



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Birgitta Behrens

Det föreslagna Tjänstedirektivet
och
låglönekonkurrens

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Norberg

Ämnesområde: Arbetsrätt

Termin: Ht 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Ämnet för uppsatsen	4
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Metod, material och avgränsningar	5
1.4 Disposition	5
2 EG-RÄTTEN	7
2.1 Fri rörlighet för tjänster	7
2.1.1 Allmänna EG-rättsliga principer	9
2.2 Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet	11
2.2.1 Direkt diskriminering	11
2.2.2 Indirekt diskriminering	12
2.2.3 Proportionalitetsprincipen	13
3 TJÄNSTEFRIHET OCH LÅGLÖNEKONKURRENS	15
3.1 Rush Portuguesa och efterföljande rättspraxis	15
3.2 Egen analys	18
4 UTSTATIONERINGSDIREKTIVET	20
4.1 Direktivet 96/71/EG	20
5 DEN SVENSKA RÄTTEN	23
5.1 Den svenska arbetsrättsmodellen	23
5.2 Lex Britannia	25
5.2.1 Britannia-målet	25
5.2.2 Lagändring 1991- Lex Britannia	26
5.3 Utstationeringslagen (1999:678)	27

6	VAXHOLMSFALLET	29
6.1	Händelseförloppet	29
6.2	Parternas argumentation	30
6.2.1	Exklusiv kompetens	30
6.2.1.1	Egen analys	31
6.2.2	Direkt diskriminering	32
6.2.3	Avsiktlig indirekt diskriminering	32
6.2.3.1	Egen analys	33
6.2.4	Proportionalitetsprövning vid vanlig indirekt diskriminering på grund av nationalitet	35
6.2.4.1	Egen analys	36
6.2.5	Likartad situation som etablering	37
6.2.5.1	Egen analys	39
6.2.6	Utstationeringsdirektivet; Bristande implementering	40
6.2.6.1	Egen analys	42
7	TJÄNSTEDIREKTIVET: KOM (2004) 2 SLUTLIG	44
7.1	Bakgrund	44
7.2	Lissabonstrategin	44
7.3	Rättslig grund	45
7.4	Ursprungslandsprincipen	45
7.5	Representation i arbetslandet/ Förhandlingsrätten	47
8	AVSLUTANDE SYNPUNKTER	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	51
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

Sammanfattning

Syftet med mitt arbete har varit att utreda vilken effekt det föreslagna tjänstedirektivet skulle kunna få för låglönekonkurrensen i förhållande till den svenska arbetsrättsmodellen. Detta låter inte sig göras utan att först utreda dagens rättsläge, och jag har valt att göra detta i förhållande till det pågående Vaxholmsmålet. Grundläggande för hur effekten av hur tjänstedirektivet ska bedömas är hur nuvarande rättsläge är beskaffat. Den centrala EG-rättsliga bestämmelsen är artikel 49 EG och utstationeringsdirektivet som enligt min uppfattning preciserar denna artikels innebörd avseende låglönekonkurrens.

Kritiken som hörts mot förslaget till tjänstedirektiv måste anses gälla även idag, men då i förhållande till utstationeringsdirektivet och följderna av fallet Rush Portuguesa och den osäkerhet som finns kring det gällande rättsläget. I uppsatsen beskriver jag ett av flera möjliga svarsalternativ. Detta förutsätter dock att jag har rätt i samtliga de slutsatser angående de förutsättningar jag bedömt som viktiga. Skulle jag ha fel i en enda av mina slutsatser faller hela resonemanget och den slutliga effekten skulle komma att bedömas på ett helt annat sätt.

Utifrån min studie har jag kommit fram till att enda säkra slutsatsen om tjänstedirektivets påverkan på den svenska arbetsrättsmodellen är att en medlemsstat inte längre kommer att äga rätten att kräva att anställningsrelaterade handlingar ska bevaras på plats. I övrigt beror tjänstedirektivets inverkan på den svenska arbetsmarknaden helt på vem som gjort en riktig tolkning av gällande rätt idag.

Slutligen delar jag Bernitz uppfattning att den svenska obenägenheten att fatta positiva beslut om att inhämta förhandsavgörande är olycklig. Bernitz menar att genom att EG-domstolen inte tillförs tillräcklig kännedom om nordisk rätt missar Sverige därigenom sin möjlighet att påverka rättsutvecklingen. Bernitz avslutar artikeln med ”förhoppningsvis besinnar svenska domstolar detta och förstår att genom att begära förhandsavgörande för man fram nordisk rättskultur och våra rättspolitiska problem i det europeiska ljuset och förbättrar våra påverkansmöjligheter”.

Förord

Att skriva ett examensarbete om ett förslag till ett EU-direktiv har varit både lärorikt och spännande. Speciellt som det har kommit att bli mycket diskussion kring förslaget till tjänstedirektiv, och debatten har stundtals varit högljudd, men hela tiden präglats av ett stort engagemang. Detta engagemang har jag mötts av från de personer som jag har besökt för att få ta del av deras syn på saken. Jag vill därför passa på att tacka de personer som tog sig tid att träffa mig, att leta fram och skicka material och diskutera frågor per telefon. Från Svenskt Näringsliv vill jag främst tacka Christian Arhde vid Confederation of Swedish Enterprise i Bryssel och Gustaf Lorentz i Malmö. Från fackföreningsrörelsen vill jag främst tacka Lars Nyberg och Dan Holke på LO.

Jag vill även tacka min handledare, Per Norberg, för dina initierade och alltid lika stimulerande synpunkter.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EG	Europeiska Gemenskapen
EGF	EG-fördraget
EU	Europeiska Unionen
ITF	Industritjänstemannaförbundet
LO	Landsorganisationen
MBL	Lag om Medbestämmande i Arbetslivet
SACO	Sveriges Akademikers Centralorganisation
SAF	Svenska arbetsgivarföreningen
TCO	Tjänstemännens Centralorganisation
UD	Utrikesdepartementet

1 Inledning

1.1 Ämnet för uppsatsen

Tjänstedirektivet var medlet som skulle åstadkomma att målet med Lissabonstrategin – att på ett decennium omvandla den europeiska unionen till världens mest konkurrenskraftiga kunskapsekonomi – skulle uppnås. Beslutet togs 2000 vid toppmötet i Lissabon, och i år – 2005 - har således halva tiden för uppfyllandet gått.

Under de senaste åren har en het debatt rasat i pressen mellan representanter för näringslivet och fackföreningsrörelsen om förslaget till tjänstedirektiv. Argumentationen har böljat fram och tillbaka mellan ytterligheter såsom att ”direktivet är en nödvändighet för att skapa tillväxt och sysselsättning”¹, till att ”tjänstedirektivet leder till en konkurrens mellan olika system och en spiral nedåt där alla på sikt får sämre villkor”². Jag har för avsikt att undersöka vilken effekt det föreslagna direktivet skulle få på den svenska arbetsrättsmodellen.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mitt syfte är att utreda och tolka tjänstedirektivet mot bakgrund av den svenska rätten. Detta är inte möjligt att göra utan att även belysa EG-rätten och utreda den svenska rättens förenlighet med denna.

Grundläggande för hur effekten av hur tjänstedirektivet ska bedömas är hur nuvarande rättsläge är beskaffat. Den centrala EG-rättsliga bestämmelsen är artikel 49 EG och utstationeringsdirektivet som enligt min uppfattning preciserar denna artikels innebörd avseende låglönekonkurrens.

Mina frågeställningar är därför:

1. Påverkar artikel 49 EG och utstationeringsdirektivet den svenska arbetsrättsmodellen och i så fall hur?
2. Kommer tjänstedirektivet att påverka den svenska arbetsrättsmodellen på något annat sätt och i så fall hur?

¹ Jivmark, Eva, ansvarig för tjänstehandelsfrågor på EU-nivå och inom WTO i Svenskt Näringsliv i ett tal i Riksdagens andra kammare, ”Näringslivets offentliga utfrågning om tjänstedirektivet”, 2004-11-18.

² LO:s Pressmeddelande ”Kampen om tjänstedirektivet på väg att vinnas”, 2005-02-11.

1.3 Metod, material och avgränsningar

Ganska tidigt stod det tydligt att det inte fanns särskilt mycket skrivet om tjänstedirektivet i samlad bokform. I stället har jag sökt mycket av den information jag bygger uppsatsen på i övriga källor, dagspress, artiklar i fackpress, olika hemsidor på nätet och till viss del i intervjuer jag gjort med personer som är insatta i ämnet. Jag har även studerat förslaget till tjänstedirektiv och andra direktiv och lagtexter som är av vikt för besvarandet av mina frågeställningar, förarbeten till dessa, praxis i EG-domstolen och AD samt rapporter och utredningar. Arbetet vilar således i stort på en rättsdogmatisk grund. Till viss del används även rätthistorisk modell när jag beskriver uppkomsten av den svenska arbetsrättsmodellen och den EG-rättsliga regleringen.

Principen om fri rörlighet omfattar såväl reglerna gällande tillhandahållande av tjänster som reglerna om etablering.³ Vid en etablering har rent generellt de nationella lagarna en större genomslagskraft än vid tillhandahållandet av tjänster. När en person stadigvarande och kontinuerligt bedriver yrkesverksamhet i en annan medlemsstat från en stadigvarande plats, skall reglerna om etablering tillämpas och nationella regler tillämpas från dag ett. Efter detta konstaterande kommer jag i mitt övriga arbete inte att behandla reglerna om etablering vidare.

Jag har valt att koncentrera mig på att besvara de arbetsrättsliga frågeställningar jag ställt upp, och vill således inte på något sätt göra anspråk på att ha utfört en heltäckande undersökning av tjänstedirektivets följder. Bland annat har jag valt att lämna en nog så intressant diskussion, om direktivets eventuella följder för de svenska monopolen, utanför uppsatsen. Inte heller reglerna om uthyrning av personal berörs.

I de EG-rättsliga rättsfallen där arbetsrätten har behandlats tar jag upp och beskriver målen mer utförligt, medan jag i de andra fallen bara tar upp det som är viktigt för min uppsats.

1.4 Disposition

I mitt arbete börjar jag med en redogörelse över EU-rätten och den fria rörligheten för tjänster i kapitel 2, och i kapitel 3 beskrivs låglönekonkurrens och dess reglering. I kapitel 4 presenteras utstationeringsdirektivet. Därifrån går jag vidare till en redogörelse över den svenska rätten i kapitel 5. För att belysa de områden där EG-rätten och den svenska rätten eventuellt inte helt överensstämmer har jag valt att spegla frågeställningarna genom det svenska Vaxholmsfallet, där ett lettiskt bolag som tillfälligt utförde arbete i Vaxholm har väckt talan mot svenska fackföreningar som satte bolaget i blockad för att tvinga fram ett svenskt

³ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. Europarättens grunder, sid. 222-223.

kollektivavtal, trots att det fanns ett lettiskt sådant. Detta beskrivs i kapitel 6. I kapitel 7 presenteras tjänstedirektivet och slutligen, i kapitel 8, redovisar jag min syn på de eventuella förändringar tjänstedirektivet skulle medföra, dels i förhållande till gällande EG-rätt och dels i förhållande till den svenska arbetsrättsmodellen.

2 EG-rätten

EG-rätten utgör en egen rättsordning som omfattar de grundläggande fördragen med anslutningsfördrag, av EG ingångna konventioner, lagstiftning av EU:s organ, EG-domstolens och förstainstansrättens rättspraxis samt hänvisningar till allmänna rättsprinciper. I dessa regelverk bestäms gränserna för det område EG-rätten ska reglera, även kallat EG-rättens kompetens.⁴ I den mån kompetens överförs till gemenskapen uppges motsvarande nationell kompetens.

Medlemsländernas domstolar och myndigheter är skyldiga att tillämpa EG-rätten. Gemenskapens grundläggande rättskälla är EG-fördraget (EGF) som är en del av EU-fördraget. Fördragen är en del av *EU:s primärrätt*. De rättsregler som utfärdats av institutionerna (Europaparlamentet, rådet, kommissionen, domstolen och revisionsrätten) utgör den s.k. *sekundära EG-rätten*. Fördraget har företräde framför en sekundär rättsregel.

De viktigaste rättsreglerna som kan utfärdas av kommissionen och rådet är förordningar och direktiv. Förordningar är allmängiltiga och riktar sig till alla medlemsstater. De är bindande till alla delar och gäller omedelbart. Direktiv är bindande för de medlemsstater de riktar sig till. De innehåller de resultat som ska uppnås men överlåter åt medlemsstaterna att genom nationella regler utforma medlen för att nå målen. För arbetsrätten är direktiv den viktigaste rättskällan.

2.1 Fri rörlighet för tjänster

EGF, som tillsammans med senare tillkomna kompletteringar kan betecknas som ett slags grundlag eftersom det reglerar verksamheten, slöts 1957 i Rom (Romfördraget), och har förändrats ett flertal gånger. För att uppnå de eftersträlvade ekonomiska målen på EU:s inre marknad är tanken att de olika nationernas avgränsade marknader skall förändras till en samlad marknad med samordnad politik, baserad på principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens. För att uppnå detta skall alla handelshinder avskaffas mellan medlemsstaterna och fri rörlighet över gränserna skall råda inom hela unionen för varor, personer, tjänster och kapital, de s.k. *fyra friheterna*. Vidare skall likabehandling och likvärdiga möjligheter till marknadstillträde säkerställas. I enlighet med EG-fördragets artikel 49 ska det i princip råda full frihet att tillhandahålla tjänster på den gemensamma marknaden och medlemsstaterna får inte upprätthålla några diskriminerande krav eller nationella hinder för utländska företag.

För att kunna angripa en nationell åtgärd eller begränsning innebär *samhandelskriteriet* att det måste finnas en möjlighet att åtgärden eller

⁴ Se vidare kapitel 2.1.1.

begränsningen kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Gäller ett fall däremot omständigheter som är av en medlemsstats rent inre förhållanden, eller det inte är frågan om ekonomisk verksamhet, är fördragets regler således inte tillämpliga.⁵

Principen om fri rörlighet innebär att det ska vara lika lätt att utföra tjänster i ett annat land som det är att göra det inom det egna landet. Huvudregeln är att en tjänst som utförs av ett företag eller en person enligt reglerna i hemlandet också ska vara tillåten i andra EU- länder. Detta gäller både enligt ursprungslandsprincipen⁶ och enligt principen om ömsesidigt erkännande⁷, även kallad Cassis de Dijon-principen.⁸. Världlandet kan stoppa farliga tjänster, men bara om man kan bevisa att tjänsten hotar ett skyddsintresse som t.ex. hälsa, allmän ordning och säkerhet, arbetarskydd, konsumentskydd, omtanke om miljön eller stabiliteten i socialförsäkringssystemet.

Vad som ska anses vara "tjänster" beskrivs i artikel 50, stycke 1, som prestationer som normalt utförs mot ersättning. Tjänster är ett uppsamlingsbegrepp som omfattar allt som inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer. Med tjänster ska särskilt avses verksamhet:

1. av industriell natur
2. av kommersiell natur
3. inom hantverk
4. inom fria yrken.

Undantagna från tjänstefriheten är sådana tjänster som är förenade med utövandet av offentlig makt.

Friheten att tillhandahålla tjänster gäller fysiska personer med medborgarskap i EU och med sådan fysisk person likställs bolag som bildats i överenskommelse med en medlemsstats lagstiftning och har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen (artiklarna 55 och 48 EG).

⁵ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. Europarättens grunder, sid. 188.

⁶ Enligt huvudregeln för ursprungslandsprincipen får en tjänst som utövas i tjänsteföretagets hemland/ursprungsland även få utövas i alla länder som ingår i den inre marknaden.

⁷ Enligt principen om ömsesidigt erkännande av varor skall produkter som lagligen saluförs i ett medlemsland som huvudregel inte kunna hindras tillträde till övriga medlemsländer.

⁸ Efter mål 120/78 Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) (REG 1979, s 649), ett för den europeiska integrationen och den inre marknaden historiskt rättsfall från EG-domstolen. Tyska myndigheter förbjöd import till och försäljning i Tyskland av den franska likören Crème de Cassis de Dijon då denna inte innehöll samma alkoholhalt som likör tillverkad i Tyskland normalt har. EG-domstolen fann att Tysklands agerande inte tjänade nödvändigt syfte (detta kunde enklare ha uppnåtts genom att alkoholhalten uppgavs t.ex. på en etikett på flaskan), och dömde till Tysklands nackdel.

