

Mikael Hansson

Arbetsgivaren, artificiell intelligens och ansvaret

1 Inledning – avstamp i nya frågor

Den juridiska fakulteten har funnits sedan Uppsala universitet grundades 1477, arbetsrätten i nutida mening sedan mitten av 1800-talet ungefär. Det är alltså gamla företeelser, som nu ställs inför en så modern företeelse att den knappt finns ännu – artificiell intelligens, eller kort och gott AI. Tanken på att arbetet grundar sig på ett avtal i modern mening härrör från ett ideologiskt skifte i mitten på 1800-talet, då liberalismen ersatte en merkantil rättsordning. Ur det föds den moderna arbetsrätten, som alltså är uppbyggd kring en kontraktsrelation mellan två parter; de som kommit att kallas *arbetstagare* respektive *arbetsgivare*.

Det rättsideologiska skiftet i mitten på 1800-talet som lade grunden för den samtida arbetsrättsliga regleringen har samband med ett tekniskt skifte, ”den industriella revolutionen”. Det är svårt, åtminstone för en jurist, att analysera sin egen samtid i ett skede – epokskiften pekas enklast ut i efterhand. Vi kan dock tänka oss att vi befinner oss i en fjärde industriell revolution, efter ångkraften och mekaniseringen som gav industrisamhället, elektriciteten samt Internet.¹ Kanske kommer framtiden att tala om ”AI-revolutionen”, och tala om den tid som vi kallar nu. Den tanken kan framkalla rädsla för att ersättas, och att vissa arbeten försvin-

¹ Se Bruno Debaensts bidrag i föreliggande volym. Se också till exempel Lundqvist, Ulf, Artificiell Intelligens — rättsordning och rättstillämpning, SvJT 2020 s. 382–405 (s. 384 m.fl.).

ner på grund av teknisk utveckling är i och för sig givet.² En poäng, eller själva poängen, med att ersätta människa med maskin kan vara att maskinen är effektivare och billigare, ett annat (och relaterat) att den inte behöver omfattas av social skyddslagstiftning. Det är dock inte någon långsökt tanke att den "AI-revolution" vi nu beskådar också skall driva fram en rättslig förändring. Tanken på att ett datorprogram, som utför arbete, skall vara en arbetstagare är dock om inte omöjlig så i vart fall onödig. AI behöver inte någon skyddslagstiftning, vare sig man betraktar arbetsrättslig skyddslagstiftning som ett utflöde av rättigheter och rättvisa eller som ett sätt att hindra att arbetskraften används på ett ohållbart sätt av kortsiktiga arbetsgivare. Tvärtom är åtminstone en del av poängen med att teknifiera arbetet att maskiner inte behöver vila, rekreation eller har något intresse av att umgås med kollegor i fikarummet. Frågor om social hållbarhet förlorar aktualitet om arbetet inte utförs av människor, i vart fall såvitt angår själva arbetet (att människor är arbetslösa är inte socialt hållbart, i vart fall inte om inte maskiner kan ta över till den grad att de försörjer alla). I det följande skall blicken istället vändas mot arbetsgivaren. En rädsla för att arbetstillfällen skall tas över av tekniken motsvaras inte av en motsvarande rädsla att tekniken skall ta över arbetsgivarens roll. I en framtidspaning kan det ändå vara värt att ställa frågan, och frågan om arbetsgivarens identitet kan säga något om arbetsrättens identitet. Arbetsgivaren är, liksom arbetstagaren, ett rättsligt koncept. Undersökningen handlar om möjligheterna och begränsningarna i det rättsliga konceptet, samtidigt som den försöker undvika (om det är möjligt) att jaga bekräftelse på vår samtida förförståelse.³ Studien görs i två delar – först diskuteras möjligheterna i arbetsgivarbegreppet förstått som

² Framtidsblickande samtidsskildringar med avstamp i teknisk utveckling finns det gott om, särskilt utanför den juridiska litteraturen; Bech, Ulrich, Risksamhället. På väg mot en annan modernitet, Daidalos 1986 behandlar industrisamhällets övergång till ett risk-samhälle där rädsla för till exempel miljökatastrofer till följd av industrisamhället styr utvecklingen mot en (åtminstone delvis) ny era; Castells, Manuel, Informationsåldern. Ekonomi, samhälle och kultur beskriver industrisamhällets övergång till en ny epok i tre band (Nätverkssamhällets framväxt, 2 uppl. 2020, Identitetens makt 1998, Millenniets slut 2020), Daidalos; Susskind, Richard och Susskind, Daniel, Professionernas framtid. Hur teknologin kommer att förändra experters arbete, Daidalos 2017 diskuterar kunskapsbranschernas och dess framtid; Paulsen, Roland, Arbetssamhället. Hur arbetet överlevde teknologin, Atlas 2010 skriver om att människor trots teknologins framsteg och övertagande av vissa arbetsuppgifter arbetar mer än någonsin. Till exempel.

³ Stenlund, Karolina, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten, Iustus 2021 s. 56.

en invertering av arbetstagarbegreppet, därefter görs nedslag i tre rättsfall som handlar om ansvar för diskriminering.

