

Niklas Bruun & Jonas Malmberg

Anställningsvillkor för utstationerade
arbetstagare i ljuset av Laval och
Rüffert

Rapport till Facken inom industrin
2008-06-04

Facken inom industrin (FI) är ett samarbete mellan de sex fackförbund som omfattas av "Samarbetsavtal om industriell utveckling och lönebildning", i dagligt tal kallat Industriavtalet. De sex förbunden är Industrifacket Metall, Skogs- och Träfacket, Svenska Livsmedelsarbetareförbundet, Svenska Pappersindustriarbetareförbundet, Sveriges Ingenjörer samt Unionen. Dessutom deltar Grafiska fackförbundet Mediafacket i det fackliga samarbetet.

Ytterligare exemplar av rapporten kan beställas av Helena Ek på e-postadress helena.ek@fikansli.se eller telefonnummer 08-786 85 13. Rapporten finns också att ladda ner från Facken inom industrins hemsida, www.fackeninomindustrin.se.

Förord

Denna rapport är utförd av undertecknade på uppdrag av Facken inom industrin. Uppdraget har varit att göra en första analys av vad som kan göras med anledning av Viking, Laval och Ruffert-domarna. Uppdragsgivarnas utgångspunkt har varit att nuvarande modell för träffande av kollektivavtal och normering av löner och anställningsvillkor så långt möjligt skall bibehållas. Urval av frågeställningar och förslag har skett med beaktande av beställarens intressen, utan att vi gjort avkall på att våra rekommendationer skall vara rättsligt hållbara.

New York och Uppsala den 4 juni 2008

Niklas Bruun Jonas Malmberg

Sammanfattning

Vi menar att EU-rätten inte generellt lägger hinder för stridåtgärder mot i Sverige gästande tjänsteutövare, men att den begränsar de krav på avtalsinnehåll som kan framställas. Av Laval-domen följer att 42 § MBL tredje stycket strider mot artikel 49 EG. Denna kan, liksom 31 a § MBL, inte tillämpas av svenska domstolar och måste avskaffas av den svenska riksdagen (i vart fall i relation till företag från EU/EES). Däremot finns det inte skäl att avskaffa 25 a § MBL. För att den svenska avtalsmodellen fortsättningsvis skall fungera krävs, som en följd härav, att den s.k. Britannia-principen modifieras. Ett förslag till sådan modifiering presenteras nedan. Att genomföra detta ligger i den svenska riksdagens hand. Att genomföra detta brådskar. I dagsläget saknas helt möjlighet att påverka lönevillkoren hos gästande företag som är bundna av kollektivavtal i ursprungslandet.

De svenska fackföreningarna måste se över vilka krav på avtalsinnehåll som de framställer mot gästande företag. Enligt vår bedömning bör det vara möjligt att framställa krav på att de utstationerade arbetstagarna skall omfattas av en preciserad *minimilön* som motsvarar minimilönen i förbundsavtalen. Det finns också skäl att i förhandlingar med arbetsgivarorganisationerna se över minimilöneregleringen i förbundsavtalen. Vidare bör fackföreningarna kunna kräva att den hårda kärnan i utstationeringslagen görs till kollektivavtalsinnehåll.

Det finns, enligt vår mening, också skäl att överväga att införa lagstiftning om likabehandling av anställda i bemanningsföretag, i enlighet med förslaget till direktiv om bemanningsföretag. En sådan lagstiftning skulle påtagligt höja skyddsnivån för de utstationerade arbetstagarna.

Det finns anledning att överväga att i utstationeringslagen förtydliga lagens tillämpningsområde, dvs. genom att ange när arbetstagare anses ”under en begränsad tid” utföra arbete inom en annan medlemsstats territorium än i den där han vanligtvis arbetar. Det finns även skäl att i utstationeringslagen föreskriva att en utstationerad arbetstagare skall omfattas av arbetsskadeförsäkring som ger ett fullgott skydd för i Sverige inträffade olyckor.

Slutligen finns det anledning att ta upp en diskussion om revision av utstationeringsdirektivet, inte minst när det gäller handlingsutrymmet för sociala klausuler i samband med offentlig upphandling.

1 Inledning

EG-domstolen har i Viking, Laval och Rüffert-domarna berört förhållandet mellan EU-rättens ekonomiska friheter (den fria rörligheten för tjänster respektive etableringsfriheten) och reglering av anställningsvillkor för utstationerade arbetstagare. Mot bakgrund framförallt av Laval- domen har Facken inom industrinbett undertecknande om ett yttrande angående domens konsekvenser för svensk arbetsrätt och svenska arbetsmarknadsrelationer.

I korthet önskar Facken inom industrin få belyst *vilka metoder* som i Sverige kan och bör användas för att utsträcka arbetsvillkor som upprätthålls här i landet till gästande företag och utstationerade arbetstagare. Vidare vill man få belyst vilka villkor liksom skydds nivåer som kan utsträckas. I utredningsuppdraget anges att detta bör omfatta följande frågor:

- Är det möjligt att genom svensk lagstiftning bredda möjligheten till konflikt att även omfatta avtalsreglering som ersatt semidispositiv lagstiftning?
- Är det möjligt att i lag delegera till arbetsmarknadens parter att närmare definiera vad som avses med ordre public enligt utstationeringsdirektivet, till exempel innefattande vissa avtalsförsäkringar, särskilt vid arbetsskada och att därigenom vidga området där det är möjligt att vidta stridsåtgärder?
- Utstationeringsdirektivet anvisar olika metoder för att genomföra direktivet. Ett alternativ är allmängiltigförklaring av kollektivavtal eller för de länder som saknar en sådan möjlighet att anknyta till de kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa organisationerna på arbetsmarknaden. Är det vid ett genomförande av utstationeringsdirektivet enligt något av dessa alternativ möjligt att kräva att en arbetsgivare som utstationerar personal tillämpar alla regler i ett kollektivavtal?

En annan fråga som inte direkt berörs av domen i Laval-målet är hur reglerna genomförs och hur tillsynen och kontrollen skall utövas. Enligt det nu gällande regelverket ankommer det på berörda svenska fackföreningar se till att regelverket genomförs och även att utöva

tillsynen och kontrollen. Vilken roll kan svenska fackföreningar ha i ett system med allmängiltigförklaring eller att en anknytning görs genom lag till kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa organisationerna?

Även om vi i första hand diskuterar nationella svenska handlingsalternativ kommer vi dock slutligen kort att beröra frågan om behovet av en revision av utstationeringsdirektivet i ljuset av EG-domstolens färska praxis.

2 Rättsläget innan Viking, Laval och Rüffert

2.1 Fri rörlighet för tjänster

Artikel 49 EG innebär ett krav på att medlemsstaterna skall avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet gentemot personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i en annan medlemsstat.

Vidare innebär artikeln enligt fast rättspraxis en skyldighet för medlemsstaterna att avskaffa varje inskränkning – även sådana som påverkar inhemska leverantörer och leverantörer från andra medlemsländer lika – som *förbjuder, hindrar* eller *gör det mindre tilltalande* för en utländsk leverantör att i ett medlemsland bedriva tjänster som han lagligen bedriver i det land där han är etablerad. Inte varje sådan inskränkning av den fria rörligheten för tjänster strider mot artikel 49 EG. Medlemsstaterna får uppställa regler eller vidta andra åtgärder, vilka utgör hinder mot den fria rörligheten för tjänster om dessa kan motiveras med *tvingande hänsyn av allmänintresse* (overriding requirements relating to the public interest). Det krävs dessutom att inskränkningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas, att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (*proportionalitetsprincipen*) samt att det intresset inte redan är tillgodosett i ursprungslandet.

Att utsträcka nationell arbetsrättslig lagstiftning till arbetstagare hos gästande företag kan innebära att den fria tjänsterörligheten hindras genom att den blir mindre tilltalande. Av EG-domstolens praxis följer entydigt att skyddet för arbetstagare är ett tvingande hänsyn av

allmänintresse.¹ Vidare har målsättningen att förebygga illojal lönekonkurrens från företag som avlönar sina arbetstagare med en lägre lön än minimilönen ansetts vara en sådan målsättning som kan beaktas bland de tvingande hänsyn som kan motivera en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster.²

När det gäller arbetsrättslig reglering har i EG-domstolens tidigare praxis vissa bedömningar utvecklats för olika typer av bestämmelser i författning eller allmängiltigförklarade kollektivavtal. Till exempel följer av rättspraxis att gemenskapsrätten inte hindrar medlemsstaterna att låta nationell lagstiftning eller nationella kollektivavtal beträffande *minimilön* gälla alla som innehar ett avlönat arbete, även tillfälligtvis, inom dess territorium.³ Exakt vad som avses med minimilön tycks något oklart.⁴ En annan grupp av fall rör regler som ålägger arbetsgivaren att betala försäkringspremier eller andra avgifter till fonder (motsvarande) till förmån för sina arbetstagare. Världlandet får ålägga det gästande företaget att betala sådana avgifter under två förutsättningar. För det första får arbetstagaren inte åtnjuta samma eller i väsentliga delar jämförbart skydd genom de skyldigheter som arbetsgivaren redan omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad. För det andra måste de berörda arbetstagarna ges en rätt att kunna utkräva de förmåner som är kopplade till avgifterna.

Före domarna i Viking och Laval hade EG-domstolen inte prövat om det skulle kunna strida mot EG-rätten att vidta stridsåtgärder mot gästande företag eller att ställa krav att dessa skall träffa kollektivavtal av nordisk typ.

2.2 Utstationeringsdirektivet

Utstationeringsdirektivet (96/71/EG) antogs 1996 och genomfördes i december 1999 i svensk rätt genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

¹ Se t.ex. C-279/80 Webb REG 1981 s. 3305 och C-113/89 Rush Portuguesa REG 1990, s. I-1417, punkt 13.

² C- 60/03 Wolff & Müller REG 2004 s. I-9553.

³ C-62/81 och C-63/81 Seco m.fl. REG 1982 s. 223, punkt 14; C-113/89 Rush Portuguesa REG 1990 s. I-1417 punkt 18, C-272/94 och Guiot, REG 1996, s. I-1905, punkt 12.

⁴ Se om begreppet i utstationeringsdirektivet t.ex. C-341/02 Kommissionen mot Tyskland REG 2005 s. I-2733.

Direktivet behandlar anställningsförhållandena för arbetstagare som i anslutning till gränsöverskridande tjänstehandel tillfälligt utför arbete i ett annat land (värdlandet). Enligt Romkonventionen är värdlandets lag normalt inte tillämplig på sådana anställningsförhållanden. Tanken bakom utstationeringsdirektivet är att vissa av värdlandets arbetsrättsliga regler – ”en hård kärna” – likväl skall tillämpas även på arbetstagare som tillfälligt utför arbete i landet.