Arbetets eller verksamhetens tillfälliga karaktär (artikel 50, st. 3 EG) är avgörande vid gränsdragningen mellan friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten för personer. I det fall verksamheten i värdlandet får en permanent karaktär, tex. då en person flyttar till en annan medlemsstat för att där utöva ekonomisk verksamhet, har EG-domstolen konstaterat att det blir antingen reglerna om fri rörlighet för person eller reglerna för etableringsrätt som tar över.⁹

En tjänsteutövare får, om det krävs för att utföra verksamheten, skaffa sig nödvändig infrastruktur i form av kontor, mottagning eller liknande utan att det medför att reglerna om etablering blir tillämpliga. Just den anlagda infrastrukturen utgör en viktig gränsdragning. Så länge denna inte blir för omfattande kan en näringsidkare ha en omfattande verksamhet i en annan medlemsstat och ändå åberopa etableringslandets lagar.¹⁰

2.1.1 Allmänna EG-rättsliga principer

Grundläggande för fördelningen av lagstiftningskompetensen mellan EU och medlemsstaterna är legalitetsprincipen.¹¹ Principen innebär att gemenskapen inte ska verka på andra områden än där fördragen, såsom EG-domstolen tolkar dessa, medger. EG har således bara den kompetens som medlemsstaterna har överlåtit till gemenskapen genom fördragen och saknar möjligheten att tilldela sig ytterligare kompetens än vad dessa fördrag medger. Det område gemenskapen reglerar brukar kallas *EG:s exklusiva kompetensområde*, och hit hör t.ex. strukturen på den inre marknaden, jordbrukspolitikerna, valutaunionen och utrikeshandeln.

På andra områden har både EG och medlemsstaterna lagstiftningskompetens, s.k. *delad kompetens*, och ansvarsfördelningen avgörs här av subsidiaritetsprincipen, även kallad närhetsprincipen. Denna princip innebär att besluten ska fattas så nära medborgarna som möjligt och således ska åtgärder inte vidtas på en högre beslutsnivå än vad som är behövligt. För att gemenskapen ska ha kompetens att vidta åtgärder på områden där kompetensen är delad ska två grundläggande rekvisit vara uppfyllda:

1. målen för den planerade åtgärden ska inte i tillräcklig utsträckning kunna uppnås av medlemsstaterna och
2. målen för den planerade åtgärden ska, p.g.a. åtgärdens omfattning och verkningar, bättre kunna uppnås på gemenskapsnivå.

⁹ Nyström, Birgitta. EU och arbetsrätten, sid. 113-114 med hänvisning till Mål C-55/94 Gebhard.

¹⁰ Otken Eriksson, Ida. ”Slagskepp eller kanonbåt? – EG-rättslig utvärdering av tjänstedirektivet”, ur Lissabonstrategin i halvtid, sid. 208.

¹¹ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. Europarättens grunder, sid. 104 ff.

Slutligen finns ett stort utrymme som inte inrymmer i fördragen där medlemsstaterna helt har lagstiftningskompetensen. Detta område kallas *medlemsstaternas exklusiva kompetens*, vilket innebär att EG saknar kompetensen att utfärda särregleringar på detta område.

Att sjukvården är en rent nationell angelägenhet betonas av EG-domstolen t.ex. i Duphar-fallet som rörde frågan om hanteringen av kostnader för medicin och ytterst berörde hur Nederländerna valt att utforma sitt sociala skydds nät.¹² Inom området för exklusiv nationell kompetens ligger förutom sjukvården även det sociala området, med t.ex. pensioner, sjukförsäkringar och föräldraförsäkringar.¹³

Att det förekommer regleringsområden som ligger utanför gemenskapsrätten hindrar emellertid inte EG-domstolen från att tillämpa allmänna EG-rättsliga principer på områden som är att anse som rent nationella angelägenheter. Således kan åtgärder vidtagna inom den nationella exklusiva kompetensen prövas av EG-domstolen under vissa förutsättningar. Som exempel kan nämnas att på sjukvårdens område har prisregleringar på läkemedel granskats av EG-domstolen och direkt diskriminerande prisregleringar har underkänts i ett par fall.¹⁴ Vidare har olika aspekter av ett nationellt rättsväsende prövats EG-rättsligt, trots att det inte är någon tvekan om att rättsväsendet ligger inom den exklusiva nationella kompetensen.¹⁵

Strejkrätten ingår i den nationella kompetensen.¹⁶ I målet Kommissionen mot Frankrike konstaterade domstolen att medlemsstaterna visserligen ensamma har behörighet att föreskriva vilka åtgärder de ska vidta och faktiskt tillämpa för att säkerställa fri rörlighet för varor inom sina territorier, men att det ändå ankommer på EG-domstolen att pröva om de vidtagit lämpliga sådana.¹⁷

¹² Mål C-283/82 Duphar BV m.fl. mot Nederländerna (REG 1984, s 523).

¹³ Norberg, Per. Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, sid. 215.

¹⁴ Se t.ex. C-249/88 Kommissionen mot Belgien (REG 1991, I-1275), 56/87 Kommissionen mot Italien (REG 1988, s 2919). I dessa fall handlade det om rent protektionistiska regler som inte kunnat motiveras utifrån konsumenternas behov av bra och billiga läkemedel.

¹⁵ Norberg, Per. Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, sid. 220, med hänvisning till bl.a. 33/74 van Binsbergen (REG 1974, s. 1299), 71/76 Thieffry (REG 1977, s. 765) och 107/83 Klopp (REG 1984, s. 2971).

¹⁶ Enligt artikel 11 i den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) äger medborgarna frihet att delta i sammankomster och föreningsliv, och i detta ingår rätten att ansluta sig till fackföreningar. Det finns emellertid i artikeln ingen uttrycklig rätt att strejka. I artikel 28 i utkastet till EU:s stadga om mänskliga rättigheter från Nice och i förslaget till ny konstitution, som nu förmodligen kommer att omarbetas, finns rätten att strejka nämnd. Av detta kan man anta att strejkrätten ska anses vara en av de grundläggande fri- och rättigheterna.

¹⁷ Mål 265/95 Kommissionen mot Frankrike (REG 1997, I-6959). Franska bönder hade under ett tiotal år hindrat lastbilar med importerad frukt och grönsaker, förstört laster, misshandlat chaufförer, hotat grossister och handlare och liknade. Frankrike medgav att man från myndigheterna inte ingripit mot missförhållandena. Domstolen fann att Frankrike haft lång tid på sig att vidta lämpliga åtgärder för att hindra böndernas vandalisera och förhindra att de upprepades, men uppenbarligen inte gjort detta. EG-domstolen fann således att Frankrike gjort sig skyldig till brott mot den fria rörligheten för varor (artikel 30) samt

2.2 Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet

Enligt EG-fördraget är all diskriminering på grund av nationalitet förbjuden (artikel 12) och föreskriver att all diskriminering avseende sysselsättning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor ska avskaffas (artikel 39.2.). Förbudet kallas även *likabehandlingsprincipen* eller nondiskrimineringsprincipen. Förbudet gäller såväl direkt som indirekt diskriminering. Enligt artikel 49 i EG-fördraget är inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjuden i förhållande till företag som är etablerade i ett annat EU-land än där tjänsten mottas.

Alla åtgärder en medlemsstat vidtar som innebär hinder för den fria rörligheten ska ske på ett ändamålsenligt sätt och kunna motiveras och försvaras. Sådana hinder får inte vara diskriminerande i förhållande till verksamheter från andra EU-länder. Vid en bedömning av om huruvida åtgärden är diskriminerande eller ej sker inte bara en formell bedömning, utan även en bedömning av om åtgärden i realiteten verkar diskriminerande genom att drabba utländska företag hårdare än inhemska. Skulle en åtgärd konstateras förhindra eller försvåra den fria rörligheten är åtgärden i princip förbjuden.

Från denna princip kan vissa undantag få ske av trängande allmänintresse, men även då sådant tvingande allmänintresse föreligger måste åtgärden vara *proportionerlig* och inte heller gå längre än vad som är nödvändigt för att nå eftersträvat mål. En stat måste, då den vill förvara en åtgärd som innebär en inskränkning i den fria rörligheten, räkna med att utsättas för en kritisk granskning där det förutsätts att åtgärden ska hålla för en proportionalitetsprövning. Vanligtvis brukar en åtgärd som är tydligt avgränsad och relativt klart, gärna empiriskt motiverad, godkännas.¹⁸

2.2.1 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering av näringsutövare på grund av deras nationalitet kan endast vara tillåten där det enligt gemenskapsrätten föreligger undantagsmöjligheter i de snävt tolkade artiklarna 45 och 46, som t.ex. med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Även här måste eventuella inskränkningar vara proportionerliga och nödvändiga för att värna det demokratiska samhällets intressen. Begränsningar av detta slag måste dessutom kunna rättfärdigas utifrån den enskildas personliga beteende. Som exempel kan nämnas att ingrepp vid prostitution har godtagits. Generella

den lojalitetsplikt som ålägger medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördraget fullgörs (artikel 10), genom sin underlåtenhet att förhindra att enskilda hindrar den fria rörligheten för frukt och grönsaker.

¹⁸ Bernitz, Ulf. "Fri rörlighet för tjänster och möjligheterna till nationell kontroll: var går gränserna?" ur Lissabonstrategin i Halvtid, sid. 245.

åtgärder, som exempelvis drabbar grupper av individer oavsett deras personliga uppförande, är således förbjudna.

Allmän ordning har i enlighet med domen i Van Duyn-målet¹⁹ en gemenskapsrättslig innebörd och får enligt EG-domstolen inte definieras nationellt. I målet nekades en holländsk kvinna som avsåg att arbeta för Scientologkyrkan, inresetillstånd i England med hänvisning till att organisationen i England ansågs som anti-social och skadlig. I domen slogs det fast att det i och för sig inte krävdes att ett visst beteende var kriminaliserat för att det skulle motivera begränsningar, men att värdlandet måste ha vidtagit åtgärder för att markera sitt ogillande av beteende som man önskade klassificera som socialt skadliga.

I Sverige tillämpar den svenska staten en non-interventionsprincip på den svenska arbetsmarknaden. Om t.ex. ett företag vill undvika att teckna kollektivavtal så kommer facklig styrka och vilja att vidta stridsåtgärder att ställas mot arbetsgivarens stridsberedskap, utan att samhället ingriper annat än i undantagsfall. En non-interventionsprincip är inte ett så aktivt ingripande att kraven som ställs i Van Duyn-målet uppfylls. Därmed lär det i princip bli omöjligt att försvara direkt diskriminering om en fackförening vidtar stridsåtgärder för att tilltvinga sig ett kollektivavtal.

2.2.2 Indirekt diskriminering

Med indirekt diskriminering menas regler som ställer upp krav som formellt tillämpas lika på inhemska och utländska personer, men som i praktiken medför att utländska personer ges sämre förutsättningar att bedriva sin verksamhet än inhemska personer. Som exempel kan nämnas bosättnings- eller språkrav.

Utrymmet för inskränkningar är större vid indirekt diskriminering än vid direkt diskriminering. Indirekt diskriminering kan vara tillåten ifall det kan visas att de uppställda kraven verkligen har objektiva godtagbara syften och att diskrimineringen endast är att se som en olycklig bieffekt av kravens tillämpning. Sådana hinder måste då vara proportionerliga i relation till intresset och intresset ska inte heller redan skyddas i hemlandet.

EG domstolen har ur Gebhard-målet²⁰ utvecklat ett test för tvingande hänsyn av allmänintresse. För att säkert kunna konstatera om en restriktion eller en indirekt diskriminerande åtgärd är tillåten eller inte slog domstolen fast att ”nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget” skall för att godtas uppfylla fyra förutsättningar:

- de ska vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt

¹⁹ Mål 41/74 Van Duyn mot Home Office (REG 1974, s 1337).

²⁰ Mål C-55/94 Gebhard (REG 1995 s I-4165).

- de ska framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse
- de ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem
- de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning (dvs. vara proportionerlig)

Domstolen har ställt krav på att de skyddshänsyn som åberopas framstår som genuina, att vidtagna åtgärder ter sig ändamålsenliga och proportionerliga samt att mindre ingripande åtgärder inte skulle kunna uppnå syftet. Vid förekomsten av adekvata garantier och kontrollsystem i tjänsteutövarens hemland är värdlandet förpliktigt att ta detta i beaktande, och inte tillämpa ytterligare, onödiga kontrollmedel.²¹

Som exempel på trängande allmänintresse som kan legitimera undantag från den fria rörligheten för tjänster kan nämnas folkhälsoskäl och miljö- eller konsumentskyddskrav. Som ett exempel på konflikten mellan den fria rörligheten för tjänster och nationella folkhälsointressen kan nämnas Gourmetfallet.²² EG-domstolen fann att det svenska totalförbudet för alkoholreklam riktad till konsumenter stred mot den fria rörligheten för både varor och tjänster. Marknadsdomstolen hade sedan att pröva om förbudet likväl kunde godtas under hänvisning till tvingande hänsyn. Marknadsdomstolen kom i sin dom fram till att förbudet inte kunde motiveras av sådana hänsyn.

2.2.3 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att det ska finnas en balans mellan mål och medel och det ska vara sannolikt att målet kan uppnås genom de vidtagna åtgärderna. Principen har utvecklats av EG-domstolen och är numera väl etablerad. Den finns nedtecknad i artikel 5 i EG-fördraget som anger att åtgärder som gemenskapen vidtar skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget.²³ Samma princip gäller även på den nationella lagstiftningsnivån.

För att avgöra om åtgärden ska anses som proportionell har ett proportionalitetstest utformats i tre steg:²⁴

1. Är åtgärden lämplig för att uppnå det önskade syftet?
2. Är åtgärden nödvändig för att uppnå det önskade syftet?
3. Står åtgärdens resultat i skälig proportion till det eftersträvade syftet?

²¹ Mål 279/80 Webb (REG 1981, s 3305).

²² Mål C-405/98 Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB (GIP) (REG 2001, s I-1795), samt Marknadsdomstolens dom, Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB, MD 2003-5.

²³ Craig and De Búrca. EU Law, sid. 372.

²⁴ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. Europarättens grunder, sid. 116.

EG-domstolen har avkunnat ett flertal domar i mål där en medlemsstat har vidtagit åtgärder för att begränsa den fria rörligheten för antingen personer, tjänster eller varor. Målen uppkommer vanligen då en medlemsstat argumenterar för att en restriktion är godtagbar då syftet är att bevara allmän ordning, allmänhälsan eller något av de andra undantagen som fördraget i princip godkänner. EG-domstolen har fastslagit att avsteg från principen om fri rörlighet för arbetstagare kan godtas endast i fall som innebär ett verkligt och allvarligt hot mot allmän ordning, och även då ska åtgärder för att nå syftet åstadkommas med minsta möjliga ingripande medel, dvs. att samma nytta inte hade kunnat uppnås med ett mindre ingripande medel.²⁵ Samma princip gäller för frihet att tillhandahålla tjänster.

Således kan konstateras att EG-domstolen i sin praxis väger den sociala nytta en reglering gör mot den skada den medför på den fria handeln och konkurrensen och att inskränkande åtgärder från medlemsstaterna endast godkänns om den sociala nyttan överväger den skada åtgärden medför för den fria handeln och konkurrensen och den sociala nyttan åstadkommit på ett ändamålsenligt sätt, dvs. att samma nytta inte hade kunnat åstadkommas på ett mindre ingripande sätt.

²⁵ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. Europarättens grunder, sid. 378.

3 Tjänstefrihet och låglönekonkurrens

I detta kapitel presenteras proportionalitetsprövningen där tjänstefrihetens principer hamnat i konflikt med medlemsstaternas önskan att bekämpa social dumpning.

3.1 Rush Portuguesa och efterföljande rättspraxis

Målet Rush Portuguesa mot franska immigrationsmyndigheterna²⁶ ägde rum medan Portugal fortfarande hade övergångsbestämmelser för sitt medlemskap. Fri rörlighet för tjänster, men inte för personer, gällde. I målet hade det portugisiska företaget Rush Portuguesa Lda fått ett entreprenaduppdrag vid byggandet av snabbspårjärnvägen mellan Paris och atlantkusten. Företaget medtog egna portugisiska arbetstagare till Frankrike och dessa betalades lön i enlighet med portugisisk standard, vilken var betydligt under de franska lönenivåerna.

Från Frankrikes sida hävdade de franska immigrationsmyndigheterna att det portugisiska företaget enligt fransk lag måste ha tillstånd för att föra med sig egna arbetstagare och krävde att företaget skulle betala straffavgift för att ha brutit mot dessa bestämmelser. I övergångsbestämmelserna stadgades att tillämpningen av rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen, skulle skjutas upp till den 1 januari 1993. Fram till dess skulle nationella bestämmelser eller bestämmelser till följd av bilaterala överenskommelser gälla, och i dessa krävdes ett förhandsgodkännande av invandring i syfte att utföra avlönat arbete och/eller påbörja en avlönad anställning.

Det portugisiska företaget begärde att detta beslut skulle ogiltigförklaras, och menade att friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen (artiklarna 49 och 50 i EG-fördraget) utgjorde hinder för att tillämpa en nationell lagstiftning som innebar förbud mot att företaget låter sin personal arbeta i Frankrike.

Den administrativa tribunalen i Versailles som hade att bedöma frågan bedömde att avgörandet i målet berodde på tolkningen av gemenskapsrätten och förklarade därför målet vilande och begärde ett förhandsavgörande av EG-domstolen om tolkningen av följande frågor:

²⁶ Mål C-113/89 Rush Portuguesa (REG 1990, s I-1417).