2 Arbetsgivarens identitet – ”arbetsgivarbegreppet”

Arbetsrättsliga reglers tillämplighet avgörs av det så kallade *arbetstagarbegreppet*. Att tala om ett begrepp som rättsfaktum på det sätt som det etablerade språkbruket gör är nog lite oegentligt, men alla vet att fråga är om tillämpligheten av ett visst rekvisit i en viss regel; 1 § semesterlagen (1977:480), 1 kap. 2 § arbetsmiljölagen (1977:1160), 1 § lagen (1982:80) om anställningsskydd, 1 § arbetstidslagen (1982:673), 1 § lag (1994:260) om offentlig anställning, 1 § lag (2012:854) om utthyrning av arbetstagare, och så vidare. Vissa lagar innehåller också en utvidgning av tillämpningen, till exempel 6 kap. 5 § skadeståndslagen (1972:207) och 1 § 2 st. lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (medbestämmandelagen), men utvidgningen utgår då från, och bekräftar därmed, det civilrättsliga arbetstagarbegreppet.⁴ Det finns en omfattande praxis och en omfattande litteratur som tar sikte på *arbetstagarens* identitet.⁵ Frågan avgörs genom ett antal kriterier, varav ett antal betraktas som grundläggande rekvisit; arbetstagaren är en *fysisk person*, som utför *arbete*, för *annans räkning*, på grund av *avtal*. Därutöver brukar ett antal bedömningskriterier tillämpas, som kan vara mer eller mindre relevanta i det enskilda fallet beroende på arbetets karaktär. Medan ”rekvisiten” måste föreligga ligger bedömningskriterierna till grund för en helhetsbedömning. Bedömningen siktar på att avgöra om en viss person (som alltså måste vara en fysisk person) är arbetstagare (det vill säga uppfyller det

⁴ Svante Bergström skiljer på allmänna skillnader mellan olika arbetstagarbegrepp såsom ett socialt och ett civilrättsligt arbetstagarbegrepp (skillnader som inte framgår uttryckligt i lagarna), och speciella skillnader mellan enstaka lagars arbetstagarbegrepp (skillnader som framgår av speciella bestämmelser i respektive lag), Bergström, Svante, Kollektivavtalslagen. Studier över dess huvudprinciper, Uppsala 1948 s. 33.

⁵ Se Selberg, Niklas, Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer. En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö. Juridiska fakulteten, Lunds universitet 2017 s. 27 ff. Som den första utvecklade studien anför Adlercreutz, Axel, Arbetstagarbegreppet, P.A. Norstedt & söners förlag 1964. Adlercreutz (s. 13) hänvisar i sin tur till den schematiska uppställningen i Bergström, Kollektivavtalslagen s. 39 f.

rekvisitet i den återopade regeln) eller något annat (den regel som då inte kan tillämpas bryr sig inte om vad). Arbetstagaren utför arbete under arbetsgivarens ledning och kontroll, medan uppdragstagaren själv planerar och kontrollerar arbetet. Arbetstagaren står inte själv för material, verktyg och liknande, medan uppdragstagaren använder egna verktyg. Arbetstagaren får ersättning för utlägg, medan uppdragstagaren räknar in det i priset för tjänsten. Arbetstagaren får ersättning ("lön") baserad på arbetad tid snarare än efter prestation, medan uppdragstagaren får ersättning efter utfört arbete. Arbetstagarförhållandet är som utgångspunkt varaktigt (anställningsavtal anses *in dubio* ingångna på obestämd tid, se 4 § lagen om anställningsskydd), medan det idealtypiska uppdragsförhållandet gäller en viss prestation eller ett visst uppdrag. Arbetstagaren kan inte sätta någon annan i sitt ställe, medan uppdragstagarens prestation är knuten till resultatet snarare än vem som utför den. Arbetstagaren är en del av arbetsgivarens organisation, medan uppdragstagaren är självständig i förhållande till denna. Och så vidare.

Bedömningen är alltså inriktad på arbetstagaren, medan arbetsgivaren kort och gott brukar definieras som arbetstagarens motpart i kontraktet.⁶ Definitionen av om någon är arbetsgivare eller uppdragsgivare (eller vilken beteckningen nu är) följer alltså av definitionen av motparten. Frågans orientering har att göra med att det arbetsrättsliga regelverket är en skyddslagstiftning som ger arbetstagaren rättigheter gentemot arbetsgivaren, och det är svårt att se fallet då den arbetspresterande parten har intresse av att i motsats till motparten hävda att hen inte är arbetstagare utan uppdragstagare. Däremot kan tänkas att arbetstagaren har intresse av att en viss person är arbetsgivare och inte en annan, det vill säga vem av två eller flera möjliga subjekt som är arbetsgivare. Det är enligt Källström och Malmberg den vanligaste frågan när man talar om arbetsgivarbegreppet. De andra frågorna är för vem arbetsgivaren ansvarar (principalansvar) och begränsningar i arbetsgivarens skyldigheter i olika avseenden (till exempel omplaceringsskyldighetens omfattning enligt 7 § 2 st. lagen om anställningsskydd, som begränsar omplaceringsskyldigheten till att arbetsgivaren

⁶ Jfr Selberg, Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer s. 47 ff. Se också till exempel Källström, Kent och Malmberg, Jonas, Anställningsförhållandet, 4 uppl. Iustus 2016 s. 40; Glavå, Mats och Hansson, Mikael, Arbetsrätt, 4 uppl. Studentlitteratur 2020 s. 87.

är skyldig att bereda annat arbete *hos sig*).⁷ Ingen av de tre situationerna rymmer dock frågan om det finns en arbetsgivare i och för sig.