Redan av EG-domstolens praxis från tiden före direktivet framgår (på sätt som framgått ovan) att värdlandet har möjlighet – men ingen skyldighet – att tillämpa vissa minimivillkor i lagar och kollektivavtal, i vart fall allmängiltiga, på sådana gästande arbetstagare. Den huvudsakliga nyheten i direktivet var att medlemsstaterna blev *skyldiga* att tillämpa vissa minimivillkor även på dessa grupper.

Den centrala bestämmelsen i direktivet återfinns i artikel 3 och enligt denna är medlemsstaterna *skyldiga* att se till att arbetstagare som tillfälligt stationerats på deras territorium garanteras vissa arbets- och anställningsvillkor. De arbets- och anställningsvillkor som åsyftas är sådana som

- är reglerade i lag eller – vid arbete som avser byggverksamhet – i allmängiltiga kollektivavtal och
- berör vissa särskilt utpekade frågor (längsta arbetstid, betald semester, minimilön etc.).

Den hårda kärnan utgörs alltså av regler i nationell rätt som *dels* har fastställts på visst sätt (genom vissa metoder), *dels* berör vissa uppräknade områden (ämnen eller frågor).

Därutöver ger direktivet medlemsstaterna *möjlighet* att använda andra metoder för att fastställa den hårda kärnan än författning eller (i byggbranschen) allmängiltiga kollektivavtal. I bl.a. Sverige saknas ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Enligt en särskild bestämmelse i direktivet (artikel 3.8) kan länder som saknar allmängiltiga kollektivavtal, ”*om de så beslutar*”, istället utgå från kollektivavtal som gäller allmänt för en viss sektor, visst arbete eller ett visst geografiskt område. Denna möjlighet står öppen såväl för byggsektorn som för andra typer av verksamheter (artikel 3.10). Direktivet ger därigenom Sverige möjlighet att välja om de utländska arbetsgivarnas skyldighet att iakttä vissa arbets- och anställningsvillkor skall omfatta regler i kollektivavtal.

En central fråga innan Laval och Rüffert var om utstationeringsdirektivet innefattade en begränsning i medlemsstaternas *möjlighet* att utsträcka andra delar av sin arbetsrätt (utanför den hårda kärnan) till utstationerade arbetstagare eller att använda andra metoder att motverka social dumpning än de som förskrivs i direktivet. Frågan är med andra ord om direktivet har begränsat den möjlighet som EG-domstolens praxis angående fri rörlighet ger medlemsstaterna att utsträcka sin arbetsrättsliga reglering till gästande företag. Med andra ord: utgör direktivet bara ett golv eller sätter det även ett tak för medlemsstaterna handlingsutrymme?

3 Omständigheterna i Laval och Rüffert

För tolkningen av domarna är det initialt viktigt erinra om vilka faktiska sakomständigheter domstolen lägger till grund för sin prövning. Dessa utgör ramen för förståelsen av domarna och deras konsekvenser, oavsett om dessa omständigheter är korrekta eller inte.

3.1 Laval

I Laval var frågan i målet vid Arbetsdomstolen om de stridsåtgärder som facken tillgripit var lovliga. EG-domstolen utgår från att stridsåtgärderna har föranletts av att Laval inte velat teckna avtal på de villkor facken begärt (stycke 60). Fackets krav innefattade för det första att Laval skulle betala sina arbetstagare en timlön om 145 SEK (stycke 60, jfr med stycke 30). Vidare krävde facken att Laval skulle ansluta sig till Byggnadsavtalet, vilket innehåller dels villkor som i och för sig omfattas av den hårda kärnan men är förmånligare än de som följer av den svenska utstationeringslagen, dels villkor som avser områden som inte omfattas av den hårda kärnan.

EG-domstolen omformulerar i viss mån de frågor Arbetsdomstolen ställt. Den första frågan domstolen vill besvara är följande:

Utgör artikel 49 EG samt utstationeringsdirektivet hinder för en facklig organisation – i en medlemsstat som har lagregler på alla områden av den hårda kärnan, utom minimilön – att genom sådana fackliga stridsåtgärder som är aktuella i målet försöka förmå ett gästande tjänsteföretag att

1. inleda förhandlingar om lön för de utstationerade arbetstagarna och
2. träffa kollektivavtal, med villkor som dels är förmånligare än de som följer av den hårda kärnan, dels avser områden som inte omfattas av denna?⁵

Arbetsdomstolens andra fråga handlar om lex Britannia är förenlig artikel 49 och 50 EG.⁶

3.2 Ruffert

Ruffert avser en tvist vid tysk domstol mellan Dirk Ruffert, i egenskap av konkursförvaltare för ett tyskt byggbolag och delstaten Niedersachsen angående hävningen av ett entreprenadavtal som delstaten hade ingått med nämnda bolag.

Delstaten Niedersachsen hade efter offentlig upphandling tilldelat byggbolaget ett bygg- och anläggningskontrakt avseende arbeten vid uppförandet av en kriminalvårdsanstalt. Kontraktet innehöll, i enlighet med delstatens lag om offentlig upphandling, ett åtagande att betala de arbetstagare som anställs på byggarbetsplatsen minst samma lön som gäller på orten där tjänsten utförs, enligt ett visst kollektivavtal (byggavtalet). Det tyska byggbolaget anlätade ett företag i Polen som underentreprenör för vissa tjänster. Efter att det uppdragades att det polska företaget använt arbetskraft som avlönades med lägre lön än vad som föreskrevs enligt byggavtalet, hävde både det tyska byggbolaget och delstaten det entreprenadavtal som hade slutits mellan dem. Den tyska första instansdomstolen Landgericht Hannover fann att delstaten ägde rätt att på kontraktssumman göra avräkning för avtalat vite på grund av avtalsbrottet. Domen överklagades till Oberlandesgericht Celle som hänsköt målet till EG-domstolen för förhandsavgörande.

Den tyska domstolen ville, såsom EG-domstolen formulerade frågan, få klarhet i om det är förenligt med EG-rätten att en myndighet i en medlemsstat vidtar en åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en

⁵ Domstolen frågar även om artikel 12 EG har relevans för tolkningsfrågan, men besvarar frågan nekande (se stycke 54-55).

⁶ Domstolen nämner inte utstationeringsdirektivet eller artikel 12 som uttryckligen berördes i Arbetsdomstolens fråga.

upphandlande myndighet är skyldig att vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten endast anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen åtar sig att för utförandet av tjänsterna i fråga betala sina arbetstagare minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den ort där tjänsterna tillhandahålls. EG-domstolen framhöll att denna fråga skulle bedömas mot bakgrund av utstationeringsdirektivet.

I sin dom fann EG-domstolen att utstationeringsdirektivet, tolkat mot bakgrund av artikel 49 EG, utgör hinder för att en myndighet i en medlemsstat vidtar en åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten endast får anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen åtar sig att för utförandet av tjänsterna i fråga betala sina arbetstagare minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den ort där tjänsterna tillhandahålls.

4 Utstationeringsdirektivet

4.1 Inledning

I *Rüffert* ställde den tyska domstolen frågan om det var förenligt med artikel 49 EG att delstaten ställde krav på att entreprenören skulle svara för att kollektivavtalsenlig lön tillämpades på arbetsplatsen. Med hänsyn till att målet rörde en situation som omfattades av utstationeringsdirektivet, prövade EG-domstolen frågan med beaktande av detta direktiv. På motsvarande sätt prövar EG-domstolen i *Laval* tvisten initialt med utgångspunkt i utstationeringsdirektivet, tolkat mot bakgrund av artikel 49 EG (stycke 62 ff.).

4.2 Direktivets ändamål

Direktivets ändamål behandlas ytterst kortfattat i *Rüffert*. Domstolen konstaterar, utan närmare motivering, att direktivet bland annat syftar till att förverkliga friheten att tillhandahålla tjänster, vilken utgör en av de grundläggande friheterna enligt fördraget.

I Laval noterar EG-domstolen att artikel 3.1 första stycket innebär att medlemsstaterna skall säkerställa en kärna av tvingande regler för minimiskydd (den hårda kärnan) som skall tillämpas på de utstationerade arbetstagarna. Domstolen menar att denna regel har ett dubbelt syfte. Den skall dels åstadkomma en lojal konkurrens (eller omvänt förhindra social dumpning) mellan inhemska och gästande företag, dels skydda de utstationerade arbetstagarna. Detta skall ske genom att de utstationerande företagen åläggs en skyldighet att gentemot sina arbetstagare tillämpa den hårda kärnan i värdlandet.

Domstolen ger här begreppet *social dumpning eller illojal konkurrens* en relativt snäv betydelse. Det är fråga om illojal konkurrens endast om det gästande företaget inte följer den hårda kärnan i värdlandet. Andra skillnader i lön och anställningsvillkor anses motsatsvis inte utgöra illojal konkurrens. Så länge de gästande företaget uppfyller det tvingande minimiskydd som följer av värdlandets hårda kärna, är utgångspunkten det gästande företaget skall få tillämpa ursprungslandets regler i fråga om arbets- och anställningsvillkor. Domstolen indikerar klart att direktivet inte syftar till att säkerställa att gästande tjänsteleverantörer behandlas lika som de inhemska företagen. Saken kan uttryckas så att direktivet inte utgår från en princip om likabehandling av inhemska och utländska företag, utan från en *princip om minimiskydd för utstationerade arbetstagare*.

4.3 Metoder att fastställa den hårda kärnan

En utgångspunkt för domstolen är att utstationeringsdirektivet inte avser att harmonisera det materiella innehållet i den hårda kärnan. Medlemsstaterna kan därför fritt bestämma innehållet, t.ex. hur hög minimilönen skall vara eller hur många dagars betald semester som skall utgå. Medlemsstaterna måste när de utövar denna frihet iaktta fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna (Laval, stycket 60).

Däremot följer av utstationeringsdirektivet att den hårda kärnan skall fastställas nationellt genom vissa metoder. I både Rüffert och Laval undersöker domstolen därför vilka metoder medlemsstaterna förfogar över för att fastställa det materiella innehållet i den hårda kärnan.

Rüffert

I Rüffert pekade domstolen på att utstationeringsdirektivet erbjuder tre metoder för att fastställa innehållet i den hårda kärnan; (1) genom lag eller

författning, (2) allmängiltigförklarade kollektivavtal (universally applicable) eller (3) kollektivavtal som gäller allmänt i branschen (generally applicable). Frågan var om delstaten Niedersachsen utnyttjat någon av dessa möjligheter genom att anta lagbestämmelser om offentlig upphandling som syftar till entreprenörer och underentreprenörer (bl.a. gästande företag) skall följa lönen i ett visst kollektivavtal.

