

# Ingående av offentlig anställning

## 1. Om ämnet

En anställning ingås genom att ett avtal om anställning träffas mellan parter vilka efter ingåendet av detta avtal benämns arbetsgivare respektive arbetstagarare. Medan arbetstagararen alltid är en fysisk person, kan arbetsgivaren vara en fysisk person lika väl som en juridisk person. Med arbetsgivare avses «företagaren i en särskild funktion»<sup>1</sup> men kan för all del även vara ett offentligt organ i en särskild funktion.

På arbetsgivarsidan träffas inte avtalet nödvändigtvis av arbetsgivaren som sådan, utan i stället ingås anställningsavtalet av en representant för arbetsgivaren, en anställd med sådan behörighet.<sup>2</sup> Avgörande för tillkomsten av en anställning är således inte tillträdet som sådant.<sup>3</sup> Det är nog också det normala scenariot att tillträdet sker vid en senare tidpunkt än den då avtal om anställning träffas.

Den offentliga anställningen, såväl den statliga som den kommunala, regleras som utgångspunkt av den allmänna arbetsrättsliga lagstiftning som gäller för den övriga svenska arbetsmarknaden. Utgångspunkten för anställningsförhållandet är det enskilda civilrättsliga anställningsavtalet mellan den anställda och arbetsgivaren.<sup>4</sup> Den offentliga anställningens särprägel gör sig

---

<sup>1</sup> Adlercreutz, A. & Mulder, B. J., Svensk arbetsrätt, 13 uppl. 2007, s. 223.

<sup>2</sup> Se till exempel AD 1982 nr 83, 1992 nr 47, 2003 nr 105 samt 2007 nr 16 och 46 om arbetsgivarens representation i anställningssituationen.

<sup>3</sup> Se Jakhelln, H., *Oversikt över arbetsretten*, 4. utgåva 2006 s. 221–232, om vad som gäller tiden mellan ingången av anställningsavtalet och tillträdet.

<sup>4</sup> Se till exempel AD 1985 nr 129 och 1992 nr 47, prop. 1993/94:65 En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl. s. 30 och SOU 2004:23 Från verksförordning till myndighetsförordning s. 231 och 249. Jfr Marcusson, L., *Anställning i medborgarnas tjänst*, i Regner, G., Eliasson, M. & Vogel, H.-H., utg., *Festskrift till Hans Ragnemalm 2005* s. 205–216, s. 206.

emellertid fortfarande gällande, och helt och hållet har det inte varit möjligt att undvika speciella lagregler rörande den offentliga anställningen. Främst gäller det anställningen inom den statliga sektorn, medan anställningsförhållanden inom den kommunala sektorn liksom förhållandena inom den privata sektorn i princip regleras genom kollektivavtal. Sålunda finns det i regeringsformen (1974:152), lagen (1994:260) om offentlig anställning (LOA), lagen (1994:261) om fullmaktsanställning, anställningsförordningen (1994:373), myndighetsförordningen (2007:515) samt förordningen (1976:1021) om statliga kollektivavtal, m.m., personalföreträdarförordningen (1987:1101), kommunallagen (1991:900), tjänstledighetsförordningen (1984:111) och brottsbalken (1962:700) särskilda regler som rör den offentliga anställningen. Denna särreglering syftar inte i första hand till att reglera anställningsförhållandet som sådant. Syftet är i stället att tillgodose allmänhetens intressen vid utförandet av offentlig verksamhet.<sup>5</sup>

Förutom en civilrättslig sida har tillkomsten av en offentlig anställning alltså även en offentlighetsrättslig sida, bland annat genom att ingående av anställning är att anse som myndighetsutövning.<sup>6</sup> På anställningsärenden är därför förvaltningslagen (1986:223) tillämplig, se 1 och 3 §§ förvaltningslagen. Ingående av en offentlig anställning skiljer sig vidare – och det kanske har utgjort den största skillnaden – från ingående av en anställning inom den privata sektorn genom att beslut i ärenden om anställning kan överklagas.

