



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Karin Ingeltun

Utsänd eller utför normalt arbete i två medlemsstater?

– Gränsdragning mellan lagvalsreglerna art. 14.1
a och art. 14.2 b i) i förordning 1408/71

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Norberg

Socialrätt/EG-rätt

VT 2008

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Exempel på gränsdragningsproblematik	5
1.3 Syfte och frågeställning	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Avgränsningar	8
1.6 Disposition	10
2 KOORDINERING AV SOCIALA TRYGGHETSSYSTEM	11
2.1 Territorialitetsprincipen åsidosätts	11
2.2 Fri rörlighet för arbetskraft	11
2.3 Samordning av medlemsstaternas socialförsäkringssystem	12
2.4 Grundläggande koordineringsprinciper	13
2.4.1 Likabehandlingsprincipen	13
2.4.2 Sammanläggningsprincipen	14
2.4.3 Exportabilitetsprincipen	14
3 AKTUELLA LAGVALSREGLER I FÖRORDNING 1408/71	15
3.1 Lagvalsreglernas syfte och karaktär	15
3.1.1 Exklusiv effekt	15
3.1.2 Bindande effekt	16
3.2 Huvudregeln om arbetslandets lag	16
3.2.1 Anställd för arbete i en medlemsstat, art. 13.2 a	16
3.3 Undantag från arbetslandets lag	17
3.3.1 Utsänd till annan medlemsstat för att arbeta där, art. 14.1	18
3.3.1.1 Villkor för utsändning	19
3.3.1.2 Avbrott i utsändningen	21
3.3.2 Normalt arbetar i två medlemsstater, art. 14.2 b i)	21
3.3.2.1 Villkor för normalt arbetar i två medlemsstater	22

3.3.3	Överenskommelser mellan medlemsstater, art. 17	23
3.4	E 101 intyg om tillämplig lagstiftning	23
3.4.1	Intyg vid utsändning	23
3.4.2	Intyg vid normalt arbete i två medlemsstater	24
3.4.3	Retroaktiv effekt och bindande intyg	25
3.5	Ny förordning 883/2004	26
3.5.1	Förändringar i artikeln avseende utsändning	26
3.5.2	Förändringar i artikeln avseende normalt arbete i två medlemsstater	27
4	GRÄNSDRAGNINGSPROBLEMATIK	29
4.1	Incitament att undvika arbetslandets lag	29
4.1.1	Önskan att kvarstå i ett visst lands socialförsäkringssystem	29
4.1.2	Osund konkurrens och social dumpning	30
4.2	Gränsdragning: utsänd eller utför normalt arbete i två medlemsstater?	31
4.2.1	Referensperiod för gränsdragningen	31
4.2.2	Förutbestämt eller oplanerat utlandsarbete	32
4.2.3	Vilken artikel har företräde?	33
4.2.4	Tidsperioderna mellan arbetstillfällena	33
4.2.5	Varaktigheten av arbetet	35
4.2.6	E 101 intygets betydelse för gränsdragningen	35
4.3	Den nya förordningens betydelse för gränsdragningen	36
5	ANALYS OCH SLUTSATSER	38
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	41
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	44

Sammanfattning

Detta arbete avser att ge en fördjupning i gränsdragningsproblematiken mellan art. 14.1 a och art. 14.2 b i) i förordning 1408/71 om samordningen av medlemsstaternas socialförsäkringssystem. Arbetets övergripande frågeställning är var gränsen går mellan att som arbetstagare vara utsänd enligt art. 14.1 a och därmed omfattas av utsändningslandets socialförsäkringssystem, eller att normalt arbeta i två medlemsstater för samma arbetsgivare – varav till viss del i bosättningslandet – enligt art. 14.2 b i) och därmed omfattas av bosättningslandets socialförsäkringssystem.

I arbetet har jag kommit till slutsatsen att gränsdragningsproblematiken främst har sitt ursprung i det faktum att innebörden av kriteriet *normalt arbetar* i två medlemsstater i art. 14.2 b inte är klart utsagd.

På grund av avsaknad av rättspraxis från EG-domstolen avseende den exakta gränsdragningen mellan lagvalsreglerna, dras i arbetet slutsatsen att det inte går att veta hur gränsdragningen ska göras eller vilka exakta förhållanden som ska ligga till grund för den.

Eftersom det är oklart var gränsen går mellan utsändning och normalt arbete i två medlemsstater måste de nationella socialförsäkringsinstitutionerna göra egna bedömningar vid tillämpningen av lagvalsreglerna. I arbetet har framkommit att för en person som är bosatt i Sverige och som arbetar både i Sverige och i en annan medlemsstat tillämpar svenska socialförsäkringsinstitutioner, enligt min bedömning, art. 14.2 b i) i överensstämmelse med EG-domstolens dom i målet *Kits van Heijningen*. I målet fastslog EG-domstolen att normalt arbete i en medlemsstat innebär arbete där åtminstone en gång var tredje månad. Vad gäller varaktigheten av arbetet vid varje arbetstillfälle anser medlemsländernas socialförsäkringsinstitutioner i regel att arbete som utförs i bosättningslandet medför att art. 14.2 b blir tillämplig, oavsett omfattningen av arbetet. Även detta stämmer överens med målet *Kits van Heijningen* i vilket EG-domstolen även uttalade att den i målet aktuella lagvalsregeln var tillämplig oavsett antalet arbetade timmar i landet.

Genom arbetet har även framkommit att arbetsgivaren vid en utsändning enligt svensk myndighetspraxis kan styra vilket lands lag som ska vara tillämplig – utsändningslandets eller det tillfälliga arbetslandets – genom att denne kan välja att ansöka om ett E 101 intyg om tillämplig lagstiftning. Om en anställd däremot anses normalt arbeta i två medlemsländer går det inte att undkomma socialförsäkringstillhörigheten så som den bestäms enligt förordning 1408/71 genom att inte begära ett E 101 intyg, eftersom bosättningslandets lag då *ska* vara tillämplig. Behörig socialförsäkringsinstitution kan därmed ex officio utfärda ett intyg om att den anställda ska omfattas av bosättningslandets sociala trygghetssystem.

Förord

När jag sätter punkt för denna uppsats har jag sedan en tid tillbaka lämnat Lund. Uppsatsen har författats parallellt med mitt arbete med sociala avgifter på Skatteverket i Stockholm. Jag vill tacka Elisabeth Asplund (Skatteverket), som gjorde mig uppmärksam på det problem som sedermera blev uppsatsens frågeställning. Frågeställningen anknyter till mina studier under fördjupningskurserna i Lund, samtidigt som utredandet av den varit mig till nytta i arbetet, uppsatsen har därmed inneburit en perfekt övergång från studier till arbete. Tack även till min handledare Per Norberg, som entusiastiskt bidragit med värdefulla kommentarer. Slutligen vill jag tacka min sambo Finn Stenström för superb coachning och för korrekturläsning.

Stockholm i maj 2008

Förkortningar

AFL	Lagen om allmän försäkring
AK	Administrativa kommissionen för social trygghet för migrerande arbetstagare
Art.	Artikel
ECR	European Court Reports
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	Europeiska frihandelssammanslutningen
EGF	Fördrag om Europeiska Gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning, från och med den 1 februari 2003 istället EUT
E.J.S.S.	European Journal of Social Security
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
PGI	Pensionsgrundande inkomst
RFV	Dåvarande Riksförsäkringsverket. Den 1 januari 2005 bildade RFV och försäkringskassorna den nya myndigheten Försäkringskassan
Rådet	Europeiska unionens råd
SAL	Socialavgiftslagen
SKV	Skatteverket
SN	Skattenytt
SofL	Socialförsäkringslagen
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Fri rörlighet för personer, framförallt arbetstagare,¹ är en av de fyra friheterna vars mål är realiserandet av EU:s inre marknad. Arbetskraften ska inte hindras att flytta dit arbetstillfällen finns, eftersom den fria rörligheten för arbetstagare anses gynna medlemsstaternas ekonomiska utveckling.²

Socialförsäkringssystemen i EU:s medlemsländer är nationella suveräna angelägenheter. Beroende på medlemsländernas skilda sociala och kulturella traditioner samt olika historiska och ekonomiska bakgrunder är de utformade på avsevärt olika sätt.³ Flera av socialförsäkringssystemen uppställer dock nationalitets- eller bosättningskrav för tillhörighet till trygghetssystemet. Sådana och andra territoriella krav i de nationella socialförsäkringssystemen utgör ett hinder för realiserandet av den inre marknaden, sett utifrån ett grundläggande antagande om att en förutsättning för fri rörlighet för arbetstagare är att arbete i en annan medlemsstat inte medför en försämring av den sociala tryggheten.⁴ För undvikande av välfärdsluster för den som – i enlighet med målsättningen om fri rörlighet – beger sig till ett annat medlemsland för att arbeta där fordras en internationell reglering för samordning av medlemsstaternas socialförsäkringssystem.⁵ Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen⁶ samordnar medlemsstaternas⁷ olika socialförsäkringssystem. Förordning 1408/71 har bl.a. som mål att åsidosätta territorialitetsprincipen, för att säkerställa att de som väljer att arbeta i flera medlemsstater inte

¹ Se art. 39 i EGF.

² Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, fourth edition, Intersentia, 2003, s. 3.

³ SOU 1993:115, s. 96.

⁴ Cornelissen, *25 Years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers: its achievements and its limits*, 1997, s. 57.

⁵ A.a., s. 31.

⁶ EGT L 149, 5.7.1971, s. 2. Se för en konsoliderad version rådets förordning 118/97/EG av den 2 december 1996 om ändring och uppdatering av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, samt av förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71, EGT nr L 28, 30.1.1997.

⁷ Förordning 1408/71 gäller även, sedan den 1 januari 1994 då EES-avtalet trädde i kraft, i Island, Liechtenstein och Norge (se EGT nr L 1, 3.1.1994). Från och med den 1 juni 2002 tillämpas förordning 1408/71 även mellan EU och Schweiz, genom ett särskilt avtal av den 4 april 2002 (se EGT nr L 114, 30.4.2002). Genom ett tillägg i EFTA-konventionen gäller reglerna om fri rörlighet för personer även mellan Schweiz och de tre EFTA-länderna Island, Liechtenstein och Norge. I denna uppsats används beteckningen ”medlemsland” eller ”medlemsstat” även för EES-länder och för Schweiz.

förfördelas avseende sociala rättigheter i förhållande till dem som arbetar i samma land under hela sitt arbetsliv.⁸

Förordning 1408/71 blev gällande svensk rätt när EES-avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994. Sedan Sveriges medlemskap i EU 1995 är förordning 1408/71 direkt tillämplig i Sverige.

Som huvudregel gäller arbetslandets socialförsäkringslag för en individ enligt förordningens lagvalsregler, oavsett individens bosättningsland. Detta är den så kallade *lex loci laboris*-principen. Principen baseras på antagandet att en person inte kommer att vara beredd att flytta och ta anställning i ett annat medlemsland om personen inte får samma rättigheter och skyldigheter avseende den sociala tryggheten som det tilltänkta arbetslandets egna arbetstagare.⁹ Tillämpningen av arbetslandets socialförsäkringslag som huvudregel anses bäst säkerställa att de som arbetar i samma medlemsstat behandlas lika oavsett medborgarskap och bosättningsland.¹⁰ I några särskilda arbetssituationer skulle dock tillämpningen av arbetslandets lag istället medföra hinder för arbetskraftens fria rörlighet. För den som sänds ut för att tillfälligt arbeta i ett annat medlemsland tillämpas därför istället utsändningslandets lag, enligt art. 14.1 a.¹¹ Det finns även ett undantag i art. 14.2 b i) för den som normalt utför arbete i två eller flera medlemsstater för samma arbetsgivare. Enligt art. 14.2 b i) tillämpas istället bosättningslandets lag, i syfte att undvika att socialförsäkringstillhörigheten flyttas över mellan de olika arbetsländerna.¹²

1.2 Exempel på gränsdragningsproblematik

Eftersom medlemsländernas socialförsäkringssystem i vissa avseenden skiljer sig stort åt är det ur ett rättssäkerhets – såväl som ur ett samhällsekonomiskt – perspektiv viktigt att både enskilda och myndigheter kan förutsäga till vilket medlemslands socialförsäkringssystem en person kommer att höra i olika gränsöverskridande arbetssituationer. EG-domstolen har avgjort flera mål som rör tolkningen av lagvalsbestämmelserna i förordning 1408/71, men gråzoner kvarstår. Ett problem avser gränsdragningen mellan art. 14.1 a, som är tillämplig för en utsänd arbetstagare, och art. 14.2 b i) som är tillämplig för den som normalt arbetar i två medlemsstater.¹³ Om en person arbetar i olika länder, men endast har en arbetsgivare, kan gränsdragningen till utsändningsregeln skapa problem vid bedömningen av om bestämmelsen om normalt arbete i två

⁸ Cornelissen, s. 39.

⁹ Westerhäll, *Social trygghet i framtidens EU*, Utrikespolitiska institutet, 2003, s. 6.

¹⁰ Malmstedt, *Tillhörighet och sociala förmåner från 1600-talets Laws of Settlement till förordning nr 1408/71*, Juristförlaget i Lund, 2002, s. 142.

¹¹ Donders, *Application of the Provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the Issue of Posting: Facts, Problems and Comments*, Acco, 1997, s. 54.

¹² Blank Thörnroos m.fl., *Socialavgifter*, Norstedts Juridik, 2007, s. IAR:18.

¹³ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 107.

medlemsstater ska tillämpas.¹⁴ Följande exempel illustrerar en situation för vilken det är svårt att avgöra vilken av artiklarna som är tillämplig.

En ingenjör på Ericsson leder ett projekt som går ut på att utveckla nya mobiltelefoner. Ingenjören bor i Köpenhamn och jobbar i Lund. Hon är chef över två arbetslag som tillsammans utvecklar mobiltelefoner. Det ena arbetslaget finns hos ett dotterföretag i Köpenhamn och det andra finns i Lund. De flesta arbetsdagar tillbringar ingenjören i Lund men då och då arbetar hon i Köpenhamn, ibland planerat och ibland för att ett akut problem har uppstått. Är ingenjören utsänd för att utföra arbete i Köpenhamn, vilket innebär att utsändningslandets socialförsäkringslag är tillämplig, d.v.s. svensk lag, eller arbetar hon normalt i två länder, vilket innebär att bosättningslandets lag är tillämplig, d.v.s. dansk lag. Hur ofta måste ingenjören arbeta i Köpenhamn för att det ska kunna ses som normalt arbete i två länder, och hur många timmar måste hon som minimum arbeta vid varje arbetstillfälle? Kan Ericsson och ingenjören själva styra vilket lands lag som blir tillämplig? Blir det någon skillnad om projektet väntas pågå under högst 12 månader, eller om det förväntas pågå i flera år?

1.3 Syfte och frågeställning

Anledningen till att jag i detta examensarbete valt att utreda gränsdragningsproblematiken mellan art. 14.1 a och 14.2 b i) är vikten av att kunna förutse socialförsäkringstillhörigheten för en anställd som arbetar i flera medlemsstater. Frågan är av stor betydelse för såväl arbetstagare och arbetsgivare, som för de institutioner som är behöriga på förordningens område och vidare för de institutioner som är kompetenta att ta ut socialförsäkringsavgifter.

Mot bakgrund av ovanstående är arbetets huvudsakliga frågeställning: var går gränsen mellan att som arbetstagare vara utsänd enligt art. 14.1 a i förordning 1408/71 eller att normalt arbeta i två medlemsstater för samma arbetsgivare – varav till viss del i bosättningslandet – enligt art. 14.2 b i).

Avgörande för frågeställningens besvarande är att bestämma vilka förhållanden som ska ligga till grund för gränsdragningen. Det måste också försöka klargöras hur en arbetssituation ska te sig för att artikeln avseende normalt arbete i två medlemsstater ska bli tillämplig istället för artikeln avseende utsändning.

För besvarandet av frågeställningen blir det nödvändigt att utreda hur lång tid det får gå mellan arbetstillfällena i de båda medlemsländerna för att kriteriet *normalt arbetar inom två eller flera medlemsstaters territorier* i art. 14.2 b i) ska vara uppfyllt. Här aktualiseras en diskussion om bedömningen av kriteriet ska utgå från en särskild referensperiod. Vidare behöver utredas

¹⁴ RFV:s vägledning 2004:11 *Tillämplig lagstiftning, EU, socialförsäkringskonventioner, m.m.*, s. 70.

hur länge arbetet måste pågå vid varje arbetstillfälle i de båda medlemsstaterna.

Syftet bakom arbetet är även, med beaktande av målsättningen om en fri rörlighet för arbetskraften, att undersöka vilken den samhällsekonomiska effekten blir om en arbetstagare omfattas av art. 14.1 a eller av art. 14.2 b i). Syftet omsluter därmed även en diskussion om hur art. 14.1 a och 14.2 b i) – på grund av att de utgör undantag från förordningens huvudregel om arbetslandets lag – kan utnyttjas av arbetstagare och arbetsgivare för att komma i en så förmånlig socialförsäkringssituation som möjligt för så lite socialavgifter som möjligt.

Slutligen är syftet bakom arbetet att utreda huruvida utfallet i tillämpning av art. 14.1 a och art. 14.2 b i) överensstämmer med syftet bakom koordineringsreglerna.