Domstolen menade att de aktuella lagbestämmelserna inte kunde ses som att minimilönen fastställts genom lag, eftersom de ”inte själva fastställer någon minimilön” (stycke 24). Inte heller var det fråga om allmängiltiga kollektivavtal i direktivets mening. För att vara det ska vara fråga om allmängiltiga kollektivavtal krävs att dessa ”skall följas av alla företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området” (artikel 3.8 första stycket). Inte heller kunde de aktuella reglerna på upphandlingsområdet ses som en tillåten utsträckning av kollektivavtal som gäller allmänt i branschen. Denna möjlighet står enbart öppen för medlemsstater som saknar ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal, vilket Tyskland inte gör (stycke 25–26, jfr artikel 3.8).

Domstolens slutsats att lönen inte fastställts enligt någon av de metoder som anges i utstationeringsdirektivet, och att delstaten därför inte enligt direktivet haft rätt att ålägga det gästande företaget att tillämpa lönen (stycke 30–31).

Laval

I *Laval* har frågan om metod för att fastställa den hårda kärnan särskilt – eller kanske till och med enbart – betydelse för *minimilönen*. Lön är det enda av de områden som ingår i den hårda kärnan vilken inte har reglerats i lag i Sverige och som därför heller inte omfattas av utstationeringslagen. Som redan nämnts utgår direktivet från att innehållet i den hårda kärnan i respektive medlemsstat i första hand bestäms i lagar eller andra författningar.

Om det – såsom i Sverige – inte finns något system för att allmängiltigförklara kollektivavtal, kan medlemsstaterna *om de så beslutar* utgå från kollektivavtal, som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn, eller från kollektivavtal, som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet (artikel 3.8). Domstolen framhåller att det av ordalydelsen i artikel 3.8 framgår att denna möjlighet

inte kan användas annat än om medlemsstaten beslutar att göra detta och att Sverige inte använt sig av denna möjlighet (stycket 66–67).

När det gäller att fastställa minimilöner konstaterar domstolen vidare att det i Sverige är en uppgift för arbetsmarknadens parter att genom kollektivavtal fastställa vilka löner som de inhemska företagen skall betala till sina arbetstagare. Detta system innebär, noterar domstolen, i byggbranschen att förhandlingar skall genomföras från fall till fall, på arbetsplatsen och med beaktande av de anställdas kvalifikationer och arbetsuppgifter.

Mot bakgrund härav framhåller domstolen att den hårda kärnan inte omfattar annat än minimilöner och att det krav som de fackliga organisationerna framställde i fallet (dvs. 145 kr/h) inte är minimilöner. Inte heller har lönen fastställts i enlighet med de metoder som anges i artikel 3.1 och 3.8 i direktivet. Direktivet ”kan därför inte åberopas för att motivera” stridsåtgärderna i detta fall (stycke 70).

Domstolen gör så här långt följande bedömning: ”En medlemsstat i vilken minimilöner inte bestäms på något av de sätt som anges i artikel 3.1 och 3.8 [...] har *inte en på direktivet grundad rätt* att ålägga [gästande företag att] förhandla från fall till fall, på arbetsplatsen och med beaktande av de anställdas kvalifikationer och arbetsuppgifter, för att få vetskap om vilken lön företagen skall betala till de arbetstagare som de utstationerar” (stycke 71, kursiverat här).

Samtidigt framhåller domstolen att utstationeringsdirektivet inte syftar till att harmonisera systemen för fastställande av arbets- och anställningsvillkor i medlemsstaterna. Dessa är därför fria att på nationell nivå välja ett annat system än de system som uttryckligen anges i direktivet. Domstolen lägger därvid till att det nationella systemet inte får hindra tillhandahållandet av tjänster mellan medlemsstaterna (stycke 67).

Den slutsats som måste dras av domstolens skäl så långt är alltså att ”avtalsmodellen” *inte kan rättfärdigas på grund av direktivet*. Å andra sidan säger domstolen inte att Sverige genom utstationeringslagen felaktigt har genomfört direktivet, eller ens att direktivet skulle utgöra ett hinder mot det svenska systemet, inklusive lex Britannia. I formell mening prövar domstolen frågan om EG-rätten utgör ett hinder för de aktuella stridsåtgärderna utifrån artikel 49, och inte utifrån utstationeringsdirektivet (stycke 72).

4.4 Förmånligare regler än den hårda kärnan

Domstolen noterar i Laval att Byggnadsavtalet innehåller bestämmelser som rör frågor vilka ingår i den hårda kärnan men som ger förmånligare villkor för arbetstagarna än de som följer av de svenska lagreglerna till vilka utstationeringslagen hänvisar. Detta gäller t.ex. i fråga om arbetstid och semester.

Mot bakgrund härav ställer domstolen frågan om direktivet medger att värdlandet kan ålägga de gästande företagen att tillämpa förmånligare villkor för sina arbetstagare än som följer av de lagregler vilka ingår i den hårda kärnan. I artikel 3.7 anges att uppräknningen av den hårda kärnan inte skall hindra tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna. Enligt domstolen kan artikel 3.7 inte tolkas så, att den ger värdlandet möjlighet att kräva villkor som är förmånligare än de tvingande reglerna för minimiskydd i medlemsstaternas hårda kärna. I fråga om de områden som räknas upp i direktivet anger detta uttryckligen vilken skydds nivå som värdlandet har rätt att kräva att gästande företag skall iaktta i förhållande till de utstationerade arbetstagarna.⁷ En annan tolkning skulle, enligt domstolen, innebära att direktivet förlorade sin ändamålsenliga verkan. Den skydds nivå som de utstationerade arbetstagarna skall garanteras är därför, enligt domstolen i princip, begränsad till de tvingande minimiregler som följer av den hårda kärnan i värdlandet.⁸ Innebörden av bestämmelsen är att om utstationerade arbetstagarna i ursprungslandet redan har förmånligare villkor skall dessa tillämpas.

Denna uppfattning bekräftas i Rüffert, där domstolen tillägger att sådan tolkning bekräftas av en läsning av direktivet mot bakgrund av artikel 49 EG. ”Direktivet syftar nämligen bland annat till att förverkliga friheten att tillhandahålla tjänster, vilken utgör en av de grundläggande friheterna enligt fördraget” (stycke 36).

Slutsatsen blir att direktivet inte ger medlemsstaterna rätt att med stöd av utstationeringsdirektivet kräva bättre förmåner än de som rymms i den hårda kärnan.

⁷ I den svenska versionen står det ”får”. Andra språkversioner indikerar att man menar ”har rätt”: ”berechtigt ist”, ”is entitled”, ”en droit d'imposer” och ”kan kräve”.

⁸ Stycke 81. Den svenska språkversionen innehåller i detta stycke ett inte för mycket. Något som domstolen ex officio rättat genom beslut meddelat den 25 januari 2008.

Domstolen tillägger i Laval att direktiven inte hindrar gästande företag att frivilligt, till exempel i enlighet med ett åtagande gentemot den egna utstationerade personalen, ansluta sig till ett eventuellt förmånligare kollektivavtal i värdlandet (stycke 81).

4.5 Villkor som inte omfattas av den hårda kärnan

Byggnadsavtalet innehåller även villkor som rör andra områden än som ingår i den hårda kärnan, t.ex. olika typer av avgifter (stycke 83). En fråga i Laval var om medlemsstaterna kan ålägga gästande företag att följa denna typ av villkor.

Av artikel 3.10 följer att medlemsstaterna kan ålägga gästande företag att tillämpa arbets- och anställningsvillkor på andra områden än de som ingår i den hårda kärnan om bestämmelserna rör *ordre public*. Detta skall då ske i enlighet med fördraget och tillämpas på inhemska företag och företag från andra medlemsstater på samma villkor

Domstolen menar här att befogenheten att utsträcka andra villkor, enligt artikel 3.10, enbart tillkommer nationella myndigheter. ”Arbetsmarknadens parter är inte offentligrättsliga organ och kan inte stödja sig på denna bestämmelse för att åberopa skäl som rör *ordre public* till stöd för att en sådan facklig stridsåtgärd som den som är föremål för prövning i målet.”

Det kan noteras domstolen inte i övrigt berör hur begreppet *ordre public* i artikel 3.10 skall förstås.⁹

4.6 Relationen mellan direktivet och artikel 49

Rüffert och Laval innefattar vissa klagöranden av relationen mellan utstationeringsdirektivet och artikel 49 EG. Argumentationen i domarna tyder på domstolen uppfattar direktivet som en särskild tolkning eller precisering av artikel 49 EG, i relation till utstationeringssituationer.

Domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet i Laval innebar att de krav som framfördes av Byggnads och som stridsåtgärderna syftade till att stödja varken (i) baserades på eller utgjorde en metod för att genomföra direktivet eller (ii) utgjorde minimilön i direktivets mening.

⁹ Jfr angående den frågan generaladvokatens yttrande i C-319/06 Kommissionen mot Luxemburg samt även KOM (2003) 458 slutlig, s. 13.

Vidare omfattade Byggnads krav (iii) villkor som var förmånligare än den hårda kärnan och (iv) villkor som rörde frågor som låg vid sidan av den hårda kärnan. Den slutsats domstolen drar är att stridsåtgärderna inte *är tillåtna på grund av direktivet* (jfr t.ex. stycke 71 Sverige har inte en ”på direktivet grundad rätt”...). På motsvarande sätt finner domstolen att delstaten Niedersachsen inte utnyttjade någon av de metoder som direktivet erbjuder för att på nationell nivå fastställa den hårda kärnan och att delstaten därför inte enligt direktivet har rätt att ålägga det gästande företaget att följa kollektivavtalets lönenivå.

Domstolens argumentation tycks för det första innebära att nationella åtgärder som enbart innefattar ett ”rent” genomförande av direktivet också är förenligt med artikel 49. Detta gäller t.ex. när en medlemsstat utsträcker lagregler om längsta arbetstid till gästande företag. Man kan uttrycka saken så att den europeiska lagstiftaren gjort den prövning av tillåtligheten av inskränkningar i den fria rörligheten som annars görs av EG-domstolen enligt artikel 49 EG. Genom utstationeringsdirektivet har man alltså slagit fast att tillämpning av den hårda kärnan på gästande företag, på sätt som anges i direktivet, är ett proportionellt sätt att tillgodose allmänintresset att skydda arbetstagare

Det sagda tar sikte på genomförande av de delar av direktivet som inte ger medlemsstaterna något egentligt spelrum. Annorlunda förhåller det sig när en medlemsstat utnyttjar de valmöjligheter som direktivet medger. Det kan t.ex. handla om att utsträcka regler om ordre public enligt artikel 3.10. I dessa fall kan en prövning ske om de nationella åtgärderna är förenliga med artikel 49. Att direktivet förutsatt ett sådant handlingsutrymme innebär att direktivet i dessa delar inte utgör uttömmande regleringar, utan att åtgärder på dessa områden kan anses tillåtna enligt artikel 49 EG (se nedan).

