen som blir avgörande för utlåtandets frågeställning om vilka företag som har skyldigheter enligt 12 a § uthyrningslagen. Således: Är arbetstagaren anställd i syfte att a) hyras ut för att b) arbeta under ett annat företags kontroll och ledning? Om så inte är fallet är det mottagande företaget inte skyldigt att erbjuda tillsvidareanställning eller två månadslöner (eller skadestånd) med tillämpning av 12 a § uthyrningslagen.
4. Av EU-domstolens praxis framgår att följande är avgörande gällande innebörden av 1 och 5 §§ uthyrningslagen och därmed vem som omfattas av den lagen.
 - (a) Syftet med anställningsavtalet måste ha varit att arbetstagaren ska hyras ut. Saknas detta uttalade syfte vid avtalsslutet är det inte fråga om bemanning.
 - (b) Därutöver måste syftet vara att denna uthyrning ska ske under kundföretagets ledning och kontroll. Även detta rekvisit är kopplat till syftet med anställningen och inte hur ett faktiskt uppdrag ser ut vid en viss given tidpunkt.
 - (c) Av färsk praxis från EU-domstolen framgår att syftet enligt punkterna (a) och (b) ovan ska föreligga både vid tidpunkten för anställningsavtalets ingående, samt vid varje uthyrningstillfälle.
 - (d) Att syftet är uthyrning av arbetstagare till kundföretag måste även framgå av uppdragsavtalet som reglerar företagssamarbetet.
 - (e) Att det mottagande företaget ger vissa allmänna instruktioner till det utsändande företags anställda och kontrollerar att tjänsten utförts på ett avtalsenligt sätt medför inte att arbetstagaren är under det mottagande företags ledning och kontroll uthyrningslagens mening.
5. Uppgifter om att syftet är uthyrning till kundföretag samt kundföretags identitet omfattas av arbetsgivarens informationsskyldighet enligt 6 c § LAS, en skyldighet som endast gäller bemanningsbolag och inte konsultbolag.

6. Det rekommenderas att parter till såväl anställningsavtal som uppdragsavtal i sina respektive avtal klargör att anställningen inte är sådan att uthyrningslagen är tillämplig och att det därmed inte följer några skyldigheter enligt lagen.
7. Karaktären på konsultarbete och bemanning skiljer sig åt, även om gränsdragningen i rättsliga källor kan sägas vara komplex. En skillnad ligger bland annat i att konsultbolag har tjänsteleveranser som kan likställas med entreprenaduppdrag och ansvarsåtaganden enligt avtalsvillkor som generellt sett är mer långtgående än de leveransbestämmelser som gäller för bemanningsbolag, vilka vanligtvis inte har fel- och garantiansvar för det arbetsresultat som levereras till det mottagande bolaget. Detta innebär också att rekvisit b) ovan inte är uppfyllt – en person som anställs på ett bolag som i betydande utsträckning åtar sig entreprenadliknande uppdrag kan inte anses vara anställd i syfte att hyras ut för arbete under kundföretagets ledning och kontroll.

Enligt uppgift från beställaren av detta rättsutlåtande har konsultbolagen inom Danir Group olika leveransmodeller och konsulter anställs inte med det uttalade syftet att hyras ut till en utpekad kund i uppdrag under kundens kontroll och ledning. Detta faktum, jämte den omständigheten att uthyrningslagens tillämpningsområde inte har utvidgats genom 2022 års LAS-reform, samt övriga relevanta faktorer sammanvägda, medför att den typen av ”konsultarbete” inte omfattas av uthyrningslagen; dvs konsultbolagen är således inte bemanningsföretag och de mottagande företagen är således inte kundföretag.

Om arbetsgivare och arbetstagare inte är omfattade av uthyrningslagen inträder heller inte någon av de skyldigheter som följer av lagen, inbegripet att lämna erbjudande om tillsvidare anställning alternativt betala två månadslöner enligt 12 a § uthyrningslagen.

Följaktligen ska dessa kundbolag inte vara skyldiga att med tillämpning av 12 a § uthyrningslagen erbjuda tillsvidareanställning eller två månadslöner åt arbetstagare som utför konsulttjänster för konsultbolagens räkning. Konsekvensen härav blir för konsultbolagens sida, att de inte riskerar att förlora sina konsulter genom de anställningserbjudanden som uthyrningslagen annars föreskriver.

3 Konsultarbete

När vi i det följande utreder uthyrningslagens tillämplighet på entreprenadarbete eller konsultbolag avser vi anställningar enligt nedanstående:

- Uppdragen karakteriseras av stor variation och dessa är i princip aldrig bestämt på förhand i samband med anställningens påbörjande. Flertalet av uppdragen utförs också helt eller delvis som projekt, paketlösningar eller resultatleverans, dvs. på entreprenad, eller varianter av uppdrag med leveransåtaganden.
- Syftet med uppdraget är oftast att fylla kompetensluckor hos kundföretaget, och/eller fylla behov för leveranskapacitet. Därtill ofta tidsbegränsade/temporära behov.
- Samma lön och förmåner oberoende av om konsulten är i uppdrag eller ej.
- Arbetsgivarbolaget organiseras inte av Kompetensföretagen utan andra arbetsgivarorganisationer, såsom Innovationsföretagen eller Tech Sverige.

4 Rättsliga utgångspunkter

4.1 Lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare (uthyrningslagen)

1 § Denna lag gäller arbetstagare som är anställda av bemanningsföretag i syfte att hyras ut till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning.