Det som skildras i detta hyllningsbidrag till Henning Jakhelln är förhållandet mellan det civilrättsliga och det offentlighetsrättsliga momentet vid ingåendet av en anställning inom den offentliga sektorn.

## 2. Allmänt om ingående av anställning

Ett anställningsförhållande inom såväl den privata som den offentliga sektorn grundar sig alltså på det civilrättsliga avtalet parterna emellan. Avtalsfrihet råder i princip i fråga om att ingå avtal om anställning. Vissa begränsningar finns emellertid. Det är dock inte fråga om något generellt krav på sak-

<sup>5</sup> Se prop. 1993/94:65 En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl. s. 32.

<sup>6</sup> Se prop. 1993/94:65 En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl. s. 43.

lig grund för anställning eller ens något generellt förbud mot att anställa på osakliga grunder.<sup>7</sup> Här märks emellertid genast en skillnad i förhållande till den offentliga sektorn, men mer om det nedan.

Den som vill anställa har alltså en stor frihet att välja vem som ska anställas och hänsyn kan tas såväl till formella meriter som till personliga egenskaper vare sig de är ovidkommande för anställningen som sådan eller inte. Likaså har den som söker anställning frihet att ingå avtal om anställning eller inte. Någon rättighet eller skyldighet för någondera parten att ingå avtal om anställning finns i princip inte. Detta följer av allmänna avtalsrättsliga principer men har i arbetsrätten fått ett uttryck i erkännandet av arbetsgivarens privilegier enligt § 32 i SAF:s stadgar, som bland annat bekräftar arbetsgivarens fria antagningsrätt enligt allmänna civilrättsliga regler.

Generellt gäller att ett anställningsbeslut alltid står fast och den mot vilken ett sådant beslut gått emot kan inte med rättsliga medel kräva att bli anställd eller få anställningsbeslutet upphävt. Att arbetsgivare bryter mot diskrimineringsförbudet på grund av nationalitet enligt artikel 39 EG och följdregleringen, eller att arbetsgivaren gör sig skyldig till föreningsrättskränkning enligt 7 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) eller diskriminering enligt diskrimineringslagen (2008:567)<sup>8</sup>, eller att arbetsgivaren bryter mot företrädesregleringen i 25 § och 25 a § lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS) eller bryter mot förbudet att diskriminera deltidsarbetande och visstidsanställda enligt lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, eller att arbetsgivaren inte övertar arbetstagare efter en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS, medför att rättshandlingen är ogiltig endast i fall av föreningsrättskränkning, i övriga fall kan endast skadestånd utkrävas.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> För en diskussion om krav på antagningsgrunder se Danhard, E., Saklig grund för anställning – inskränkningar i anställningsrätten, Ny Juridik 2001 nr 2 s. 24–64.

<sup>8</sup> Diskrimineringslagen (sic!) ersätter från och med den 1 januari 2009 sju diskrimineringsförbudslagar; se vidare prop. 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering.

<sup>9</sup> Beträffande vägran att överta arbetstagare på grund av verksamhetsövergång enligt 6 b § är en sådan vägran att anse som uppsägning eller avsked som inte utan vidare är verkningslös utan endast angriplig, se AD 1995 nr 60; jfr dock mål 186/83 *Botzen m.fl.*, ECR 1985 s. 519 där EU-domstolen har slagit fast att lagstridiga uppsägningar inte medför att anställningen upphör.

För vägran att följa Arbetsförmedlingens anvisningar enligt 12 § lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder riskerar arbetsgivaren dock tvångsanvisning. Någon skyldighet eller rättighet att träffa avtal om anställning finns fortfarande inte, men en arbetsgivare riskerar att dömas till böter eller fängelse. Person som erbjuds anställning i viss verksamhet och som inte lämnar registerutdrag enligt lagen (2000:873) om registerkontroll av personal inom förskoleverksamhet, skola och skolbarnomsorg, får inte anställas. Vidare ska i vissa fall en säkerhetsprövning göras enligt säkerhets-skyddslagen (1996:627) innan en person anställs. Skulle en person inte bestå en sådan prövning, innebär det dock inte att någon annan i så fall skulle ha rätt till anställningen i fråga.