Ytterligare en fråga är vad direktivet innebär för de metoder att utsträcka nationell arbetsrätt i utstationeringssituationer som inte nämns i direktivet eller i övrigt för sådana nationella åtgärder beträffande utstationerade arbetstagare som inte omfattas av direktivet. I Rüffert tycks domstolens utgångspunkt vara att utstationeringsdirektivet innebär en uttömmande uppräkningslista av de metoder av lagstiftningskaraktär som medlemsstaterna får använda för att fastställa den hårda kärnan. I avgörandet anger domstolen att utstationeringsdirektivet, tolkat mot bakgrund av artikel 49 EG, utgör hinder för den i målet aktuella åtgärden.

I Laval är utgångspunkten en annan. Där framhåller domstolen – sedan man konstaterat att stridsåtgärderna inte kan rättfärdigas med stöd

av utstationeringsdirektivet – att tillåtligheten av stridsåtgärderna skall prövas utifrån artikel 49 EG (stycke 85). Domstolen menade därvid att artikel 49 EG, tolkat i ljuset av artikel 3 utstationeringsdirektivet, utgör hinder mot de aktuella stridsåtgärderna. Här finns skäl att erinra om en skillnad mellan målen. Ruffert rörde krav på gästande företag som framställdes av medlemsstaten (delstaten), medan kraven i Laval framställdes av fackföreningar som är privata rättssubjekt. Direktiv riktar sig till medlemsstaterna och kan enligt etablerad rättspraxis inte ges direkt horisontell effekt, dvs. dessa kan inte ge upphov till rättigheter och skyldigheter mellan enskilda vilka kan åberopas inför domstolar och myndigheter.

Det sagda antyder att handlingsutrymmet för nationella myndigheter att använda andra metoder av lagstiftningskaraktär för att utsträcka den hårda kärnan är mer begränsad än när det gäller åtgärder som vidtas av arbetsmarknadens parter. I Laval säger domstolen uttryckligen att utstationeringsdirektivet inte syftar till ”att harmonisera systemen för fastställande av arbets- och anställningsvillkoren i medlemsstaterna” och att dessa är ”fria att på nationell nivå välja ett annat system än de system som uttryckligen anges i direktivet, under förutsättning att det inte hindrar tillhandahållandet av tjänster mellan medlemsstaterna” (stycke 68).

5 Fri rörlighet för tjänster i ljuset av utstationeringsdirektivet

5.1 Inledning

Som framgått prövar domstolen i Laval om stridsåtgärderna *strider mot* artikel 49 EG. Domstolen utgår i sin prövning från att stridsåtgärderna riktas mot ett tjänsteföretag som är etablerat i en annan medlemsstat och som utstationerar arbetstagare till värdlandet. Stridsåtgärderna syftar *dels* till att förmå företaget att inleda förhandlingar om de utstationerade arbetstagarnas lön, dels till att förmå företaget att ansluta sig till ett kollektivavtal, som på vissa områden innehåller förmånligare regler än den hårda kärnan i värdlandet, medan andra villkor i avtalet avser områden som ligger utanför den hårda kärnan.

Initialt avfärder domstolen vissa argument om att artikel 49 EG överhuvudtaget inte skulle vara tillämplig på rätten att vidta fackliga stridsåtgärder. Domstolen konstaterar att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder inte faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde, när de vidtas mot ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat och som utstationerar arbetstagare, i samband med tillhandahållandet av tjänst, över gränserna. Domstolen slår vidare fast att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder skall erkännas som en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna principerna för gemenskapsrätten, vars efterlevnad säkerställs av domstolen. Vidare betonar domstolen att skyddet för de grundläggande rättigheterna utgör ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten. Detta gäller även för skyldigheter som följer av en i fördraget garanterad grundläggande frihet, såsom den fria rörligheten för varor. Precis som andra grundläggande rättigheterna undgår strejkrätten inte tillämpningsområdet för bestämmelserna i fördraget. Dessa rättigheter måste utövas i samklang med de krav som följer av de i fördraget skyddade rättigheterna och i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen (stycke 86 ff.).

Domstolen konstaterar vidare att artikel 49 EG har direkt effekt i förhållande till fackföreningar när dessa utövar sin rättsliga autonomi för att på ett kollektivt sätt reglera tillhandahållandet av tjänster (stycke 97).

5.2 Lex Britannia

Domstolen beskriver effekterna av lex Britannia på följande sätt:

”Enligt detta system kan ett tjänsteföretag inte förvänta sig att de skyldigheter som följer av kollektivavtal som företaget redan är bundet av i den medlemsstat där det är etablerat skall beaktas på något som helst sätt i den medlemsstat där tjänsten skall utföras. Ett sådant system innebär att det är tillåtet att vidta fackliga stridsåtgärder mot företag som är bundna av ett kollektivavtal som en annan medlemsstats lagstiftning är tillämplig på, på samma sätt som det är tillåtet att vidta stridsåtgärder mot företag som inte är bundna av ett kollektivavtal.”

Enligt domstolen innebär därför lex Britannia inte bara hinder för den fria rörligheten utan även diskriminering på grund av nationalitet eller etableringsland. Detta förklaras av att gästande företag med kollektivavtal

i ursprungslandet behandlas på samma sätt som inhemska företag som inte har tecknat något kollektivavtal.

Diskriminerande åtgärder kan, enligt domstolen, endast rättfärdigas enligt de grunder som anges i artikel 46 (vilken enligt artikel 55 gäller även fri rörlighet för tjänster), dvs. allmän ordning, allmän säkerhet och allmän hälsa. (Om en åtgärd ”bara” hindrar den fria rörligheten kan denna rättfärdigas om den har ett legitimt ändamål som är förenligt med fördraget och om den är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset).

Syftet med lex Britannia är att ge fackföreningarna möjlighet att verka för att alla arbetsgivare som är verksamma på den svenska arbetsmarknaden tillämpar sådana löner och andra anställningsvillkor som motsvarar vad som är brukligt i Sverige, samt att skapa förutsättningar för en sund konkurrens på lika villkor mellan svenska företag och näringsidkare från andra medlemsstater. Inget av dessa skäl avser, enligt domstolen, hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa i den mening som avses i artikel 46 EG. Den diskriminering som lex Britannia medför ansågs därför inte vara motiverad.

5.3 Hinder

När det gäller de konkreta åtgärder som vidtogs mot Laval finner domstolen att dessa utgör en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster. De svenska reglerna tillåter fackliga stridsåtgärder vilka kan medföra att gästande företag kan se sig tvingade att ansluta sig till byggnadsavtalet (som på vissa områden innehåller förmånligare regler än den hårda kärnan i värdlandet, medan andra villkor i avtalet avser områden som ligger utanför den hårda kärnan). Detta gör det mindre lockande för företag som Laval att bedriva gränsöverskridande tjänstehandel. Detsamma gäller för kravet att företaget skall förhandla med det svenska facket på obestämd tid för att få vetskap om vilken minimilön som skall gälla.

I Ruffert anför domstolen att ett gästande företag som förpliktats att tillämpa den minimilön som fastställs i värdlandets kollektivavtal kan medföra att detta företag, om minimilönenivåerna är lägre i ursprungslandet, ”äläggs ytterligare en ekonomisk börda som kan medföra att deras tjänster förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva i värdmedlemsstaten” (stycke 37).

Det kan noteras att domstolen bedömning av om stridåtgärderna utgör ett hinder för den fria rörligheten av tjänster sker konkret i relation till stridåtgärderna mot Laval. Domstolen betonar att stridåtgärderna riktas mot ett tjänsteföretag som är etablerat i en annan medlemsstat och som utstationerar arbetstagare till värdlandet. Vidare är det inte stridåtgärderna i sig som utgör ett hinder, utan stridsåtgärderna i kombination med de krav som framställs, dvs. att Laval skulle inleda förhandlingar om lön och ansluta sig till ett kollektivavtal (som på vissa områden innehåller förmånligare regler än den hårda kärnan i värdlandet, medan andra villkor i avtalet avser områden som ligger utanför den hårda kärnan).

5.4 Proportionalitetsbedömning

Vid sin proportionalitetsbedömning av stridsåtgärderna tar domstolen i Laval sin utgångspunkt i det s.k. Gebhard-testet: Inskränkning av den fria rörligheten för tjänster kan ske om den har ett legitimt ändamål som är förenligt med fördraget och om den är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset. Det krävs dessutom att inskränkningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (jfr C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165).

Det kan redan här anmärkas att domstolen vid sin proportionalitetsbedömning uppehåller sig vid fackets krav – och inte stridåtgärderna i sig. Domstolen berör överhuvudtaget inte hur effektiva eller kraftfulla stridåtgärderna var. Man kan därför uttrycka saken så att proportionalitetsprövningen ligger på ”målsidan”, och inte på ”medelsidan”.

Domstolen finner inledningsvis att en facklig blockad som vidtas i syfte att garantera utstationerade arbetstagarearbets- och anställningsvillkor på en viss nivå i princip har som ändamål att skydda arbetstagare och att detta ändamål utgör ett tvingande hänsyn av allmänintresse som är förenlig med fördraget.

Emellertid menar domstolen att kravet på att Laval skall ansluta sig till byggnadsavtalet inte var motiverat utifrån detta ändamål. Som skäl för detta anför domstolen att en arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna, till följd av den samordning som skett genom utstationeringsdirektivet, är skyldig att

gentemot dessa arbetstagare iakttas en kärna av tvingande regler för minimiskydd i landet. Vidare framhåller domstolen att byggnadsavtalet innefattar villkor som dels är förmånligare än de som följer av den hårda kärnan i Sverige och dels berör andra områden än de som ingår i den hårda kärnan. Argumentet tycks här alltså vara att ändamålet att skydda arbetstagarna numera tillgodoses genom utstationeringsdirektivet.

I fråga om kravet på löneförhandlingar understryker domstolen att gemenskapsrätten förvisso inte förbjuder medlemsstaterna att med lämpliga medel säkerställa att deras bestämmelser om minimilön iakttas av sådana företag. Stridsåtgärderna mot Laval var enligt domstolen inte motiverade utifrån syftet att skydda arbetstagarna. Stridsåtgärderna syftade till att förmå ett gästande företag att ”genomföra löneförhandlingar i ett nationellt sammanhang som kännetecknas av att det inte finns några bestämmelser, av något slag, som är tillräckligt preciserade och tillgängliga, så att det inte för ett sådant företag i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få kännedom om de skyldigheter i fråga om minimilön som åligger företaget.”¹⁰

Domstolens slutsats blir därför att den första frågan besvaras på följande sätt: Artikel 49 EG och artikel 3 utstationeringsdirektivet utgör hinder för de aktuella stridsåtgärderna.