5 § I denna lag avses med

1. bemanningsföretag: en fysisk eller juridisk person som har arbetstagare anställda i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning,
2. kundföretag: en fysisk eller juridisk person för vilken och under vars kontroll och ledning arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag arbetar,

12 a § Ett kundföretag ska erbjuda en tillsvidareanställning hos företaget till en arbetstagare som genom uthyrning har varit placerad hos kundföretaget på en och samma driftsenhet i sammanlagt mer än 24 månader under en period om 36 månader. Erbjudandet ska lämnas senast en månad efter det att tidsgränsen överskridits. Kundföretaget får bestämma inom vilken tidsfrist arbetstagaren måste svara på erbjudandet. Arbetstagaren ska dock ha skäligen tid att ta ställning till erbjudandet. Om arbetstagaren accepterar erbjudandet, upphör anställningen hos bemanningsföretaget utan särskild åtgärd när anställningen hos kundföretaget tillträds.

Kundföretaget får dock i stället för att erbjuda en tillsvidareanställning betala en ersättning till arbetstagaren som motsvarar två för arbetstagaren aktuella månadslöner. Betalningen ska i så fall ske inom samma tid som erbjudandet skulle ha lämnats. *Lag (2022:839)*.

4.2 Direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (bemanningsdirektivet)

Art. 1.1 Detta direktiv är tillämpligt på arbetstagare som har ett anställningskontrakt eller anställningsförhållande med ett bemanningsföretag och som hyrs ut till kundföretag för att temporärt arbeta under deras kontroll och ledning.

Art. 3.1 I detta direktiv avses med

- a) arbetstagare: en person som i den berörda medlemsstaten i egenskap av arbetstagare är skyddad enligt nationell arbetsrätt,
- b) bemanningsföretag: varje fysisk eller juridisk person som i enlighet med nationell lagstiftning ingår anställningskontrakt eller inleder anställningsförhållanden med arbetstagare i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för tillfälligt arbete i dessa företag under deras kontroll och ledning,
- c) arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag: en arbetstagare som har ett anställningskontrakt med eller anställningsförhållande hos ett bemanningsföretag, i syfte att hyras ut till ett kundföretag för att tillfälligt arbeta under dess kontroll och ledning,
- d) kundföretag: varje fysisk eller juridisk person för vilken och under vars kontroll och ledning arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag tillfälligt arbetar,
- e) uppdrag: den period då en arbetstagare från ett bemanningsföretag är uthyrd till kundföretaget för att tillfälligt arbeta under dess kontroll och ledning.

4.3 Terminologi

I det följande används termen bemanningsanställd för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag till ett kundföretag. Vidare används termen bemanningsdirektivet för direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag. Den lag som genomför bemanningsdirektivet, lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare, kallas nedan uthyrningslagen.

5 Konsultverksamhet är och har varit ett normalt inslag på svensk arbetsmarknad

Frågan om arbetsrättens gränser i olika avseenden diskuterades i anslutning till 1970-talets medbestämmandereform.¹ Lagstiftaren noterade att det var vanligt att företag, i stället för att anlita anställd arbetskraft, valde att låta utföra arbete för verksamheten i andra former, såsom ”entreprenad eller med anlitande av andra former av uppdragsavtal”.² Utförande av arbete utanför anställningsförhållandet är således inte endast accepterat av lagstiftaren utan anses även vara särskilt viktigt:

”Naturligtvis måste arbetsgivare i åtskilliga fall kunna anlita utomståendes tjänster. Från industripolitisk synpunkt är arbetsfördelning och specialisering nödvändiga för näringslivets fortsatta utveckling. En rationell företagsstruktur behövs. Det stora flertalet företag som erbjuder tjänster är seriösa och samhällsekonomiskt önskvärda.”³

Arbetsdomstolen har redan 1980 uttryckt sig i likartade termer om entreprenadarbete:

”Anställningsskyddslagen har den allmänna innebörden att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. Finner arbetsgivaren det vara motiverat från företagsekonomisk synpunkt att begränsa den egna verksamheten genom att anlita entreprenör för ett arbete eller eljest låta annan utföra arbetet, kan därför arbetsgivarens beslut i princip inte angripas under åberopande av anställningsskyddslagens regler, även om det med fog kan påstås att åtgärden är till förfång för sysselsättningen vid företaget.”⁴

Den efterföljande utvecklingen har inte förändrat entreprenadarbetets rättsliga ställning. Endast konstruktioner som innebär kringgående av arbetstagarbegreppet⁵ eller åsidosättande av lag eller kollektivavtal för arbetet⁶ kan angripas med stöd av arbetsrättens regler. Det har inte påståtts att dessa omständigheter skulle vara för handen i de företag som utgör den svenska konsultbranschen.

Arbets- och företagsledningsrätten, som ligger i arbetsgivarens händer, tillåter en växling av roll från att vara part i anställningsavtal till att istället bli kund i entreprenadavtal. Entreprenadförhållandet har, till skillnad från bemanningsanställningen, aldrig varit otillåtet eller kriminaliserat. Inte desto mindre utgör organisation av arbete genom entreprenad och

¹ SOU 1975:1, prop. 1975/76:105, bil. 1.

² Prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 171.

³ Prop. 1975/75:105, bil. 1, s. 310.

⁴ AD 1980 nr 54.