1. Har en medlemsstat (Frankrike) rätt att förhindra att ett portugisiskt företag etablerat i Portugal, utför arbete på franskt territorium med egen portugisisk personal som utför arbete i företagets namn och för dennes räkning, om det förutsätts att den portugisiska personalen omedelbart återvänder till Portugal så snart tjänsterna har utförts?
2. Kan ett portugisiskt företags rätt att tillhandahålla tjänster inom hela gemenskapen underställas villkor av gemenskapens ursprungliga medlemsstater att personal ska anställas på plats, att företaget måste erhålla arbetstillstånd för den egna portugisiska personalen eller betala en avgift till en invandrarmyndighet?

Domstolen börjar med att påpeka att friheten att tillhandahålla tjänster enligt fördragets artiklar 49 och 50, innebär att den som tillhandahåller en tjänst tillfälligt får utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls ”på samma villkor som landet uppställer för sina egna medborgare”. Dessa artiklar i fördraget förhindrar därför en medlemsstat att förbjuda den som tillhandahåller tjänster och är etablerad i en annan medlemsstat att förflytta sig fritt inom dess territorium med all sin personal, eller att medlemsstaten uppställer restriktiva villkor vad gäller personalen, tex. villkor att anställning ska ske på plats eller krav på arbetstillstånd. Förekomsten av sådana villkor för den som tillhandahåller tjänster och är etablerad i en annan medlemsstat innebär att denne diskrimineras, och påverkar dessutom dennes möjligheter att utföra tjänsten, i förhållande till de konkurrenter som är etablerade i värdlandet och som obehindrat kan använda sin personal.

Vidare påpekades att syftet med övergångsreglerna²⁷ var att undvika att det efter Portugals anslutning uppstod störningar på arbetsmarknaden, såväl i Portugal som i övriga medlemsstater, till följd av plötsliga och omfattande omflyttningar av arbetstagare och att bestämmelserna därför föreskriver ett undantag från den princip om fri rörlighet för arbetstagare som föreskrivs i artikel 39 i fördraget. Undantaget ska enligt domstolens rättspraxis tolkas mot bakgrund av detta syfte.

Däremot ansågs situationen vara annorlunda i ett fall som detta:

”...då det är fråga om en tillfällig förflyttning av arbetstagare, som skickas till en annan medlemsstat för att där utföra offentliga bygg- och anläggningsarbeten inom ramen för arbetsgivarens tillhandahållande av tjänster. Sådana arbetstagare återvänder nämligen till sitt hemland när arbetet är slutfört och de kommer inte vid någon tidpunkt in på värdmedlemsstatens arbetsmarknad”.²⁸

Slutligen preciserade domstolen med anledning av den oro som den franska regeringen uttryckt:

”...att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att medlemsstaterna utvidgar sin lagstiftning eller de kollektivavtal som ingåtts av arbetsmarknadens parter, till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, om så även

²⁷ Anslutningsakten, artikel 216.

²⁸ Domskalet punkt 15.

tillfälligt, inom deras territorium oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad”.²⁹

I domen fastslås således att ett land i lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal kan reglera minimilön för att garantera arbetstagarna ett löneskydd. Däremot kan dessa nationella regleringar inte kräva genomsnittlig lön. Ett avtal om genomsnittslön skulle innebära att alla arbetsgivare skulle tvingas att betala alla berörda arbetstagare lika lön, eftersom om någon ville höja lönen skulle detta höja genomsnittet, och därmed skulle detta påverka hela nivån. Detta skulle i så fall vara frågan om en helt annan lönekonstruktion.³⁰

Enligt domen skulle arbetstagarna anses vara anställda i utsändarlandet (Portugal) och inträder aldrig på mottagarlandets (Frankrikes) arbetsmarknad. Således äger Portugal regleringsrätten för de portugisiska arbetstagarna. Därför avgjordes målet enligt bestämmelserna om tjänstefrihet. Samtidigt betonades i domen att medlemsstaterna kan reglera tjänster som utförs i landet, men att reglerna inte får diskriminera tjänsteutövare från andra länder och måste proportionalitetsprövas. I länder med lagstiftning om minimilöner och i länder med utsträckta kollektivavtal (exempel på åtgärder som är proportionella och ändamålsenliga) kan man kräva, i syfte att åstadkomma ett skydd mot social dumpning, att dessa följs även av utländska företag. Regleringar av denna typ finns i de flesta EU-länder och det vanligaste är minimilagstiftning avseende löner, vissa anställningsvillkor och arbetsmiljö. Bestämmelser om minimilöner förekommer även på andra sätt, liksom s.k. allmängiltigförklarade kollektivavtal som täcker stora delar av ett lands arbetsmarknad.³¹

EG-domstolen har sedan i flera domar skapat en praxis för att komma till rätta med snedvridande konkurrens. I målet Vander Elst³² förklarade EG-domstolen att en medlemsstat inte kan kräva att företag som är etablerade i andra medlemsstater och som vanemässigt och lagenligt sysselsätter arbetstagare från icke-medlemsstater skall skaffa arbetstillstånd och betala avgifter för dessa när de tillfälligt utför tjänster i en annan medlemsstat. Målet gällde om en belgisk firma som hade både belgier och marockaner anställda och utstationerade några av dessa till Frankrike på en månad, behövde arbetstillstånd för marockanerna.

I målet Michel Guiot³³ förklarade domstolen att en arbetsgivare inte kunde, på grund av den fria rörligheten för tjänster, åläggas att betala

²⁹ Domskal punkt.18.

³⁰ Jämför med normallöneavtal, som är ett kollektivavtal som bygger på att en bestämd lön ska utgå för ett bestämt arbete, varken högre eller lägre, något som idag är ovanligt i Sverige och som såväl Svenskt Näringsliv som Metall tagit avstånd ifrån. Jag tar inte ställning till om sådana avtal kan omfattas av Rush Portuguesa.

³¹ Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten, sid. 125.

³² Mål C-43/93 Raymond Van der Elst mot franska immigrationsmyndigheterna. (REG 1994, s I-3803).

³³ Mål C-272/94 Brottmål mot Michel Guiot (REG 1996, s I-1905).

arbetsgivaravgifter till socialförsäkringar i två länder. Domstolen menade att allmänintresset av socialt skydd för arbetstagare kan göra en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster befogad, men att detta inte gäller om arbetstagaren får liknande skydd genom avgiften i den stat där arbetsgivaren är etablerad. Målet gällde om ett bolag, etablerat i Luxemburg som tillfälligt utförde arbete i Belgien och som krävdes på betalning till en belgisk fond för de anställdas räkning, kunde vägra att betala med hänvisning till att bolaget redan betalade till en motsvarande fond i Luxemburg.

Principen att företag som utnyttjar fri rörlighet för tjänster inte ska belastas med dubbla pålagor bekräftades i målet Arblade³⁴. Domstolen förklarade att artiklarna 49 och 50 i fördraget hindrar att en medlemsstat ålägger företag att betala vissa arbetsgivaravgifter och att utfärda registerkort för arbetstagare, när företaget redan i etableringsstaten omfattas av i huvudsak jämförbara skyldigheter. En medlemsstat kan heller inte kräva att företag upprättar handlingar i den form som krävs i denna stat när det krav som kan berättiga detta krav redan säkerställs när företaget visar upp handlingar som förs i enlighet med etableringslandets bestämmelser. Däremot hindrar inte artiklarna att en medlemsstat ålägger företag att hålla anställnings- och arbetsrelaterade handlingar tillgängliga på arbetsplatsen, eller åtkomliga på angiven plats i värdstaten, eftersom detta är nödvändigt för att kontrollera att värdstatens bestämmelser följs.

3.2 Egen analys

Rättspraxis kan således sammanfattas:

1. Huvudregeln är att det är utsändarlandets reglering som gäller. Genom denna huvudregel ges utsändarlandet en möjlighet att dra nytta av den fördel som låga löner och låga sociala förmåner ger.
2. Det finns emellertid ett visst utrymme för värdlandet att bekämpa social dumpning med hjälp av bestämmelser som inte är direkt diskriminerande. En minimilönebestämmelse är ett typiskt exempel på indirekt diskriminering. Formellt sett gäller i Rush Portuguesa samma regler för franska och portugisiska företag. Alla laglydiga franska företag betalar redan minimilön eller mer, medan portugisiska företag kan betala lägre löner och ändå följa sitt lands lag. Ett krav på att alla arbetsgivare skulle betala minimilön skulle således drabba portugisiska företag mer än franska företag.

Men då bekämpandet av social dumpning är ett allmänt erkänt allmänintresse och en minimilön är en ändamålsenlig reglering, så klarar medlemsstaten en proportionalitetsprövning.

³⁴ Förenade målen C-369/96 och C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL (REG 1999, s I-8453).

Däremot skulle ett nationellt krav på genomsnittslön inte klara en prövning eftersom ett avtal om genomsnittslön skulle innebära att alla arbetsgivare skulle tvingas att betala alla berörda arbetstagare lika lön. Detta skulle utgöra ett hinder för den fria konkurrensen och strider allt för mycket mot huvudregeln att företaget i utsändarlandet får dra nytta av den lägre lönenivån.

Rush Portuguesa förtydligar alltså hur en proportionalitetsprövning enligt artikel 49 ser på detta område.

4 Utstationeringsdirektivet

4.1 Direktivet 96/71/EG

Utstationeringsdirektivets tillkomst var en naturlig följd av den praxis som utvecklats vid EG-domstolen angående vilka krav en medlemsstat kan ställa på utländska arbetsgivare. Speciellt viktigt kan målet C 113/89 Rush Portuguesa anses vara, där EG-domstolen fastställde att EG-rätten inte hindrar medlemsstaterna att utsträcka sin lagstiftning eller kollektivavtal till att gälla även dem som bara tillfälligtvis arbetar inom statens territorium.

1991 lade kommissionen fram ett direktivförslag som skulle ålägga en arbetsgivare som tillfälligt stationerar en arbetstagare i ett annat EG-land att följa ett antal centrala arbetsrättsliga regler som gäller i det land där arbetet utförs. Det främsta motivet tycks då ha varit att skapa klarhet i vilka lagvalsregler som ska gälla då utstationerade arbetstagare utför arbete i ett annat EU-land.³⁵ Tanken var att en "hård kärna" av tvingande regler som gäller i värdlandet alltid iakttas av den utstationerande arbetsgivaren. På så sätt utgjorde direktivet ett led i strävan att förhindra s.k. social dumpning. Under 1993 omarbetades förslaget. Förslaget var kontroversiellt och stöddes av vissa länder, men kritiserades hårt av de medlemsstater som hade de lägsta arbetskraftskostnaderna.

1996 antogs det omarbetade direktivet om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster med kvalificerad majoritet. Direktivets lagvalsregler har företräde framför Romkonventionen (direktivets ingress p.11 och Romkonventionen artikel 20). Direktivet ska inte, enligt ingressens punkt 22, inverka på den rättsliga regleringen i medlemsstaterna vad gäller rätten att vidta fackliga stridsåtgärder för att försvara yrkesintressen.

Utstationeringsdirektivet kan sägas ha flera syften. Förutom att reglera vilket lands arbetsrättsliga lag som ska tillämpas när ett företag placerar anställda för att tillfälligt utföra arbete i en annan medlemsstat, är direktivet även ett led i strävan att förhindra social dumpning. Detta skall emellertid utföras på ett sådant sätt att den fria rörligheten för tjänster inte hämmas och en lojal konkurrens skapas där respekten för arbetstagarnas rättigheter upprätthålles.³⁶

Basen för regleringsrätten är i enlighet med Romkonventionen att det är utsändarlandets lag som ska gälla för ett avtal. I enlighet med utslaget i Rush Portuguesa får mottagarlandet inte en allmän regleringsrätt, utan har möjligheten att utsträcka kollektivavtal till att även gälla utländska företag. Däremot har medlemsstaterna i och med implementeringen av

³⁵ Eklund, Ronnie. SVJT 2000, nr 3, "Utstationering av arbetstagare", sid. 260.

³⁶ Nyström, Birgitta. EU och arbetsrätten, sid. 138.

utstationeringsdirektivet en skyldighet att införa minimiregler om de är mottagarland.

För att förhindra social dumpning ges medlemsstaterna möjligheten att skapa regler för:

1. att åstadkomma ett minimiskydd inom den hårda kärnan för utstationerade arbetstagare,
2. att ge medlemsstaterna en möjlighet att sätta en spärr till skydd för värdlandets arbetstagare och företag och
3. att främja den fria rörligheten för tjänster inom gemenskapen.

För att främja den fria rörligheten har direktivet regler som:³⁷

1. tydliggör hur lagval ska ske för arbetstagare som tillfälligtvis arbetar i en annan medlemsstat än vanligtvis,
2. skapar möjligheten för företag att få klara och förutsebara regler när de tar uppdrag i en annan medlemsstat,
3. försäkrar att konkurrensneutralitet iakttas för gästande och nationella företag inom den hårda kärnan av ämnen och
4. motverkar social protektionism så att företag och löntagare i länder med relativt låg standard får en möjlighet att utnyttja sina konkurrensfördelar.

Enligt artikel 1 ska direktivet tillämpas på företag som är etablerade i en medlemsstat och som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna utstationerar arbetstagare under en begränsad period.

Enligt artikel 3 ska medlemsstaterna se till att de utstationerade arbetstagarna garanteras arbets- och anställningsförhållanden i arbetslandet som är fastställda i lag och /eller kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet enligt punkt 8, under förutsättning att de avser byggverksamhet, på följande områden:

- längsta arbetstid och kortaste vilotid
- minsta antalet semesterdagar per år
- minimilön, inklusive övertidsersättning
- villkor för att ställa arbetstagare till förfogande särskilt genom uthyrning
- säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen
- skydd för gravida kvinnor och kvinnor som nyss fött barn samt för barn och unga
- lika behandling för kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke- diskriminerande behandling

³⁷ Sigeman, Tore. Lag och Avtal, 050318. ”Yttrande om tillämpning av artikel 234 EG”, sid. 7. Denna del av direktivet ifrågasätts av LO som menar att utstationeringsdirektivet är ett vanligt minimidirektiv, se kapitel 6.2.6.

Artikel 3.4 stadgar att medlemsstaterna kan bestämma att man genom kollektivavtal får göra undantag från reglerna om minimilön om arbetet varar kortare tid än en månad, med undantag för uthyrning. Vidare kan länderna ange att undantag får beviljas från reglerna om minimilön och semester vid utstationering – inte heller här gäller det uthyrningsfallet – om arbetet är av ringa omfattning (artikel 3.5).

I artikel 3.6 är avsikten att förhindra ett kringgående av reglerna om utstationering. Utstationeringens varaktighet ska beräknas utifrån en referensperiod om ett år, men i denna period ska dock även inkluderas de perioder som någon annan arbetstagare kan ha varit utstationerad för samma arbete.

Enligt artikel 3.7 ska punkterna 1-6 i artikel 3 inte hindra tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna.

I artikel 3.8. förklaras att med kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet menas sådana kollektivavtal eller skiljedomar som skall följas av alla företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området. Enligt preambel punkt 12 hindrar gemenskapsrätten inte medlemsstaterna från att utvidga tillämpningsområdet för sin lagstiftning eller för kollektivavtal som har ingåtts mellan arbetsmarknadens parter, till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete, också tillfälligt, på deras territorium, även om arbetsgivaren är etablerad i en annan medlemsstat. Gemenskapsrätten förbjuder inte medlemsstaterna att med lämpliga medel garantera att dessa regler följs.

Förbindelsekontor ska upprättas av medlemsländerna i syfte att genomdriva direktivet (artikel 4). Dessa förbindelsekontor ska ge information om vilka villkor enligt artikel 3 som gäller vid en utstationering. Informationen ska vara allmänt tillgänglig och varje medlemsstat måste underrätta kommissionen och andra medlemsstater om vilka förbindelsekontor som utsetts.

Om direktivets bestämmelser inte följs ska medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder (artikel 5). I synnerhet ska sörjas för att arbetstagarna eller deras företrädare har tillgång till förfaranden för att säkerställa skyldigheterna i direktivet. För att kunna göra gällande rättighet som anges i artikel 3 ska talan kunna väckas i det land där arbetstagaren är eller har varit utstationerad. Detta ska dock inte hindra att talan väcks i annan stat i enlighet med reglerna i internationella konventioner (artikel 7).

5 Den svenska rätten

5.1 Den svenska arbetsrättsmodellen

Under industrialiseringens tidiga år på 1800-talet ingicks det fria arbetsavtal mellan arbetsgivare och varje enskild arbetstagare. Arbetstagarna befann sig i en utsatt position och slöt sig samman i fackföreningar för att få en tyngre förhandlingsposition och därmed bli mer jämbördiga med motparten. Även arbetsgivarna slöt sig tidigt samman i en intresseorganisation, SAF.

Påtryckningsmedlet för de fackliga organisationerna var att lägga ner arbetet, och kring sekelskiftet var antalet konflikter stort. För att få slut på de många konflikterna och de stora kostnader som dessa förde med sig, kom parterna till insikt om att en reglering för att lösa motsättningar och tvister var nödvändig. I Decemberkompromissen 1906 ingicks en överenskommelse mellan Landsorganisationen (LO) och Svenska arbetsgivarorganisationen (SAF) som gav arbetsgivarna rätten att leda och fördela arbetet samt att fritt anställa och avskeda arbetskraft. LO å sin sida fick rätten att bilda fackföreningar godtaget av arbetsgivarparten, samt rätt att teckna kollektivavtal med arbetsgivarna. Båda parterna var eniga om att föreningsrätten inte fick kränkas.