En nyhet i domen är hur domstolen vid proportionalitetsbedömningen tar sin utgångspunkt i utstationeringsdirektivet. Vid proportionalitetsbedömningen enligt artikel 49 lägger domstolen så stor vikt vid direktivet att man med fog kan ställa frågan, om direktivet har fått direkt horisontell effekt i den meningen att dess regler blivit förpliktande för privata rättssubjekt. Detta skulle dock strida mot etablerade praxis som innebär att direktiv saknar sådan rättslig effekt i de delar direktiven genomförts felaktigt eller ofullständigt. Detta kan knappast heller ha varit domstolens avsikt. Däremot har domstolen tolkat direktivet och artikel 49 EG på sådant sätt att direktivet delvis fått rättsliga verkningar som liknar dem som brukar kallas direkt horisontell effekt. Detta har uppnåtts genom dels att direktivet betraktas som infört för att precisera och komplettera artikel 49, dels genom att direktivet

¹⁰ Domstolen hänvisar beträffande kravet på förutsebarhet till C-369/96 *Arblade* REG 1999 s. I-8453 punkt 43. Det kan noteras att denna punkt behandlar ett straffrättsligt ansvar där legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) gör sig starkt gällande, jfr t.ex. Artikel 7.1 EKMR.

tolkas mot bakgrund av fördraget. På detta sätt anknyts till vissa normer i direktivet de rättsverkningar som normalt endast fördraget kan ha.

Domstolen ger på detta sätt uttryck för tanken att utstationeringsdirektivet är en samordning av de åtgärder som medlemsstaterna kan vidta för att uppnå allmän intresset att skydda arbetstagarna. På detta sätt blir utstationeringsdirektivet och dess princip om minimiskydd inte bara ett golv utan även ett tak för vad medlemsstaterna kan göra. Som en följd av att artikel 49 EG tillerkänns direkt horisontell effekt, omfattade detta tak i Laval även åtgärder som vidtagits av fackföreningarna.

Domstolens rättstillämpning i denna del framstår som mycket överraskande. Även om man kan godta uppfattningen att utstationeringsdirektivet skulle samordna och därmed uttömma de åtgärder medlemsstaterna får vidta för att tillgodose intresset av lojal konkurrens respektive skydd för arbetstagare, är det svårt att förstå att detsamma skall gälla för åtgärder som vidtas av arbetsmarknadens parter. I ingressen anges uttryckligen att direktivet inte skall inverka på rätten att vidta stridåtgärder (stycke 22), något som tydligt indikerar att avsikten med direktivet inte var att samordna möjligheterna att tillgripa stridsåtgärder. Vidare bortser domstolen helt från det nya tjänstedirektivet (2006/123/EG) som antogs en månad innan det att förhandlingen i Laval-målet hölls inför EG-domstolen. Tjänstedirektivet kan, på samma sätt som utstationeringsdirektivet, ses som ett sätt att tolka och precisera artikel 49 EG. Direktivet anger uttryckligen att det inte påverkar rätten att förhandla om, ingå och tillämpa kollektivavtal samt att vidta stridsåtgärder (artikel 1.7). I själva verket åstadkommer domstolen i praktiken det rättsläge som föreslogs i det s.k. Bolkenstein-förslaget, vilket ändrades i den demokratiska process som ledde fram till det slutliga direktivet.¹¹

¹¹ Jfr KOM (2004) 2 slutlig. Enligt förslaget skulle den s.k. ursprungslandsprincipen tillämpas, utom såvitt avsåg sådant som föll under utstationeringsdirektivet, artikel 17.5.

6 Överväganden

6.1 Inledning

Såväl Laval som Rüffert kan kritiseras på en rad punkter. Detta kommer inte att göras här. Istället skall vi – i enlighet med uppdraget – diskutera vilka handlingsalternativ som finns för att motverka de effekter av domsluten som starkast är ägnat att underminera den svenska modellen för att sluta kollektivavtal. Vi behandlar såväl åtgärder på nationell nivå som eventuella handlingsalternativ på europeisk nivå.

Först behandlar vi frågan om den svenska avtalsmodellen överhuvudtaget kan fungera för att upprätthålla vissa skyddsnivåer i fråga om anställningsvillkor för utstationerade arbetstagare. Därvid behandlas även de justeringar i nationell rätt som aktualiseras av att EG-domstolen underkände Lex Britannia (avsnitt 6.2). I avsnitt 6.3 diskuterar vi vilka förändringar som kan vara påkallade, dels i de avtalskrav som framställs gentemot de gästande företagen, dels i förbundsavtalen.

I de följande tre avsnitten behandlar vi andra frågor där det kan finnas skäl till lagändringar i Sverige. Det handlar *dels* om behovet av att i lagstiftning införa en likabehandlingsprincip för bemanningsföretag (avsnitt 6.4), *dels* om vissa ändringar i utstationeringslagen (avsnitt 6.5) samt *dels* om möjligheten att utsträcka innehåll i kollektivavtal som ordre public (avsnitt 6.6).

Slutligen pekar vi på önskvärldheten av att ta upp en diskussion om ändring av utstationeringsdirektivet (avsnitt 6.8)

6.2 Stridsåtgärder mot gästande företag

6.2.1 *Är stridsåtgärder mot gästande företag överhuvudtaget möjligt?*

Som framgått följer av Laval-domen att det enligt artikel 49 EG inte är tillåtet att vidta stridsåtgärder mot ett gästande företag med sådana krav som framställdes i Laval-målet. En fråga som inte besvaras helt klart i domen vad som gäller i fråga om stridsåtgärder i andra fall.

Först kan framhållas att domen överhuvudtaget inte torde påverka stridsåtgärder som syftar till att direkt reglera de egna medlemmarnas anställningsvillkor. Detta utgör kärnan i den positiva föreningsrätten

såsom den erkänns i artikel 11 EKMR. Beträffande arbetsplatser med egna medlemmar kan inte gälla några begränsningar till den hårda kärnan. Detta antyds också i domen, där domstolen anger att det gästande företaget ”i enlighet med ett åtagande gentemot den egna utstationerade personalen” kan ansluta sig till ett förmånligare kollektivavtal i värdmedlemsstaten (stycke 81).

Frågan är om fackföreningar utan medlemmar på arbetsplatsen kan vidta stridsåtgärder med andra – mer modesta – krav. Det kan t.ex. gälla att tvinga ett gästande företag att betala den minimilön – uttryckt i kronor och ören – som anges i det kollektivavtal som vanligen tillämpas inom branschen i värdlandet.

I domen anges följande:

”Det hinder som sådana stridsåtgärder som de som är föremål för prövning i målet vid Arbetsdomstolen innebär kan emellertid inte anses vara motiverat utifrån detta ändamål, vad gäller de specifika skyldigheter som följer av en anslutning till Byggnadsavtalet och som de fackliga organisationerna genom sådana stridsåtgärder försöker förmå företag som är etablerade i andra medlemsstater att åta sig. Detta följer, förutom av punkterna 81 och 83 ovan, av att en arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna är skyldig att gentemot dessa arbetstagare iakttä en kärna av tvingande regler för minimiskydd i värdmedlemsstaten till följd av den samordning som skett genom direktiv 96/71” (stycke 108).

Om man läser den sista meningen isolerat, tycks denna antyda att stridsåtgärder inte skulle vara tillåtna ens i ett sådant fall. Tanken skulle vara att möjligheterna att skydda gästande arbetstagare respektive motverka illojal konkurrens är uttömda genom den samordning av medlemsstaternas åtgärder som på detta område skett genom utstationeringsdirektivet. Detta motsägs av att domstolen tydligt indikerar att man bara uttalar sig om stridsåtgärder som syftar till att genomdriva ”de specifika skyldigheter som följer av en anslutning till Byggnadsavtalet”.

Det är även möjligt att hävda att kravet på transparens och förutsebarhet för gästande företag skulle medföra att sådana stridsåtgärder var otillåtna, eftersom den svenska utstationeringslagen saknar bestämmelser om detta. I samma riktning talar att det inte finns garantier för att en likabehandling mellan inhemska och gästande företag.

Å andra sidan har domstolen förklarat att direktivet inte syftar till att harmonisera systemen för fastställande av arbets- och anställnings-

villkoren i medlemsstaterna. Medlemsstaterna är därför fria att på nationell nivå välja ett annat system än de system som uttryckligen anges i direktivet. Domstolen lägger därvid till att det nationella systemet inte får hindra tillhandahållandet av tjänster mellan medlemsstaterna (stycke 67).

Det kan även erinras om att EG-domstolen erkänt att rätten till fackliga stridsåtgärder är en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna principerna för gemenskapsrätten. I detta sammanhang kan också framhållas att fackföreningarna inte bara har ett intresse av att direkt reglera de egna medlemmarnas villkor, utan även att upprätthålla nivån på löner och anställningsvillkor i den aktuella branschen. Detta intresse har inom ramen för EKMR uppfattats som ett legitimt fackligt intresse.¹²

Det primära ändamålet med direktivets regler om minimilön är att tillförsäkra utstationerade arbetstagare en rätt till lön som inte framstår som oskälig i värdlandet. I den här åsyftade situationen får fackliga stridsåtgärder till effekt att detta primära och viktiga syfte främjas.

Mot denna bakgrund är det enligt vår mening klart att man inte av Laval- domen kan dra slutsatsen att stridsåtgärder med andra och mer modesta krav än de som framställdes i Laval skulle strida mot EG-rätten (krav på explicit minimilön). Tvärtom finns det skäl att anta att detta, om saken skulle ställas på sin spets, skulle accepteras av EG-domstolen. Detta betyder, menar vi, att det inte föreligger tillräckliga rättsliga skäl för att överge ”avtalsmodellen” till förmån för t.ex. lagstadgad minimilön eller system med allmängiltiga kollektivavtal.

För att uppfylla kraven på transparens är det önskvärt att i utstationeringslagen införa en erinran om att krav på tillämpning av kollektivavtal kan komma att ställas.

6.2.2 *Ändringar av Lex Britannia*

Av föregående avsnitt framgick att vi menar att EU-rätten inte generellt lägger hinder för stridsåtgärder mot gästande tjänsteutövare, men att den begränsar de krav på avtalsinnehåll som kan framställas. Till detta återkommer vi nedan. I detta avsnitt behandlar vi vissa lagändringar som krävs för att avtalsmodellen skall fungera fortsättningsvis.

Av Laval- domen framgår i otvetydigt att artiklarna 49 och 50 EG utgör hinder mot 42 § tredje stycket MBL i förhållande till företag från

¹² Gustafsson v. Sweden (mål nr 15573/89, dom den 25 april 1996)

EU/EES-länder. Bestämmelsen kan inte tillämpas av domstol och måste avskaffas av den svenska riksdagen. Detsamma gäller beträffande bestämmelsen i 31 a § MBL, som anger att om en arbetsgivare är bunden av ett kollektivavtal som MBL inte är direkt tillämplig på och träffar han därefter ett kollektivavtal enligt i 23–24 §§ MBL skall i de delar avtalen är oförenliga det senare avtalet gälla. Bestämmelsen har samma uppbyggnad som 42 § tredje stycket MBL och är även den diskriminerande mot utländska företag.