Den principiella utgångspunkten i avtalsfriheten i samband med anställnings ingående styrks av att 39 § LAS innehåller en regel om att arbetsgivare som efter en felaktig uppsägning eller ett felaktigt avskedande vägrar att följa domstols förklaring om detta kan välja att betala ett normerat skadestånd i stället för att låta arbetstagaren fortsätta sin anställning. Arbetsgivaren kan så att säga köpa sig fri och anställningsförhållandet ska därigenom anses upplöst.

Bilden är emellertid inte så entydig i fråga om att ingå anställning inom den offentliga sektorn som nu antytts. Från dessa grundläggande utgångspunkter finns det i stället betydande undantag rörande den offentliga anställningen i allmänhet och den statliga i synnerhet.

### 3. Anställningsförfarandet

Förfarandet vid anställning inom den offentliga sektorn är inte reglerat i vare sig LAS eller LOA. I stället regleras den frågan i anställningsförordningen (1994:373). Det sägs i 6 § anställningsförordningen att en myndighet som avser att anställa ska informera om detta på lämpligt sätt. Denna regel hänger förstås ihop med idén om att få så lämpliga sökanden som möjligt, eller som det står i bestämmelsen «att de som är intresserade av anställningen kan anmäla det till myndigheten inom en viss tid». Regleringen rör dock inte primärt förhållandet mellan sökande och myndigheten utan i stället allmänhetens berättigade intresse av att få sina intressen tillgodosedda vid utförandet av offentlig verksamhet. Verksamheten måste utföras i en anda av god service

och hög effektivitet för att medborgarna ska kunna lita på att de som utövar myndighetsmakt gör detta opartiskt och självständigt.<sup>10</sup> Följaktligen ska vid tillsättningen avseende «fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet» enligt 11 kap. 9 § regeringsformen och 4 § LOA, och inte alls på de sökandes börd, som gränsdragningen gjordes i 1719 års regeringsform. En statlig myndighet har vidare skyldighet att anmäla en ledig anställning till Arbetsförmedlingen enligt förordningen (1984:819) om statliga platsanmälningar. Dessutom finns särskilda regler i högskoleförordningen (1993:100) i fråga om anställning av lärare vid landets universitet och högskolor.

Innebörden i skyldigheten att informera om ledig anställning är att arbetsgivaren har en möjlighet att forma informationen på det sätt som arbetsgivaren anser passar de egna syftena och situationen bäst. Däremot betyder det inte att arbetsgivaren har rätt att hemlighålla lediga anställningar. Om det finns särskilda skäl behöver myndigheten inte informera om ledig anställning, till exempel om myndigheten avser att anställa en person som omfattas av trygghetsavtalet.

Information om anställningsbeslutet ska lämnas på myndighetens anslagstavla om det inte är fråga om en anställning som understiger sex månader, se 7 § anställningsförordningen. Ett beslut om anställning ska alltså anslås. Tiden för överklagande börjar nämligen enligt 22 § anställningsförordningen löpa från den dag då informationen lämnades på anslagstavlan. Någon skyldighet för myndigheten att underrätta en sökande till en anställning hos den offentliga arbetsgivaren om innehållet i anställningsbeslutet enligt 21 § förvaltningslagen föreligger således inte.

Normalt sett får ett ärende som avser myndighetsutövning inte avgöras utan att berörd underrättas, 17 § förvaltningslagen. Men kommunikationsskyldigheten enligt denna bestämmelse gäller inte anställningsärenden. Inte heller behöver myndigheten motivera sitt anställningsbeslut. Däremot kan sökande enligt 16 § förvaltningslagen självmant vända sig till myndigheten med en begäran om att ta del av det som tillförts ärendet om det avser myndighetsutövning.