1.4 Metod och material

I mitt arbetssätt följer jag EU-rättslig metod för att utreda gällande rätt. Av gemenskapsrättens rättskällor har framförallt EG-domstolens rättspraxis varit en viktig rättskälla vid författandet av arbetet, dels eftersom aktuella lagvalsregler i förordning 1408/71 efterhand ändrats för att innesluta praxis,¹⁵ och dels på grund av att EG-domstolen har kompetens att tolka innebörden av förordningens bestämmelser. Detta medför att lagvalsreglerna i förordning 1408/71 inte kan förstås utan att man känner till domstolens praxis.¹⁶

Var gränsen går mellan utsändning enligt art. 14.1 a och normalt arbete i två medlemsstater enligt art. 14.2 b i) har inte avgjorts av EG-domstolen. I mitt arbete med att utreda frågeställningen enligt kapitel 1.3 ovan har jag därför fått vända mig till doktrin, där frågan uppmärksammas. Främst har jag haft vägledning av litteratur från följande författare: Donders, Pennings, Pieters och Schoukens. Av EG-rättens icke bindande sekundärrätt har främst och administrativa kommissionens beslut¹⁷ använts.

Utöver gemenskapsrättens rättskällor har jag även använt nationell myndighetspraxis. Försäkringskassans vägledning 2004:11 om tillämplig lagstiftning, EU, socialförsäkringskonventioner m.m. har använts för att se

¹⁵ SOU 1993:115, s. 117.

¹⁶ Cornelissen, s. 28.

¹⁷ AK är ett organ knutet till kommissionen bestående av regeringsföreträdare från varje medlemsstat. AK föreslår EG-kommissionen ändringar i förordning 1408/71 och fattar beslut om hur bestämmelserna i förordningen ska tolkas. AK har även hand om administrativa frågor som att utarbeta blanketter för intyg och andra handlingar. I mål 8/80 Romano uttalade domstolen att AK:s tolkningar kan vara nyttiga hjälpmedel för medlemsstaternas behöriga institutioner, men att de inte är bindande för dem. AK:s beslut betraktas som rättskälla, se Erhag, *Fri rörlighet och finansiering av social trygghet*, Santérus Förlag, 2002, s. 116 och SOU 1993:115, s. 118.

hur lagvalsreglerna tillämpas i Sverige. Nationella myndigheter och socialförsäkringsinstitutioner kan inte ge auktoritativa tolkningar av EG-rätten, men för de fall som EG-rättens innebörd är oklar kan den nationella behöriga myndighetens uppfattning ge vägledning. Så länge arbetstagare och arbetsgivare följer nationell praxis kan de åtminstone förvänta sig att inte behöva få problem med den myndighet vars praxis de följer. Är flera medlemsländers nationella myndigheter överens om en tillämpning kan det vara en stark indikation på att det är en rimlig bedömning av rättsläget, som också kommer att delas av EG-domstolen. Jag har även använt mig av handledningar och skrivelser från Skatteverket, som är den myndighet i Sverige vilken är kompetent att ta ut sociala avgifter. Det är dock endast Försäkringskassan som är behörig institution på förordningens område i Sverige.

1.5 Avgränsningar

Av de sju avdelningarna i förordning 1408/71 koncentreras arbetet nästan uteslutande till de aktuella lagvalsreglerna i avdelning II. Förordningens avdelning I, som bl.a. anger det materiella och personliga tillämpningsområdet, kommer utöver de grundläggande koordineringsprinciperna inte att beröras. Bestämmelserna i avdelning III som avser specifika förmånsslag tas inte heller upp särskilt. Avdelningarna IV-VII innehåller främst administrativa bestämmelser och berörs inte.

För en person som normalt utför arbete i två eller flera medlemsstater är olika lagvalsregler tillämpliga beroende på om personen är anställd eller egenföretagare.¹⁸ Utsändningsregeln ser också olika ut för anställda och för egenföretagare.¹⁹ I uppsatsen kommer av utrymmesskäl inte reglerna för egenföretagare att diskuteras.²⁰

Art. 14.2 b i förordning 1408/71 gäller för den som normalt arbetar inom två eller flera medlemsstaters territorier. För denna kategori av arbetstagare är tillämplig sociallagstiftning:

”i) lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium den anställda är bosatt, om han till viss del utför arbetet inom detta territorium eller om han är knuten till flera företag eller arbetsgivare inom olika medlemsstaters territorier,

¹⁸ Art. 14.2 b i) och ii) jämfört med art. 14a.2.

¹⁹ Art. 14.1 jämfört med art. 14a. 1.

²⁰ Schoukens menar dessutom – vad avser egenföretagare – att EG-domstolens praxis gjort det omöjligt att avgöra var gränsen går mellan lagvalsregeln för utsändning och lagvalsregeln för den som normalt är egenföretagare inom två medlemsstaters territorier, se Schoukens, *Self-Employed People and the Determination of the Legislation Applicable*, Acco, 1997, s. 163, 168.

ii) lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium det företag eller den person, som anställt honom har sitt säte eller är bosatt, om han inte är bosatt inom någon av de medlemsstaters territorier där han utför arbetet.”

Enligt första alternativet innan konjunktionen *eller* i art. 14.2 b i) är bosättningslandets lag tillämplig för den som normalt arbetar för *samma* arbetsgivare inom två eller flera medlemsstaters territorier, om personen till viss del utför arbete i bosättningslandet. Att det är en arbetstagare med endast en arbetsgivare som åsyftas i det första alternativet innan konjunktionen *eller* utläses av själva konjunktionen *eller*, samt av art. 14.2 b ii) enligt vilken en anställd som inte är bosatt inom något av de medlemsstaters territorier där han arbetar, istället omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium *det* företag eller *den* person som anställt honom har sitt säte eller är bosatt.²¹ I mitt arbete kommer inte art. 14.2 b ii) att behandlas eftersom frågeställningen i kapitel 1.3 utgår från situationen att *den anställde är bosatt inom ett av arbetsländerna*.

Mitt arbete rör den arbetssituation som beskrivs före konjunktionen *eller* i art. 14.2 b i), nämligen att en anställd normalt arbetar för samma arbetsgivare inom två medlemsstaters territorier varav till viss del i bosättningslandet. Det är denna situation som är problematiskt att särskilja från en utsändning.

Enligt lydelsen av art. 14.2 b i) efter konjunktionen *eller*, ska bosättningslandets lag även gälla för arbetstagare som normalt arbetar inom två eller flera medlemsstaters territorier för *flera arbetsgivare* med säte eller driftställe i olika medlemsstater. Bosättningslandets lag är tillämplig för denna kategori av arbetstagare även om något arbete inte utförs i bosättningslandet.²² Inte heller denna situation i art. 14.2 b i) blir aktuell i arbetet med att besvara frågeställningen i kapitel 1.3, eftersom frågeställningen förutsätter att den anställde endast har *en arbetsgivare*.

Förordning 1408/71 kommer att ersättas med en ny förordning, nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, som trädde i kraft i maj 2004.²³ Den nya förordning 883/2004 har inte börjat tillämpas och kommer inte att tillämpas innan den dag då en ny tillämpningsförordning har antagits.²⁴ Förhandlingar om tillämpningsförordningen pågår i EU:s ministerråd för sysselsättning och socialpolitik, hälso- och sjukvård samt konsumentfrågor.²⁵ Den nya förordningen innehåller förändringar av lagvalsreglerna i art. 14.1 a och art. 14.2 b i) jämfört med förordning 1408/71, jag kommer kortfattat att ta upp dessa i kapitel 3.5. Eftersom

²¹ Generaladvokat Lenz förslag till avgörande i mål C-425/93 Calle Grenzshop.

²² Mål 8/75 Foot-Ball Club d' Andlau.

²³ Europaparlamentets och rådets förordning av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, EUT L 166, 30.4.2004, rättad i EUT L 200, 7.6.2004.

²⁴ Förslag till tillämpningsbestämmelser till förordning (EG) nr 883/2004 finns i KOM/2006/0016 slutlig – COD 2006/0006/. Ej offentliggjort i EUT.

²⁵ <http://www.regeringen.se/sb/d/1960/a/12312>

förordning 883/2004 ännu inte antagits är den exakta innebörden av ändringarna i de två artiklarna oklar. Förutom att det inte går att veta innebörden av vissa nya begrepp – eller betydelsen av att andra begrepp tagits bort – går det inte att veta om all den rättspraxis som utbildats kring artiklarna avses fortsatt gälla. Därför utgår det här arbetet från den gällande förordning 1408/71 och jag avser endast kortfattat att redogöra för förändringarna av lagvalsreglerna om utsändning och normalt arbete i två eller flera medlemsstater.