Eftersom arbetsgivaren är motparten till arbetstagaren skulle arbetsgivarbegreppet kunna formuleras genom en spegling av de kriterier som definierar arbetstagaren. Arbetsgivaren behöver inte vara en *fysisk person*, tvärtom är det vanligt att arbetsgivaren är en juridisk person. Vilka krav som ställs på en juridisk person är ett problem som arbetsrätten inte brukar göra till sitt. Det grundläggande kravet på att arbetstagaren skall vara en fysisk person brukar ta sikte på att juridiska personer (det vill säga föreningar, bolag, stiftelser och så vidare) inte kan uppträda som arbetstagarpart i ett anställningsavtal. Om det skall förstås som ett positivt krav på arbetsgivaren (arbetsgivaren måste vara en fysisk *eller* juridisk person) kan inte den som inte kan uppnå rättskapacitet som fysisk eller juridisk person vara part i ett anställningsavtal. Ställs frågan om AI eller någon annan process kan bära förpliktelser i ett anställningsavtal, förflyttar sig bedömningen till den associationsrättsliga frågan om processen kan bilda eller ingå i bolag. Om kravet istället skall förstås negativt (arbetsgivaren behöver inte ha en viss rättspersonlighet) förflyttar spörsmålet sig till den avtalsrättsliga frågan om AI kan ingå avtal. I båda fallen har frågan med *rättskapacitet* att göra. Svaret är antagligen nekande, men den indelning i rättsområden som arbetstagarbegreppet (och därmed arbetsgivarbegreppet) är en del av får till följd att synfältet begränsas. Arbetsrätten har inte svaret – och utesluter alltså inte ansvar enligt arbetsrättsliga regler för AI.

Det leder in på ett annat grundläggande krav, nämligen att arbetet skall utföras på grund av *avtal*. Om det kravet förstås positivt utgår det från att såväl arbetsgivare och arbetstagare måste vara avtalsparter, alltså att de kan tillskrivas rättskapacitet. Om kravet istället förstås negativt handlar det dock om att skära bort visst typ av arbete från arbetsrätten och de arbetsrättsliga reglerna, till exempel arbete som är en del av utbildning, arbete till följd av värnplikt eller inom ramen för kriminalvård. Grunden är då inte "frivillighet" på det sätt som förutsätts till följd av avtal, utan till följd av ett visst (och annan form av, ett offentlighetsrättsligt) tvång. Med den förståelsen är dock inte avtalet i sig avgörande, utan poängen är att avskära vissa företeelser från vissa regler. Det utesluter dock inte att en relation faller under arbetstagarbegreppet, även om den ena

⁷ Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 40 ff. Se också Adlercreutz, Arbetsgivarbegreppet s. 162 ff.

parten inte har rättskapacitet som avtalspart. Inte heller det utesluter i så fall ansvar enligt arbetsrättsliga regler för AI.

För att den arbetspresterande parten skall vara arbetstagare krävs att arbetet utförs för *annans räkning*.⁸ En fråga kan då vara om den som mottar prestationen därmed är arbetsgivare, eller om kravet tar sikte på att någon annan än den arbetspresterande tillgodogör sig arbetets värde. I bemanningsarbete ligger det i själva konstruktionen att arbetet utförs hos någon annan än den som är arbetsgivare i kontraktuell mening.⁹ I lagen om uthyrning av arbetstagare används dock inte begreppet arbetsgivare, utan den som har arbetsgivarskyldigheterna är ett "bemanningsföretag" (1 och 5 §§). Skall kravet på att arbete skall utföras för annans räkning förstås positivt så att den som kan tillgodogöra sig värdet av arbete är arbetsgivare anknyter det till den ovan berörda förutsättningen att motparten till arbetstagaren måste ha rättskapacitet. Om kravet däremot förstås negativt, så att det utesluter att reglerna tillämpas när den som utför arbetet själv är den som drar nytta av det är det snarare en förlängning av kravet på avtal. Negativt förstått blir dock innebörden inte att det måste finnas ett rättsligt giltigt avtal enligt avtalsrättsliga regler, utan att arbetet skall utföras i en relation med någon annan. Poängen med ett negativt kriterium för arbetsgivarbegreppet i det avseendet blir att den som utför arbete för egen räkning inte behöver följa arbetsmiljö- eller arbetstidsregler och inte ge sig själv semester. Det spelar dock i så fall ingen avgörande roll vem någon annan är eller dennes rättsliga status, och ansvar enligt arbetsrättsliga regler utesluts inte.

Vidare brukar, som framgått, den rättsliga bedömningen av arbetstagarbegreppet göras utifrån ett antal bedömningskriterier.¹⁰ Ett centralt sådant är att arbetsgivaren utövar ledning och kontroll över arbetet. Sådana ledningsfunktioner kan säkert utföras av AI; fördela körningar

⁸ Adlercreutz behandlar i Arbetstagarbegreppet frågan om arbetet utförs av annan under rubriken *Vem är att anse som arbetsgivare? Mellanmanssituationen m.m.* Jämfört med de AI-tillämpningar som är föremålet för den föreliggande volymen är tiderna i Adlercreutz undersökning andra – skogskörare återkommer (se till exempel s. 178, s. 185, s. 464 och s. 467) och betskötsel förekommer (s. 210).