Ett beslut om anställning betraktas som myndighetsutövning, det vill säga en tillämpning av en offentligrättslig lag eller annan författning varigenom en

<sup>10</sup> Se vidare prop. 2007/08:1 Budgetpropositionen för 2008. Utgiftsområde 2 s. 30 f. och 44.

offentlighetsrättslig plikt eller rättighet skapas för någon annan.<sup>11</sup> Beslut i anställningsärenden omfattar i princip endast beslut om anställning. Utanför beslut i anställningsärenden faller arbetsledningsbeslut rörande den anställdes anställning och beslut om uppsägning.<sup>12</sup> Över anställningsbeslutet ska det upprättas en handling som bland annat visar beslutets innehåll, 21 § myndighetsförordningen.

Ett myndighetsbeslut är i princip överklagbart i administrativ ordning enligt 22 § förvaltningslagen och 21 § anställningsförordningen, men ett anställningsbeslut kan inte, vare sig beslutet fattas av en privat eller offentlig arbetsgivare, bli föremål för domstolsprövning enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, såvida det inte är fråga om brott mot diskrimineringsförbudsregleringen. Om anställningsbeslutet ska prövas av domstol, får det inte överklagas i administrativ ordning, lagen (1987:439) om inskränkning i rätten att överklaga.

Beslut om anställningsärenden vid statliga myndigheter överklagas från och med ingången av 2008 till Statens överklagandenämnd,<sup>13</sup> med undantag för universitets- och högskoleområdet, där överklagande sker till Överklagandenämnden för högskolan, och anställningsbeslut fattade av riksdagsförvaltningen, Riksbanken, Riksrevisionen och Justitieombudsmannen, där överklagande sker till Riksdagens överklagandenämnd. Överklagande av kommunala beslut sker genom laglighetsprövning enligt kommunallagen.

#### 4. Begränsningar i antagningsrätten (bedömningsgrunder vid anställning)

Det måste genast slås fast att principen om fri anställningsrätt är kraftigt beskurten avseende anställningar inom den offentliga sektorn i det att det uppställs krav på bedömningsgrunder vid anställning. Inom den kommunala sektorn,

---

<sup>11</sup> Se om begreppet myndighetsutövning i arbetsrätten AD 1983 nr 129 och 1986 nr 111. Se i övrigt Strömberg, H. & Lundell, B., *Allmän förvaltningsrätt*, 23 uppl. 2006, och Hellners, T. & Malmqvist, B., *Förvaltningslagen*, 2 uppl. 2007, samt SOU 2004:23 *Från verksförordning till myndighetsförordning* s. 63.

<sup>12</sup> Se prop. 2005/06:56 *En moderniserad rättsprövning m.m.* s. 24.

<sup>13</sup> Se prop. 2007/08:1 *Budgetproposition för 2008. Utgiftsområde 2* s. 53.

som i liten utsträckning regleras på offentligrättslig väg utan i stället regleras som den privata arbetsmarknaden: genom kollektivavtal, gäller dock en objektivitetsprincip. Enligt 1 kap. 9 § regeringsformen ska kommuner och landsting beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saktighet och opartiskhet. Objektivitetsprincipen innebär således att det ställs ett visst krav på saklig grund för anställning. Ett lagbrott i samband med anställning, till exempel en anställning i strid med diskrimineringsförbudslagstiftningen, strider därför mot objektivitetsprincipen. Principen sträcker sig dock längre än så: inga som helst ovidkommande skäl får ligga till grund för anställningsbeslutet och hänsyn till exempelvis gemensamt fritidsintresse eller släktskap får inte tas.

Objektivitetsprincipen gäller även för anställningar inom den statliga sektorn men definieras för denna sektor genom 11 kap. 9 § regeringsformen, och ytterligare genom 4 § LOA, vilka båda föreskriver att avseende ska fästas endast vid sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet. Här finns följaktligen ett uttryckligt krav på saklig grund för anställning. Av sistnämnda bestämmelse framgår att skickligheten ska sättas främst.<sup>14</sup> Med skicklighet avses en persons lämplighet för anställningen ifråga, medan med förtjänst menas den vana som en person har förvärvat genom tidigare sysslor. Uppräkningen är emellertid endast exemplifierande och andra sakliga grunder får beaktas vid anställning. I 4 § anställningsförordningen anges uttryckligen att arbetsgivaren ska beakta (även andra) sakliga grunder som stämmer överens med samhälleliga värderingar och mål. Strävan efter jämställdhet mellan könen på arbetsplatsen, iakttagande av omplaceringsskyldigheten och företrädesrätten enligt LAS kan vara sådan annan saklig grund. Även personliga egenskaper kan anses utgöra saklig grund för anställning.<sup>15</sup>