⁵ Se t.ex. Ds 2002:56, s. 75–138, SOU 1975:1, s. 691–725.

⁶ Jfr 38–40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

bemanningsanställning triangulära arbetsrättsliga relationer.⁷ Entreprenadförhållandet bygger på att arbetstagaren har en kontraktuell arbetsgivare, som i sin tur är part i ett kommersiellt avtal om att prestera arbete – som utförs av dennas arbetstagare – till tjänstemottagaren. Ur tjänstemottagarens synvinkel innebär entreprenaden att ett företag levererar en tjänst, som utförs av dennas arbetstagare. Det är och har varit tillåtet under lång tid.

6 Uthyrningslagens tillämpningsområde ändrades inte 2022

2022 års reform av anställningsskyddet innehåller flera delar.⁸ Såvitt är av intresse här är att en ny bestämmelse, 12 a § har förts in i uthyrningslagen. Uthyrningslagen genomför bemanningsdirektivet och innehåller sedan tidigare också andra skyldigheter för kundföretaget. Av 6 § framgår kravet att kundföretaget såvitt gäller grundläggande arbets- och anställningsvillkor ska likabehandla inhyrda arbetstagare med de som är anställda direkt av kundföretaget. Vidare framgår att kundföretaget ska ge bemanningsanställda samma tillgång till gemensamma anläggningar och inrättningar som andra anställda (11 §). Kundföretaget ska också informera om lediga anställningar (12 §).

2022 års reform av arbetsrätten genomför i lagstiftning en överenskommelse (den s.k. Trygghetsöverenskommelsen) som ingåtts av vissa av arbetsmarknadens parter. I denna överenskommelse använder parterna inget annat uttryck eller term än vad som redan förekommer i gällande lagtext för att avgränsa lagstiftningens tillämpningsområde. Enligt Arbetsdomstolens praxis ska avtalet då anses ha samma innebörd som gällande lags begrepp.⁹ När parternas överenskommelse genomfördes som lagstiftning gjorde lagstiftaren inget tillägg på denna punkt. Sammanfattningsvis använder 2022 års reform av anställningsskyddet således redan gällande rättsdefinitioner för att dra gränserna för uthyrningslagens tillämpningsområde.

Uthyrningslagen innehåller en paragraf med definitioner som avgör lagens tillämpningsområde. Om inte denna paragraf ändras, har tillämpningsområdet för lagen inte ändrats.

Uthyrningslagen är tillämplig på arbetstagare som är anställda av bemanningsföretag i syfte att hyras ut till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning (1 §). Denna lags tillämpningsområde har inte ändrats i och med 2022 års reform och tillägget av en ny bestämmelse med skyldigheter för kundföretag i lagen.

⁷ Jfr Vosko, Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective, 1997-98, s. 43-78, Trebilcock, A Comment on "Legitimizing the Triangular Employment Relationship", 1997-89, s. 79-84.

⁸ Se prop. 2021/2022:176.

⁹ Jfr t.ex. AD 1983 nr 11.

I och med bemanningsdirektivets genomförande och införandet av uthyrningslagen klargjordes att lagen endast är tillämplig på uthyrning av arbetstagare från bemanningsföretag till kundföretag och att entreprenadverksamhet faller utanför lagens tillämpningsområde.¹⁰

Lagen utgår då som nu från att det mellan företag kan ske köp av tjänster som utförs av arbetstagare som inte omfattas av uthyrningslagen.

7 2022 års reform av uthyrningslagen

I 2022 års reform av anställningsskyddet gjorde lagstiftaren inte några uttalanden om de gränsdragande begreppen kring bemanningsarbete.¹¹ Mot denna bakgrund ska man utgå från att dessa reformer använder bemanningsdirektivets gränsdragande begrepp och att de bedömningar som gjordes i samband med direktivets genomförande alltså är gällande.

Det kan här erinras om att lagregeln om stärkt skydd för långtidsinhyrda inte genomför någon skyldighet som framgår av EU-rätten.

2022 års regler i uthyrningslagen är semi-dispositiva på huvudorganisationsnivå (se 2 § andra stycket).

8 Bemanningsanställning

8.1 Allmänna utgångspunkter

Bemanningsarbete är en särreglerad typ av anställning.¹² Arbetsrättens regler är tillämpliga på avtalsförhållandet, och den mer invecklade och delvis omdiskuterade frågan har avsett vilket av de inblandade företagen (in- och uthyrare) som ska bära något visst skyddsansvar, inte om skyddsansvar överhuvudtaget ska föreligga. Bemanningen har avsatt rätt stora spår i lagstiftningen. Själva upplägget definieras numera i EU:s bemanningsdirektiv. Denna legaldefinition uttrycker huvudregeln att det är bemanningsföretaget som är kontraktuell arbetsgivare i relation till den bemanningsanställda, och att det följaktligen är i det företaget som de kontraktuellt definierade anställningsskyddsreglerna kan göras gällande.¹³ I den svenska genomförandelagstiftningen förekommer därför samma gränsdragningar och legaldefinitioner som i bemanningsdirektivet. Bemanningen förutsätter dels ett kontrakt mellan kundföretaget och bemanningsföretaget/arbetsgivarföretaget, och inom ramen för detta kontrakt säljs arbetskraften, dels anställningsavtal mellan uthyraren (bemanningsföretaget) och arbetstagarna. Den allmänna

¹⁰ Prop. 2011/12:178, s. 27, s. 99.