⁹ Bemanningsarbete blev tillåtet på den svenska arbetsmarknaden 1992, varför äldre studier om arbetstagarbegreppet inte gör sig det problemet. Se Berg, Annika, Bemanningsarbete, flexibilitet och likabehandling. En studie av svensk rätt och kollektivavtalsreglering med komparativa inslag, Juristförlaget i Lund s. 15 ff. och s. 106 ff.

¹⁰ Se ovan och till exempel sammanställningar i Källström och Malmberg, Anställningsförhållandet s. 26 f. och Glavå och Hansson, Arbetsrätt s. 84.

smart, övervaka produktion och så vidare. Inriktas bedömningen på det faktiska förhållandet, med bortseende från arbetsgivarpartens rättskapacitet finns inget som hindrar att det kriteriet pekar på AI eller något annat som arbetsgivare. Andra bedömningskriterier har ingen tydlig bäring på parternas identitet eller rättsliga status; om maskiner och arbetsmaterial tillhandahålls av den som utför arbetet (vilket talar mot ett arbetstagarförhållande) eller av den som tillgodogör sig det, om den som utför arbete får ersättning för utlägg (vilket talar för ett arbetstagarförhållande eller inte) eller inte. Åter andra bedömningskriterier, såsom om relationen är varaktig eller om den arbetspresterande är beroende av en motpart knyts mer eller mindre uttryckligt till avtalsförhållandet. Det finns dock i och för sig ingen logiskt nödvändig koppling till ett avtalsförhållande där arbetsgivarparten har en viss rättslig status. Bedömningskriterierna är utmejslade genom ett drygt sekels rättspraxis och sammanställda i rättsvetenskapen – allt med ett avtalsförhållande mellan en fysisk person och en juridisk (eller fysisk) person för ögonen. Förekomsten av AI eller digitala processer har inte varit i blickfånget, men att utifrån det dra slutsatsen att reglerna skulle utesluta sådana företeelser låter sig inte göras – och det finns inte heller någon anledning att utforma regler för att utesluta något som inte finns.

3 ”Arbetsgivarens” ansvar – tre nedslag

I det följande skall tre fall beröras, som handlar om arbetsgivarens identitet. Eller rättare, i två av tre fall en *presumtiv* arbetsgivares ansvar eftersom de handlar om personer som av olika skäl sorterats bort från anställningsprocesser. Om fallen skall sättas in i den systematik för arbetsgivarbegreppet som presenteras av Källström och Malmberg sorteras de in under den andra kategorin, det vill säga frågan om för vilket handlande en arbetsgivare ansvarar (se ovan vid not 7). Ovan var frågan om arbetsgivare kan göras ansvariga som sådana, i de nedan diskuterade fallen är frågan om arbetsgivaren kan undgå ansvar. Inget av fallen rör AI eller automatiserade processer i och för sig, utan frågan är vilket ansvar eller vilka möjligheter att freda sig från ansvar en arbetsgivare har.

AD 2007 nr 45 – Laika film

Det finns, som sagt, ganska lite praxis som behandlar arbetsgivarbegreppet. Från den tiden då den äldre diskrimineringslagstiftningen, som er-

sattes av diskrimineringslagen (2009:567), märks AD 2007 nr 45. Diskrimineringslagen syftade till att samla de diskrimineringsförbud som var spridda på olika lagar. Genom diskrimineringslagen slogs sju civilrättsliga lagar ihop till en, samtidigt som fyra ombudsmän förenades i en. Diskrimineringslagen syftade också till att genomföra ett antal direktiv på diskrimineringsområdet (se nedan om det så kallade arbetslivsdirektivet). I delar där diskrimineringsförbud grundade i EU-lagstiftning fördes över från de äldre lagarna till diskrimineringslagen är äldre rättspraxis alltså relevant.

AD 2007 nr 45 rörde frågan om ansvar för direkt diskriminering enligt dåvarande lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. En arbetstagare i underordnad ställning hade sorterat bort en ansökan på grund av att den innehöll många stavfel, och meddelat sökanden att de sökte någon som behärskade svenska. Såvitt var visat i målet hade arbetstagaren handlat på eget initiativ, bolagets behöriga företrädare hade inte instruerat arbetstagaren att sortera bort någon ansökan och de kände inte heller till tilltaget. Att förfarandet i och för sig utgjorde direkt diskriminering stod klart (svarandebolaget vitsordade att meddelandet var diskriminerande), däremot stod det inte klart om arbetsgivaren skulle ansvara för diskrimineringen. Frågan hängs upp på rekvisitet *arbetsgivare* i 10 § 1999 års lag.¹¹ Den lagens konstruktion av diskrimineringsförbuden var väsentligen densamma som i diskrimineringslagen; i 8–9 b §§ definierades diskriminering i form av direkt diskriminering, indirekt diskriminering, trakasserier samt instruktioner att diskriminera, och i 10 § angavs när det var förbjudet att diskriminera. Såvitt relevant i målet löd 10 §: Förbuden i 8–9 b §§ gäller när arbetsgivaren 1. beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet.