Motsättningarna mellan LO och SAF kulminerade i en storstrejk 1909 som allvarligt skadade såväl de stridande parterna som samhället i stort. Efter detta uppkom i riksdagen diskussioner om förslag till lagstiftning om kollektivavtal och arbetsdomstol. Det dröjde emellertid till 1928 innan riksdagen fattade beslut om detta. Huvudpunkterna i lagstiftningen om kollektivavtal var att stridsåtgärder inte fick vidtas under löpande tidsperiod, och inte heller vidtas för att tvinga fram ändringar i gällande avtal.

Lagen om arbetsdomstol skulle i fortsättningen avgöra tvister om innehållet i och tolkningen av kollektivavtal (rättstvister) och ersatte de tidigare reglerna om central skiljenämnd. Den nya lagen medförde att rättstvister inte längre fick föranleda stridsåtgärder. Under hot om ytterligare lagreglering ingick LO och SAF 1938 Saltsjöbadsavtalet. I överenskommelsen reglerades bl. a en förhandlingsordning, uppsägningar, begränsning av ekonomiska stridsåtgärder och behandlingen av konflikter rörande samhällsviktiga funktioner. Efter detta kom en period av relativ stabilitet och lugn på arbetsmarknaden. Det system för reglering av arbetsmarknaden som vuxit fram i Sverige, där marknadens parter, för att undvika lagstiftning i mesta möjliga mån, istället försökte lösa tvister genom diskussioner och överenskommelser, kom att kallas den svenska modellen. Denna modell har kommit att bli en förebild i många länder.³⁸ Idag beräknas kollektivavtalen täcka över 90 % av de anställda på den svenska arbetsmarknaden.

³⁸ Andersson, Anderz, m fl. Arbetsrätt, sid. 10-11.

Arbetsmarknaden regleras således i Sverige, vad avser löner och anställningsvillkor, av arbetsmarknadens parter genom rikstäckande kollektivavtal, medan andra delar av arbetsmarknaden regleras i lag, t.ex. arbetsmiljön. I den svenska arbetsrättsliga modellen, avtalsmodellen, har kollektivavtal som rättskälla spelat en stor roll.³⁹ I stor utsträckning har det överlåtit till parterna på arbetsmarknaden att själva reglera förhållanden och villkor i arbetslivet. Dessa har även haft en gemensam önskan att hålla lagstiftning ifrån arbetsmarknaden, och lagstiftning förekommer således endast inom begränsade områden. Genom den s.k. nya arbetsrättens införande på 1970-talet då flertalet arbetsrättsliga frågor reglerades i lagstiftning skedde dock en stor förändring. Den införda lagstiftningen är emellertid i många avseenden dispositiv eller semidispositiv och tillåter att regler med avvikelser från lagen tas in i kollektivavtal. En stor del av reglerna förutsätter preciseringar, kompletteringar och anpassning genom regler i kollektivavtal, och delar av den enskilda anställningsrätten är inte alls reglerad i lag.

En central del i kollektivavtalssystemet är det tudelade arbetsfredssystemet.⁴⁰ Första delen är ett förhandlingssystem som framför allt tar sikte på förhandlingar i syfte att ingå kollektivavtal. I dessa sammanhang är det tillåtet att vidta stridsåtgärder, rätten att vidta stridsåtgärder har i Sverige grundlagsskydd i RF 2:17 och rätten får bara inskränkas genom lag eller avtal, men förfarandet vid inledandet av stridsåtgärder är nogt reglerat och institutionaliserat. Den andra delen är ett arbetsfredssystem med syftet att garantera att den lag- eller avtalsstadgade fredsplikten under gällande avtal följs, och även denna del av arbetsfredssystemet är nogt reglerad. Mellan parter som är bundna av kollektivavtal råder fredsplikt, och motsatsvis råder således inte fredsplikt om parterna inte är bundna av kollektivavtal. Sådant tillfälle kan exempelvis vara att avtal inte är ingånget eller att avtalet löpt ut, och förhandlingar kan då föras under hot om stridsåtgärder.

Ett kollektivavtal kommer till genom förhandlingar mellan arbetsgivare- och fackförbund inom respektive branschområde och dessa avtal blir sedan bindande för alla företag och verksamheter som är medlemmar i arbetsgivarförbundet. Företag som inte är medlemmar i ett arbetsgivarförbund kan likväl bli bundna av kollektivavtalet, om den fackliga organisationen tecknar ett s.k. hängavtal med företaget. Hängavtal hänvisar normalt till rikstäckande branschavtal. Enligt svenska rättsprinciper tillämpas ett kollektivavtal på samtliga anställda, medlemmar såväl som oorganiserade, inom det område avtalet täcker. Att ingångna kollektivavtal sedan efterlevs kontrolleras av arbetsmarknadens parter. Tvister om hur lag eller avtal ska tolkas avgörs i sista hand av AD.

³⁹ Nyström, Birgitta. "Kollektivavtalets ställning i EG" ur Studier i arbetsrätt, Festskrift till Tore Sigeman, sid. 303.

⁴⁰ Bruun, Niklas. "Den nordiska modellen för facklig verksamhet" ur Den nordiska modellen, Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden, sid. 54.

På den fackliga sidan har vilket fack som äger rätten att teckna kollektivavtal vid flera tillfällen varit en kampfråga där den starkaste parten vunnit. Som exempel på detta kan nämnas konflikterna mellan LO och syndikalisterna, och mellan kommunal och transportarbetarfacket under 70-talet, och nu senare på sent 80-tal Britannia-konflikten, där hamnarbetareförbundet ville teckna kollektivavtal för en filippinsk besättning som var bundna av ett kollektivavtal mellan den tyska redaren och en filippinsk fackförening.

Arbetsrätten i många andra länder i Europa är betydligt mer individuellt inriktad, och de nationella rättsordningarna avviker mycket från varandra.⁴¹ De romansk-germanska (kontinentala) rättsordningarna kännetecknas av ganska omfattande arbetsrättslig lagstiftning med minimiskydd och rättigheter för den enskilde arbetstagaren medan det i de anglosachsiska länderna (Storbritannien och Irland) i stort sett saknas arbetsrättsliga regler i lagstiftning och kollektivavtalen är i stort sett inte rättsligt bindande. Ofta är det statliga myndigheter som har huvudansvaret för att övervaka att reglerna följs, och inte som i Sverige där detta ansvar åvilar de fackliga organisationerna. De fackliga organisationerna organiserar ofta endast en minoritet av arbetstagarna.

5.2 Lex Britannia

5.2.1 Britannia-målet

1989 slog AD i Britannia-målet⁴² fast att stridsåtgärder i syfte att åstadkomma ogiltiga kollektivavtal är otillåtna enligt svensk lag (42 § MBL). AD uttalade även i domen att 42 § MBL är tillämplig även till förmån för fredsplikt som följer av utländsk lag. Detta fick till följd att möjligheten att angripa redan befintliga kollektivavtal kraftigt begränsades.

Målet gällde ett bekvämlighetsflaggat tyskägt containerfartyg, JSS Britannia, registrerat i Cypern och med filippinsk besättning, som anlöpt hamn i Göteborg. Den filippinska besättningen avlönades i enlighet med ett kollektivavtal mellan redaren och en filippinsk fackförening. Fartyget utsattes för stridsåtgärder från Sjöfolksförbundet och Transportarbetareförbundet med krav på att befälhavaren för rederiets räkning skulle underteckna ett ITF-avtal⁴³. Kraven som ställdes av

⁴¹ Bruun, Niklas. ”Den nordiska modellen för facklig verksamhet” ur Den nordiska modellen, Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden, sid. 299.

⁴² AD 1989 nr. 120.

⁴³ Internationella Transportarbetarfederationen, företräder transportarbetare i över 140 länder. Ett ITF-avtal består av ett flertal kontraktshandlingar och kan närmast liknas vid ett avtalspaket. Både ITF och SEKO anges i dokumenten som parter för arbetstagsansidans. ITF grundades 1896 av representanter från Belgien, Frankrike, Holland, Sverige, Tyskland och USA. Federationen har sitt säte i London, och fyller såväl en facklig som politisk

Sjöfolksförbundets och ITF:s båda representanter vid besöket ombord på Britannia i Göteborgs hamn var att ett ITF-avtal och nya enskilda anställningsavtal skulle tecknas i stället för de befintliga avtalen för fartygets besättning. Redaren sattes i blockad av fackföreningarna då han vägrade teckna ett nytt avtal med ITF med hänvisning till att besättningen redan omfattades av kollektivavtal mellan rederiet och en fackförening på Filipinerna, samt att stridsåtgärder mot en kollektivavtalsbunden arbetsgivare var otillåten enligt flaggans lag.

Utgångspunkten för AD:s resonemang i domen var förbudet i 41§ 1 st. punkt 2 MBL som innebär ett förbud för den som bunden av ett kollektivavtal att vidta stridsåtgärder som syftar till att åstadkomma en ändring av avtalet. Stridsåtgärden fanns i AD vara otillåten med motiveringen att 42 § förhindrar en sådan stridsåtgärd även för en utomstående organisation om den syftar till att undantränga ett redan gällande kollektivavtal. Enligt AD:s uppfattning ska 42§ tillämpas även när ett sådant avtal har träffats i utlandet och således följer utländska arbetsrättsliga regler. Genom denna dom etablerades en rättsprincip – Britanniaprincipen - som innebär att fackliga organisationer, oavsett om de är kollektivavtalsbundna eller ej, ska respektera kollektivavtal som annan organisation redan träffat med en arbetsgivare. Således får de inte vidta stridsåtgärd i syfte att undanröja eller ändra ingånget kollektivavtal, oavsett om det första avtalet tecknats i Sverige eller utomlands.⁴⁴

5.2.2 Lagändring 1991- Lex Britannia

Fackföreningarna sympatiserade inte med domstolens utslag. Kraftiga protester hördes främst från Svenska Sjöfolksförbundet som fick stöd av det övriga LO-kollektivet och TCO. De argumenterade för att man inte längre skulle ha möjligheten att vidta stridsåtgärd för att tillförsäkra utländska arbetstagare, som utför arbete här i landet, motsvarande löner och anställningsvillkor som svenska arbetstagare om det för dem fanns ett kollektivavtal ingånget i hemlandet. Genom detta riskerade konkurrensen på den svenska arbetsmarknaden att snedvridas och att detta skulle leda till social dumpning.

1991 resulterade kritiken i att det i 42 § tillfördes ett nytt tredje stycke. Genom detta infördes ett undantag i förhållande till bestämmelsen i första

funktion. Organisationen leder på det internationella planet kampanjen mot de bekvämlighetsflaggade fartygen.

”ITF Standars Collective Agreement” utgör ett av ITF ensidigt utarbetat standarddokument som reglerar besättningens anställningstid, arbetstider, löner och övriga anställningsförmåner. Lönerna sätts ensidigt av ITF utan förhandlingar med arbetsgivarsidan. Istället för förhandlingar använder man sig av en metod som väger samman lönenivåerna i 12 europeiska sjöfartländer. På så sätt erhålls ett medeltal som sedan läggs till grund för avtalets löneskalor. Dessa löneskalor kommer således att ligga mycket nära de västeuropeiska nivåerna. (Källa: Schelin, Johan. Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden, sid. 414 ff.)

⁴⁴ Schmidt, Folke. Facklig arbetsrätt, sid. 233 ff.

stycket om förbud mot att anordna olovlig stridsåtgärd. Undantaget innebär att stridsåtgärder för att uppnå kollektivavtal eller undantränga ett utländskt kollektivavtal får vidtas mot utländska företag som saknar sådan anknytning till Sverige att MBL:s regler är tillämpliga. Vidare infördes två nya bestämmelser, 25 a och 31a §§, vilka säger att ett kollektivavtals om tillkommit efter stridsåtgärd och är ogiltigt i enligt utländsk rätt ändå är giltigt i Sverige om stridsåtgärden är tillåten här samt att ett kollektivavtal som träffats enligt MBL gäller före ett tidigare kollektivavtal som MBL inte är tillämpligt på. Detta kom att kallas Lex Britannia. Lagen – som ingår i medbestämmandelagen och omfattar tillfälligt arbete i Sverige utfört av utländska företag – innebär att svenska fackliga organisationer har rätt att vidta fackliga stridsåtgärder mot ett företag eller arbetsplats om det till Sverige kommer ett gästande entreprenadföretag som inte har något svenskt kollektivavtal med de anställda. Det finns då inget hinder för en svensk fackförening att genom stridsåtgärder framtvinga ett avtal med svenska villkor om man anser att social dumping föreligger. Denna rätt har den fackliga organisationen även om man inte har några medlemmar på den aktuella arbetsplatsen, och även om det finns ett giltigt kollektivavtal från företagets eller arbetskraftens hemland. Skulle det däremot finnas ett giltigt svenskt kollektivavtal med de anställda är det de vanliga reglerna i lagen om medbestämmande i arbetslivet, MBL, som gäller.

5.3 Utstationeringslagen (1999:678)

En helt ny lag om utstationering av arbetstagare infördes den 16 december 1990. Lagen gäller alla utländska arbetsgivare som tillfälligt utstationerar anställda i Sverige. För lagens tillämplighet förutsätts på samma sätt som i direktivet att arbetsgivaren tillhandahåller tjänster över gränserna och att det föreligger ett anställningsförhållande.

Lagen behandlar vilka förmåner gästarbetare ska ha när de tillfälligt arbetar i annat land. Enligt lagen ska arbetsgivare tillämpa dessa tvingande förmåner i förhållande till utstationerade arbetstagare. Lagen reglerar både det fallet att en svensk arbetsgivare utstationerar arbetstagare till andra länder och att utstationerade arbetstagare kommer till Sverige från andra länder.

Enligt 5§ skall en arbetstagare ha rätt till vissa förmåner i Sverige oavsett vilket lands lag som i övrigt ska tillämpas på anställningsavtalet. En arbetsgivare som utstationerar arbetstagare till Sverige ska tillämpa följande bestämmelser:

- reglerna om semesterförmåner i semesterlagen
- reglerna om förmåner i föräldradighetslagen
- jämställdhetslagens regler om förbud mot könsdiskriminering
- diskrimineringsförbuden i de olika diskrimineringslagarna

Dessutom gäller för allt arbete som utförs i Sverige arbetsmiljölagen, arbetstidslagen och vissa regler i arbetsförmedlingslagen.

Vidare har det klargjorts att reglerna om grundläggande rättigheter i MBL, såsom förenings- och förhandlingsrättsreglerna, också gäller vid utstationering. Om det finns regler som kan betraktas som internationellt tvingande, som exempel har nämnts saklig grund för uppsägning i LAS, kan dessa bli gällande mellan internationella parter, men det är ännu oklart vilka regler som har denna karaktär.

Arbetskyddsstyrelsen ska enligt 9§ ha förbindelsekontor i Sverige, som ska ge information om vilka kollektivavtalsvillkor som kan bli tillämpliga vid en utstationering till Sverige och också informera utländska arbetsgivare om det svenska kollektivavtalssystemet.

Enligt 10§ får talan väckas enligt de regler som gäller enligt lag om rättegång i arbetstvister.

Värt att notera är att lagen inte innehåller några regler om vilka lönevillkor som ska tillämpas. I förarbetena till lagen har man utgått från att direktivet inte tvingar medlemsstaterna att reglera om minimilöner. Enligt tankegångarna bakom direktivet ska social dumpning motverkas, och vapnet mot detta är i Sverige kollektivavtalet. Lagstiftaren utgår från att arbetstagarorganisationerna ser till att kollektivavtal kommer att gälla för de utländska arbetsgivare som utstationerar arbetstagare till Sverige.

Om det däremot finns bättre förmåner i arbetstagarens anställningsavtal eller om utstationering sker till ett land som har bättre förmåner för utstationerade, ska arbetstagaren få ta del av dessa bättre förmåner.

6 Vaxholmsfallet

6.1 Händelseförloppet

I Vaxholmsfallet uppstod en tvist mellan det lettiska företaget Laval un Partneri Ltd, som i juni 2004 utstationerat lettiska byggnadsarbetare till ett bygge i Vaxholm, och Svenska Byggnadsarbetareförbundet (Byggettan). Byggettan ville i stort sett samtidigt som det lettiska företaget påbörjade bygget att företaget skulle ingå kollektivavtal med Byggnads. Laval var vid denna tiden inte bundet av kollektivavtal, men ett sådant ingicks i september mellan Laval och det lettiska byggnadsarbetareförbundet.

I oktober varslade Byggnads om stridsåtgärder från och med november. Åtgärderna avsåg total arbetsnedläggelse och strejk, samt blockad av alla berörda arbeten och arbetsplatser från samma datum. Stridsåtgärderna inleddes den 2 november och Elektrikerförbundet inledde sympatiåtgärder den 3 november.