1.6 Disposition

Som en bakgrund till vad som senare kommer att diskuteras redogörs i kapitel 2 för vad koordinering av sociala trygghetssystem innebär samt för vad som är syftet med förordning 1408/71. Framst redogörs för de behov som ledde fram till koordineringsreglerna i förordning 1408/71. Sist i kapitel 2 kommer de grundläggande koordineringsprinciperna att belysas kortfattat.

I kapitel 3 övergår jag därefter till att redogöra för de aktuella lagvalsreglerna i förordning 1408/71. Kapitel 3.1 innehåller en översiktlig beskrivning av lagvalsreglernas exklusiva och bindande effekt. I kapitel 3.2 beskrivs huvudregeln om arbetslandets lag. Framställningen av aktuella lagvalsregler koncentreras i kapitel 3.3 till undantagen från arbetslandets lag i art. 14.1 och 14.2 b i). I kapitel 3.4 behandlas intyg E 101 om tillämplig socialförsäkringslag. Efter att ha redogjort för gällande rätt beskrivs i kapitel 3.5 hur motsvarande art. 14.1 och art 14.2 b i) utformats i den nya förordning 883/2004 som ska ersätta förordning 1408/71.

I kapitel 4 om gränsdragningsproblematiken beskrivs först de incitament som kan finnas att inte vilja omfattas av arbetslandets lag. I kapitel 4.2.1 diskuteras en referensperiod i tid från vilken gränsdragningen kan utgå. Kapitel 4.2.2 tar upp om det har betydelse om utlandsarbetet är förutbestämt eller oplanerat. I kapitel 4.2.3 diskuteras om någon av artiklarna 14.1 a eller 14.2 b i) har företräde i en situation då båda kan vara tillämpliga. Kapitel 4.2.4 berör hur långa tidsperioder mellan arbetstillfällena i en medlemsstat som kan godtas för att en person fortfarande ska kunna anses normalt arbeta i den staten. I kapitel 4.2.5 diskuteras varaktigheten av arbetet vid varje arbetstillfälle. I kapitel 4.2.6 förs ett resonemang om E 101 intygets praktiska betydelse för gränsdragningen. Sist, i kapitel 4.3, diskuteras kort den nya förordningens betydelse för gränsdragningen.

I kapitel 5 görs en avslutande analys av det som i arbetet framkommit avseende gränsdragningsproblematiken samt huruvida resultatet överensstämmer med föresatserna bakom koordineringsreglerna i förordning 1408/71.

2 Koordinering av sociala trygghetssystem

2.1 Territorialitetsprincipen åsidosätts

Socialförsäkringssystem baseras ofta på territorialitetsprincipen, vilket innebär att de har territoriella begränsningar i sin tillämplighet.²⁶ Socialförsäkringssystem är typiskt sett endast tillämpliga på dem som är medborgare i landet eller som där uppfyller ett bosättningskrav. Socialförsäkringsförmånerna följer därmed inte förmånstagaren om denne flyttar utomlands, varför en migrerande arbetstagare som t.ex. uppbär pension från sitt arbetsland kan hamna i en bekymmersam situation om han vill återvända till ursprungslandet och ta med sig pensionen.²⁷ För utgivande av förmåner fordrar även de flesta socialförsäkringssystem som tillämpar territorialitetsprincipen att individen fullgjort kvalificeringsperioder av arbete eller bosättning inom statens territorium.²⁸ En migrerande arbetstagare står en risk i det att han kanske inte uppnår fullvärdiga kvalificeringsperioder i något av arbetsländerna, och därmed går miste om det sociala skydd som han hade haft om han istället hade arbetat all sin tid i bara ett land.

För att arbetstagares fria rörlighet inom EU ska förverkligas måste de ovan nämnda effekterna av att varje land använder territoriella kriterier för att definiera tillämpningsområdet för sitt sociala trygghetssystem motverkas.²⁹ Koordineringsbestämmelserna i förordning 1408/71, som samordnar medlemsstaternas socialförsäkringssystem, har som mål att åsidosätta territorialitetsprincipen, så att de som väljer att arbeta i flera medlemsstater inte förfördelas avseende sociala rättigheter gentemot dem som arbetar i samma land under hela sitt arbetsliv.³⁰

2.2 Fri rörlighet för arbetskraft

Arbetskraftens fria rörlighet, som uttrycks i art. 39 i EGF, är en av EU:s grundpelare. Principen om arbetskraftens fria rörlighet innebär att medborgare i en medlemsstat har rätt att åka till en annan medlemsstat för att söka arbete eller för att arbeta där. Art. 39 EGF förbjuder all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet

²⁶ Paskalia, *Free Movement of Persons and Social Security. Gender Implications of EC Regulation 1408/71*, Stockholms Universitet, 2004, s. 77.

²⁷ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 3.

²⁸ Numhauser-Henning, *Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights; Pension Rights and the EC Coordination Rules on Applicable Legislation in the Light of Migration and Labour-Market Developments*, 2003, s. 16.

²⁹ Paskalia, s. 78.

³⁰ Cornelissen, s. 39.

vad gäller anställning, lön och andra arbets- och anställningsvillkor. Det är inte bara direkta hinder för arbetskraftens fria rörlighet som ska avskaffas, utan även indirekta hinder i form av omständigheter som kan bidra till att rätten att fritt röra sig över nationsgränserna inte utnyttjas. En sådan omständighet kan vara förlust av social trygghet.³¹

För att genomföra fri rörlighet för arbetstagare ska rådet enligt art. 42 EGF vidta nödvändiga åtgärder för tryggheten av migrerande arbetstagarers sociala säkerhet.³² På grundval av art. 42 EGF antog rådet socialförsäkringsförordning 3/58 och dess tillämpningsförordning, som var ikraft från och med den 1 januari 1959 fram till den 1 oktober 1972.³³ Den 1 oktober 1972 ersattes förordningarna av förordning 1408/71 och tillämpningsförordningen 574/72.³⁴ Under den tid som förordning 3/58 var i kraft utvecklade domstolen sin praxis avseende syftet med socialförsäkringsförordningarna. I det första målet avseende förordning 3/58, målet Unger,³⁵ uttalade domstolen att huvudsyftet med art. 42 i EGF är den fria rörligheten för arbetstagare, och detta villkorar därmed tolkningen av förordning 1408/71 som antagits för implementering av den artikeln.³⁶

2.3 Samordning av medlemsstaternas socialförsäkringssystem

Samordningen, eller koordineringen, av medlemsstaternas socialförsäkringssystem innebär att medlemsstaterna inte själva kan bestämma vilka områden som deras socialförsäkringssystem ska vara tillämpliga på.³⁷ Den internationella räckvidden för de nationella socialförsäkringssystemen bestäms enligt art. 13-17 i förordning 1408/71. Gemenskapsrätten inkräktar emellertid inte på en medlemsstats möjlighet att besluta om det nationella socialförsäkringssystemets utformning. Detta under förutsättning att medborgare i andra medlemsländer behandlas på samma sätt som landets egna medborgare. Medlemsstaterna har frihet att själva bestämma vem som ska vara försäkrad, vilka förmåner som ska ges ut och på vilka villkor, hur stora avgifter som ska betalas, hur förmåner ska beräknas och hur länge de ska beviljas.³⁸ EG-domstolen har i flera mål uttalat att

”...det i artikel 51 i fördraget, varigenom förordningen genomförs, föreskrivs att medlemsstaternas lagstiftningar

³¹ SOU 1993:115, s. 99.

³² Erhag, s. 77.

³³ Förordning (EEG) nr 3 av den 25 september 1958 och förordning (EEG) nr 4 av den 3 december 1958 (EGT nr 30, 16.12.1958).

³⁴ EGT L 149, 5.7.1971.

³⁵ Mål 75/63 Unger.

³⁶ Cornelissen, s. 30.

³⁷ Mål 302/84 Ten Holder.

³⁸ Cornelissen, s. 31.

skall samordnas, men inte att de skall harmoniseras. Skillnaderna i fråga om innehåll och förfarande mellan systemen för social trygghet i var och en av medlemsstaterna, och följaktligen mellan rättigheterna för de personer som arbetar i dem, berörs således inte av denna bestämmelse.”³⁹

Förordning 1408/71 syftar alltså inte till att undanröja skillnader mellan medlemsländernas socialförsäkringssystem. En konsekvens av reglerna i förordningen kan mycket väl bli att en migrerande arbetstagare får vidkännas högre avgifter eller att förmåner ges ut med lägre belopp. Skillnader i rättigheter avseende social trygghet för de personer som arbetar i medlemsstaterna påverkas alltså inte av art. 42 EGF eller förordningen.⁴⁰

2.4 Grundläggande koordineringsprinciper

Koordinering innebär att flera principer ska implementeras, respekteras och garanteras i medlemsstaternas nationella socialförsäkringslagar. För denna implementering av koordineringsprinciperna har det dock varit nödvändigt att göra flera förändringar i de nationella systemen.⁴¹ Svensk socialförsäkrings- och socialavgiftslagstiftning innehöll t.ex. före år 2001 krav på medborgarskap och bosättning. Dessa krav slopades den 1 januari 2001, eftersom de kunde få diskriminerande effekter på utländska medborgare.⁴² Nedan följer en kort presentation av tre för förordning 1408/71 grundläggande principer, som också återfinns i EGF.