I domskälen läggs fokus på frågan om förbudet är tillämpligt. Det är samtidigt en fokusförskjutning från frågan om arbetsgivaren, det vill säga svarandebolaget, skall ansvara för den i och för sig diskriminerande handlingen, till frågan om "arbetsgivarbegreppet". Glidningen är alltså densamma som den inledningsvis berörda, att "arbetsgivarbegreppet" är

¹¹ I fråga om innehållet i det rekvisitet motsvarar de då gällande reglerna den nu gällande diskrimineringslagen, se Hellborg, Sabina, Diskrimineringsansvar. En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering, Iustus 2018 s. 140 not 512.

en tillämpning av rekvisitet "arbetsgivare" i en viss bestämmelse. Den innebär dock att frågan inte ställs "skall förbudet mot diskriminering tillämpas och skadestånd utdömas?" (vilket vore att svara på karendens yrkande) utan så att den gäller innehållet i arbetsgivarbegreppet. Frågan blir om arbetsgivaren är arbetsgivare i relevant mening och att bolaget därför skall ansvara för den i och för sig konstaterade diskrimineringen (vilket snarare svarar på en inte förd fastställsetalan). Svaret söks i förarbetena, och i 22 § jämställdhetslagen. Resonemangen i AD 2007 nr 45 hämtas från AD 2007 nr 16 som också rörde frågan om en arbetsgivares ansvar för andras handlande, men i det fallet för fackliga företrädares diskriminerande yttranden under en anställningsintervju (det kan noteras att Arbetsdomstolens ordförande och sekreterare var desamma i de båda målen, som avgjordes med tre månaders mellanrum). I 22 § jämställdhetslagen, som innehöll ett repressalieförbud motsvarande 2 kap. 18 § diskrimineringslagen, fanns vad som av Arbetsdomstolen uppfattades som en precisering av arbetsgivarbegreppet: Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall vid tillämpning av första och andra styckena likställas med arbetsgivare (samma "precisering" finns där, liksom i 2 kap. 1 § diskrimineringslagen som motsvarar 10 § i 1999 års lag). Efter att ha konstaterat att en sådan precisering saknades i den tillämpliga lagen och att det i andra regler som ålade "arbetsgivaren" ett ansvar (lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering (som också upphävdes med införandet av diskrimineringslagen)) fanns ett uttryckligt principalansvar landade Arbetsdomstolen i att det saknades utrymme för att ge begreppet arbetsgivaren någon annan innebörd än vad som följer av annan arbetsrättslig lagstiftning, och att det alltså saknades utrymme enligt lagen för en mera vidsträckt tillämpning av arbetsgivarens ansvar.

Jonas Malmberg har kritiserat domskälen (med instämmande av Susanne Fransson och Eberhard Stüber), på den grunden att det inte är förenligt med EU-rätten att generellt undanta handlingar av arbetsgivaren från ansvar för diskriminering (se vidare nedan).¹² Här skall dock en annan fråga belysas. Glidningen i Arbetsdomstolens domskäl är inte bara en glidning från rekvisit till begrepp utan också från en syn på reglernas

¹² Malmberg, Jonas, Diskriminering och principalansvar, i Ahlberg, Kerstin (red.) Vänbok till Ronnie Eklund, Iustus 2010 s. 397–417 s. 411; Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard, Diskrimineringslagen. En kommentar, 3 uppl. Norstedts Juridik 2021 s. 157. Se också Hellborg, Diskrimineringsansvar s. 142 f.

ändamål till en annan. Med en civilrättslig logik, till vilka diskrimineringsförbuden i arbetslivet brukar hänföras,¹³ vore reglernas ändamål att fördela risken för den skada diskrimineringen inneburit, inklusive kränkningen. Rättsmedlet för att sanktionera överträdelse var också skadestånd. I diskrimineringslagen har skadeståndet bytts mot diskrimineringsersättning, vilket innehåller ett större mått av straff.¹⁴ Civilrätten fördelar risker mellan olika subjekt med olika intressen, medan *skuld* placeras på ett utpekat subjekt av straffrättsliga regler.¹⁵ Om skuld skall åläggas följer det av legalitetsprincipen att tillämpningen skall vara snäv och att skuld inte skall åläggas utöver vad regeln tydligt anger. Det följer också att en person inte skall åläggas skuld för någon annans handlande med mindre att det klart framgår att det finns ett ansvar för dennes handlande. Begränsningen gäller så länge det mellankommande handlandet är en människas – om en automatiserad, icke-mänsklig, process skulle sortera ut ansökningar skulle det rimligen inte komma på fråga att fria den arbetsgivare som implementerat processen från ansvar för diskriminering på den grunden att diskrimineringen inte kunde tillräknas denne (frågan om köprättsligt ansvar för den som levererat systemet är en annan). Att processen skulle kunna sägas agera på eget bevåg gör därvid ingen skillnad – skulden, och därmed det rättsliga ansvaret, bärs av en människa. Där det saknas utrymme för att utsträcka ett begrepp så att ansvaret för en människas skuld bärs av någon annan, skulle det saknas utrymme för att undanta en människas ansvar för en automatiserad process.

¹³ Se till exempel prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s. 1 och s. 80.

¹⁴ Se särskilt Hellborg, Diskrimineringsansvar s. 344 ff. Hellborg visar att frågan om skadestånd eller straff bara kan upprätthållas i vissa situationer och att nyanserna snarare finns i att diskrimineringsersättningen är både och (s. 377), men här får den grovaxade uppdelningen tjäna som retorisk figur (till mitt försvar underkänner inte Hellborg distinktionen som sådan).

¹⁵ Se Andersson, Håkan, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok I, Iustus 2013 s. 61 ff.; Asp, Petter, Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils, Kriminalrättens grunder, 2 uppl. Iustus 2013 (omtryckt 2020) s. 58 f. och s. 269 ff.; Asp, Petter och Ulväng, Magnus, Straffrätt. En kortfattad översikt, 2 uppl. Iustus 2019 s. 47. Se också Fridström-Montoya, Thérèse, Homo juridicus. Den kapabla människan i rätten, Iustus 2017 s. 89 ff.