¹¹ Ds 2021:17, s. 121-133, s. 202-205, prop. 2021/22:176, s. 146-159, s. 466-475.

¹² Annika Berg, *Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling*, 2008.

¹³ SOU 1997:58, s. 47, Ds 1989:30, s. 112 f., prop. 1990/91:124, s. 55, SOU 1992:116, s. 99 och s. 108, i prop. 1992/93:218, s. 34 heter det att "LAS regelsystem bör gälla fullt ut även för anställda i uthyrningsföretag".

kontraktsrättens regler, och i förekommande fall också standardavtal¹⁴, är tillämpliga på det kommersiella avtalet som gäller mellan de båda företagen.¹⁵ Tvister dem emellan är inte heller arbetstvister.

Mot bakgrund av att förändringen av arbetsmarknaden fortsatt sedan 1990-talet och att bemanningsarbetet ökat i volym och betydelse är det överraskande att frågan om gränsdragningen mellan entreprenad och personalinhyrning ägnats så lite rättslig uppmärksamhet. När EU:s bemanningsdirektiv¹⁶ skulle genomföras i svensk lagstiftning väcktes emellertid denna fråga igen; eftersom ”det i praktiken ofta uppstår problem när det gäller att slå fast om det är fråga om uthyrning av arbetskraft eller om entreprenadverksamhet” och ”att det ofta inte är helt lätt att avgöra” vilken form det är fråga om.¹⁷ I detta lagstiftningsärende lämnade lagstiftaren sist och slutligen inte några nya bidrag till förståelsen av den här gränsdragningsproblematiken, utöver att det slogs fast att entreprenad karaktäriseras av att ”ett företag skickar arbetskraft till ett annat företag för att där utföra visst arbete men arbetsledningen fortfarande ligger kvar hos entreprenadföretaget”.¹⁸ Denna definition framstår i och för sig som indirekt given av konceptet bemanningsanställning, som ju karaktäriseras av att den uthyrde arbetstagaren står under kundföretagets ”kontroll och ledning”.¹⁹

Vad som ska anses ingå i kontroll och ledning av arbetet blir således en viktig aspekt av gränsdragningen (varom mer nedan).

8.2 EU-kommissionens expertgrupp om 2008 års bemanningsdirektiv

Bemanningsdirektivets tillämpningsområde är företag som är ”bemanningsföretag” (art. 1.2); och direktivet innehåller en autonom definition (art. 3.1.b) av detta begrepp – direktivet kan i och för sig vara tillämpligt på företag som inte klassificerats som bemanningsföretag enligt nationell rätt.²⁰

EU-kommissionens expertgrupp om genomförandet av bemanningsdirektivets framhåller vidare att bemanningsdirektivets inte är tillämpligt på företag som inte är bemanningsföretag om de vid enstaka tillfällen skulle sända arbetstagare att arbeta under ett annat företags kontroll och ledning,

¹⁴ T.ex. Bemanningsföretagen, Allmänna bestämmelser Personaluthyrning ABPU -10, Utgivet av Bemanningsföretagen 2010.

¹⁵ Jan Hellner, m.fl. *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen*, 2006, Axel Adlercreutz & Lars Gorton, *Avtalsrätt I*, 2011, *passim*.

¹⁶ Direktiv 2008/104/EG, lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

¹⁷ SOU 2011:5, s. 152 f, s. 56, prop. 2011/12:178, s. 27, s. 99.

¹⁸ Prop. 2011/12:178, s. 99.

¹⁹ Prop. 2011/12:178, s. 99. Direktiv 2008/104/EG art. 1.1, 1 § lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

²⁰ Expert Group Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, August 2011, European Commission, s. 8.

då syftet vid anställningen inte varit för uthyrning under kundföretags kontroll och ledning (vår kursivering nedan):

“An accountant working for a company specialized in accounting may be seconded to another company for a limited period in order to work under the daily supervision and direction of the latter firm. This is a situation where the worker is incidentally put at the disposal of another undertaking: the accountant's employer has *not recruited him in order to* assign him to another company to work there temporarily under its supervision and direction. *The Directive would not apply in this case.*

An accountant may be recruited by a temporary-work agency focusing on that type of activity and put at the disposal of a company for a limited period of time. In that case the Directive would be applicable.”²¹

EU-kommissionens expertgrupp om genomförandet av bemanningsdirektivet, har vidare diskuterat behovet av tydlig gränsdragning mellan bemanningsanställning och entreprenadverksamhet (”subcontracting”) och i anslutning till detta framhållit

“If, for instance, a company such as a law firm subcontracts the practical organisation of a conference, this means that this task will be outsourced to another company which will use its own staff and offices to organise the conference. Obviously, depending on the tasks involved, subcontracted activities may also be carried out on the premises of the client; this is notably the case for cleaning activities, where the staff of the subcontracted company will be performing its work in the offices of the client. In the case of subcontracting, the Directive does not apply.

On the contrary, the Directive does apply in situations where a company asks a temporary-work agency to provide it with personnel to exercise an activity within its own premises and under its supervision and direction. In this situation the staff involved is employed by the temporary-work agency and temporarily put at the disposal of the user undertaking.”²²

EU-kommissionens expertgrupp är således tydlig med att det föreligger en gränsdragning mellan konsultverksamhet och bemanningsarbete. Distinktionen mellan dessa två former av arbete och anställningar har därefter varit fortsatt aktuell och EU-domstolens relevanta praxis i denna fråga

²¹ Expert Group Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, August 2011, European Commission, s. 8.