## 5. Enhetlig reglering i fråga om anställnings tillkomst? Slutord

Allt sedan 1976 års LOA har regleringen av den offentliga anställningen närmast sig och anpassats till regleringen av den privata anställningen. Inför 1994

<sup>14</sup> Jfr även AD 2004 nr 44.

<sup>15</sup> Se vidare till exempel AD 2004 nr 44.

års LOA slogs det fast att även offentliga anställningar vilar på en civilrättslig grund. Gapet mellan den privata och den offentliga regleringen av anställningen minskar successivt. Detta har också varit verksförordningsutredningens utgångspunkt när man föreslog att ta bort möjligheten att överklaga anställningar hos myndigheter,<sup>16</sup> något som dock inte fått fullt genomslag. Som skäl anfördes vidare att de personliga egenskaperna utifrån myndighetens behov var den viktigaste bedömningsgrunden. Det är onekligen ett närmande mellan tillkomsten av anställning inom de olika sektorerna.

Enligt den allmänna arbetsrätten har en person som förbigåtts i ett anställningsärende inte någon rätt till anställningen; det finns inte ens någon generell möjlighet till överprövning. Rättssäkerhetsskäl motiverar emellertid iakttagande av opartiskhet och sakliga skäl för anställning vid tillkomsten av en offentlig anställning.

En arbetssökande hos en statlig myndighet kan överklaga en felaktig tillsättning med stöd av 22 § förvaltningslagen (men inte genom domstolsprövning, 22 a § förvaltningslagen) och på så sätt vara berättigad till anställningen om han eller hon vid en sådan prövning anses som den mest meriterade. Inom den kommunala sektorn kan anställningsbeslutet endast överklagas i enlighet med 10 kap. kommunallagen. Den förbigångne kan alltså överklaga endast om han eller hon är kommuninnevånare, men å andra sidan kan vilken kommuninnevånare som helst överklaga ett anställningsbeslut. Undanröjs ett kommunalt anställningsbeslut innebär det däremot inte i sig att annan har rätt till anställningen. Väljer myndigheten att avbryta ett tillsättningsförfarande kan detta beslut dock inte överklagas, 21 § anställningsförordningen.

Det nu sagda innebär att en sökande till en anställning hos en statlig myndighet som anser sig förbigången på grund av diskriminering kan överklaga tillsättningsbeslutet med stöd av den offentlighetsrättsliga regleringen kan överklaga tillsättningsbeslutet och komma att få anställningen framför den myndigheten utsett, eftersom avseende ju fås vid annat än sakliga grunder. Den här möjligheten att kräva och få anställningen framför annan går ju inte med stöd av den civilrättsliga diskrimineringslagen. Självklart har en förfördelad sökande även möjlighet att åberopa den allmänna arbetsrättsliga regleringen och i domstol få prövat huruvida diskriminering förelegat i ett tillsättningsbeslut om det

<sup>16</sup> SOU 2004:23 Från verksförordning till myndighetsförordning s. 252.



görs antagligt att så varit fallet. En kommuninnevånare som sökt men inte fått anställning i kommunen på grund av diskriminering enligt diskrimineringsförbudsregleringen kan antingen överklaga genom en laglighetsprövning eller i domstol åberopa diskrimineringsförbudslagstiftningen som sådan för att kräva skadestånd.