AD 2013 nr 5 – Middag för alla, utom...

I AD 2013 nr 5 var frågan om arbetsgivaren gjort sig skyldig till föreningsrättskränkning. Föreningsrätten är på sätt och vis den mest grundläggande rättigheten för framförallt arbetstagersidans organisering, med första tydliga uttryck i den så kallade decemberkompromissen av 1906. Då slog de ganska nybildade organisationerna Svenska Arbetsgivarföreningen (SAF, numera Svenskt Näringsliv) och Landsorganisationen (LO) i avtal fast att föreningsrätten å ömse sidor skulle lämnas okränkta. Även om rättigheterna alltså riktar sig till båda sidor i det arbetsrättsliga avtalsförhållandet är det arbetarnas intresse av att sluta sig samman i fackföreningar som motiverar föreningsrätten. Den fackliga föreningsrätten har sedan lagfästs, nu i 7–9 §§ medbestämmandelagen. Med föreningsrätt avses enligt 7 § medbestämmandelagen rätt för arbetsgivare och arbetstagarare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas. En kränkning av föreningsrätten föreligger enligt 8 § medbestämmandelagen om någon på arbetsgivar- eller arbetstagersidan vidtager åtgärd till skada för någon på andra sidan för att denne har utnyttjat sin föreningsrätt ("repressaliefallet") eller om någon på ena sidan vidtager åtgärd mot någon på andra sidan i syfte att förmå denne att icke utnyttja sin föreningsrätt ("hindrandefallet"). Den fackliga föreningsrätten avskiljs från den allmänna friheten att sluta sig samman i föreningar genom sin placering i medbestämmandelagen, som gäller förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagarare (se 1 § medbestämmandelagen).¹⁶ I Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) är den fackliga föreningsrätten en del av den föreningsfriheten enligt art. 11, men det förtydligandet att den gäller också rätten att sluta sig samman i fackföreningar. Föreningsrätten enligt medbestämmandelagen gäller relationen mellan arbetsgivar- och arbetstagersidan (inte motsättningar inom respektive sida), och reglerna slår till när en åtgärd utförs av någon. Ofta rör tvisterna i rättspraxis vad

¹⁶ Prop. 1975/76:105 Bilaga 1 Lag om medbestämmande i arbetslivet s. 26.

som är en åtgärd eller vilket syfte den åtgärden har haft,¹⁷ men här skall intresset istället riktas mot vem som är "någon".¹⁸

Ordalydelsen i 8 § medbestämmandelagen ger i det avseendet inte mer än att en kränkning av föreningsrätten föreligger när någon vidtager en åtgärd, och att denna någon skall befinna sig på ena sidan i relationen arbetsgivare och arbetstagare. "Någon" behöver inte vara en fysisk person, utan är nog oftast en juridisk person i form av ett bolag eller annan association på arbetsgivarsidan eller en arbetstagarorganisation på arbetstagsidan (arbetstagarorganisationer antas regelmässigt vara ideella organisationer). Den som vidtar åtgärden förutsätts dock ha rättskapacitet eftersom följden av ett brott mot föreningsrätten kan sanktioneras med skadestånd (54–55 §§ medbestämmandelagen). Om den som påstås ha kränkt föreningsrätten, som arbetsgivaren i AD 2013 nr 5, är en juridisk person räcker det inte med att den föreningsrättshandlingen utförs på arbetsgivarens sida. Den måste också enligt Arbetsdomstolens rättspraxis kunna knytas till arbetsgivaren i snävare mening, till en behörig företrädare. Också underlåtenhet att göra något som skulle ha gjorts kan vara en åtgärd. I AD 2013 nr 5 är den föreningsrättskränkande åtgärden att medlemmar i en viss fackförening utesluts från en middag bekostad av arbetsgivaren, på grund av sitt medlemskap – enligt ett anslag som sattes upp i arbetsgivarens lokaler gällde inbjudan "för alla utom de som är fackligt anslutna till if metall." Såsom inbjudan var formulerad var den alltså utan tvekan direkt diskriminerande mot medlemmarna i en viss fackförening. Problemet var att det inte var bolagets VD eller någon annan behörig företrädare som satt upp inbjudan, utan en anställd som tagit initiativ till middagen. Det hade varit en tid med mycket arbete, och såvitt den anställde kände till hade IF Metalls medlemmar redan bjudits på middag av sin fackförening, bekostad av ett skadestånd föreningen fått av bolaget. Det föreningsrättskränkande uppsåtet finns alltså hos den anställde. Facket gjorde gällande att den anställde var arbetsledare, vilket bolaget förnekade. Arbetsdomstolen fann inte visat att den anställdes ställning var sådan att han kunde anses företräda bolaget. Att den anställdes uppfattningar om hur produktionen skulle bedrivas

¹⁷ Se Malmberg, Jonas, Björknäs, Hanna, Eriksson, Kurt, Hansson, Mikael, Herzfeld Olsson, Petra och Larsson, Tommy, Medbestämmandelagen. En kommentar Del I, Norstedts Juridik 2018 s. 72 ff. med hänvisningar.