2.4.1 Likabehandlingsprincipen⁴³

Förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet är en av de viktigaste gemenskapsrättsliga principerna.⁴⁴ Även för koordineringen av medlemsstaternas socialförsäkringssystem är likabehandlingsprincipen en av hörnstenarna. I enlighet med principen ska de som arbetar inom samma medlemsstat ha samma rättigheter och skyldigheter vad avser socialförsäkringen, oavsett nationalitet och bosättningsland. Medborgarskapskrav i de nationella lagstiftningarna kan följaktligen inte upprätthållas som ett villkor för utgivande av försäkringsförmån.⁴⁵ Även

³⁹ T.ex. mål C-340/94 de Jaeck och mål 41/84 Pinna I. Art. 51 EGF motsvaras efter ikraftträdandet av Amsterdamfördraget den 1 maj 1999 av art. 42 EGF.

⁴⁰ Eichenhofer, *Social Security as a Matter of mere National Policy? Perspectives of European Social Security Law*, Juristförlaget i Lund, 2000, s. 48.

⁴¹ Eichenhofer, s. 49.

⁴² Blank Thörnroos m.fl., s. IAR:2.

⁴³ Art. 39.2 EGF samt art. 3.1 i förordning 1408/71

⁴⁴ Se art. 12 EGF

⁴⁵ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 115 ff.

indirekt diskriminering är förbjuden, därför kan inte heller bosättningskrav upprätthållas.⁴⁶

2.4.2 Sammanläggningsprincipen⁴⁷

Sammanläggningsprincipen är grundläggande för förordning 1408/71 och syftar till att en arbetstagare som utnyttjar sin fria rörlighet inte ska förlora tidigare intjänade rättigheter. Principen gör nationella regler som kräver särskilda kvalificeringsperioder av boende eller arbete inom statens territorium för rätt till erhållande av förmån verkninglösa.⁴⁸

Sammanläggningsprincipen innebär att försäkringstid eller bosättningstid i ett annat medlemsland räknas med om det behövs på grund av att den tillämpliga lagstiftningen innehåller krav på en viss tids arbete eller bosättning i medlemsstaten för förvärvande och bibehållande av rätt till förmåner och för beräkning av förmånernas storlek.⁴⁹

2.4.3 Exportabilitetsprincipen⁵⁰

Principen om exportabilitet angriper nationella krav på bosättning och möjliggör utbetalning av särskilda kategorier av förmåner även om förmånstagaren inte är bosatt i det land som utger förmånen. Därmed kan förmåner som en person uppstår i en medlemsstat behållas och exporteras vid flytt till annan medlemsstat.⁵¹

⁴⁶ Mål C-2/89 *Kits van Heijningen*, Numhauser-Henning, s. 27.

⁴⁷ Art. 42 a) EGF.

⁴⁸ Erhag, s. 249.

⁴⁹ Cornelissen, s. 38 f.

⁵⁰ Art. 42 b) EGF samt art. 10 i förordning 1408/71.

⁵¹ Berg och Welander, *Fri rörlighet och social trygghet: förordningen (EEG) nr 1408/71 och den svenska socialförsäkringen i tillämpning*, Juristförlaget i Lund, 2003, s. 35.

3 Aktuella lagvalsregler i förordning 1408/71

3.1 Lagvalsreglernas syfte och karaktär

3.1.1 Exklusiv effekt

Lagvalsreglernas exklusiva effekt framgår av förordningens huvudregel i art. 13.1. Enligt artikeln ska en arbetstagare endast omfattas av lagstiftningen i en enda medlemsstat.

Lagvalsreglerna i avdelning II i förordning 1408/71 utgör enligt EG-domstolens rättspraxis ett fullständigt och enhetligt system av lagvalsregler som syftar till att arbetstagare som flyttar inom gemenskapen endast ska vara underkastade *en enda* stats lagstiftning om social trygghet, för att undvika de komplikationer som kan uppstå när två medlemsstaters lagstiftningar tillämpas samtidigt.⁵² Två socialförsäkringslagstiftningar skulle annars kunna vara tillämpliga samtidigt, t.ex. om försäkringstillhörigheten i individens bosättningsland grundades på bosättning och i individens arbetsland på arbete.⁵³ Dubbla avgifter skulle härigenom kunna komma att tas ut på samma arbetsinkomst. Socialförsäkringsavgifter⁵⁴ får dock endast tas ut av den medlemsstat vars socialförsäkringslag är tillämplig enligt förordningens lagvalsregler.⁵⁵ Lagvalsreglerna ska även förhindra att en individ som flyttar till ett annat medlemsland står utan social trygghet av den anledningen att inte någon medlemsstats trygghetssystem är tillämpligt på honom.⁵⁶

En effekt av att endast ett lands lagstiftning är tillämplig åt gången är att den som arbetar i ett annat medlemsland än sitt bosättningsland fråntas rätten till förmåner som han annars varit berättigad till enligt bosättningslandets lag.⁵⁷ Den exklusiva tillämpningen gäller även om det får som resultat att den enskilde enligt tillämplig socialförsäkringslagstiftning står utan social trygghet och istället hade tjänat på att fortsätta omfattas av det lands lagstiftning som han tillhörde innan utnyttjandet av den fria rörligheten på arbetsmarknaden.⁵⁸

⁵² Mål 302/84 Ten Holder, mål C-425/93 Calle Grenzshop.

⁵³ Westerhäll, *Social trygghet och migration. Kommentarer till förordningen 1408/71*, Nerenius & Santéus, 1995, s. 151 f.

⁵⁴ Det finns inte några uttryckliga regler om avgiftsskyldigheten i förordning 1408/71. Men enligt EG-domstolens rättspraxis (mål 102/76 Perenboom och mål C-60/93 Aldewereld) följer skyldigheten att betala sociala avgifter socialförsäkringstillhörigheten. När förordningen bestämmer vilket lands lagstiftning som ska vara tillämplig, säger den även indirekt i vilket land som avgifter ska betalas, se Erhag, s. 21.

⁵⁵ Mål 102/76 Perenboom.

⁵⁶ Mål C-2/89 Kits van Heijningen.

⁵⁷ Mål 302/84 Ten Holder.

⁵⁸ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 81.

3.1.2 Bindande effekt

Att förordningens lagvalsregler har bindande effekt följer av formuleringen i art. 13.2 a om att den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium ska omfattas av denna medlemsstats lagstiftning, *även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium*.⁵⁹

Lagvalsreglernas bindande effekt består i att gemenskapsrätten får företräde framför den nationella rätten genom att åsidosätta nationella tillhörighetskrav relaterade till territorialitetsprincipen.⁶⁰ Om socialförsäkringslagstiftningen i det medlemsland som pekats ut av lagvalsreglerna uppställer t.ex. ett bosättningskrav för tillhörighet till socialförsäkringssystemet, blir kravet verkningslöst.⁶¹ Det bör dock noteras att lagvalsreglernas bindande effekt inte garanterar att en arbetstagare verkligen tillhör den medlemsstats socialförsäkringssystem som de utvisar. Andra krav som inte är hänförliga till territorialitetsprincipen och som inte innebär en diskriminering av utländska arbetstagare i landet, t.ex. krav på en viss ålder eller inkomst, måste vara uppfyllda för att arbetstagaren verkligen ska vara försäkrad.⁶²

3.2 Huvudregeln om arbetslandets lag

3.2.1 Anställd för arbete i en medlemsstat, art. 13.2 a

Den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium ska enligt art. 13.2 a omfattas av denna medlemsstats lagstiftning, om inte något annat följer av art. 14-17. För artikelns tillämplighet krävs endast att personen är anställd för arbete inom medlemsstatens territorium. Artikelns tillämplig även på mycket kortvariga anställningar eller uppdrag i ett annat land än bosättningslandet.⁶³ Det finns ännu inte någon praxis från EG-domstolen som förutsätter en nedre gräns av arbete för att acceptera att en person arbetar i en medlemsstat. I målet *Kits van Heijningen*⁶⁴ fastslog EG-domstolen att arbete två timmar två dagar per vecka är tillräckligt för att etablera ett anställningsförhållande.⁶⁵

⁵⁹ Se art. 13.2 a för anställda. I den nya förordning 883/2004 är texten ”även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium” i art. 13 borta. Pennings menar att det får antas att någon förändring inte är åsyftad avseende den bindande effekt som fastställts i praxis, Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 83, 99.