Däremot föreligger inte något behov av att avskaffa 25 a § MBL, som är det tredje benet i Lex Britannia-paketet. Enligt bestämmelsen är ett kollektivavtal, som är ogiltigt enligt utländsk rätt på den grunden att det tillkommit efter en stridsåtgärd, trots detta giltigt här i landet, om stridsåtgärden var tillåten enligt MBL. Bestämmelsen utgör en lagvalsregel som motsvarar regeln om att stridsåtgärders lovlighet skall bedömas enligt lagen i den stat där stridsåtgärden vidtas. Denna regel upprätthålls enligt svensk rättspraxis i tvister om en stridsåtgärd är olovlig (25 a § MBL rör tvister om *giltighet av kollektivavtal*). Samma princip upprätthålls vid tvister om utomobligatoriskt skadestånd i anledning av stridsåtgärder enligt artikel 9 i Rom II-förordningen (Europaparlamentets och Rådets förordning (EG) nr 864/2007 om tillämplig lag för utomobligatoriska förpliktelser). Bestämmelsen i 25 a § MBL borde måhända formuleras om för att närmare anknyta till denna bestämmelse.

6.2.3 *Britanniapincipen*

I ett system som det svenska, där fackföreningarna själva skall upprätthålla den grundläggande skyddsnivån, är rätten att vidta stridsåtgärder central. Utgångspunkten är att stridsåtgärder är tillåtna, om inte annat följer av lag eller avtal (2 kap. 17 § RF). En fackförening som är bunden av kollektivavtal får i princip bara vidta sympatiåtgärder, det vill säga stödja andra lovliga stridsåtgärder. För fackföreningar som *inte* är bundna av kollektivavtal innehåller svensk rätt endast få begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder.

Enligt den s.k. *Britanniapincipen* får en fackförening inte vidta stridsåtgärder *i syfte att tränga undan eller förändra* ett tidigare ingånget, gällande avtal. Ett resultat av Laval-domen är att domstolarna inte kan tillämpa Lex Britannia. Resultatet blir att stridsåtgärder mot utländska arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal i stället kommer att bedömas enligt Britannia-principen, vilket innebär att de inte kommer att

vara tillåtna om de syftar till att tränga undan det första kollektivavtalet. Men detta är en rent svensk rättsregel som den svenska riksdagen kan avskaffa eller behålla som den vill.

Det förefaller inte rimligt att förorda att Britanniaprincipen helt skall avskaffas, och att man därmed skulle införa det rättsläge som gällde för 1989. Enligt detta var stridsåtgärder för att undantränga det först träffade kollektivavtalet lovliga, och för det fall ett andra kollektivavtal träffades, fick dess rättsverkningar bestämmas enligt de praxisskapade reglerna om konkurrerande kollektivavtal. I en rent svensk kontext ger Britanniaprincipen ett visst skydd mot att arbetsgivare drabbas av gränsdragningskonflikter mellan olika fackföreningar.

Det ligger då närmare till hands att förorda att i lagtext omformulera Britanniaprincipen. Man kan till exempel i 42 § MBL ange att arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation inte får vidta stridsåtgärder i syfte att undantränga eller förändra ett kollektivavtal som en annan organisation redan träffat med arbetsgivaren, men att detta inte gäller om det först träffade kollektivavtalet ger lägre skyddsnivå för arbetstagarna än det kollektivavtal som gäller allmänt för likartade företag i den aktuella branschen.

Ett utkast till lydelse skulle kunna vara följande.¹³

42 § MBL

Arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation får ej anordna eller på annat sätt föranleda olovlig stridsåtgärd. Sådan organisation får ej heller genom understöd eller på annat sätt medverka vid olovlig stridsåtgärd. Organisation som själv är bunden av kollektivavtal är även skyldig att, om olovlig stridsåtgärd av medlem förestår eller pågår, söka hindra åtgärden eller verka för dess upphörande. Arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation får inte vidta stridsåtgärder i syfte att undantränga eller förändra ett kollektivavtal som en annan organisation redan träffat med arbetsgivaren, om organisationen saknar medlemmar på arbetsplatsen och det först träffade kollektivavtalet innebär en skyddsnivå för arbetstagarna som minst svarar mot det kollektivavtal som gäller allmänt för likartade företag i den aktuella branschen.

Har någon vidtagit olovlig stridsåtgärd, får annan icke delta i åtgärden.

~~Bestämmelserna i första stycket första och andra meningarna gäller endast när en organisation vidtar åtgärder med anledning av arbetsförhållanden som denna lag är direkt tillämplig på.~~

31 a § MBL

¹³ Förslagen är tentativa, och gör inte anspråk på att i alla detaljer vara genomtänkta.

~~Är en arbetsgivare bunden av ett kollektivavtal som denna lag inte är direkt tillämplig på och träffar han därefter ett kollektivavtal enligt bestämmelserna i 23–24 §§ skall i de delar avtalen är oförenliga det senare avtalet gälla.~~

Träffar en arbetsgivare, som är bunden av ett kollektivavtal, ett annat kollektivavtal som är oförenligt med det först träffade, skall det först träffade gälla under förutsättning att det först träffade kollektivavtalet innebär en skydds nivå som svarar mot det kollektivavtal som gäller allmänt för likartade företag i den aktuella branschen.

En sådan bestämmelse är nationalitetsneutral och knappast mer svårtillämpad än t.ex. den danska regleringen som förutsätter att stridsåtgärder skall ha ett rimligt fackligt syfte. Att stridsåtgärder får vidtas för att reglera egna medlemmars villkor, även om arbetsgivaren är bunden av ett annat kollektivavtal, framgår av AD 2004 nr 96. Formuleringen ”kollektivavtal som gäller allmänt för likartade företag i den aktuella branschen” är hämtad från artikel 3.8 utstationeringsdirektivet. Med en sådan regel finns det inte skäl att behålla Lex Britannia för företag utanför EU/EES.

6.3 Vilket innehåll kan kraven på kollektivavtal ha?

Inledning

En följd Laval-domen är att det inte är möjligt att upprätthålla en idé om likabehandling mellan inhemska och gästande företag. Laval och Rüffert bygger snarast på en princip om minimiskydd. Rüffert domen innebär klart att domstolen fastslår att utländska anbudsgivare vid offentlig upphandling skall kunna behandlas mer förmånligt än nationella anbudsgivare såtillvida att de kan betala löner som ligger under den nivå som är lagstadgad miniminivå i Niedersachsen. De utstationerade arbetstagarna skall endast garanteras det minimiskydd som följer av utstationeringsdirektivet. Så länge det gästande företaget följer den hårda kärnan är det – enligt EG-domstolen – inte fråga om illojal konkurrens eller social dumpning. Det är tydligt att domstolen menar att gästande företag inte skall få berövas de konkurrensfördelar som följer av att man i övrigt upprätthåller en lägre skydds nivå för arbetskraften.

Inriktningen på det krav i fråga om kollektivavtalsinnehåll som svenska fack kan ställa på gästande företag måste anpassas till dessa förhållanden. Uppgiften eller funktionen kan inte längre vara att

åstadkomma full konkurrensneutralitet i fråga om anställningsvillkor. Snarare blir uppgiften att säkerställa att de utstationerade arbetstagarna erhåller de minimiskydd som utstationeringsdirektivet eftersträvar. Genom att kräva kollektivavtal med en lägre skyddsnivå blir fackets roll mer av att rida spärr mot svart eller oregistrerad arbetskraft eller andra mer graverande fall av missförhållanden.

Man bör här även beakta att gränsöverskridande tjänstehandel regelmässigt är förknippade med kostnader och praktiska svårigheter (t.ex. svaga kunskaper i svenska språket, bristande kännedom om produktionsförhållanden m.m.).

(a) Lön

De kollektivavtal, som facken kräver att de gästande företagen skall ansluta sig till, bör för det första innehålla bestämmelser om minimilön. Lönen bör uttryckas i ”kronor och ören” som ett visst belopp per timme etc. Vidare måste denna minimilön motsvara den som finns i det normala förbundsavtalet. Detta innebär sannolikt att facken bör försöka få till stånd förändringar av regleringen av minimilön i förbundsavtalen, så att dessa bättre kan tjäna som ett golv för arbetsmarknaden i stort.

Utstationeringsdirektivet säger inget om nivån på lönen, så länge inhemska och gästande företag behandlas lika. Nivån får alltså bestämmas nationellt. Det torde inte föreligga något hinder mot att differentiera lägsta lönen mellan olika grupper (t.ex. efter arbetsuppgifter, kvalifikationer, ålder etc.).

Krav på radikalt höjda minimilöner i förbundsavtalen är naturligtvis inte en alldeles enkel eller heller helt önskvärd inriktning. En annan möjlighet är att utforma förbundsavtalen så att man inför särskilda – högre – minimilönebestämmelser för arbetsplatser utan facklig representation. Motivet för detta är att de lägre minimilönerna kan fungera som bas för facklig förhandling inom ett på kollektivavtal baserat avtalssystem med särskilda fackliga förtroendemän. Detta förhandlings-system fungerar inte när lokal facklig representation saknas. På grund av detta kunde man införa särskilda på medellön eller motsvarande beräkning baserade minimilöner i kollektivavtalen. Om dessa gäller och tillämpas lika för både inhemska och gästande företag torde ett sådant lönesystem uppfylla kraven på neutralitet, icke-diskriminering och transparens. Om bakgrunden till att minimilönerna är lägre än faktiska löner är regionala skillnader menar vi att man i så fall bör införa en

regional differentiering i själva avtalet. Man bör naturligtvis tillåta arbetsgivare utan lokal facklig representation att påkalla förhandling med facket för att tillämpa ”den normala lönesättningsordningen”.

(b) Krav på att följa utstationeringslagen

Kollektivavtalen bör även innehålla ett krav på att arbetsgivaren skall följa utstationeringslagen, dvs. att den ”hårda kärnan” görs till kollektivavtalsinnehåll. Att den hårda kärnan görs till kollektivavtalsinnehåll kan motiveras av att facket härigenom får en roll i övervakningen av anställningsvillkoren. Frågor om övervakning och kontroll av anställningsvillkor har inte berörts i Viking, Laval eller Rüffert. Inte heller är metoderna för övervakning av att den hårda kärnan följs samordnad i utstationeringsdirektivet. Av äldre rättspraxis följer att nationella åtgärder som syftar till att säkerställa att de tvingande hänsynen iaktas är tillåtna (om de är proportionella).¹⁴

(c) Ett modest granskningsarvode

Av Evaldsson-domen från Europadomstolen framgår att domstolen inom ramen för Europakonventionen anser att det är en legitim uppgift för facket att kontrollera att anställningsvillkoren efterlevs inte bara för de egna medlemmarna utan mer generellt.¹⁵ Domstolen menar också att det kan vara möjligt att ta ut vissa avgifter för kostnader för övervakningen, men att avgifterna måste vara transparenta och proportionella.