²² Expert Group Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work, August 2011, European Commission, s. 13.

utreds därför närmare nedan under punkt 9.3 och 9.4, varvid kan konstateras att uthyrningssyftet vid ingåendet av anställningsavtalet är centralt och att alla former av arbete under ett annat företags kontroll och ledning inte utgör bemanningsarbete.

9 Gränsdragningen mellan entreprenad och bemanningsarbete

9.1 Inledning

Företagssamarbete i form av entreprenader har aldrig varit kriminaliserat och inte heller särskilt reglerat. Personaluthyrning har emellertid under perioder varit kriminaliserat. Idag är personaluthyrning genom bemanningsföretag också särskilt reglerat då bemanningsdirektivet genomförts i Sverige. Det saknas AD-avgöranden från tiden efter uthyrningslagens tillkomst som handlar om hur gränsdragningen ska göras mellan bemanningsarbete och entreprenader. Inte heller har frågan direkt belysts närmare i EU-domstolens praxis. Det finns dock klagörande uttalanden från EU-domstolen om direktivet och då även uthyrningslagens tillämplighet.

I det följande kommer vi att redogöra för hur denna gränsdragning ska göras utifrån nu aktuella rättskällor. Det finns även äldre rätt om gränsdragningen mellan entreprenad och personaluthyrning som efter bemanningsdirektivets genomförande är av begränsad betydelse.

Utifrån de EU-rättsliga källorna är det avgörande att ledning och kontroll utövas av kundföretaget samt att syftet med anställningsavtalet vid ingående, såväl som vid varje uthyrning, är att personen ska hyras ut till ett kundföretag för arbete under kundföretagets ledning och kontroll.

9.2 Genomförandet av bemanningsdirektivet i Sverige

Den svenska lagstiftningen om bemanningsarbete utgår från ett antagande om att bemanningsdirektivet inte omfattar ”entreprenadverksamhet” (och inte heller rekrytering eller inlåning) och ”att uthyrningslagen endast bör omfatta uthyrning av arbetstagare från bemanningsföretag till kundföretag”.²³ Lagstiftaren framhöll ”att det i många fall i praktiken kan vara förenat med svårigheter att avgöra om en verksamhet sker i entreprenadform eller om det är fråga om uthyrning av arbetstagare”.²⁴ I utredningsbetänkandet framhålls att bemanningsdirektivets regler endast är tillämpliga på uthyrning av arbetstagare och

”att det ofta inte är helt lätt att avgöra om en verksamhet sker i entreprenadform eller om det är fråga om uthyrning av arbetskraft och att en bedömning av relevanta omständigheter måste ske i varje enskilt fall.”²⁵

²³ Prop. 2011/12:178, s. 27 f, jfr s. 99.

²⁶ Prop. 2011/12:178, s. 27 f.

²⁶ Prop. 2011/12:178, s. 27 f.

Lagen om uthyrning av arbetstagare genomför bemanningsdirektivet. Ytterst är det således EU-domstolen som är uttolkare av reglernas innebörd på det harmoniserade området. Inom ramen för det svenska genomförandet av bemanningsdirektivet görs en del uttalanden som är relevanta för frågan om tillämpningsområdet för 12 a § uthyrningslagen.

Som svar på Svenskt Näringslivs remissvar, som hänvisat till EU-rätten och angett ”att gränsdragningen bör göras utifrån om arbetet sker under kundföretagets kontroll och ledning” anför regeringen ”att en bedömning måste göras i varje enskilt fall. Ledning för tolkningen bör kunna hämtas ur praxis men ytterst är det EU-domstolens tolkning av bemanningsdirektivet som avgränsar vad som avses med uthyrning av arbetstagare”.²⁶

I lagstiftningsärendet om bemanningsdirektivet definieras entreprenadverksamhet i termer av att ”ett företag skickar arbetskraft till ett annat företag för att där utföra visst arbete men arbetsledningen fortfarande ligger kvar hos entreprenadföretaget, faller utanför tillämpningsområdet. För att lagen ska vara tillämplig måste nämligen den uthyrda arbetstagaren stå under kundföretagets kontroll och ledning.”²⁷

Utredningsbetänkandet utvecklar dessa resonemang och framhåller också att:

”En särskild variant av entreprenadarbete är s.k. outsourcing som innebär att en viss del av ett företags verksamhet permanent lämnas över till ett annat företag; t.ex. bemanningen av en reception. En variant av outsourcing är s.k. callcenter. I ett callcenter arbetar arbetstagare hos callcenterföretaget med att bemanna andra företags telefonväxlar. Callcenterverksamheten kan placeras på annan plats än där det outsourcande företaget har sin verksamhet. Det blir därför billigare för ett företag att anlita callcenterföretaget än att själv bemanna sin telefonväxel eller sin kundtjänst.

Som framskyftar ovan kan det ibland vara svårt att avgöra vad som är personaluthyrning och vad som är entreprenad [...] Utredaren konstaterar dock att det bara är personaluthyrningsverksamhet som omfattas av bemanningsdirektivet eftersom detta förutsätter att den uthyrde står under kundföretagets arbetsledning. Inga former av entreprenad faller därför under bemanningsdirektivets regler.”²⁸

Det ovanstående innebär att verksamhet som bygger på att personal under längre eller kortare tid inlemmas i ett annat företags verksamhet inte per automatik måste vara bemanningsanställning.