¹⁸ "Någon"-frågan finns också på den utsattes sida, och i diskrimineringslagen. Se Hellborg, Diskrimineringsansvar s. 249 ff.

till följd av dennes erfarenhet och kunskap spelade ingen roll, utan det avgörande är att ha inte var arbetsledare i formell mening. Eftersom de som hade sådan formell ställning inte kände till tilltaget att utesluta de fackliga medlemmarna från inbjudan kunde inte heller den åtgärd som uteslutandet innebar tillräknas arbetsgivaren. Arbetsgivaren dömdes ändå att betala skadestånd, men på grund av åtgärden att betala för middagen sedan det blivit känt för bolaget (det vill säga för dess behöriga företrädare) att medlemmarna i fackföreningen uteslutits.

Skulden måste kunna kopplas till arbetsgivarens person, även om det är en juridisk person. Den kopplingen är formell, i att en åtgärd skall vidtas av någon på ena sidan läggs alltså att denne någon rättsligt skall knytas till sidans rättshandlingsförmåga på ett visst sätt. Skulden måste vara arbetsgivarens. Vore åtgärden att sortera ut de fackliga medlemmarna istället utförd av ett tekniskt system som arbetsgivaren infört kan det knappast tänkas att arbetsgivaren på samma sätt skulle kunna freda sig med en hänvisning till att den föreningsrättskränkande handlingen inte utförts av denne, ännu mindre att den inte utförts på dennes sida.

C-81/12 Asociația Accept

Den svenska tillämpningen av ”någon på arbetsgivar- eller arbetstagar-sidan” är restriktiv på så sätt att de möjligheter att utdöma ansvar som ges av ordalydelsen inte utnyttjas, utan de begränsas av den formella kopplingen till arbetsgivarens identitet. EU-domstolen har givit uttryck för en annan inställning vid tillämpning av det EU-rättsliga likabehandlingsdirektivet som förbjuder diskriminering i arbetslivet diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.¹⁹ Målet C-81/12 *Asociația Accept* rörde situationen att en person som var delägare i en professionell fotbollsklubb och som av media och allmänhet ansågs vara företrädare för klubben offentligt uttalade att klubben inte tänkte anställa en viss fotbollsspelare som påstods vara homosexuell. I uttalandena framgick att det inte spelade någon roll om spelaren ifråga var homosexuell eller inte, utan att det som rapporterats i media om dennes sexuella läggning räckte för att klubben skulle vägra anställa honom. Att uttalandena i och för sig var diskriminerande var utom fråga, och att de skulle omfattas av reglerna om de gjorts av

¹⁹ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet.

en behörig företrädare för klubben. I domen hänvisas till mål C-54/07 *Feryn*, i vilket en företrädare för en arbetsgivare i media uttalat att hans företag inte kunde anställa utländska arbetstagare eftersom företaget då inte skulle få några uppdrag (företaget installerade säkerhetsportar). I *Accept* ställdes frågan om uttalande av någon som inte är behörig företrädare omfattas av regleringen. Efter att ha konstaterat den skillnaden mellan de båda målen (p. 46) hänförde sig EU-domstolen till bevisbörderegeln i diskrimineringsmål (som är densamma som i mål om föreningsrättskränkning enligt medbestämmandelagen). Enligt den regeln är det den som anser sig diskriminerad som har att visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering förekommit (med EU-domstolens formulering), medan den som påstås ha diskriminerat har att visa att diskriminering inte förekommit. Istället för att kräva en formell koppling mellan den som gör uttalandet EU-domstolen att arbetsgivaren inte kan freda sig med avsaknaden av en sådan koppling: ”*Endast* [min kursiv] den omständigheten att sådana uttalanden som de som är i fråga i det nationella målet inte direkt görs av en viss svarandepart utgör inte med nödvändighet hinder för att det, med avseende på den parten, kan anses ha visats att det föreligger ’fakta som ger anledning att anta att det har förekommit ... diskriminering’ i den mening som avses i artikel 10.1 i direktivet” (p. 48) och vidare ”[e]n arbetsgivare som är svarandepart kan således inte motbevisa att det föreligger fakta som ger anledning att anta att arbetsgivarens anställningspolicy är diskriminerande *endast* [min kursiv] genom att göra gällande att de uttalanden som suggererar att det föreligger en homofobisk anställningspolicy har gjorts av en person som, även om vederbörande påstår sig och förefaller ha en betydande ställning i arbetsgivarens verksamhet, juridiskt sett inte har firmateckningsrätt vad gäller anställningar” (p. 49). Jämfört med de ovan diskuterade svenska målen är alltså utgångspunkten den omvända, istället för att som Arbetsdomstolen i de ovan redovisade fallen kräva en formell koppling mellan den som utför den diskriminerande handlingen och den som är ansvarig för diskrimineringen (arbetsgivaren) innebär EU-domstolens tillämpning att arbetsgivaren inte kan freda sig från ansvar genom att hänvisa enbart till frånvaron av en sådan koppling. Bevisningen till stöd för att diskriminering inte förekommit skulle istället kunna vara att den anställningspolicy som faktiskt följs helt saknar samband med diskrimineringsgrunden eller att den klubb som kopplas samman med de diskriminerande uttalandena i media tar avstånd från dem (p. 56 och p. 58).