Den 7 december lämnade Laval in en stämningsansökan till AD och yrkade att Byggnads stridsåtgärder skulle förklaras olovliga och skulle hävas, samt att AD genom ett interimistiskt beslut för tiden tills tvisten avgjorts skulle förklara att arbetstagarparterna är skyldiga att häva stridsåtgärderna. Laval, argumenterade för att stridsåtgärderna mot det lettiska företaget var ett brott mot EG-rätten. I sina yrkanden begärde de att AD skulle begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen på frågorna om Byggnads avtalskrav och stridsåtgärder mot det lettiska företaget var förenliga med utstationeringsdirektivet och fördragets artikel 12, som förbjuder diskriminering på grund av nationalitet, och artikel 49 om fri rörlighet för tjänster.⁴⁵ Bolaget anförde att det redan föreligger ett lettiskt kollektivavtal. Enligt svensk lag, Lex Britannia (MBL 42§) är detta inget hinder mot att fackföreningen vidtar stridsåtgärd för att undantränga det utländska avtalet. En svensk arbetsgivare däremot skulle i motsvarande situation vara skyddad. Det lettiska företaget hävdade att eftersom de redan var bundna av ett kollektivavtal i Lettland förhindrade detta avtal bolaget att ingå avtal med en ny organisation. Företaget erbjöd sig att teckna ett avtal om en ersättning till byggnadsarbetarna på 109 kr i timmen som de ansåg vara minimilön, men Byggnads krävde granskningsarvoden och en timlön som motsvarar snittlönen i Stockholm – 145 kr.

Under december 2004 vände sig den lettiska regeringen till kommissionen och anmälde den svenska regeringen för fördragsbrott och hävdade där att svenska MBL strider mot EG-fördraget och dess förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

⁴⁵ Lag och Avtal, nr 3– Aktuellt, 2005-03-23.” För och emot att AD frågar EG-domstolen”, sid. 6-7.

AD avtog i ett interimistiskt beslut den 22 december 2004 Laval yrkande att stridsåtgärderna skulle anses olovliga och därför hävas.⁴⁶ Efter detta beslut inleddes sympatiåtgärder i januari 2005 av Fastighetsanställdas förbund, Handelsanställdas förbund, Industrifacket, Metall, Skogs- och träfacket, Transportarbetareförbundet samt HTF.

Samma dag som AD:s interimistiska beslut meddelades lade Laval ner arbetet i Vaxholm och de lettiska byggnadsarbetarna åkte hem. Vaxholms kommun har därefter hävt kontraktet med Laval.

Laval begärde i januari 2005 resning i Högsta Domstolen, med yrkandet att AD:s beslut skulle undanröjas då beslutet var uppenbart felaktigt och att stridsåtgärderna därmed skulle upphävas. Laval yrkade vidare att HD skulle vända sig till EG-domstolen och begära ett förhandsavgörande. HD avtog den 24 februari Laval resningsansökan.⁴⁷

AD höll huvudförhandling i målet den 11 mars 2005 och meddelade den 29 mars ett beslut om att begära in förhandsavgörande från EG-domstolen.⁴⁸

6.2 Parternas argumentation

6.2.1 Exklusiv kompetens

Från Byggnadsarbetareförbundets sida menade chefen för LO-TCO:s rättsskydd, Dan Holke, att målet handlar om huruvida de fackliga stridsåtgärderna mot Laval var lovliga eller inte enligt svensk rätt – inget annat.⁴⁹ Enligt Holkes mening strider inte stridsåtgärderna mot EG-rätten eftersom det inte ingår i EG:s kompetens att reglera stridsåtgärder. Som stöd för detta åberopade han att för att EU skall ha behörighet på ett visst område måste det framgå av EG-fördraget. Så är inte fallet, menar han, beträffande rätten till stridsåtgärder. Tvärtom anges uttryckligen i artikel 137 punkt 5 i EG-fördraget att rätten till stridsåtgärder inte regleras av EG-rätten.

Laval å sin sida hävdade att artikel 137 (5) i EG-fördraget endast begränsar Rådets lagstiftningsmöjligheter och inte inverkar på huruvida domstolen kan pröva frågor om lön, stridsåtgärder m.m.⁵⁰ I stället menade de att:

”EG-domstolen har en suverän rätt att pröva allt som hindrar den fria rörligheten för tjänster....stridsåtgärder kan vara ett hinder.... [Den fria] rörligheten för tjänster liksom övriga friheter är fördragets kärna och har en

⁴⁶ AD:s beslut nr. 111/04, mål nr. A 268/04, interimistiskt förordnande, 2004-12-22.

⁴⁷ HD mål Ö 82-05, ”Resning och klagan över domvilla”.

⁴⁸ AD:s beslut nr. 49/05, mål nr. A 268/04, inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen, 2005-04-29.

⁴⁹ Lag och Avtal nr 3– aktuellt, 2005-03-23. ”För och emot att AD frågar EG-domstolen”, sid. 6-7.

⁵⁰ Elmér, Anders och Agell, Martin. Lag och Avtal, nr 3, 2005-03-23, ”Sverige kan inte kringgå direktivet med otillåtna krav”.

utomordentligt stark ställning. Något motsvarande skydd för stridsåtgärder finns inte i EG-rätten”.

I doktrin har Eklund uttalat sig på ett sätt som ger stöd för Holkes uppfattning. Eklund säger att:

”EG saknar behörighet att reglera frågor som rör bland annat lön och stridsåtgärder enligt artikel 136 (6) i fördraget, [därför är det] svårt att förstå hur det över huvud taget är möjligt att hävda att svenska regler om stridsåtgärder skulle strida mot EG-rätten med tanke på att EG-rätten saknar regler i dessa frågor”.⁵¹

I stället menar han att det är subsidiaritetsreglerna och därigenom den nationella rätten som avgör frågor om stridsrätt.

Jag har inte kunnat finna att Eklund får stöd för sin uppfattning av någon annan. I det rättsfall där fackliga stridsåtgärder prövats, kommissionen mot Frankrike⁵², handlade det om åtgärder som var olagliga även enligt intern fransk rätt. I målet hade franska bönder under ett tiotal år hindrat lastbilar med importerad frukt och grönsaker, förstört laster, misshandlat chaufförer, hotat grossister och handlare och liknade. Frankrike medgav att man från myndigheterna inte ingripit mot missförhållandena. Domstolen fann att Frankrike haft lång tid på sig att vidta lämpliga åtgärder för att hindra böndernas vandalisera och förhindra att de upprepades, men uppenbarligen inte gjort detta. EG-domstolen fann således att Frankrike gjort sig skyldig till brott mot den fria rörligheten för varor (artikel 30) samt den lojalitetsplikt som ålägger medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter som följer av fördraget fullgörs (artikel 10), genom sin underlåtenhet att förhindra att enskilda hindrar den fria rörligheten för frukt och grönsaker.

6.2.1.1 Egen analys

Målet handlar i sak om Rush Portuguesa och utstationeringssituationen.

Från rättsfallet Kommissionen mot Frankrike kan man inte dra en direkt parallell till lagliga stridsåtgärder, något som aldrig prövats i EG-domstolen. Det är möjligt att EG-domstolen är så försiktig att man undviker att pröva lagliga stridsåtgärder från fackförningens sida och således inte heller kommer att pröva detta i Vaxholmsfallet. Det är emellertid mer troligt att man kommer att pröva målet i sak på samma sätt som man gör på andra områden som präglas av exklusiv kompetens.⁵³

⁵¹ Eklund, Ronnie. Lag och Avtal, nr 1, 2005, ”EG har inga regler om lön och stridsåtgärder”.

⁵² Mål 265/95 kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s I-6959).

⁵³ Se kapitel 2.1.1.

6.2.2 Direkt diskriminering

Grundläggande i förbudet mot diskriminering är att alla fysiska och juridiska personer från annan medlemsstat ska behandlas på samma sätt som det egna landets medborgare och företag. En direkt diskriminerande åtgärd kan bara rättfärdigas av något av de undantag som gemenskapsrätten medger.

Jag har inte funnit att någon av parterna i Vaxholmsmålet hävdar att det skulle vara ett fall av direkt diskriminering.

6.2.3 Avsiktlig indirekt diskriminering

Dold avsiktlig diskriminering utgör en form av indirekt diskriminering. Detta är en form av indirekt diskriminering som EG-rätten ser extra allvarligt på, eftersom åtgärden i ett sådant fall har ett lika diskriminerande syfte om vid en direkt diskriminering. Dold avsiktlig diskriminering utgörs av en regel som är skenbart nationalitetsneutral men som har till syfte att skydda den egna nationens medborgare. Som ett exempel på en sådan regel kan nämnas Ugliola -fallet⁵⁴, i vilket en italiensk arbetstagare, verksam i Tyskland, protesterade mot en tysk lag där anställningstryggheten baserades på anställningstiden, och i denna anställningstid inräknades tid för utförd militärtjänst. Lagen gällde dock endast militärtjänst utförd i Bundeswehr, trots att man från tysk sida menade att arbetstagarnas nationalitet var ovidkommande. Domstolen kom till slutsatsen att Tyskland hade skapat en orättfärdig restriktion genom att indirekt införa diskriminering till fördel för endast de egna medborgarna, eftersom kraven på utförd militärtjänst i Bundeswehr klart mycket lättare kunde uppfyllas av betydligt fler tyska medborgare än av icke-medborgare.⁵⁵

Det lettiska företaget menar att målet är ett fall av indirekt diskriminering.⁵⁶ Bolaget hävdar inte uttryckligen i målet att det gäller formen indirekt avsiktlig diskriminering, men av argumentationen nedan kan man sluta sig till att det är detta bolaget menar.

Bolaget hävdar att de lettiska kollektivavtal, som bolaget är bundet av, är giltiga enligt lettisk rätt och de riskerar att undanträngas av stridsåtgärderna. En svensk arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal skyddas mot stridsåtgärder med krav på kollektivavtal som syftar till att undantränga ett redan befintligt kollektivavtal enligt 42 § första stycket MBL. Enligt 42 § tredje stycket MBL berövas utländska arbetsgivare det skydd som svenska arbetsgivare har. Enligt Laval medför detta att olika regelsystem beträffande fredsplikt gäller, beroende på om stridsåtgärderna riktas mot en svensk eller

⁵⁴ Mål 15/69, Württembergische Milchverwertung –Südmilch-AG mot Salvatore Ugliola (REG 1969, s 363).

⁵⁵ Craig and De Búrca, EU-Law, sid. 715-716. I min översättning.

⁵⁶ AD:s beslut nr. 49/05, mål nr. A 268/04, inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen, 2005-04-29.

en utländsk arbetsgivare och detta rättsläge innebär diskriminering p.g.a. nationalitet.

I betänkandet⁵⁷ inför regeln i MBL om Lex Britannia öppnar Ryman för möjligheten att det skulle vara ett fall av indirekt avsiktlig diskriminering. Där skriver Ryman att:

”(Det går därför inte att komma bort ifrån att i den del Lex Britannias syfte är att öka de fackliga organisationernas möjligheter att påverka villkoren för arbete i Sverige, tar lagstiftningen *nära nog uteslutande sikte på de utländska företagens verksamhet här i landet*⁵⁸. Lagstiftningen innebär därmed i praktiken också att de utländska företagen särbehandlas i förhållande till de svenska. MBL skyddar en svensk arbetsgivare som ingått ett kollektivavtal mot att en utomstående organisation vidtar stridsåtgärder i syfte att undanröja avtalet, medan en utländsk arbetsgivare som tillfälligt är verksam här i landet och som träffat kollektivavtal med sin utländske motpart får angripas i det syftet. Om man vid en rättstillämpning anlägger ett strikt formellt synsätt är det möjligt att komma fram till att Lex Britannia står i strid med EES-avtalets förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Eftersom särbehandlingen grundas på ett till synes nationalitetsneutralt kriterium - MBL:s tillämpningsområde - skulle det vara fråga om en indirekt eller dold diskriminering. Det kan inte uteslutas att EG- eller EFTA-domstolen skulle anlägga ett sådant formellt synsätt, och vid en sådan bedömning blir det nödvändigt att upphäva eller på något sätt ändra Lex Britannia”.⁵⁹

Trots detta kom han dock fram till slutsatsen att regleringen mest sannolikt inte strider mot EG-rätten.

Sigeman delar Rymans tveksamhet. Han menar att Lex Britannia kan vara diskriminerande enligt EG-rätten, och att ”regeln i vissa fall kan tänkas stå i strid med EG:s förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.”⁶⁰

Nyström tycks tämligen säker på att regeln är avsiktligt diskriminerande och menar att Lex Britannia förmodligen inte skulle stå sig EG-domstolen.⁶¹ Hon menar att det kan strida mot principen om fri rörlighet att tilltvinga sig nationella kollektivavtal.

6.2.3.1 Egen analys

När det ska avgöras om Lex Britannia står i strid med den för EG-rätten grundläggande fria rörligheten, blir den stora frågan i sammanhanget huruvida det är nationaliteten på avtalet som är avgörande för giltigheten av detta. Rent formellt innebär ett svenskt kollektivavtal att fredsplikt råder, medan ett utländskt kollektivavtal inte innebär ett motsvarande skydd. Hade

⁵⁷ Ds 1994:13, Lex Britannia, Utredningsmannen Sven-Hugo Ryman

⁵⁸ Min kursiv.

⁵⁹ A.a. sid. 333.

⁶⁰ Sigeman, Tore. Lag & avtal, 2004-12-16, Ur Elisabeth Örnberg “Tre professorer om Vaxholmskonfliktens konsekvenser”, sid. 6-7. Bruun ger stöd för argumentet se Bruun, Niklas, Ibid.

⁶¹ Nyström, Birgitta. Ibid.

MBL varit tillämpligt på det lettiska avtalet hade vidtagna stridsåtgärder i syfte att konkurrera ut detta varit olovliga. Nu är undantagsregeln i tredje stycket tillkommen just med tanke på utländska avtal som MBL inte är tillämplig på, och innebär således en särbehandling av utländska företag.

Ryman öppnar upp för att denna särbehandling skulle kunna vara ett fall av indirekt eller dold avsiktlig diskriminering. Lägga märke till Rymans formulering att den svenska rättsregeln ”nära nog uteslutande” tar sikte på de utländska företagens verksamhet”.⁶²

I Vaxholmsfallet är fackets krav att ett svenskt kollektivavtal ska tecknas. Det är inte fråga om vissa avtalsvillkor eller nivåer, utan om ett helt svenskt, nationellt, avtal.

Lön är ett sådant nations neutralt kriterium som vid utstationering av arbetstagare från länder med lägre löner typiskt sett slår hårdare mot det utländska företaget än mot motsvarande svenska företag. Detta är ett exempel på vanlig indirekt diskriminering, där de sociala skälen ges stort utrymme och där normala fackliga stridsåtgärder godkänns om inhemska och utländska företag behandlas lika i en likvärdig situation.⁶³

Tänk er att ett lettiskt kollektivavtal gav lönen 109 kr i timmen. Ett sådant avtal skulle inte ge fredsplikt. Om företaget däremot skulle underteckna det centrala avtalet med Byggnads kommer fredsplikt att råda till lönen 109 kr i timmen. Detta medför att det nationalitetsneutrala kriteriet lön inte är det avgörande, utan istället är det avgörande vilket kollektivavtal som givit denna lön. Endast avtal med Svenska Byggnadsarbetareförbundet eller andra svenska fackföreningar kan ge fredsplikt.

Även om Ryman skulle ha rätt i att definitionen av MBL:s tillämpningsområde är tillräckligt nationalitets neutralt för att utgöra indirekt diskriminering, är ändå nationalitetskriteriet så framträdande i Vaxholmsfallet att det så fall kan bli fråga om dold avsiktlig diskriminering och inte vanlig indirekt diskriminering.

Jag delar alltså Nyströms uppfattning om att 42§ MBL gör nationalitet till ett så framträdande kriterium att problem med EG-rätten kan uppstå.

Vaxholmsfallet liknar Ugliolafallet på så sätt att lagstiftningens bakomliggande syfte är att göra åtskillnad mellan de egna medborgarna och utländska medborgare. EG-domstolen ser extra strängt på åtgärder vidtagna av en medlemsstat till fördel för de egna medborgarna.

Jag kan inte se att något av de framförda argumenten för att försvara Lex Britannia skulle kunna förklara en avsiktlig indirekt diskriminering.

⁶² Se kapitel 6.2.3.

⁶³ Se kapitel 6.2.4.

6.2.4 Proportionalitetsprövning vid vanlig indirekt diskriminering på grund av nationalitet

Från fackföreningens sida hävdar man att det överhuvudtaget inte föreligger någon form diskriminering alls. Byggnads och avdelningen har inte krävt några särregler för bolaget. Tvärtom var Byggnads krav på Laval, enligt Holke och Hamskär⁶⁴, att de skulle teckna exakt samma kollektivavtal som Byggnads tecknar med svenska arbetsgivare, och Byggnads krav innebar således att utländska arbetsgivare behandlas på exakt samma sätt som svenska och har som syfte att utländska arbetstagare ska få samma lön och anställningsvillkor som svenska.⁶⁵ Det kan därför inte vara fråga om diskriminering p.g.a. nationalitet. Det är istället fråga om en ren likabehandling. Därför menar facket att stridsåtgärderna inte strider mot artikel 12 och 49 i EG-fördraget eller mot utstationeringsdirektivet.