²⁶ Prop. 2011/12:178, s. 27 f.

²⁷ Prop. 2011/12:178, s. 99. Sammalydande i SOU 2011:5, s. 56.

²⁸ SOU 2011:5, s. 56.

I förarbetena framhålls även ett visst *syfte* som en gränsdragande faktor för bemanningsanställning. Lagstiftaren yttrade särskilt att det av ”bemanningsdirektivets ordalydelse framgår att arbetstagaren ska vara anställd i syfte att hyras ut till kundföretag” och att ”För att ett företag ska anses utgöra ett bemanningsföretag måste företaget ha anställt arbetstagare i syfte att hyra ut dessa”. Vidare framhåller regeringen att definitionen av bemanningsföretag bör överensstämma med bemanningsdirektivets definition av begreppet, varvid definitionen bestäms till ”fysisk eller juridisk person som har arbetstagare anställda i syfte att hyra ut dessa till kundföretag för arbete under kundföretagets kontroll och ledning”.²⁹ Av definitionens ordalydelse följer således att syftet med anställningen – d.v.s. *uthyrning av arbetstagare för arbete under kundföretags kontroll och ledning* – är avgörande för om ett företag är ett bemanningsföretag eller inte, och därmed även om uthyrningslagen är tillämplig eller inte. Enligt regelns ordalydelse ska syftet inte enbart vara uthyrning, utan även att arbetet ska utföras under kundföretagets kontroll och ledning.

Som exempel på anställningar som inte omfattas av bemanningsdirektivet lyfts arbetsgivarvarningar samt inlåning av personal fram.³⁰ Utredningsbetänkandet framhåller härvidlag att (vår kursivering)

”När det gäller definitionen av ett bemanningsföretag bör det vidare noteras att som sådant anses *endast ett företag som har till syfte att hyra ut arbetstagare*. Utlåning av arbetstagare företagare emellan faller därför inte under lagen tillämpningsområde.”³¹

För att ett anställningsavtal ska omfattas av uthyrningslagen och bemanningsdirektivet (och att arbetsgivaren är bemanningsföretag och det mottagande företaget är ”kundföretag”), krävs alltså att det vid avtalsslutet ska finnas ett syfte att hyra ut arbetstagaren att stå under ett annat företags kontroll och ledning. Denna omständighet måste utgöra avtalsinnehåll. Dessutom måste det anställande bolagets affärsidé utgöra uthyrning av arbetstagare för att stå under ett annat företags kontroll och ledning.

9.3 EU-domstolen om syftet med anställningsavtalet och uthyrningen

Den 22 juni 2023 dömde EU-domstolen i mål C-427/21 LD *mot ALB FILS Kliniken GmbH*. EU-domstolen gör här ett antal förtydligande uttalanden gällande bemanningsdirektivets tillämpningsområde. Dessa uttalanden gjordes i och för sig i förhållande till en särpräglad situation men är så klara och tydliga att de ger ledning för också den fråga som undersöks i föreliggande rättsutlåtande. EU-domstolen gör följande uttalanden (vår kursivering):

Det framgår av definitionerna av begreppen bemanningsföretag och ”arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag”, i den mening som avses i artikel 3.1 b och c i

²⁹ Prop. 2011/12:178, s. 30 respektive s. 100.

³⁰ Prop. 2011/12:178, s. 57.

³¹ SOU 2011:5, s 215.

[bemanningsdirektivet] att det anställningsavtalet ska ingås eller det anställningsförhållandet ska inledas med en arbetstagare *i syfte att denne ska hyras ut till ett kundföretag*.³²

För att ett anställningsförhållande ska omfattas av tillämpningsområdet för [bemanningsdirektivet] krävs således att en arbetsgivare, *både när det aktuella anställningsavtalet ingås och varje gång en uthyrning faktiskt sker, har för avsikt att temporärt hyra ut den berörda arbetstagaren till ett kundföretag*.³³

Avgörande är således inte enbart syftet vid anställningsavtalets ingående utan också med vilket syfte avtalets ingås mellan de två samarbetande bolagen. Utifrån domen är det klart att det för direktivets såväl som den svenska uthyrningslagens tillämplighet utgör en nödvändig förutsättning att syftet är att den aktuella arbetstagaren ska utföra arbete hos ett kundföretag på sätt som avses bemanningsdirektivet.

9.4 EU-domstolen om gränsdragning mellan konsultuppdrag och bemanningsarbete

Det saknas klagörande domstolspraxis om vad som med tillämpning av bemanningsdirektivet ska anses utgöra ”ledning och kontroll” av arbete. Direktivets definition är EU-autonom; någon hänvisning till nationell rätt görs inte i direktivet. Det är således fråga om ledning och kontroll i EU-rättslig mening. Viss hjälp att förstå innebörden kan hämtas från hur ledning och kontroll ska uppfattas vid bedömning av om någon är arbetstagare i EU-rättslig mening.³⁴ EU-domstolen har exempelvis delvis berört saken i C-232/09 *Danos* där det uttalas att det grundläggande kännetecknet för ett anställningsförhållande är att en person under en viss tid utför arbete åt någon annan och under dennes ledning och kontroll, och att personen får ersättning för detta arbete.³⁵

Ställande av arbetskraft till förfogande utgör en form av utstationering enligt artikel 1.3.c utstationeringsdirektivet.³⁶ Det finns ett antal domar från EU-domstolen som berör denna definition (t.ex. om hur utstationering förhåller sig till krav på arbetstillstånd enligt övergångsreglerna). Domstolen har emellertid också kommit med ett antal klagörande uttalanden av betydelse för bemanningsdirektivet och de där intagna rekvisiten ledning och kontroll.