⁶⁰ Mål 276/81 Kuijpers.

⁶¹ Mål C-2/89 *Kits van Heijningen*.

⁶² T.ex. Mål 254/84 *De Jong*.

⁶³ Förutsatt att personen inte också har ett arbete i bosättningslandet, mål 8/75 *Foot-Ball Club d'Andlau*, se kapitel 3.3.3.1.

⁶⁴ Mål C-2/89 *Kits van Heijningen*.

⁶⁵ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 276.

Målet *Kits van Heijningen* rörde en man, Kits, som bodde i Belgien och som när han pensionerade sig från sitt arbete i Belgien istället började arbeta två dagar i veckan (två timmar på måndagen och två timmar på lördagen) som lärare i Nederländerna. Kits hävdade att han enligt huvudregeln om arbetslandets lag i art. 13.2 omfattades av nederländsk lag, och att han därför hade rätt att uppbära nederländska barnförmåner för sina barn. En fråga var om Kits, som dragit sig tillbaka från sitt huvudsakliga arbete och numera arbetade deltid, omfattades av förordning 1408/71. EG-domstolen uttalade att förordning 1408/71 är tillämplig på alla som uppfyller kriterierna i art. 1 a och 2.1,⁶⁶ oavsett antalet arbetade timmar. Därmed var två timmar två dagar per vecka tillräckligt för att etablera ett anställningsförhållande. Vidare uttalade EG-domstolen att arbetslandets lagstiftning gäller för en deltidsarbetare även de dagar då denne inte arbetar.⁶⁷

Mot bakgrund av uttalandet om att förordningen är tillämplig för dem som uppfyller art. 1.a och 2 oavsett antalet arbetade timmar är fyra timmar i veckan inte minimum enligt Pennings, utan "The minimum is probably where an activity is so small and insignificant that we can no longer call it 'work' or that nobody is or can be employed in that country for less than that amount of time."⁶⁸ Pennings menar vidare att utgången i målet *Kits van Heijningen* tyder på att en person för lagvalsreglernas tillämplighet framgångsrikt kan hävda att hon eller han arbetar och är försäkrad i en medlemsstat oavsett antalet arbetade timmar i den medlemsstaten.⁶⁹ Här kan nämnas att det i svensk lag inte finns något minimikrav i tid på arbetets varaktighet, utan också mycket korta arbetsperioder i Sverige innebär rätt till förmåner och skyldighet att betala avgifter. För beräkning av PGI i Sverige är beloppsgränsen 42,3 procent av prisbasbeloppet. För skyldighet att betala sociala avgifter krävs normalt att minst 1 000 kr betalas ut i ersättning.⁷⁰

3.3 Undantag från arbetslandets lag

Som framgår av redogörelsen för målet *Kits van Heijningen* i föregående kapitel omfattas arbetstagaren redan från första anställningsdagen av arbetslandets lag. När en person bara tillfälligt och kortvarigt arbetar i ett

⁶⁶ Enligt art. 2.1 gäller förordningen för anställda, egenföretagare och studerande som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater och som är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyktingar bosatta inom en medlemsstats territorium, samt deras familjemedlemmar och efterlevande. Begreppen anställda och egenföretagare i art. 2.1 definieras i art. 1 a som den som är obligatoriskt eller frivilligt försäkrad mot en eller flera risker enligt ett sådant allmänt eller särskilt system för social trygghet som nämns i artikeln.

⁶⁷ Mål C-2/89 *Kits van Heijningen*.

⁶⁸ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, Juristförlaget i Lund, 2000, s. 358

⁶⁹ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 358

⁷⁰ SKV 405, *Inkomstgrundad ålderspension och socialavgifter. EU:s regler, Socialförsäkringskonventioner, Svensk lagstiftning*, s. 39. 2 kap. 7 § SAL

annat medlemsland skulle administrativa problem och onödiga kostnader uppstå om denne endast för en kort period skulle omfattas av ett annat lands socialförsäkringssystem. Arbetstagaren skulle även missgynnas genom att bli avgiftsskyldig i det tillfälliga arbetslandet samtidigt som försäkringsperioden i landet i många fall skulle vara så kort att den inte gav några intjänade rättigheter.⁷¹ Med detta i beaktande skulle en strikt tillämpning av arbetslandets lag när arbete utförs för kortare perioder utomlands innebära ett hinder för arbetstagares fria rörlighet och därmed motverka själva syftet med förordning 1408/71.⁷² Det skulle även bli svårt att upprätthålla principen om att endast ett lands lagstiftning ska vara tillämplig. Därför ska en anställd som sänds ut för att tillfälligt arbeta i ett annat medlemsland fortsätta att omfattas av den medlemsstats lagstiftning varifrån utsändningen sker.⁷³

För att upprätthålla principen om endast ett lands lagstiftning krävs det också undantag från huvudregeln om arbetslandets lag för en anställd som normalt arbetar i två eller flera olika medlemsländer.⁷⁴

Nedan följer en redogörelse för de viktiga undantagen från principen om arbetslandets lag i art. 14.1 a och art. 14.2 b i), vilka innebär att arbetstagaren fortsätter att omfattas av utsändningslandets respektive bosättningslandets lag, trots att arbete utförs i ett annat land.

3.3.1 Utsänd till annan medlemsstat för att arbeta där, art. 14.1

Nedan återges texten i art. 14.1 a och 14.1 b, den så kallade utsändningsregeln, i sin helhet.

Art. 14.1 a

”Den som arbetar inom en medlemsstats territorium hos ett företag, till vilket han normalt är knuten, och som av detta företag sänds till en annan medlemsstats territorium för att utföra arbete där för detta företags räkning skall fortsätta att omfattas av den förstnämnda medlemsstatens lagstiftning, under förutsättning att detta arbete inte väntas vara längre än tolv månader och att han inte sänds ut för att ersätta någon som har fullgjort sin utsändningsperiod.”

Art. 14.1 b

”Om arbetet i den andra medlemsstaten på grund av oförutsebara omständigheter varar längre än som ursprungligen förväntades och om varaktigheten därför

⁷¹ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 355.

⁷² Donders, s. 54.

⁷³ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 66.

⁷⁴ Blank Thörnroos m.fl., s. IAR:18.

överstiger tolv månader, skall den förstnämnda medlemsstatens lagstiftning fortsätta att gälla tills det arbetet har avslutats, under förutsättning att den behöriga myndigheten i den medlemsstat dit personen har sänts ut, eller det organ som har utsetts av denna myndighet, lämnar sitt samtycke. Sådant samtycke måste begäras före den första tolvmånadersperiodens utgång. Samtycke kan dock inte lämnas för en förlängning som överstiger tolv månader.”

Som framgår av texten ovan avser art. 14.1 a anställda⁷⁵ som normalt utför arbete i en medlemsstat men som under högst 12 månader sänds ut för att utföra förvärvsarbete i en annan medlemsstat. Nedan ska redogöras för de villkor som måste vara uppfyllda enligt förordning 1408/71 och enligt EG-domstolens praxis för att en utsändning ska föreligga, samt för den närmare tolkning av utsändningsregeln som AK gjort i beslut nr 181 av den 13 dec 2000.⁷⁶

3.3.1.1 Villkor för utsändning

För att utsändning ska föreligga fordras att den anställde fortsätter att omfattas av utsändningslandets lagstiftning, vilket också är själva avsikten med regeln.⁷⁷ Den anställde måste följaktligen vid tidpunkten för utsändningen omfattas av socialförsäkringslagen i det medlemsland där arbetsgivaren finns och varifrån utsändningen sker.⁷⁸ Förordningen innehåller inte några bestämmelser om hur lång försäkringsperioden före utsändningen måste vara, det avgörs enligt nationell lagstiftning.⁷⁹

Enligt art. 14.1 a kan det utsändande företaget endast vara ett företag till vilket arbetstagaren *normalt är knuten*. Artikelns ställer därmed krav på arbetstagarens förhållande till arbetsgivaren. EG-domstolen har tolkat begreppet som att arbetstagaren ska stå i direkt anställningsförhållande till företaget under utsändningen, vilket förutsätter att arbetstagaren fortsätter att vara anställd av företaget.⁸⁰ En anställd som är tjänstledig kan därmed inte vara utsänd.⁸¹ För att avgöra om ett direkt anställningsförhållande är för handen bör ett flertal faktorer beaktas. Enligt AK utgörs dessa faktorer bl.a. av att det finns ett anställningsavtal mellan den utsände och den utsändande

⁷⁵ Art. 14.1 i förordning 1408/71 är dock inte tillämplig för sjömän och offentligt anställda, se för dessa istället art. 14b.1 och art. 13.2 d. För egenföretagare finns en särskild reglering i art. 14a.1, som inte behandlas i detta arbete.