Om man menar att fackets roll i förhållande till utstationerade arbetstagare i första hand ligger i att kontrollera och övervaka att dessa garanteras ett minimiskydd, kan man överväga att införa ett modest och transparent system för granskningsarvode (där arvudet utges direkt av arbetsgivaren).

(d) Svensk domstols behörighet

I avtalen bör anges att svensk domstol är behörig (jfr artikel 6 utstationeringsdirektivet).

¹⁴ Se t.ex. C-113/89 Rush Portuguesa REG 1990 s. I-1417, punkt 18.

¹⁵ Evaldsson and Others v. Sweden (Application No. 75252/01, judgment 13 February 2007)

6.4 Likabehandling i bemanningsföretag

Enligt vår mening finns det skäl att överväga att i Sverige anta lagstiftning om likabehandling av anställda i bemanningsföretag. Risken för illojal konkurrens är påtaglig i bemanningsbranschen. I andra branscher utjämnas konkurrensförhållanden av annat, såsom att man skall ha med sig utrustning etc.

Även om det saknas tillförlitlig statistik tycks arbetskraftsinvandring i form av köp av tjänster (t.ex. via bemanningsföretag, underentreprenörer eller att direkt anlita utländska egenföretagare) i vissa branscher vara vanligare än att utländska arbetstagare anställs direkt i företagen. Det finns också all anledning att räkna med att en betydande andel arbetskraftsinvandringen sker genom inhyrning av arbetskraft.¹⁶

Just när det gäller bemanningsarbete erbjuder utstationeringsdirektivet vissa möjligheter. Enligt artikel 3.1d utstationeringsdirektivet åläggs medlemsstaterna att utsträcka nationella lagregler ”om villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft” till utstationerade arbetstagare. Enligt artikel 3.9 kan medlemsstaterna fastställa att de gästande företag skall garantera de utstationerade arbetstagarna samma minimilön ”som de som tillämpas för tillfälligt anställda arbetstagare i den medlemsstat inom vars territorium arbetet utförs.”¹⁷

Inom EU pågår arbete med att anta ett direktiv. Direktivförslaget bygger på en princip om icke-diskriminering: I artikel 5 anges följande

”De grundläggande arbets- och anställningsvillkoren för arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag skall, under den tid uppdraget i kundföretaget varar, åtminstone motsvara de villkor som skulle gälla för dem om de hade anställts direkt av kundföretaget i fråga för att utföra samma arbete.”

Om denna bestämmelse antas som svensk lag måste/kan lagbestämmelsen enligt direktivet utsträckas till utstationerade arbetstagare. Detta skulle innebära en påtaglig höjning av skyddsnivån.

Detta är en fråga som eventuellt kan lyftas i förhandlingarna om ett nytt huvudavtal. Om parterna i avtal kan enas om utformningen av

¹⁶ Dølvik & Eldring Arbeidsmobilitet fra de nye EU-landene til Norden – utviklingstrekk og konsekvenser. TemaNord 2008:502

¹⁷ Uttrycket ”tillfälligt anställda” avser här uthyrd arbetskraft. I andra språkversioner används samma uttryck i både 3.1.d och 3.9. Den engelska: temporary employment / workers. Den tyska: Leiharbeitnehmer. Den franska: travail intérimaire.

principen om likabehandling, bör man också kunna övertyga lagstiftaren om att anta en motsvarande lagreglering, vilken därefter kan ingå i utstationeringslagen.

6.5 Förtydliganden i utstationeringslagen i syfte att begränsa lagens tillämpningsområde eller höja den hårda kärnan

Den iakttagelse som kan göras angående utstationeringsdirektivet är att dess tillämpningsområde är minst sagt diffust formulerat. Det anges i artikel 2 att med utstationerad arbetstagare avses varje arbetstagare ”som under en begränsad tid” utför arbete inom en annan medlemsstats territorium än där han vanligtvis arbetar. Det framgår alltså att det finns två krav för att utstationering skall vara i fråga:

1. arbetstagaren skall utföra arbete i Sverige under en ”begränsad” tid
2. arbetstagaren skall vanligen arbeta inom en annan stat och anställningsförhållandet skall sålunda – med de i utstationeringsdirektivet angivna undantagen – lyda under detta lands lag.

Utstationering av arbetskraft utgör alltså ett undantag till huvudregeln att minimireglerna för arbete i det land där arbetet utförs skall vara tillämpliga (*lex loci laboris*). Det är logiken enligt artikel 39–42 EG om fri rörlighet för arbetstagare, som ju kompletterats av en ingående reglering i förordning 1612/68.

Utgående från målsättningen att rörlighet av arbetskraft på den inre marknaden primärt skall ske inom de specialregler fördraget innehåller härom förefaller det möjligt att förtydliga utstationeringslagens tillämpningsområde, dvs. frågor som vad avses med ”begränsad tid” respektive ”vanligtvis arbetar”. Man kan t.ex. tänka sig att lägga bevisbördan på att fråga är om utstationering för begränsad tid på utstationeringsföretaget. Vidare kan ange vissa kriterier för att utstationeringen skall anses tidsbegränsad i lagen.

Man kan även ange vilka typsituationer som faller utanför utstationeringssituationen. Så är fallet då de ”utstationerade” anställda särskilt anställts för ett visst projekt i Sverige och inte ”vanligtvis arbetar” för arbetsgivaren i sitt hemland. Likaså faller situationer, då arbetskraften

rekryteras i Sverige eller när någon utför arbete i så många länder att man inte klart kan slå fast en medlemsstat där arbetet vanligtvis utförs.

Den svenska utstationeringslagen kan förtydliga det rådande rättsläget genom att klart uttala att dylika fall inte utgör utstationering och att lagen sålunda inte kan tillämpas på dem.

En annan strategi genom vilken man kan stärka intresset för utländska företag att ingå kollektivavtal i Sverige om villkor som skall tillämpas på utstationerad personal är att höja den hårda kärnan, men göra regleringen semidispositiv. Vad gäller särskilt arbetstid torde det redan i dag finnas incentiv att ingå avtal, man kan tänka sig att skärpa dylika element i semesterlagen. Vidare kan man naturligtvis synliggöra detta genom att skriva in de materiella minimikraven i utstationeringslagen och samtidigt ange att kraven kan frångås genom att ingå i dessa lagar avsedda avtal.

6.6 Ordre public

Som redan nämnts kan medlemsstaterna ålägga gästande företag att tillämpa arbets- och anställningsvillkor på andra områden än de som ingår i den hårda kärnan om bestämmelserna rör *ordre public* (artikel 3.10). Detta skall då ske i enlighet med fördraget och tillämpas på inhemska företag och företag från andra medlemsstater på samma villkor. Denna möjlighet tillkommer enligt Laval- domen enbart nationella myndigheter, och inte arbetsmarknadens parter.

Det torde vara möjligt att utsträcka andra villkor än den hårda kärnan som ingår i förbundsavtalen om (1) villkoren rör *ordre public* och (2) det finns lagstöd för att utsträcka dessa.

(1) Vad som avses med *ordre public* i utstationeringsdirektivets mening är inte klarlagt. Vår uppfattning är att begreppet i direktivet inte kan ha den snäva betydelse som det traditionellt haft i svensk internationell privat rätt (uppenbart strider mot rättsordningens grunder). Utrymmet medger inte att vi här utvecklar denna syn. Här kan dock anmärkas att man i direktiven till Laval-utredningen tycks jämställa begreppet med *internationellt tvingande regler* (jfr artikel 7 Romkonventionen).¹⁸

¹⁸ Direktiv 2008:38 s. 12

Utgångspunkten visavi ordre public är att de enskilda medlemsstaterna i allmänhet själva kan definiera vad de anser falla under begreppet. Å andra sidan står det klart att man inte kan kringgå direktivets skyldigheter med detta begrepp. Det bör finnas goda argument och traditioner för att en medlemsstat med framgång skall kunna åberopa ordre public enligt 3.10 i direktivet.

I 5 § utstationeringslagen ingår lagstiftning av olika karaktär. Här nämns exempelvis semesterlagen som typiskt reglerar anställningsförhållandet och följer avtalsstatutet för detta, medan arbetsmiljöregleringen typiskt är en myndighetsreglering som gäller territoriellt i Sverige på allt arbete som utförs här, oberoende om den som utför arbetet gör detta med stöd av ett anställningsavtal som lyder under främmande rätt. De sistnämnda reglerna anses tillämpliga på allt arbete som utförs i landet, helt oberoende av regleringen i utstationeringslagen.

Det finns en viss reglering som kan sägas ligga inom gränzonen mellan privat och offentlig reglering. Ett typexempel är regleringen av ersättning vid arbetsskador.

Arbetsgivaren ansvarar i princip för skador som drabbar arbetstagaren på grund av olycksfall eller annan skadlig inverkan i arbetet, om arbetsgivaren eller någon i dennes tjänst varit vårdslös (2 kap. 1 § och 3 kap. 1 § skadeståndslagen 1972:207). Denna regel lär inte vara tillämplig på arbetsskador som drabbar utstationerade arbetstagare (jfr 4.2–3 Rom II-förordningen). Inte heller lagen (1976:380) om arbetsskadeförsäkring torde vara tillämplig på utstationerade arbetstagare (jfr förordningen 1408/1971 om koordinering av social trygghet art. 52–55, kommenterade av t.ex. Westerhäll, Lotta, Social trygghet och migration, Stockholm 1995).

Det torde vara fullt gångbart att hävda att ersättning för arbetsskada utgör ordre public enligt artikel 3.10. Här handlar det om ekonomisk grundtrygghet för arbetstagare som skadas i arbetet.

(2) Som nämnts förutsätter en tillämpning av 3.10 medverkan av nationella myndigheter. Detta torde kunna ske genom att ändringar i utstationeringslagen. När det gäller ersättning för arbetsskador torde det vara möjligt att i utstationeringslagen föreskriva att en utstationerad arbetstagare skall omfattas arbetsskadeförsäkring som ger ett fullgott skydd för i Sverige inträffade olyckor. Ovan har vi angett att det bör vara tillåtet att för fackföreningar att kräva kollektivavtal som gör den hårda kärnan till avtalsinnehåll. Med en bestämmelse i utstationeringslagen om att arbetsgivaren är skyldig att ha fullgod försäkring borde fackföreningarna ha möjlighet att kräva att arbetsgivaren träffar

kollektivavtal som omfattar arbetsskadeförsäkring, om arbetsgivaren inte kan visa denne har en motsvarande försäkring (som ger skydd för olyckor i Sverige).

6.7 Allmängiltighet

Allmänt.