Om det vid en objektiv granskning framstår som att en regel eller åtgärd ändå slår hårdare mot utländska företag än svenska företag kan det vara frågan om en vanlig indirekt diskriminerande åtgärd. Om det skulle visa sig att kravet på svenska kollektivavtal skulle vara en vanlig indirekt diskriminerande regel kan det således ändå vara tillåtligt. Kraven för att en indirekt diskriminerande åtgärd ska godtas är att åtgärden verkligen har godtagbara syften, och att dessa är proportionella i förhållande till den nytta som regleringen ger, samt att diskrimineringen inte är avsiktlig utan istället endast blir en olycklig bieffekt av åtgärden.

Undantag får göras från huvudregeln i artikel 49 om den fria rörligheten under förutsättning att det tjänar ett allmänintresse, och att bekämpa social dumpning är ett sådant av EG-domstolen godkänt allmänintresse. Ryman bekräftar detta när han menar att anledningen till att Lex Britannia ändå inte strider mot EG-rätten är att syftet med lagstiftningen är att förhindra social dumpning och att: ”detta är ett allmänintresse som accepteras inom EES-rätten”.⁶⁶

Ett andra krav för att godta en indirekt diskriminerande åtgärd eller krav är att detta drabbar alla berörda lika. Niklas Bruun skriver:

”Fri rörlighet för tjänster innebär inte endast ett förbud mot diskriminering, det innebär också ett förbud mot att på olika sätt administrativt eller kostnadsmissigt försvåra tjänsteutbudet för utländska aktörer i medlemsländerna. Ett allmänintresse, som målet att skydda arbetstagarna, kan dock göra det tillåtligt att ställa krav som försvårar tjänsteentreprenörernas verksamhet, under förutsättning att dessa drabbar samliga aktörer på marknaden lika.”⁶⁷

⁶⁴ Ingemar Hamskär är TCO:s chefsjurist.

⁶⁵ Holke, Dan, och Hamskär, Ingemar. Lag och Avtal 2005-01-28, ”EG-rätten förbjuder inte fackliga stridsåtgärder”.

⁶⁶ Ds 1994:13, Lex Britannia, sid. 363.

⁶⁷ Bruun, Niklas. EU och arbetsrätt nr. 4, 2001, ”Regler om fri rörlighet för arbetstagare inte tillämpliga vid utstationering”. Artikeln behandlar fallet C-49/98 Finalarte.

Ryman menar att den höga täckningsgraden för svenska kollektivavtal medför att Lex Britannia drabbar alla företag lika. Han skriver:

”De ledande ”svenska” kollektivavtalen har också en så hög täckningsgrad att de utländska företag som tvingas tillämpa motsvarande avtalsbestämmelser i normala fall inte kan sägas diskrimineras i förhållande till svenska.”⁶⁸

Dessutom, menar han, kan ett utländskt företag som anser att ett avtalskrav är för långtgående, med åberopande av EES-avtalet, få sin sak prövad i domstol.

Sigeman delar inte Rymans uppfattning. Sigeman är av uppfattningen att man inte kan påstå att effekten av fackets krav på gästande företag att underkasta sig avtal om anställningsvillkor drabbar alla företag lika när man betänker att kollektivavtalstäckningen för svenska företag inom de flesta branscher inte är 100-procentig. Detta medför, menar han, att det finns en möjlighet att alla jämförbara nationella företag i branschen inte iakttar minimivillkor i paritet med dem som ställs på gästande företag samt att det faktiskt kan förekomma att nationella företag inte är bundna av motsvarande avtal. Vidare menar han att om det avses att ett utländskt företag ska erlagga den lön som genomsnittligt har avtalats med nationella företag, bör det finnas ett antal nationella företag som betalar en lägre lön.⁶⁹ Sammantaget kan man, menar han: ”...med fog ställa frågan om det gästande företaget kan anses hamna i sämre konkurrensläge än vissa nationella företag”.

Nyström ifrågasätter Rymans uppfattning, att utländska företag inte skulle diskrimineras i förhållande till de svenska eftersom de svenska kollektivavtalen har så hög täckningsgrad och att ett utländskt företag som känner sig diskriminerat har möjlighet att få sin sak prövad i domstol, och menar att ”...det kan ifrågasättas om detta resonemang håller”.⁷⁰

6.2.4.1 Egen analys

Prövar EG-domstolen målet enligt allmänna principer om vanlig indirekt diskriminering har fackföreningarna goda möjligheter att vinna. Att bekämpa social dumpning är ett legitimt intresse. Den svåra delen ligger i proportionalitetsbedömningen.

Alla rättsvetenskapsmän som kommenterat frågan är överens om att undantag från huvudregeln om den fria rörligheten kan medges under förutsättning att undantaget framstår som ett allmänintresse, att metoden är ändamålsenlig och att det drabbar alla berörda lika. Om svenska och

⁶⁸ Ds 1994:13, Utredningsmannen Ryman, sid. 363.

⁶⁹ Sigeman, Tore. Lag och avtal 2005-03-18, ”Ytrande om tillämpning av artikel 234 EG”, sid. 7.

⁷⁰ Nyström, Birgitta. EU och arbetsrätten, sid. 130.

utländska företag i Sverige behandlas på samma sätt av de svenska fackföreningarna, har fackföreningen således goda möjligheter att få gehör för sin uppfattning och då klarar man en proportionalitetsprövning.

Problemet i en proportionalitetsprövning uppstår, som jag ser det, i frågan om man kan anse att de svenska kollektivavtalen har en täckningsgrad som skulle innebära att alla företag drabbas lika. Det är ett faktum att det förekommer svenska företag som inte har kollektivavtal och därför kan betala en lägre lön. Genom detta får det anses finnas en möjlighet att utländska företag som avtvingas svenskt kollektivavtal kan hamna i ett sämre läge än vissa svenska företag utan kollektivavtal.

Enligt min mening måste fackföreningen för att få gehör för sin uppfattning kunna argumentera konsekvent och klart utifrån att alla företag, svenska och utländska angrips lika hårt. Om man i vissa situationer släpper igenom svenska företag men angriper utländska måste man kunna redogöra för de objektiva kriterier man åberopar när man väljer att angripa och när man inte gör det. Ett exempel på ett sådant objektiva kriterium kan vara företagets eller byggarbetsplatsens storlek. I ett sådant fall skulle Sverige förmodligen klara en proportionalitetsprövning. Om man däremot inte gör på detta sätt ligger det nära till hands att de argument som Nyström och Sigeman för fram väger över i proportionalitetsprövningen.

Detta förutsätter emellertid att det centrala i ett kollektivavtal får anses vara lönenivåerna, att alla företag drabbas lika och att företagen får anses vara i en likvärdig situation.

6.2.5 Likartad situation som etablering

Fackföreningen kan alltså vinna en tvist om EG-domstolen uppfattar Lex Britannia som ett fall av vanlig indirekt diskriminering. En förutsättning är dock att Laval anses vara i en likvärdig situation som ett svenskt byggföretag.

I ett PM från den svenska EG-delegationen i Bryssel⁷¹ omnämns begreppet ”likartad situation” såsom Padraig Flynn, ledamot av EG-kommissionen och ansvarig för sociala frågor och arbetsmarknad, uppfattar situationen. Han menar att ”...utländska arbetsgivare inte får diskrimineras utan måste behandlas lika med inhemska som är i likartad situation”.⁷²

Vidare är det enligt Flynns uppfattning:

”lovligt att vidta stridsåtgärder mot utländsk entreprenör om det också är lagligt gentemot inhemska sådan enligt nationell rätt, Ett villkor är att det de befinner sig i en likartad situation och att varken regeln om fri

⁷¹ DS 1994:13, Lex Britannia, sid. 145-152.

⁷² A.a. sid. 147.

tjänsteutövning art. 59 (nuvarande 49) i RomF eller icke-diskrimineringsprincipen i dess art.7 (nuvarande 12) överträds”.⁷³

Frågan är således om gästande företag är i samma situation som svenska företag. Det lettiska företaget har ett skydd med stöd av artikel 49, Rush Portuguesa och utstationeringsdirektivet. Det lettiska företaget har en rätt att konkurrera med lägre löner. I förhållande till svensk lagstiftning är man således inte i en likvärdig situation. En lagstiftning som kräver genomsnittslöner strider mot artikel 49 och direktivet, medan en lagstiftning om minimilöner accepteras. Detta är alla överens om.

Vissa menar dock att en annan regel kan gälla i förhållande till fackföreningar. Sigemans uppfattning är att:

”...förbudet för staten att gå längre än direktivets minimireglering kan anses vara riktat enbart mot staten, inte mot fackliga organisationer, som alltså skulle kunna kräva kollektivavtal med längre gående bestämmelser”.⁷⁴

Eklund är av uppfattningen att EG saknar behörighet att reglera frågor som rör bland annat lön och stridsåtgärder och att det istället är den nationella rätten som avgör frågor om stridsrätt.⁷⁵

Skulle Sigeman och Eklund ha rätt i sina uppfattningar skulle detta ge de utländska företagen en likartad situation som de svenska, och svenska fackföreningar skulle kunna ställa krav på längre gående avtalsvillkor än utstationeringsdirektivets miniminivåer.

Det som kan tala emot att Sigeman och Eklund skulle ha rätt i att fackföreningarna inte omfattas av det förbud som gäller för staten att gå längre än minimiregleringen är vilken effekt artikel 49 får anses ha. I målet 36/74 Walrave och Koch slog EG-domstolen fast att artikel 39 kan åberopas av enskilda mot vissa andra fysiska eller juridiska personer än staten och således har direkt effekt.⁷⁶ I målet stadgas att detta även gäller artikel 49.

Målet gällde huruvida en bestämmelse i det Internationella Cykelförbudet om världsmästerskapet i medeldistans på cykel, som stadgade att den på motorcykel åkande farthållaren skulle vara av samma nationalitet som cyklisten, var diskriminerande. Domstolen började med att klarlägga att diskrimineringsförbudet på grund av nationalitet i artikel 39 även omfattar privaträttsliga avtal och bestämmelser och att detta förbud även omfattar avtal och andra kollektiva bestämmelser om anställning i enlighet med förordning 1612/68.⁷⁷ Vidare menade domstolen att den verksamhet som omfattas av artikel 39 endast skiljer sig från den som omfattas av artikel 49

⁷³ A.a. sid. 151.

⁷⁴ EU och arbetsrätt 3-4, 2004, ur Kerstin Ahlberg ”Utstationering och fri rörlighet för tjänster: Krav på marknadsmässig lön största stötestenen”.

⁷⁵ Se kap 6.2.1.

⁷⁶ Domskälens punkt 21.

⁷⁷ Domskälens punkt 22.

genom omständigheten att tillhandahållandet av tjänster inte omfattas av ett anställningsavtal.⁷⁸ Domstolen påpekade slutligen i sin dom att även om vissa av fördragets bestämmelser formellt riktar sig till medlemsstaterna, utesluter detta inte att rättigheter samtidigt skapas för enskilda. Artikel 49 ger uttryck för en grundläggande frihet och en konkret tillämpning av det allmänna diskrimineringsförbudet i artikel 12, och är därför inte bara tillämplig på offentliga utan även på vissa privata rättssubjekt som skapar kollektiva bestämmelser som reglerar arbetsmarknaden.⁷⁹ I domen slås det således fast att artikel 49 ska omfattas av samma långtgående direkta effekt som gäller för reglerna om den fria rörligheten för arbetstagare i artikel 39.

6.2.5.1 Egen analys

Att kräva svenska lönenivåer är fortfarande indirekt diskriminerade mot det lettiska företaget om man förutsätter att företagen är i en likartad situation. Avgörande för svaret på frågan om det lettiska företaget kan anses vara i en likartad situation som svenska företag är om artikel 49 ska anses ha direkt effekt och därigenom vara bindande även för fackföreningarna eller ej.

Sigeman och Eklund tycks dela fackföreningens uppfattning att det rör sig om en likartad situation för gästande och svenska företag. Ryman tycks luta mot samma inställning, men är mer tveksam. Skulle så vara fallet skulle utstationeringsdirektivet vara ett minimidirektiv som anger en lägsta standard och som ger fackföreningen rätten att ställa krav på mer förmånliga bestämmelser än de minimiregler direktivet garanterar.

Skulle däremot artikel 49 ha direkt effekt även för fackföreningarna gäller begränsningen om minimivillkor i utstationeringsdirektivet även fackföreningarna. Minimilön är tillåtligt i enlighet med Rush Portuguesa och under vissa förutsättningar även enligt utstationeringsdirektivet. Krav utöver minimilön såsom genomsnittslön och granskningsarvoden är däremot otillåtna. Utländska företag har en rätt att ta med sina lägre löner från hemlandet och konkurrera med dessa. Ett svenskt och ett lettiskt företag kan under dessa förutsättningar inte anses vara i en likartad situation.

Det är enligt min mening sannolikt att rättsfallet Walrave och Koch innebär att den direkta effekten av artikel 49 omfattar fackföreningar. Ett särskilt stöd för detta menar jag att det ges i domens punkt 22, som direkt hänvisar till kollektivavtal.

Det vore mycket märkligt om ett företag som har ett på fördraget grundat skydd mot att utsättas för ett krav på genomsnittlig svensk lönenivå skulle vara i en likvärdig situation som ett företag som saknar skydd enligt EG-fördraget, i en tvist som gäller om en fackförening får kräva just en genomsnittlig lönenivå.

⁷⁸ Domskälens punkt 23.

⁷⁹ Domskälens punkt 17.

6.2.6 Utstationeringsdirektivet; Bristande implementering

I utstationeringsdirektivet ges uttryckliga besked på vilka frågor som ska regleras genom minimivillkor och hur dessa villkor ska implementeras i medlemsstaterna. För den hårda kärnan ges tre alternativa implementeringsmöjligheter: lag, allmängiltigförklarat kollektivavtal, eller att låta det mest representativa kollektivavtalet gälla för branschen.

Enligt kommissionen, i KOM (2003) 458 slutlig, måste ett land som väljer den lösning som allmängiltigförklarade kollektivavtal utgör, uttryckligen ange detta i den lagstiftning som införlivar utstationeringsdirektivet. Om någon sådan hänvisning inte finns i lagstiftningen om införlivande, kan medlemsstaten inte hävda att sådana kollektivavtal ska följas av företag i en annan medlemsstat som utstationerar sina arbetstagare på den aktuella statens territorium.⁸⁰

Sverige är, om EG-domstolen delar kommissionens uppfattning⁸¹, således förhindrat att kräva att utländska företag som utstationerar arbetstagare i Sverige ska följa ”kollektivavtal som gäller allmänt för alla liknande företag inom den aktuella sektorn”, utan enbart de arbets- och anställningsvillkor som fastställts i lag kan tillämpas på utstationerade arbetstagare.

Sverige har inte valt att genom lag eller allmängiltigförklarat kollektivavtal, eller den för Sverige anpassade möjligheten att ge kollektivavtal av vår nordiska typ en generell tillämpning, bestämma regler om minimilön. I lagförarbetena motiveras detta med att:

”...vi inte vill ha lag, allmängiltigförklarade avtal om minimilön eller nyttja möjligheten till att ge våra kollektivavtal generell tillämpning då det skulle innebära lagtekniska problem och vara främmande för svensk tradition”.⁸²

I stället lämnar man i Sverige frågan om minimilön till arbetsmarknadens parter att lösa genom kollektivavtal.

Holke menar att implementeringen är korrekt och att direktivet är ett minimidirektiv. Han säger att:

”...utstationeringsdirektivet enbart innehåller minimiregler och följaktligen inte sätter något tak idag. Där direktivet talar om minimilön kräver svenska fackförbund till exempel att företagen tecknar kollektivavtal som ger de utsända arbetstagarna marknadsmässiga löner på orten.”⁸³

⁸⁰ KOM (2003) 458 slutlig, Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, ”Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna”, sid. 12.

⁸¹ Ett förslag från kommissionen är att se som ett förarbete, men med låg prioritet, min kommentar.

⁸² Prop. 1998/99:90, sid. 26.

⁸³ Holke, Dan, och Hamskär, Ingemar. Lag och Avtal, 2005-01-28, ”EG-rätten förbjuder inte fackliga stridsåtgärder”.