⁷⁶ Beslut nr 181 av den 13 december 2000 om tolkningen av artiklarna 14.1, 14a.1, 14b.1 och 14b.2 i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämplig lagstiftning beträffande utsända arbetstagare och egenföretagare som bedriver tillfällig verksamhet utanför den behöriga staten, EGT nr L 329, 14.12.2001.

⁷⁷ Donders, s. 55.

⁷⁸ Punkt 1 AK:s beslut nr 181, RFV:s Vägledning 2004:11, s. 52.

⁷⁹ Van Zeben och Donders, *Coordination of Social Security: Developments in the Area of Posting*, 3/2 (2001) E.J.S.S., s. 111 f.

⁸⁰ Mål 35/70 Manpower, punkt 1 i AK:s beslut nr 181.

⁸¹ Blank Thörnroos m.fl., s. IAR:15.

arbetsgivaren som anger villkoren för anställningen, att den utsändande arbetsgivaren har ansvaret för rekrytering och kan styra den anställdes arbete samt bestämma om t.ex. uppsägning.⁸² Det behöver dock inte vara den utsändande arbetsgivaren som betalar ut lönen. Lönen kan betalas ut från ett företag i det tillfälliga arbetslandet, utan att utsändningen upphör, även om socialavgifterna ska betalas i utsändningslandet.⁸³ Villkoret att arbetstagaren ska vara normalt knuten till den utsändande arbetsgivaren är framförallt intressant att undersöka när personaluthyrningsföretag anställer personer i syfte att sända ut dem till andra medlemsstater.⁸⁴

Utsändningsbestämmelsen innebär även krav på det utsändande företagets förhållande till medlemsstaten som utsändningen sker ifrån, d.v.s. företagets etableringsstat. Företaget som sänder ut den anställda måste *normalt bedriva verksamhet* i den medlemsstat varifrån utsändning sker.⁸⁵ Endast företag som vanligen bedriver verksamhet av *betydande omfattning* inom etableringsstatens territorium uppfyller detta kriterium, enligt EG-domstolens dom i målet Fitzwilliam.⁸⁶ Domstolen lämnade i Fitzwilliam-domen exempel på faktorer som den behöriga institutionen ska undersöka för att kunna bedöma om utsändningsföretaget utövar verksamhet av betydande omfattning i etableringsstaten. Sådana faktorer är t.ex. den plats där företaget har sitt säte och huvudkontor, den administrativa personalstyrkans storlek i de båda länderna, den plats där rekrytering sker av de arbetstagare som ska sändas ut och där de flesta kundavtalen ingås, den lagstiftning som är tillämplig på anställningsavtalen samt omsättningen i de båda länderna. Kravet att det utsändande företaget normalt ska bedriva verksamhet av betydande omfattning i utsändningslandet syftar till att förhindrar att personaluthyrningsföretag utnyttjar utsändningsregeln för att hyra ut arbetskraft från ett medlemsland som har låga socialavgifter till ett medlemsland som har högre avgifter, utan att bedriva någon egentlig verksamhet i utsändningslandet.⁸⁷

Om arbetet beräknas pågå för en längre period än 12 månader föreligger inte en utsändning. Den anställda omfattas då av arbetslandets lagstiftning från första dagen. Det är avsikten vid utsändningstidpunkten som är avgörande för bedömningen.⁸⁸

Den anställda kan inte sändas ut för att ersätta en anställd vars utsändningsperiod har gått ut, om deras arbetsperioder sammanlagt förväntas överstiga 12 månader. Ersättaren omfattas i sådant fall av arbetslandets lagstiftning redan från första dagen, jfr art. 13.2a.⁸⁹ Det kan

⁸² Punkt 1 i AK:s beslut nr 181.

⁸³ SKV (405), s. 42.

⁸⁴ Mål 35/70 Manpower, mål C-202/97 Fitzwilliam samt punkt 3 b i) och ii) i AK:s beslut nr 181.

⁸⁵ Mål C-404/98 Plum.

⁸⁶ Mål C-202/97 Fitzwilliam.

⁸⁷ Svenström, *Utsändning inom EU/EES*, SN 2000, s. 698.

⁸⁸ Blank Thörnroos m.fl., s. IAR:15

⁸⁹ SKV (405), s. 42.

dock vara svårt för socialförsäkringsinstitutionerna att kontrollera att sådana ersättningar inte sker.⁹⁰

3.3.1.2 Avbrott i utsändningen

Ett *tillfälligt* avbrott i den utsändes arbete i det mottagande landet innebär inte att utsändningen avbryts.⁹¹ När arbetstagaren efter ett tillfälligt avbrott återupptar arbetet i det mottagande landet innebär därför inte det att en ny utsändningsperiod tar vid. En arbetsgivare kan därmed inte ta hem den utsände för rapportering eller kortare arbete för att sedan sända ut personen på en ny utsändning för 12 månader. Utsändningsperioden förlängs inte heller med ett tillfälligt avbrott. Detta medför att kortare besök i utsändningslandet i samband med semester eller över en helg – tidsavbrott som normalt inte avbryter en utsändningsperiod – inte ska räknas av från utsändningsperioden.⁹² Det finns inte några bestämmelser som anger hur långt ett tillfälligt avbrott i en utsändning är, EG-domstolen har inte heller uttalat sig i frågan. Medlemsstater tillämpar således egna regler avseende tidsrymden för ett tillfälligt avbrott.⁹³ Av Försäkringskassans vägledning 2004:11 framgår att svenska socialförsäkringsinstitutioner avgör från fall till fall vad ett tillfälligt avbrott innebär tidsmässigt.⁹⁴

3.3.2 Normalt arbetar i två medlemsstater, art. 14.2 b i)

Art. 14.2 b i)⁹⁵ i förordning 1408/71 gäller för den som normalt arbetar inom två eller flera medlemsstaters territorier. För denna kategori av arbetstagare är tillämplig lagstiftning:

”lagstiftningen i den medlemsstat inom vars territorium den anställde är bosatt, om han till viss del utför arbetet inom detta territorium eller om han är knuten till flera företag eller arbetsgivare inom olika medlemsstaters territorier” (min kursivering)

Det framgår av den kursiverade texten i art. 14.2 b i) ovan att bosättningslandets lag är tillämplig för den som normalt arbetar för *samma* arbetsgivare inom två eller flera medlemsstaters territorier, om personen till *viss del* utför arbete i bosättningslandet. I mitt arbete med att utreda

⁹⁰ Van Zeben och Donders, 3/2 (2001) E.J.S.S., s. 111.

⁹¹ Punkt 3.c AK:s beslut nr 181.

⁹² Blank Thörnroos m.fl., s. IAR:15 f.

⁹³ Donders, s. 68.

⁹⁴ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 56.

⁹⁵ Artikelns avser arbetstagare som inte är sjömän eller personer som hör till den resande eller flygande personalen hos företag som bedriver internationell befordran av passagerare eller gods, se art. 14b och art. 14.2 a. Artikelns gäller inte heller för egenföretagare, se art. 14a. 2. Artikelns bör kunna tillämpas även på offentligt anställda under förutsättning att de inte omfattas av bestämmelserna i art. 14e eller 14f, se RFV:s Vägledning 2004:11, s. 69.

gränsdragningen mellan att normalt arbeta i två medlemsstater jämfört med att arbeta i ett land och emellanåt utsändas till ett annat är det detta första alternativ i art. 14.2 b i) som är aktuellt.⁹⁶ Generaladvokat Lenz har i förslag till avgörande i målet Calle Grenzshop kallat det första alternativet för normalfallet i art. 14.2 b.⁹⁷

3.3.2.1 Villkor för normalt arbetar i två medlemsstater

Av föregående avsnitt framgår att om en person normalt arbetar i två medlemsstater för samma arbetsgivare, varav till viss del i bosättningslandet, omfattas denne enligt art. 14.2 b i) av bosättningslandets lagstiftning. När arbetar då någon normalt i två medlemsstater? Villkoren för att avgöra detta är inte klart utsagda. Artikelns innehåller inte någon definition på begreppet *normalt arbetar* utan stadgar endast, genom begreppet till *viss del*, att obetydlig aktivitet inte räknas.⁹⁸ Begreppet *normalt arbetar* har tolkats av EG-domstolen i några domar, vilka ska redogöras för här nedan.