³² C-427/21 LD mot ALB FILS Kliniken GmbH EU:C:2023:505, p. 41.

³³ C-427/21 LD mot ALB FILS Kliniken GmbH EU:C:2023:505, p. 44.

³⁴ Franzen et.al, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Auflage, 2022, s. 1736.

³⁵ C-232/09 *Danos* EU:C:2010:674, se vidare om det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet Ruth Nielsen, *EU-arbejdsret*, 5 udgave, 2019, s. 256 ff.

³⁶ Artikel 1. Utstationeringsdirektivet har följande lydelse egenskap av företag för uthyrning av arbetskraft eller företag som ställer arbetskraft till förfogande, verkställer utstationering av en arbetstagare till ett användarföretag som är etablerat eller som bedriver verksamhet inom en medlemsstats territorium, om det finns ett anställningsförhållande mellan företaget för uthyrning av arbetskraft eller det företag som ställer arbetskraft till förfogande och arbetstagaren under utstationeringstiden.”

I domen C-307/09–C-309/09 *Vicoplus* slog EU-domstolen fast att utstationering i form av ställande av arbetskraft till förfogande kännetecknas av tre kriterier: För det första ska det röra sig om en tjänst som utförs mot ersättning, för vilken arbetstagaren förblir anställd i det tillhandahållande företaget utan att det ingås något anställningsavtal med användarföretaget. För det andra kännetecknas detta ”ställande till förfogande” av att arbetstagarens förflyttning till värdmedlemsstaten utgör själva föremålet för företagets tillhandahållande av tjänster. För det tredje ska en arbetstagare för att anses ha ställts till förfogande utföra sina arbetsuppgifter under användarföretagets kontroll och ledning.³⁷

EU-domstolen har därefter i en dom om utstationering utvecklat vad som avses med just kontroll och ledning. I C-586/13 *Martin Meat* gör EU-domstolen följande uttalanden (vår kursivering):

”[...] finner domstolen att en åtskillnad måste göras mellan, å ena sidan, den kontroll och den ledning som utövas mot själva arbetstagarna och, å andra sidan, den kontroll som en kund gör av att ett tjänsteavtal har fullgjorts på ett vederbörligt sätt. Det är nämligen brukligt att en kund, vid ett tillhandahållande av tjänster, kontrollerar att den utförda tjänsten är avtalsenlig. *Dessutom är det vid ett tillhandahållande av tjänster möjligt att en kund ger vissa allmänna instruktioner till de av tjänsteleverantören anställda arbetstagarna utan att det innebär att en behörighet att leda eller kontrollera utövas över dessa arbetstagare i den mening som avses i det tredje villkoret i domen *Vicoplus m.fl.* (C-307/09–C-309/09, EU:C:2011:64, punkt 51), under förutsättning att tjänsteleverantören ger dem de exakta och individuella instruktioner som vederbörande anser vara nödvändiga för utförandet av de aktuella tjänsterna.*”³⁸

Avslutningsvis slår EU-domstolen i domslutet fast att:

”I princip utgör bland annat det faktum att tjänsteleverantören får ta konsekvenserna av icke avtalsenligt utförande av den i avtalet angivna tjänsten, samt den omständigheten att tjänsteleverantören själv får avgöra hur många arbetstagare som behöver skickas till värdmedlemsstaten, indikationer på att en sådan förflyttning inte utgör själva föremålet för det aktuella tillhandahållandet av tjänster. Däremot kan den omständigheten att det företag till vilket tillhandahållandet sker kontrollerar att tjänsten utförts på ett avtalsenligt sätt, eller att det kan ge allmänna instruktioner till

³⁷ C-307/09 och 309/09 *Vicoplus* EU:C:2011:64, p. 51.

³⁸ C-586/13 *Martin Meat* EU:C:2015:405, p. 40.

de arbetstagare som är anställda av tjänsteleverantören, inte i sig föranleda slutsatsen att det är fråga om att ställa arbetskraft till förfogande.”³⁹

För att ett anställningsförhållande ska utgöra bemanningsarbete krävs att arbetstagaren hyrs ut för att under kundföretagets ledning och kontroll utföra arbete. EU-domstolens praxis om bemanningsdirektivet har emellertid inte förklarat närmare vad som avses med ledning och kontroll. Det finns därför anledning att hämta ledning från praxis om utstationering genom ställande av arbetskraft till förfogande, såsom redogjorts för ovan.

EU-domstolens praxis ger vid handen att det faktum att ett företag instruerar ett utsändande företags anställda behöver inte innebära att det mottagande företaget utövar kontroll och ledning av arbetstagarna. För att arbete under någon annans kontroll och ledning inte ska utgöra bemanning krävs att tjänsteleverantören står risken (får ta konsekvenserna av) av att den tillhandahållna tjänsten inte är avtalsenlig och/eller att tjänsteleverantören själv bestämmer hur många arbetstagare som behövs tas i anspråk. Att tjänstemottagare kontrollerar att tjänsten utförts på ett avtalsenligt sätt och att denna ger allmänna instruktioner för arbetet medför inte att det ska anses vara fråga om ställande av arbetskraft till förfogande (bemanningsarbete).