Laval anser att den svenska implementeringen lämnat flera besvärande luckor⁸⁴. Artikel 3.1.c om minimilön är inte implementerad och inte heller finns någon möjlighet för utländska företag att enligt artikel 4.3 i förväg få besked om vilken lön de måste betala i Sverige, menar de, och att genom detta ”har Sverige effektivt lyckats försvåra för utländska företag att verka på den svenska marknaden”. Enligt bolagets uppfattning innebär utstationeringsdirektivet att nationella krav skall utformas i enlighet med direktivet, ”krav som uppfyller direktivet är tillåtna, krav som strider mot direktivet är otillåtna”.⁸⁵

Sigeman menar att tillvägagångssättet inte är korrekt. Sigeman skriver:

”Sverige har underlåtit att fastställa en tydlig och förutsebar spärr” [för vad som ska anses som social dumpning] ”och istället har det överlåtit åt fackföreningarna att efter ett ganska fritt skön sköta utspärningen”.⁸⁶

Hans uppfattning är att: ”på vilken nivå minimilönen bestäms lägger sig EG inte i, däremot kräver direktivet att det tydliggörs hur hög minimilönen är”.⁸⁷

Enligt Sigemans uppfattning sätter utstationeringsdirektivet redan idag en gräns för vilka krav en medlemsstat kan ställa på utländska företag och därigenom kan staten inte kräva att de följer andra regler än dem som omfattas av direktivets ”hårda kärna” eller de som rör ”ordre public”. Däremot menar Sigeman att utstationeringsdirektivets gräns för kraven bara gäller staten och inte i förhållande till fackföreningarna.⁸⁸

Nyström anser att implementeringen inte alls är korrekt. Nyström ifrågasätter om modellen med de svenska kollektivavtalen räcker för att uppfylla kraven vid en implementering av EG-direktiv. Som en grov huvudregel anser hon att EG-direktiv normalt sett ska uppfyllas genom lag, annan författning eller administrativa föreskrifter medan förarbeten, praxis, doktrin och kollektivavtal inte kan användas.⁸⁹ Anledningen till detta är EG-domstolens praxis, där det framgår att implementering av direktiv måste ske så att garantier finns för att berörda medborgare och rättssubjekt ges det skydd som direktivet kräver. Anledningen till att domstolen funnit att kollektivavtal ej ensamt kan uppfylla direktiv är:

– att kollektivavtal inte täcker hela arbetsmarknaden, tex. arbetstagare hos oorganiserade arbetsgivare utan avtal omfattas inte,

⁸⁴ Elmer, Anders och Agell, Martin. Lag och Avtal, 2005-02-23, ”Sverige kan inte kringgå direktivet med otillåtna krav”.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Sigeman, Tore. Svenska Dagbladet – Brännpunkt, 6 december 2004, ”Byggtvisten kräver EG-domstol”.

⁸⁷ EU och arbetsrätt 3-4, 2004, ur Kerstin Ahlberg ”Utstationering och fri rörlighet för tjänster: Krav på marknadsmässig lön största stötestenen”.

⁸⁸ Se kapitel 6.2.6.

⁸⁹ Nyström, Birgitta. ”Kollektivavtalets ställning i EG” ur Studier i arbetsrätt, Festskrift till Tore Sigeman, sid. 301 ff.

- att kollektivavtal är tidsbegränsade och kan sägas upp och slutligen
- att kollektivavtal inte någon generell möjlighet för den enskilde arbetstagaren att självständigt hävda sin rätt vid domstol.

Nyström säger vidare att ”i Vaxholmsfallet ställs frågan om hur den fria rörligheten står sig i förhållande till den svenska modellen på sin spets”.⁹⁰ Hon betonar särskilt det problemet med det ”hål” som enligt hennes uppfattning uppstod då svensk implementering av utstationeringsdirektivet lämnade frågan om minimilön till arbetsmarknadens parter att lösa.

Om utstationeringsdirektivet även skulle skydda företagen skulle detta kunna medföra att staten skulle kunna förlora en proportionalitetsprövning. Sigeman tycks mena att direktivet har som syfte att även skydda företagen när han säger att:

”Syftet att främja den fria rörligheten för tjänster inom gemenskapen” [främjas av direktivet bland annat genom att] ”social protektionism motverkas så att företag och löntagare i länder med relativt låg social standard får åtminstone någon möjlighet att utnyttja sina konkurrensfördelar”⁹¹.

Vidare menar han att göra tydligt vilka löner ett gästande företag har att räkna med om det åtar sig uppdrag här är ett centralt syfte med direktivet som den svenska lösningen inte alls tillgodoser.⁹² Han hänvisar till att det enkelt går att på Internet få reda på vilka minimilöner som gäller i Frankrike och Tyskland, medan det är svårare att räkna ut vad som ska betalas ”enligt det komplicerade byggnadsavtalet”. Hans uppfattning är att ”oklarheter om vad som kan krävas motverkar den fria rörligheten för tjänster”.

6.2.6.1 Egen analys

I mitt arbete har jag sett flera argument för att utstationeringsdirektivet bara skulle vara bindande för staten men inte för fackföreningarna. I enlighet med domen i Walrave och Koch menar jag emellertid att artikel 49 även har direkt effekt för fackföreningarna och således anser jag att utstationeringsdirektivets minimiregleringar även är bindande för fackföreningarna. I sådant fall har gästande företag en rätt att låglönekonkurrera i Sverige och från fackföreningarnas sida kan bara ställas krav på minimivillkor.

Skulle jag däremot ha fel i mitt antagande, och artikel 49 EG inte skulle vara bindande för fackföreningarna, skulle utstationeringsdirektivet bara binda staten, och fackföreningarna kunde kräva villkor som går utöver minimiregleringen i direktivet. I sådant fall föreligger samstämmighet

⁹⁰ Nyström, Birgitta. Lag & avtal, 16 december, 2004, ur Elisabeth Örnerborg, ”Tre professorer om Vaxholmskonflikten”, sid. 6-7.

⁹¹ Sigeman, Tore. Lag och Avtal, 050318, ”Yttrande om tillämpning av artikel 234 EG”.

⁹² Sigeman, Tore. Svenska dagbladet - Brännpunkt, 2004-12-06, ”Byggtvisten kräver EG-domstol”.

mellan artikel 49 och direktivet, och Sverige har utfört en korrekt implementering av direktivet.

Mot bakgrund av att jag tror att artikel 49 är tillämplig på utstationeringsdirektivets minimireglering tycker jag att allt talar för att direktivet är tillkommet även för att skydda den fria rörligheten och på så sätt innehåller även en företagsskyddande del. Jag delar således Sigemans uppfattning, då direktivet är tillkommet på grundval av artikel 3.c EG och flera regler verkar ha skydd för tjänstefriheten som ändamål.

Om jag har rätt i att det får anses att utstationeringsdirektivet innehåller även ett skydd för företagen innebär det att man från svensk sida har gjort en bristfällig implementering av direktivet. Vid en sådan bristfällig implementering skulle ett avtal med krav på minimilönen 109 kr komma att proportionalitetsprövas. I en sådan prövning skulle kravet kunna komma att anses som oproportionerligt, och detta skulle få som följd att Sverige förlorar rätten att ens kräva 109 kr. timlön.

En bristande implementering kan åberopas mot staten av enskilda som anser att de drabbats av den bristfälliga implementeringen. Detta skulle kunna resultera i att staten blev skadeståndsskyldig, antingen gentemot fackföreningen/arbetstagarerna om de genom den bristfälliga implementeringen inte erhållit korrekt minimilön, eller mot företaget om detta inte informerats väl om den minimilön de senare tvingas betala.

7 Tjänstedirektivet: KOM (2004) 2 slutlig

7.1 Bakgrund

Diskussioner inom EU om sysselsättningsfrågor går tillbaka till mitten av 1990-talet. Bakgrunden till detta var att EU-länderna under flera decennier dragits med hög arbetslöshet, och i många fall hög långtidsarbetslöshet. Detta resulterade i att regeringscheferna började vilja samarbeta aktivt i frågorna. Samarbetet kom att kallas sysselsättningsstrategin, och kom senare att integreras i och utgöra en del av den bredare Lissabonstrategin.⁹³

Grunden för sysselsättningsstrategin lades 1993 då Europeiska kommissionen presenterade vitboken ”Tillväxt, konkurrenskraft och sysselsättning. Utmaningarna och vägarna in i 2000-talet”. I och med Amsterdamfördraget och dess sysselsättningsavdelning (artikel 125-130 i fördraget om Europeiska unionen) togs det stora steget mot en gemensam sysselsättningsstrategi. Genom fördraget förband sig medlemsländerna att, även om beslutmakten fortfarande ligger hos de nationella parlamenten, betrakta sysselsättningspolitiken som en fråga av gemensamt intresse och samordna sina åtgärder i den nationella politiken.

Efter toppmötet i Lissabon 2000 diskuterades de mål som skulle sättas upp för uppfyllandet av Lissabonstrategin till år 2010. Ett av målen var full sysselsättning och det sattes upp kvantitativa mål. De mål som sattes upp för sysselsättningsgraden var att 70 % av den arbetsföra befolkningen ska vara i arbete till 2010. På svenskt initiativ kompletterades detta sedan med ett delmål på 67 % till 2005. Målet för det kvinnliga deltagandet sattes till 60 % till 2010, med ett delmål på 57 % till 2005, och ett mål som sa att hälften av alla personer över 55 år ska arbeta år 2010. Genom dessa mål för sysselsättningen kom sysselsättningsstrategin att bli ett viktigt instrument för förverkligandet av Lissabonprocessens strategiska mål, och integrerades härigenom i Lissabonstrategin.

7.2 Lissabonstrategin

Stats- och regeringschefer gav vid EU-toppmötet i Lissabon våren 2000 medlemsstaterna och kommissionen uppdraget att utarbeta en strategi för att till år 2010 omvandla unionen till världens mest konkurrenskraftiga kunskaps ekonomi byggd på social trygghet och en hållbar utveckling. Detta förutsattes kunna uppnås genom samordning av medlemsländernas nationella politik i kombination med att utsträcka den fria rörligheten till att

⁹³ Kerstin Jacobsson, EU:s sysselsättningsstrategi som institutionaliserad kompromiss, ur Lissabonstrategin i halvtid, sid. 139 ff.

i praktiken omfatta även tjänster och arbetskraft och inte gälla endast varor och kapital. Detta har kommit att kallas Lissabonstrategin. Vid toppmötet beslöts även att en ny metod – den öppna samordningens metod – ska användas som ett viktigt led i EU:s strävan att uppnå målen i Lissabonstrategin.⁹⁴ Metoden innebär i korthet att EU och medlemsländerna fattar beslut som i huvudsak inte är juridiskt bindande. Istället handlar det om att utforma en politik med hjälp av en gemensam strategi som innehåller målformuleringar, riktlinjer, rekommendationer och liknande. Det är alltså mer av politiskt förpliktande åtgärder än av juridiskt bindande direktiv, även om det förekommer beslut av det senare slaget, t.ex. Tjänstedirektivet. Strategin omfattar åtgärder inom en mängd olika områden såsom att öka sysselsättningen, hålla nere inflationen, förbättra förutsättningar för en väl fungerande inre marknad, öka produktiviteten, tillförsäkra tillgång till Internet i hela samhället, minska sociala klyftor och införa ett ekologiskt perspektiv. För att uppnå detta utarbetade kommissionen en process i två steg, där kommissionen först skulle utarbeta en rapport som identifierade existerande hinder.⁹⁵ Steg två skulle bestå i ett förslag till lösning, vilket detta direktiv således utgör.

7.3 Rättslig grund

Tjänstedirektivet har som rättslig grund huvudsakligen artikel 47 i EG-fördraget. Enligt denna ska rådet utfärda direktiv om samordning av medlemsstaternas bestämmelser om upptagande och utövande av förvärvsverksamhet i syfte att underlätta för personer att starta och utöva förvärvsverksamhet som egenföretagare.

7.4 Ursprungslandsprincipen

Ursprungslandsprincipen är ett hett ämne i den EG-rättsliga debatten, särskilt för att principen har en framträdande plats i förslaget till tjänstedirektiv. Diskussionerna om principen har kommit att bli helt avgörande för om man anser sig vara för eller emot tjänstedirektivet. Frågan är dessutom politiskt laddad, och starka företrädare för såväl arbetsgivarsidan som fackföreningarna har försökt att få frågan belyst i debatten utifrån sina respektive uppfattningar.

Ursprungslandsprincipen har sitt ursprung i det som brukar kallas principen om ömsesidigt erkännande.⁹⁶ Principen har uppkommit genom att EG-domstolen har tolkat förbuden mot onödiga hinder mot den fria rörligheten i

⁹⁴ Mörth, Ulrika. ”Den öppna samordningen som demokratiproblem”, ur Lissabonstrategin i halvtid, sid. 90.

⁹⁵ KOM (2000) 888 slutlig, Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, ”En strategi för tjänster på den inre marknaden”.

⁹⁶ Otken Eriksson, Ida. Europarättslig Tidskrift, nr 2, 2004, ”Är vi mogna för ursprungslandsprincipen?”, sid. 543 ff.

fördraget, och innebär att alla nationella åtgärder som faktiskt gör det mindre attraktivt att utöva rätten till fri rörlighet i princip är förbjudna. Sådana åtgärder kan bara accepteras om de vilar på en objektivt försvarbar grund och inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. är proportionella. I praktiken innebär detta att det ställs krav på att medlemsstaterna beaktar vad som är godtagbart i andra medlemsstater och sedan undersöker om dessa krav är jämförbara med de krav som uppställs i nationell rätt. Om de är jämförbara kan medlemsstaten inte ställa upp ytterligare krav. Skulle däremot de utländska kraven inte motsvara de som ställs i nationell rätt, kan medlemsstaten ställa kompletterande krav upp till nivån i den nationella rätten, under förutsättning att kraven vilar på en objektivt försvarbar grund och är proportionella.

I ursprungslandsprincipen går det ömsesidiga erkännandet längre än EG-domstolens nuvarande praxis. Genom ursprungslandsprincipen behöver en person bara följa de regler som gäller för personens verksamhet i det land där personen är etablerad, och får rätten att utöva sin verksamhet på dessa villkor i övriga medlemsstater. Detta innebär således inte bara en skyldighet att jämföra de krav som ställs i hemstaten med de krav som ställs i värdlandet, utan även en principiell skyldighet att acceptera att verksamhet bedrivs i den egna staten på de villkor som gäller för utövandet av den aktuella verksamheten i hemlandet.

Den ursprungslandsprincip som föreslås i tjänstedirektivet har relativt få undantag, och en medlemsstat kan endast vidta åtgärder mot en tillhandahållare av tjänster som är etablerad i en annan medlemsstat om åtgärden avser ett av följande områden: tjänsternas säkerhet, folkhälsan, utövandet av ett vårddyrke eller skydd av den allmänna ordningen, särskilt aspekter som har samband med skyddet av minderåriga. Till detta kommer att en medlemsstat endast kan vidta sådana åtgärder om denna medför ett mer omfattande skydd för tjänstemottagaren, ursprungsmedlemsstaten inte har vidtagit tillräckliga åtgärder och åtgärden är proportionerlig. Utöver detta ska ett speciellt förfarande tillämpas med en anmälan till den berörda ursprungsstaten och till kommissionen som kan begära att medlemsstaten avstår från de aktuella åtgärderna.

Reglerna om etablering kan antas ha en viss bromsande inverkan på i vilken omfattning tjänsteutövare kan återöppna ursprungslandsprincipen. Som utgångspunkt gäller att reglerna om etablering ska tillämpas om ett företag stadigvarande och kontinuerligt bedriver yrkesverksamhet i en annan medlemsstat och där från en stadigvarande plats för affärsverksamhet vänder sig till, bland annat, medborgare i detta land. Är dessa villkor uppfyllda måste tjänsteutövaren etablera sig i landet och följa samtliga de regler som gäller för verksamhet i det landet, och kan således inte återöppna ursprungslandsprincipen.

Enligt det förslag till tjänstedirektiv som nu behandlas omfattas villkoren för att starta och utöva tjänsteverksamhet samt bestämmelserna om

tjänsteutövarens beteende, tjänsternas kvalitet, reklam m.m. som omfattas av ursprungslandsprincipen. Enligt Otken Eriksson är det troligt att tänka sig att det i olika medlemsstater finns olika uppfattningar om hur kvaliteten på en tjänst ska vara och vad som utgör lämplig reklam. Skulle en tvist om en sådan fråga uppstå, ska tvisten enligt ursprungslandsprincipen lösas i enlighet med etableringslandets lagstiftning.

Huvudregeln i Romkonventionen (artikel 3) är att parterna har avtalsfrihet i valet av vilket lands lag som ska tillämpas på avtalet. Om denna möjlighet till fritt val inte nyttjas blir det lagen i det land där den anställde vanligtvis utför sitt arbete som blir tillämplig (artikel 6.2.a), även om han tillfälligtvis arbetar i ett annat land. Sigeman menar att Romkonventionen således ligger i linje med ursprungslandsprincipen eftersom ett gästande företag enligt Romkonventionen normalt sett tar med sig sitt lands arbetsrättsliga lagar och regler.⁹⁷

7.5 Representation i arbetslandet/ Förhandlingsrätten

Enligt direktivförslaget ska det enligt artikel 24 inte vara tillåtet för värdlandet att kräva att det utstationerande företaget har tillstånd eller är registrerat i värdlandet. Inte heller kan man från värdlandets sida kräva att det utstationerande företaget har en representant i värdlandet eller förvarar anställningsrelaterade handlingar där. Detta ska, enligt direktivet, i stället kompenseras genom det administrativa samarbetet och det utbyte av information som införs genom direktivet. Enligt principen om hemlandstillsyn är det tillsynsmyndigheten i tjänsteutövarens hemland som ansvarar för tillsynen även när företaget utför sina tjänster i ett annat land än hemlandet. För att detta ska fungera krävs ett nära samarbete med den ansvariga tillsynsmyndigheten i värdlandet.