Ett avtal om anställning är som ovan angetts giltigt som sådant på civilrättslig grund. Det kan innebära att myndigheten vid ett felaktigt tillsättningsförfarande kan bli bunden av mer än ett anställningsavtal, dels gentemot den med vilken avtal ingåtts, dels gentemot den som efter en överprövning ansetts ha bäst meriter och därför ska anställas. Något större problem i praktiken torde det inte medföra eftersom en anställning ofta ingås på villkor att tillsättningsbeslutet vinner laga kraft. Det är dock något oklart vilken anställningsform en sådan anställning har under tiden mellan det att anställning ingåtts och till dess att beslutet vunnit laga kraft, eftersom huvudregeln enligt 4 § LAS är att en anställning ingås tills vidare och en avvikelse kräver stöd i LAS eller annan författning. (En avvikelse från LAS genom kollektivavtal i detta avseende, jfr 2 § tredje stycket LAS, är inte tillämplig på det statliga området enligt 2 § förordningen om statliga kollektivavtal m.m. och enligt 5 § II huvudavtalet.) En förutsättning är dock att arbetsgivaren har gett sina anställda klara föreskrifter om vad som gäller, så att inte myndigheten riskerar att arbetsgivarfunktionären genom sin ställning – behörig eller inte – och sitt agerande utan tillåtlighet binder arbetsgivaren vid ett anställningsavtal (för mycket).

Även om arbetsgivarens fria anställningsrätt är begränsad, bland annat genom diskrimineringsförbudsregleringen, går det inte att tala om att det i den arbetsrättsliga regleringen uppställs ett generellt krav på saklig grund för anställning på sätt som det kravet finns inom den offentliga sektorn av arbetsmarknaden. I fråga om krav på sakliga skäl vid anställnings ingående råder tvärtom betydande skillnader mellan den privata sektorn och den offentliga sektorn. Det relativa långtgående kravet på sakliga skäl som bedömningsgrund vid anställning jämte möjligheten till överklagande av ett beslut om anställning får anses vara motiverat av rättssäkerhetsskäl, inte främst för (den förbigångne) arbetstagaren utan för medborgarna. Följaktligen har ambitionen att minska regeringskansliets arbete med bland annat överklagande i anställningsärenden inte medfört att överklagandemöjligheten helt har försvunnit.

Helt konsekvent är dock inte medborgarnas intressen tillvaratagna såtillvida

att det råder enhetlighet inom hela den offentliga sektorn vad avser möjligheterna till överklagande av ett anställningsbeslut. En anställnings tillkomst inom den statliga sektorn kan inte överklagas av annan än medsökande mot vilken beslutet går emot. Att en medborgare är missnöjd med en myndighets anställningsbeslut ger inte denne medborgare någon rätt att överklaga detta beslut. Däremot kan en kommunmedborgare överklaga ett anställningsbeslut fattat av en kommun medan en medsökande inte har någon möjlighet att överklaga tillsättningsbeslutet om han eller hon inte samtidigt är kommunmedborgare. Förmodligen är inte här någon harmonisering att vänta mellan sektorerna; några sådana tendenser har jag inte alls kunnat finna. Inte heller lär möjligheten till domstolsprövning eller prövning i domstolsliknande instanser få minskat utrymme inom den offentliga sektorn, snarare tvärtom.<sup>17</sup> Om ambitionen är att begränsa möjligheterna till att överklaga en offentlig arbetsgivares anställningsbeslut kan en väg att häva en myndighets offentlighetsrättsliga immunitet vara att organisera den offentliga verksamheten i alternativa verksamhetsformer. Det återstår till exempel att se vad Autonomiutredningen<sup>18</sup> om i skrivande stund fyra veckor, kommer att presentera i sitt förslag angående hur universitet och högskolor i framtiden ska vara organiserade. När Henning Jakhelln hyllas med överlämnandet av festskriften vet vi, men då är vi upptagna med annat. Gratulerer med dagen, Henning Jakhelln!

---

<sup>17</sup> Jfr SOU 2004:23 Från verksamhetsförordning till myndighetsförordning s. 246–249.

<sup>18</sup> Dir. 2007:158 Ökad frihet för universitet och högskolor. (SOU 2008:104.)