I EU-domstolens praxis finns således stöd för att konsultverksamhet skiljer sig från bemanningsarbete och att allt arbete under ett annat företags ledning och kontroll inte utgör bemanningsarbete.

9.5 Slutsats

Tillämpning av de rättsliga utgångspunkter vi identifierat ger följande utfall för konsultarbete. Verksamhet med något av följande upplägg innebär att skyldigheter enligt 12 a § uthyrningslagen inte uppstår för det mottagande företaget:

- Då syftet med anställningsavtalet (i det utsändande företaget) inte var uthyrning för arbete under kunds kontroll och ledning.
- Då syftet med avtalet mellan de samarbetande företagen inte var uthyrning.
- Då det utsändande företaget utövar arbetsledning.
- Då det mottagande företaget ger vissa allmänna instruktioner till det utsändande företags anställda och kontrollerar att tjänsten utförts på ett avtalsenligt sätt.

³⁹ C-586/13 *Martin Meat* EU:C:2015:405, p. 42, domslutets p. 2.

För att ett anställningsförhållande ska omfattas av bemanningsdirektivet och uthyrningslagen, krävs att arbetsgivaren, både vid anställningsavtalets ingående och vid varje uppdragsavtal, har för avsikt att temporärt hyra ut arbetstagaren till ett kundföretag för arbete under dess kontroll och ledning.

10 Särskilt om arbetsgivarens informationsskyldighet vid anställningsavtalets ingående

Syftet med anställningsavtalet skiljer bemanningsarbete (där mottagande företag är kundföretag och får skyldigheter enligt 12 a § uthyrningslagen) och entreprenadarbete (där mottagande företag inte har skyldigheter enligt 12 § uthyrningslagen). Det särskilda syftet att arbetstagaren ska anställas för hyras ut för att arbeta under ett annat företags ledning och kontroll är ett villkor som är av väsentlig betydelse för anställningsförhållandet, och därför ska arbetsgivaren enligt 6 c § 1 st LAS lämna skriftlig information till arbetstagaren om saken.⁴⁰ Dessutom omfattar informationsskyldigheten enligt 6 c § 2 st 1 p. och 2 p. LAS uppgift om ”arbetsplats eller, om det inte finns någon fast eller huvudsaklig arbetsplats, uppgift om att arbetet ska utföras på olika platser”, ”en kort specificering eller beskrivning av arbetstagarens arbetsuppgifter”. Avslutningsvis gäller en särskild regel i 6 c § 2 st 8 p. LAS för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag – då omfattar informationsskyldigheten uppgift om kundföretagens namn och adress. Regeln i det bakomliggande direktivet 2019/1152 artikel 4.2.f lyder: ”För arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, identitet för kundföretag, när och så snart detta är känt.”

Reglerna om informationsskyldighet bör ha som resultat att det för varje arbetstagare ska stå klart om det är fråga om ett anställningsförhållande som omfattas av uthyrningslagen. Om anställningsavtalet inte ingicks i syfte att arbetstagaren ska hyras ut för att arbeta under ett annat företags ledning och kontroll kommer alltså något sådant syfte inte att framgå av den skriftliga information som arbetsgivaren med enligt nämnda bestämmelser ska lämna till arbetstagaren. Informationen har verkan på det bevismässiga planet. Om arbetstagaren i anslutning till lämnandet av informationen inte invänt mot frånvaron av uppgifter om uthyrningssyftet och kundföretags identitet går det ut över arbetstagaren i bevisprövningen i tvisten där arbetstagaren gör gällande att kundföretaget inte uppfyllt sina skyldigheter enligt 12 a § uthyrningslagen. Den arbetstagare som anser sig omfattad av uthyrningslagen, men som inte påtalat frånvaron av uppgifter om uthyrningssyfte, arbetsplats och kundföretag, får en särskilt tung bevisbörda i process mot kundföretaget om dess skyldigheter enligt uthyrningslagen.

⁴⁰ Regeln genomför artikel 4 i direktiv 2019/1152 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen.

11 Förslag om utformningen av anställningsavtal och entreprenad-/konsultavtal

Mot bakgrund av den utredning som redovisas i föreliggande utlåtande lämnar vi två rekommendationer. Se även avsnitt 10 ovan om arbetsgivarens informationsskyldighet enligt 6 c § lagen (1982:80) om anställningsskydd.

I *anställningsavtalen* bör tydliggöras att parterna är överens om

- A) att uthyrningslagen inte är tillämplig på det arbete som ska presteras i anställningsförhållandet samt
- B) att syftet med anställningen inte är att arbetstagaren ska hyras ut till kundföretag för arbete under dess kontroll och ledning.

I *konsultavtalen* (mellan företagen) bör tydliggöras att parterna är överens om

- A) att uthyrningslagen inte är tillämplig på det arbete som ska utföras inom ramen för projektet och
- B) att parterna inte är bemanningsföretag respektive kundföretag.

Dessa avtalsklausuler hindrar i och för sig inte att en skadeståndstalan enligt 14 § uthyrningslagen kan väckas (det kan inga avtalsklausuler göra); lagen är inte dispositiv på det sättet. Detta avtalsinnehåll kan emellertid ha betydelse inom ramen för den fria bevisprövning som sker i skadeståndsprocess.