Inledningsvis kan konstateras att även om EG-domstolen är noga med att understryka att medlemsstaterna är ”fria att på nationell nivå välja ett annat system än de system som uttryckligen anges i direktivet”, så kan allmängiltigförklaring av kollektivavtal ses som ett slags huvudregel i direktivet. Frågan uppstår därför om det kunde vara ändamålsenligt, önskvärt eller görligt att införa ett sådant system i Sverige. I det följande gör vi inte några försök på att utvärdera en sådan modell i arbetsmarknadspolitiskt hänseende (effekter på organiseringsgrad etc.). Istället vill vi närmast skissera hur en sådan lösning tekniskt kunde genomföras och anpassas till rådande svensk arbetsmarknadspraxis. Det är i detta hänseende skäl att fråga sig

- i. vilka avtal eller avtalsvillkor skall förklaras allmängiltiga?
- ii. genom vilken mekanism skall detta ske?
- iii. vilka rättsföljder skall allmängiltigförklaringen medföra?

Vilka avtal eller avtalsvillkor?

Det står klart att en allmängiltigförklaring kan avse de delar av de allmänna branschavtalen (kanske minimilöner och olika extra ersättningar), vilket som ovan framgått antagligen kräver att branschavtalens minimilönereglering utvecklas för att lämpa sig för denna funktion. Det är alternativt fullt möjligt att allmängiltigförklara den typ av avtal som ingåtts med tanke på utländska arbetsgivare, som tillfälligt låter utföra arbete i Sverige, och som väljer att för denna period inträda i en svensk arbetsgivarorganisation. Ett sådant avtal kan allmängiltigförklaras och äga tillämpning under förutsättning att den kravnivå som här uppställs inte ligger över den allmänna nivån i Sverige. Slutligen kan man tänka sig att arbetsmarknadsparterna branschvis sluter ett särskilt avtal som skall tillämpas på utstationerade arbetstagare, dvs. personer som är

tillfälligt anställda i Sverige. Detta skulle sedan kunna allmängiltigförklaras som en miniminivå som alltid måste tillämpas om man sysselsätter anställda i branschen, men ett eventuellt kollektivavtal med normal-tillämpning (dvs. ett i MBL avsett avtal) skulle alltid äga företräde och det allmängiltiga avtalet skulle endast komma att tillämpas på anställda hos arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal enligt 26 § (eller 28 § första stycket) MBL.

Genom vilken mekanism skall detta ske?

Här finns många olika modeller i bruk internationellt. Man kan tänka sig att avtal som uppfyller vissa lagstadgade kriterier, dvs. ingås av riksomfattande branschorganisationer i uttryckligt syfte att äga tillämpning på utstationeringssituationer och som innehåller minimilöne-reglering automatiskt får allmängiltig verkan med stöd av lag. Man kan också tänka sig att ett opartiskt organ särskilt konstaterar att avtalet fyller de formella kraven och konstaterar att det är allmängiltigt. Man kan också ge en snävare eller vidare prövningsrätt åt den som beslutar om att tillerkänna ett avtal allmängiltig verkan. I detta fall kunde en transparent lösning vara att exempelvis medlingsinstitutet kunde konstatera allmängiltighet hos minimilöneregleringen, som kunde träda i kraft efter kungörelse från myndighetens sida.

Vilka rättsverkningar?

En viktig fråga är vilka rättsverkningar allmängiltighet av ett särskilt avtal om minimilön för utstationerade anställda kunde få. Det är naturligtvis svårt att tänka sig att lönevillkoren inte skulle utgöra en minimilön också för svenska företag. Det är visserligen antagligen EG-rättsligt möjligt att införa en sådan regel. Det centrala enligt den svenska modellen är dock att ett dylikt avtal alltid vore sekundärt i förhållande till ett kollektivavtal enligt MBL och att arbetsgivarens skyldighet att följa minimilönervillkoren i det allmängiltiga avtalet inte skulle motsvaras av någon fredsplikt på arbetstagsidan. Detta innebär att facket fritt kunde ställa krav på kollektivavtal gentemot svenska företag. Samma krav kan också ställas mot utländska företag, men här kommer alltså den från 49 EG emanerande fredsplikten att göra sig gällande och stridsåtgärder i syfte att förmå utstationerande arbetsgivare att teckna och följa normala svenska branschavtal kommer alltså ofta att vara förbjudet. Detta förbud har dock ingen relevans för svenska företag som alltså i enlighet med tidigare praxis kan pressas – i sista hand genom stridsåtgärder – att teckna kollektivavtal.

6.8 Revision av utstationeringsdirektivet

Bland EU:s medlemsländer ser man principiellt väldigt olika på behovet av att revidera utstationeringsdirektivet efter de kontroversiella domarna Laval, Viking och Rüffert. Inom de nya medlemsstaterna ses behovet som ringa, vilket bland annat kommit till uttryck genom kommissionär Spidlas (Tjockien) kommentarer. I Tyskland och de nordiska länderna finns – åtminstone bland dem som är ordentligt insatta i problematiken – ett utbrett bekymmer över domslutens implikationer.

En totalrevision av direktivet ter sig i dag med beaktande av de politiska konstellationerna inom EU efter de senaste parlamentsvalen i Italien som ett riskprojekt. Däremot är det enligt vår mening svårt att se hur man kan nå ens en någorlunda balanserad tillämpning av direktivet i framtiden utan att Gemenskapens lagstiftande makt tar ställning i frågan.

En utgångspunkt för den rättspolitiska diskussionen måste rimligtvis vara att EG-domstolen, som ovan framgått, utgått från att utstationeringsdirektivet representerar ett slags auktoritativ proportionalitetstolkning av 49 EG eftersom man systematiskt talar om en tolkning av utstationeringsdirektivet mot bakgrund av artikel 49 EG.¹⁹ Denna tolkning är såtillvida ohistorisk att direktivets tillkomst ju hade en betydligt mera mångsidig bakgrund än enbart hänsyn till den fria rörligheten av tjänster enligt 49 EG. Förutom att direktivet klart i ingressen betonar socialpolitiska skyddshänsyn (p. 5) så har direktivet en klar betydelse som undantag till lagvalsreglerna enligt Romkonventionen.

Ett explicit förtydligande av utstationeringsdirektivet ter sig nödvändigt efter det ohållbara rättsläge som Rüffert-domen fört med sig avseende handlingsutrymmet för sociala klausuler i samband med offentlig upphandling.

Internationella arbetsorganisationen ILO:s konvention 94 om ”Arbetsklausuler i offentliga kontrakt” tillkom efter andra världskriget då offentliga myndigheter ingick många kontrakt för att garantera återuppbyggnaden efter kriget. Syftet var att garantera konkurrensneutralitet genom att föreskriva att avtalsparter och deras underleverantörer måste följa kollektivavtalsvillkor i branschen som gällde på orten där arbetet utfördes. Denna skyldighet för offentliga myndigheter att föreskriva att man följde branschavtalens kollektivavtal i offentliga kontrakt utgör ingenting sensationellt, det har funnits en lång

¹⁹ Se t.ex. p. 43 i Rüffert-domen C-346/06.

västerländsk tradition i England för dylika villkor genom en s.k. ”fair wages”-reglering som fortfarande starkt lever vidare i USA där det på delstatsnivå finns många regleringar i dylikt syfte.

Inom EU har ILO 94 ratificerats av Belgien (1952), Danmark (1955), Finland (1951), Frankrike (1951), Nederländerna (1952), Italien (1952), Spanien (1971), Österrike (1951) och England (1950), England sade upp konventionen 1982 under Thatcher. Bland de nya medlemsländerna har åtminstone Bulgarien (1955) och Cypern (1960) ratificerat konventionen

För samtliga länder är läget det att ratifikation har skett innan EU-medlemskap. För samtliga dessa länder blir artikel 307 EG relevant. Detta faktum har en viktig betydelse vid lösning av den konflikt som uppstått mellan domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet i Rüffert å ena sidan samt de skyldigheter ILO 94 ålägger medlemsstaterna å den andra sidan. Enligt artikel 307 skall de rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig till EU, före tidpunkten för deras anslutning mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje länder skall inte påverkas av bestämmelserna i EG-fördraget. I den mån dessa avtal inte är förenliga med detta fördrag skall den eller de berörda medlemsstaterna vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget.

Konflikten mellan ILO 94 och utstationeringsdirektivet finns i utstationeringssituationer som samtidigt utgör offentlig upphandling enligt ILO 94 och där medlemsstaten är tvungen att garantera villkor enligt lokalt kollektivavtal inom branschen, ett åtagande som EG-domstolen såg som oförenligt med fördraget i Rüffert-domen. I fallet kommenterades överhuvudtaget inte ILO 94. Eventuellt kan detta förklaras med att Tyskland inte ratificerat konventionen. Om så är fallet måste samtidigt slås fast att rättsläget för ett tiotal medlemsländer ter sig oklart och komplicerat efter domen. Hur skall rättsläget bedömas med hänsyn till ILO 94 och artikel 307 EG?

Det förefaller mot denna bakgrund rimligt att kräva ett förtydligande av utstationeringsdirektivet på tre punkter:²⁰

²⁰ Ett lämpligt forum för diskussion om detta utgör ILO:s konferens i juni 2008, där konventionen ILO 94 finns på agendan. Se *International Labour Conference, 97th Session, 2008, General Survey of reports submitted under article 19 (Report III (Part IB)), the Labour Clauses (Public Contracts) Convention 1949 (No. 94), and the Labour Clauses (Public Contracts) Recommendation, 1949 (No. 84).*

1. den offentliga sektorn är en särskild sektor som kan legitimera särlösningar inte minst inom upphandlingssituationer
2. icke allmängiltigförklarade kollektivavtal som är allmänt gällande inom branschen och ingåtts av representativa organisationer bör rimligtvis kunna utgöra referenspunkt för vad som är gångbart som minimilön på nationell nivå. Medlemsstaterna bör ha en viss grad av fri prövningsrätt då det gäller att fastställa denna nivå, det viktiga är att kraven på icke diskriminering och transparens uppfylls.
3. utstationering kan endast komma i fråga under en begränsad tidsperiod, man kunde tänka sig att ange ett maximum om ca 6 månader el. dy.

Slutligen kan det vara skäl att understryka att konflikten mellan utstationeringslagen och ILO 94 endast gäller det område där tillämpningsområdet för dessa rättsliga instrument är överlappande. I de situationer där det är fråga om offentlig upphandling och anbudskonkurrens utan att de anställda utstationeras (de kanske anställs särskilt för upphandlingsprojektet i värdlandet) uppstår inga problem. Likaså står det klart att gränsöverskridande utstationering i de flesta fall sker i situationer som faller utanför tillämpningsområdet för ILO 94, som ju endast kommer att bli tillämplig, då offentlig myndighet direkt eller indirekt är beställare av det arbete som skall utföras.

www.fackeninomindustrin.se