För närvarande får emellertid en värdstat ålägga ett gästande företag att hålla handlingar om anställningsvillkoren tillgängliga på arbetsplatsen i enlighet med EG-domstolens praxis. Direktivets lydelse tycks således stå i strid med detta och tycks kunna ändra på saken.⁹⁸

⁹⁷ Sigeman, Tore. Arbetsutskottets hearing den 27 maj 2004, ”EU:s tjänstedirektiv och den svenska arbetsmarknaden”, sid. 10.

⁹⁸ Sigeman, Tore. A.a. sid.16.

8 Avslutande synpunkter

I enlighet med CILFIT-prejudikatet⁹⁹ ligger en tung undersökningsplikt på en nationell domstol innan den avstår från att inhämta tolkningsbesked. Den nationella domstolen måste vara övertygand om att saken är lika uppenbar för domstolarna i de övriga medlemsstaterna och för EG-domstolen. Att Sverige inte uppfyllt sin skyldighet att fråga EG-domstolen har skapat en stor osäkerhet om vad rätten säger. Tjänstedirektivet kan i förhållande till utstationeringsdirektivet komma att betyda liten förändring, men det kan lika gärna betyda mycket och stora förändringar såsom fackföreningen hävdar. Vad vi däremot kan vara säkra på är att tjänstedirektivets regler om förbud för nationella krav på att ett utstationerande företag ska ha en representant i värdlandet kommer att påverka Sverige, och den svenska förhandlingsmodellen. Det finns emellertid ett flertal sätt att via överenskommelser komma runt detta problem, såsom t.ex. att företaget utser en av de utstationerade arbetstagarna till att vara företagets representant i värdlandet.

Hur tjänstedirektivet i övrigt kommer att påverka den svenska arbetsrättsliga modellen är helt avhängigt hur utstationeringsdirektivet ska tolkas. I kapitlet om Vaxholmsfallet har jag presenterat ett par möjliga scenarion och en möjlig slutsats. Förutom att det finns ett flertal andra möjliga slutsatser är hela resultatet beroende av att alla delfrågorna, som t.ex. hur den exklusiva kompetensen skall tillämpas, vilken form av diskriminering det handlar om, om direktivet ger mer skydd för företagen osv., besvaras som jag föreslagit. Skulle svaret på en delfråga ändras, ändras hela förutsättningen för svaret, och svaret skulle följaktligen bli ett helt annat.

I ett motiverat yttrande från den 13 oktober 2004 kritiserade kommissionen Sverige för att landet inte vidtagit åtgärder mot de högsta domstolsinstansernas praxis att i stor omfattning underlåta att begära förhandsavgöranden av EG-domstolen.¹⁰⁰ Enligt Ulf Bernitz står det klart att det är den praxis som kommissionen ansett sig kunna iakttaga från de svenska sista instansernas sida, och då särskilt Högsta domstolens praxis, som i realiteten föranlett kommissionens kritik och ingripande.¹⁰¹ Kommissionen finner det anmärkningsvärt att HD under tiden fram till utgången av 2001 endast hade begärt förhandsavgörande i två fall och under 2002 endast i ett fall. Kommissionen betonar i sitt yttrande att den svenska processrättsliga lagstiftningen saknar egna regler om begäran av förhandsavgörande, utan den enda regeln är själva artikel 234.3 EGF som gäller direkt. Kommissionen noterar vidare att det i HD och Regeringsrätten

⁹⁹ Mål 283/81 CILFIT (REG 1982, s 3415).

¹⁰⁰ Motiverat yttrande riktat till Kungariket Sverige enligt artikel 226 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen till följd av överträdelse av artikel 234 i tredje stycket EG. Bryssel den 13/10/2004, 2003/2161, C (2004) 3899.

¹⁰¹ Bernitz, Ulf. Europarättslig Tidskrift, nummer 1, 2005, "Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden", sid. 79.

nästan alltid gäller krav på prövningstillstånd, men att besluten i ärenden om prövningstillstånd inte motiveras. Därigenom blir det inte möjligt att följa hur artikel 234.3 tillämpas, dvs. om EG-rätten har beaktats, och om så skett, varför det har ansetts som obehövt att begära förhandsavgörande. Kommissionen påpekar att den i egenskap av fördragets väktare har att kontrollera hur artikel 234.3 efterlevs. Utrikesdepartementet svarade på yttrandet den 15 december 2004. I svaret framhåller UD att det inte finns fog för påståendet att de högsta domstolarnas praxis skulle stå i strid med EG-rätten. Regeringen meddelar dock att man förbereder en lagändring genom en proposition till riksdagen under våren 2005, som innebär att svenska domstolar, som utgör sista instans, skall vara skyldiga att besluta i frågan om inhämtande av förhandsavgörande. Eventuellt kommer de att bli skyldiga att motivera sådana beslut.

Enligt Ulf Bernitz är problemet emellertid inte avsaknaden av motiveringar av varför de svenska domstolar som dömer i sista instans inte begär förhandsavgörande.¹⁰² Problemet som han ser det är istället själva hållningen till frågan, dvs. obenägenheten att fatta positiva beslut om att inhämta förhandsavgörande. Han menar att det kan finnas skäl att se över dagens regler för meddelande av prövningstillstånd, som tillsammans med förarbetsuttalanden och ställningstagande i tidigare praxis, helt naturligt är inriktade på en ledning av utvecklingen av den nationella rätten. Det kan finnas anledning att överväga att ändra dessa regler så att det tydligt framgår att prövningstillstånd även bör meddelas i fall där förhandsavgörande av EG-domstolen bör inhämtas och om det är av värde för utvecklingen av gemenskapsrätten att prövningstillstånd meddelas. Bernitz betonar att gemenskapsrätten ständigt utvecklas under inflytande av en dialog mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna, särskilt slutinstanserna, och att EG-domstolen i första hand får sin information om nationell rätt och de problem som möter medlemsstaterna vid EG-rättens tillämpning genom dessa mål. Genom att de svenska domstolarna, och även de danska och finska domstolarna, hittills kan tyckas ha spelat en ytterst tillbakaskjutet roll, och därigenom mer eller mindre ställer sig vid sidan av den viktiga rättsbildningen som hela tiden pågår i EG-domstolen tillförs EG-domstolen otillräcklig kännedom om nordisk rätt. Bernitz avslutar artikeln med:

”Förhoppningsvis besinnar svenska domstolar detta och förstår att genom att begära förhandsavgörande för man fram nordisk rättskultur och våra rättspolitiska problem i det europeiska ljuset och förbättrar våra påverkansmöjligheter.”

Utifrån min studie har jag kommit fram till att enda säkra slutsatsen om tjänstedirektivets påverkan på den svenska arbetsrättsmodellen är att en medlemsstat inte längre kommer att äga rätten att kräva att anställningsrelaterade handlingar ska bevaras på plats.

¹⁰² Bernitz, Ulf. Europarättslig Tidskrift, nummer 1, 2005, ”Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden”. sid. 85.

I övrigt beror tjänstedirektivets inverkan på den svenska arbetsmarknaden helt på vem som gjort en riktig tolkning av gällande rätt idag. Detta är en fråga där EG-domstolen för länge sedan borde ha fått ta ställning till vår rättskultur på arbetsrättens område.

Det vore mycket olyckligt om svenska staten hindrar tillkomsten av ett nytt tjänstedirektiv därför att man felaktigt tror att det kommer att kräva förändringar av den svenska arbetsrättsliga modellen.

Lika olyckligt vore det om svenska staten medverkar till ett tjänstedirektiv som förändrar den svenska arbetsrättsmodellen på ett sätt som man inte var medveten om.

Käll- och litteraturförteckning

Litteraturförteckning:

Andersson, Anderz m.fl. Arbetsrätt, Författarna och Liber AB, Malmö 2004.

Bernitz, Ulf. ”*Fri rörlighet för tjänster och möjligheterna till nationell kontroll, var går gränserna?*” ur Gustavsson m.fl. redaktörer, Lissabon strategin i halvtid, Årsbok 2005, Santéus Förlag, Stockholm 2005.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders. Europarättens grunder, andra upplagan, Marknadsrättsförlaget AB, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002.

Bruun, Niklas. ”*Den nordiska modellen för facklig verksamhet*” ur Den nordiska modellen, Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden, Liber AB, Uppsala 1990.

Carlsson, Bo. *Industriell dynamik och ekonomisk tillväxt i Europa och USA – kommer Europa ifatt?* ur Gustavsson m.fl. redaktörer, Lissabon strategin i halvtid, Årsbok 2005, Santéus Förlag, Stockholm 2005.

Craig, Paul, De Búrca, Gráinne. EU Law, text, cases and Materials, Oxford University Press Inc, New York 2003.

Gustavsson m.fl. redaktörer. Lissabonstrategin i halvtid, Årsbok 2005, Santéus Förlag, Stockholm 2005.

Jacobsson, Kerstin. *EU:s sysselsättningsstrategi som institutionaliserad kompromiss* ur Gustavsson, m.fl. redaktörer, Lissabon strategin i halvtid, Årsbok 2005, Santéus Förlag, Stockholm 2005.

Mörth, Ulrika. ”*Den öppna samordningen som demokratiproblem*”, ur Lissabonstrategin i halvtid, Årsbok 2005, Santéus förlag, Stockholm 2005.

Otken Eriksson, Ida. ”*Slagskepp eller kanonbåt? – EG-rättslig utvärdering av tjänstedirektivet*”, Gustavsson, m.fl. redaktörer, Lissabon strategin i halvtid, Årsbok 2005, Santéus Förlag, Stockholm 2005.

Norberg, Per. Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik, Juristförlaget i Lund, Lund 1999.

Nyström, Birgitta. ”*Kollektivavtalets ställning i EG*” ur Studier i arbetsrätt, Festskrift till Tore Sigeman, Iustus förlag, Uppsala 1993.

Nyström, Birgitta. EU och arbetsrätten, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Ryman, Sven-Hugo. *Innebörden och Betydelsen av Lex Britannia* ur Studier i arbetsrätt, Festskrift till Tore Sigeman, Iustus förlag, Uppsala 1993.

Schelin, Johan. *Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997.

Schmidt, Folke. *Facklig arbetsrätt*, reviderad upplaga 1997, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1997.

Artiklar:

Bernitz, Ulf. *Europarättslig Tidskrift*, nummer 1 2005, ”*Kommissionen ingriper mot svenska sistainstansers obenägenhet att begära förhandsavgöranden*”, sid. 79 ff.

Bruun, Niklas. *EU och arbetsrätt* 4 2001, ”*Regler om fri rörlighet för arbetstagare inte tillämpliga vid utstationering*”.

Brysselkontorets nyhetsbrev, 22 mars, 2005. ”*Tjänstedirektivet hetast på EU-toppmötet*”.

Dagens Nyheters nätupplaga (DN.se), 2005-03-22. ”*EU går vidare med fri tjänstehandel*.”

Dagens Nyheters nätupplaga (DN.se), 2005-03-23. ”*Skicklig lots undvek katastrof*.”

Dagens Nyheters nätupplaga (DN.se), 2005-03-23. ”*Förvirring om EU: s tjänstehandel*.”

Eklund, Ronnie. *SVJT* 2000, nr 3, sid. 260, ”*Utstationering av arbetstagare*”.

Eklund, Ronnie. *Lag och Avtal* nr 1/2005, ”*EG har inga regler om lön och stridsåtgärder*”.

Elmér, Anders och Agell, Martin. *Lag och Avtal*, ”*Sverige kan inte kringgå direktivet med otillåtna krav*”, 2005-02-23

EU och arbetsrätt, 3-4, 2004. ”*Utstationering och fri rörlighet för tjänster: Krav på marknadsmässig lön största stötstenen*”.

Holke, Dan och Hamskär, Ingemar. *Lag och Avtal* 050128, ”*EG-rätten förbjuder inte fackliga stridsåtgärder*”.

Lag och Avtal – Aktuellt, nr 3, 2005-03-23. ”*För och emot att AD frågar EG-domstolen*”.

Otken Eriksson, Ida. Europarättslig Tidskrift, nr 2 2004, "Är vi mogna för ursprungslandsprincipen?"

Sigeman, Tore. Svenska Dagbladet - Brännpunkt , 6 december 2004, "Byggtvisten kräver EG-domstol".

Sigeman, Tore. Lag och Avtal, 050318, sid. 7, "Yttrande om tillämpning av artikel 234 EG".

Örnerborg, Elisabeth, "Tre professorer om Vaxholmskonfliktens konsekvenser", Lag & avtal, 16 december 2004.

Sydsvenska Dagbladet, 2005-03-23. "De rika länderna inom EU tar strid för jobben".

Övriga källor:

Arbetsmarknadsutskottets hearing den 27 maj 2004. "EU: s tjänstedirektiv och den svenska arbetsmarknaden" [www.riksdagen](http://www.riksdagen.se) .se.

Brev från LO, TCO och SACO till Mr Frits Bolkestein 2004-10-14. *Reply on the draft Directive on free movement of services.* www.tco.se

Ds 1994:13 LEX BRITANNIA

EU-upplysningen, Sveriges Riksdag, [www.eu-upplysningen](http://www.eu-upplysningen.se).se, 2005-04-21. "Parlamentsutskott debatterade tjänstedirektivet."

Frycklund, Jonas. Svenskt Näringslivs rapport "Potential för ökad tjänstehandel", Juni 2004.

Jivmark, Eva. "Näringslivets offentliga utfrågning om tjänstedirektivet". Tal i Riksdagens andra kammare, 2004-11-18. (Ansvarig för tjänstehandelsfrågor på EU-nivå och inom WTO i Svenskt Näringsliv.)

KOM (2000) 888 slutlig, Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, "En strategi för tjänster på den inre marknaden".

KOM (2003) 458 slutlig, Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, "Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna".

KOM (2004) 2 slutlig, Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tjänster på den inre marknaden (framlagt av kommissionen).

Kommerskollegiets hemsida: "Vilka tjänster omfattas av direktivet?" www.kommers.se.

LO:s Pressmeddelande ”Kampen om tjänstedirektivet på väg att vinnas”, 2005-02-11. www.lo.se.

Leufstedt, Sofia. Svensk Handels Promemoria ”Kommentarer till Tjänstedirektivet från Svensk Handel”, Stockholm 2004-06-28.

Motiverat yttrande riktat till Kungariket Sverige enligt artikel 226 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen till följd av överträdelse av artikel 234 i tredje stycket EG. Bryssel den 13/10/2004, 2003/2161, C (2004) 3899.

Proposition 1998/99:90 Utstationering av arbetstagare

Sigeman, Tore. ”Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt”, Nätverket för Europatättsforskning, sammandrag av föreläsning vid konferens om Tjänstedirektivet 14 april 2005.

Utrikesdepartementets PM till Riksdagen 2004-11-12, ”Förslag till direktiv om tjänster på den inre marknaden”.

Rättsfallsförteckning

EG rättsfall:

Mål 15/69, Württembergische Milchverwertung –Südmilch-AG mot Salvatore Ugliola (REG 1969, s 363)

Mål 41/74 Van Duyn mot Home Office (REG 1974, s 1337).

Mål C-272/74 Brott mål mot Michel Guiot (REG 1996, s I-1905)

Mål 120/78 Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) (REG 1979, s 649)

Mål 279/80 Webb (REG 1981, s 3305)

Mål 283/81 CILFIT (REG 1982, s 3415)

Mål C-283/82 Duphar BV m.fl. mot Nederländerna (REG 1984, s 523)

Mål 56/87 Kommissionen mot Italien (REG 1988, s 2919)

Mål C-249/88 Kommissionen mot Belgien (REG 1991, I-1275)

Mål C-113/89 Rush Portuguesa (REG 1990, s I-1417)

Mål C-43/93 Raymond Van der Elst mot franska immigrationsmyndigheterna. (REG 1994, s I-3803)

Mål C-55/94 R. Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati (REG 1995 s I-4165)

Mål 265/95 Kommissionen mot Frankrike (REG 1997, I-6959)

Förenade målen C-369/96 och C-376/96 Jean-Claude Arblade, Arblade & Fils SARL, Bernard Leloup, Serge Leloup, Sofrage SARL (REG1999, s I-8453)

Mål C-405/98 Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB (GIP) (REG 2001, s I-1795),

Mål C- 164/99 Portugaia Construções Lda

Svenska rättsfall:

AD 1989 nr. 120 Britanniamålet

Marknadsdomstolens dom, Konsumentombudsmannen (KO) mot Gourmet International Products AB, MD 2003-5.

AD:s beslut nr. 111/04, mål nr. A 268/04, interimistiskt förordnande, 2004-12-22.

AD:s beslut nr. 49/05, mål nr. A 268/04, inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen, 2005-04-29.

HD mål Ö 82-05, resning och klagan över domvilla.