Det ändamål som skall tillgodoses med tillämpningen är att diskrimineringsförbuden skall ges verkan, vilket skulle kunna äventyras om dess tillämpning skulle begränsas av bundenhet till en formell kontraktsrelation – förbuden, och därmed arbetsgivarens ansvar, kommer alltså att tillämpas *extensivt*.²⁰ I den svenska tillämpningen tillgodoses inte samma ändamål, istället tycks den följa en logik som leder till en restriktiv tillämpning, att ansvar inte åläggs arbetsgivare när diskriminerande handlingar inte kan tillskrivas behöriga företrädare. Ingen av ingångarna gör det dock svårare att bortse från diskriminerande handlingar som följer av en automatiserad behandling. Det kan noteras, även om det inte spelar någon roll för de rättsliga implikationerna, att automatiserade processer för rekrytering inte är immuna mot att ta fördomsfulla eller osakliga hänsyn – tvärtom kan det visa sig, eftersom de riskerar att okritiskt reproducera osaklig särbehandling som genom tidigare särbehandling byggt in i det material som processen utgår ifrån.²¹ Det kan knappast vara i linje med det effektiva genomförandet av diskrimineringsförbuden i EU-rätten att låta arbetsgivare freda sig med hänvisning till automatiserade processer.

4 Avslutning – landning i ett gammalt svar

Rädsla för förlorade arbetstillfällen är ett politiskt problem, som rätten själv är både indifferent i förhållande till och oförmögen att själv lösa. Däremot kan rätten prioritera det konservativa eller omställningen. I sig själv tycks inte de regler som omger ”arbetsgivarbegreppet” och därmed arbetsgivarens identitet utesluta andra rättssubjekt än de invanda fysiska personerna och associationerna i och för sig – om det är meningsfullt att utkräva något ansvar är en annan fråga (se strax nedan). Frågan om ansvar berörs i de tre rättsfallen som diskuteras, där en skillnad märks mellan de svenska rättsfallen från Arbetsdomstolen och fallet från EU-domstolen. I de förstnämnda (AD 2007 nr 45 och AD 2013 nr 5) kommer arbets-

²⁰ Hellborg, Diskrimineringsersättning s. 152 f. Hellborg drar slutsatsen att den svenska rätten inte är oförenlig med EU-rätten, eftersom det finns möjlighet att beakta EU-rätten genom en konform tolkning av 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. Det innebär dock inte att den arbetsrättsliga förståelsen av ”arbetsgivare” och dess koppling till kontraktsrelationen med arbetstagaren inte förtjänar kritik.

²¹ Se Kullmann, Miriam, Discriminating Job Applicants Through Algorithmic Decision-Making (January 1, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3373533> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3373533>, s. 5 och s. 13.

givaren undan ansvar genom att andra personer utför diskriminerande handlingar. Såsom Arbetsdomstolen tillämpar diskrimineringslagen respektive reglerna om föreningsrätt förutsätts en formell koppling, eller att arbetsgivaren kan göras ansvarig enligt regler om principalansvar, principer om *culpa in eligendo, vel instruendo, vel inspiciendo* eller något annat (inget sådant diskuterades i fallen, men här handlar det om reglernas inneboende möjligheter). Det är, mot bakgrund av domen i *C-81/12 Aociatia Accept*, möjligt att rättsläget ändrats. Oavsett tycks ansvaret vara mer omfattande om arbetsgivaren använder sig av AI, eller något annat icke-mänskligt. Det finns då ingen annan att skylla på, och reglerna pekar ut "arbetsgivaren" som ansvarig. Vare sig arbete eller arbetsledning förutsätter dock för sin existens intelligens, vare sig artificiell eller annan. De civilrättsliga reglerna syftar till ansvarsfördelning, men det kan fördelas hur som helst så länge som subjektet kan ha en förmögenhet. Regler som fördelar ekonomiskt ansvar bryr sig dock sällan om ifall den som pekas ut kan betala i och för sig, utan den ekonomiska risken stannar någonstans. De civilrättsliga reglernas grundar sig på en funktionalistisk ideologi.²² Så länge det handlar om att ge rättigheter möter det inga större hinder att ge djur, floder eller datorer status av rättssubjekt,²³ men att ge ansvar är en annan fråga. Det är nog också där hindret för att betrakta AI som en arbetsgivare ligger. Reglerna förutsätter inte bara att någon kan åläggas ekonomiskt ansvar, utan att någon kan åläggas *skuld*.²⁴ Djur, floder, datorer och AI kan inte bära skuld. Skuld förutsätter ett moraliskt ansvar, och därmed mänsklighet.²⁵ Det är inte *artificiell intelligens* som är problemet, utan att *artificiell skuld* inte är möjlig att tillskriva. Skiftet kommer om vi tillskriver AI moral – då är den inte artificiell längre, och problemet upplöses. Till dess lär vi oss mer om rätten och dess gränser genom att läsa en gammal bok som Herman Melvilles *Billy Budd, Sailor* än alla samtida analyser av AI och rätten (inklusive denna, varför det bokitipset kommer lite sent).²⁶

²² Almkvist, Gustaf, Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt. Om straffansvaret i 8 och 10 kap. brottsbalken och dess förhållande till civilrätten, Iustus 2021 kap. 3.3. och s. 146 f.

²³ Fridström-Montoya, Homo juridicus s. 37 f.

²⁴ Den rättsrealistiska ideologin som ligger bakom den civilrättsliga samtida förståelsen av världen döljer det, se Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten s. 105 f.

²⁵ Fridström-Montoya, Homo juridicus s. 74 och s. 80.

²⁶ För tips på fler, och mer samtida, böcker se Anni Carlssons bidrag i denna volym.