Enligt EG-domstolens dom i mål Foot-Ball Club d'Andlau utesluter inte begreppet normalt arbetar att artikeln är tillämplig även för anställda som *tillfälligt* och inte regelbundet har en anställning i en annan medlemsstat än bosättningsstaten.⁹⁹

Domstolen uttalade i målet Calle Grenzshop att vid normalt arbete för en och samma arbetsgivare i två medlemsstater, varav det ena är bosättningslandet, är det tillräckligt att ungefär tio timmars arbete i veckan har utförts i bosättningslandet, under en tidsperiod som inte understiger 12 månader, för att dess lag ska bli tillämplig.¹⁰⁰

Enligt avgörandet i målet Kuijpers arbetar en anställd normalt i två medlemsstater om han arbetar i en annan medlemsstat och i bosättningslandet, även om arbetet i bosättningslandet är sekundärt och av ringa omfattning i förhållande till det huvudsakliga arbete som utförs i den andra medlemsstaten.¹⁰¹

I Kits van Heijningen målet fastställde EG-domstolen att normalt arbete i en annan medlemsstat innebär arbete där åtminstone en gång var tredje månad.¹⁰²

⁹⁶ För de övriga delarna av art. 14.2 b – som inte behandlas i detta arbete – se kapitel 1.4.

⁹⁷ Generaladvokat Lenz förslag till avgörande i mål Calle Grenzshop.

⁹⁸ Pieters, *The Co-ordination of Social Security at Work*, Acco, 1999, s. 59.

⁹⁹ Mål 8/75 Association du Foot-Ball Club d'Andlau.

¹⁰⁰ Mål C-425/93 Calle Grenzshop.

¹⁰¹ Mål 276/81 Kuijpers.

¹⁰² Mål C-2/89 Kits van Heijningen, se Van Zeben och Donders, E.J.S.S. vol 3/2 (2001), s.113.

3.3.3 Överenskommelser mellan medlemsstater, art. 17

Enligt art. 17 i förordning 1408/71 kan medlemsstaterna komma överens om undantag från lagvalsreglerna i art. 13-16. En sådan dispens måste vara till fördel för den enskilde.¹⁰³ Art. 17 tillämpas främst för att en anställd ska kunna fortsätta omfattas av lagstiftningen i företagets etableringsstat vid en utsändning som avses vara längre än 12 månader.¹⁰⁴ De flesta medlemsstater godtar enligt praxis att art. 17 tillämpas på utsändningar som avses vara upp till fem år.¹⁰⁵ Även för de situationer då det är oklart om en person normalt arbetar i två medlemsstater kan det träffas överenskommelser om undantag.¹⁰⁶ Dispens enligt art. 17 kan i arbetstagarens intresse utfärdas retroaktivt och kan användas för att rätta till att en person har blivit tillhörig "fel" medlemsstats socialförsäkring, eller inte någon alls.¹⁰⁷

3.4 E 101 intyg om tillämplig lagstiftning

3.4.1 Intyg vid utsändning

Vid en utsändning ska anställningen, utsändningens längd och tillhörigheten till utsändningslandets lagstiftning styrkas med ett intyg om tillämplig lagstiftning,¹⁰⁸ ett så kallat E 101 intyg. Enligt art. 11.1 a i tillämpningsförordning 574/72 utfärdas intyget av behörig socialförsäkringsinstitution, vilket är det försäkringskontor där den utsände är försäkrad, på begäran av arbetstagaren eller arbetsgivaren.¹⁰⁹ När en anställd ansöker om E 101 intyg i Sverige vänder sig Försäkringskassan till arbetsgivaren med förfrågan om bl.a. anställningen och utsändningens längd.¹¹⁰ Om det på grund av oförutsedda omständigheter blir aktuellt att förlänga utsändningen utöver de första tolv månaderna enligt art. 14.1 b ska arbetsgivaren inhämta ett E 102 intyg hos behörig socialförsäkringsinstitution, som efter godkännande av den behöriga institutionen i arbetslandet utfärdar ett nytt intyg.¹¹¹

Det behöver inte finnas ett utfärdat E 101 intyg om tillämplig lagstiftning för att utsändningsregeln ska vara tillämplig, den är tillämplig så snart en utsändningssituation föreligger.¹¹² Men om det vid en utsändning saknas ett

¹⁰³ SKV 405, s. 57.

¹⁰⁴ Van Zeben och Donders, 3/2 (2001) E.J.S.S., s. 114.

¹⁰⁵ Donders, s. 70.

¹⁰⁶ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 73.

¹⁰⁷ Mål 101/83 Brusse.

¹⁰⁸ Svenström, SN 2000, s. 696.

¹⁰⁹ Bilaga 10 till tillämpningsförordningen. För förteckning över medlemsländernas behöriga institutioner, se EUT L 82, 23.3.2007.

¹¹⁰ Blank Thörnroos m.fl., s. IAR:39.

¹¹¹ Art. 11.2 i tillämpningsförordningen.

¹¹² Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 110.

E 101 intyg finns det en stor risk för att myndigheterna i arbetslandet inte kommer att se den anställda som utsänd utan som lokalanställd i arbetslandet.¹¹³ När en anställd sänds ut från Sverige utan E 101 intyg betraktar Försäkringskassan inte den anställda som utsänd. Följaktligen ska arbetslandets socialförsäkringslag gälla för den anställda - och socialavgifter betalas i arbetslandet - även om villkoren för utsändning är uppfyllda. Art. 11.1 a i tillämpningsförfordningen har avfattats som att intyg *ska* utfärdas *på begäran* av arbetstagaren *eller* arbetsgivaren, men även om den anställda meddelar sitt försäkringskontor att han faktiskt är utsänd samtidigt som arbetsgivaren på förfrågan av försäkringskontoret svarar att arbetstagaren inte är utsänd och att avgifter kommer att betalas i arbetslandet, utfärdar Försäkringskassan inte något E 101 intyg. I praktiken innebär detta att arbetsgivaren kan styra den anställdes socialförsäkringstillhörighet samt avgiftsskyldigheten, genom att inte begära ett E 101 intyg vid utsändning från Sverige. När en utsändning sker till Sverige från ett annat medlemsland, men den anställda saknar E 101 intyg, blir personen tillhörig svensk socialförsäkringslagstiftning och avgifter ska betalas här.¹¹⁴

Utfärdandet av E 101 intyg har gjorts mer flexibelt för kortare utsändningar som avses vara maximalt tre månader. Institutionen i utsändningslandet kan på begäran av arbetsgivaren utfärda serienummerade kopior av E 101 intyget. Den anställda tar vid varje utsändningstillfälle med sig ett exemplar av intyget till det mottagande landet och ett annat exemplar skickas inom tjugofyra timmar från avresan till institutionen i utsändningslandet.¹¹⁵ Enligt Weimarsdotter används dock inte detta förenklade förfarande i någon större utsträckning i Sverige. Enligt Weimarsdotters uppgifter från Försäkringskassan tillämpas istället vid flera korta utsändningar till samma ställe reglerna i art. 14.2 b om normalt arbete i två länder. Ofta kommer utsändningslandet att vara detsamma som bosättningslandet för den som sänds ut, varför tillämpningen av art. 14.2 b får samma effekt för lagvalet som utsändningsregeln, bosättningslandets lag blir tillämplig oavsett. E 101 intyg utfärdas då istället för ett kalenderår i taget,¹¹⁶ se nästa kapitel.

3.4.2 Intyg vid normalt arbete i två medlemsstater

Vad gäller tillämpningen av art. 14.2 b i) *ska* tillhörigheten till bosättningslandets lagstiftning styrkas med ett intyg på blankett E 101, enligt art. 12.a 2a i tillämpningsförfordningen. Eftersom endast ett lands lag ska vara tillämplig enligt art. 14.2 b i), nämligen bosättningslandets lag, går det inte att undkomma socialförsäkringstillhörigheten så som den bestäms enligt förfordningen genom att inte begära ett E 101 intyg. Med hänvisning till att endast ett lands lag är tillämplig kan bosättningslandet kräva en

¹¹³ Svenström, SN 2000, s. 696.

¹¹⁴ SKV:s skrivelse den 24 januari 2005, YSVM-68XASM.

¹¹⁵ AK:s beslut nr 148 av den 25 juni 1992 om användandet av intyget om tillämplig lagstiftning (blankett E 101) när utlandsplaceringen inte överskrider tre månader.

¹¹⁶ Weimarsdotter, *Internationellt arbete*, Tholin & Larssons förlag, 2007, s. 20, 23 f.

utländsk arbetsgivare på avgifter för arbete som utförs utomlands, även om ett E 101 intyg saknas. Enligt artikel 12.a 1a i tillämpningsförordningen ska en person som normalt arbetar i två medlemsstater meddela detta till den behöriga institutionen i sitt bosättningsland. Om så inte sker torde den behöriga institutionen ex officio kunna utfärda ett E 101 intyg, eftersom den behöriga institutionen enligt art. 12.a 2a i tillämpningsförordningen ska utfärda ett E 101 intyg till den anställde och skicka en kopia av det till den andra medlemsstat där den anställde arbetar.¹¹⁷

3.4.3 Retroaktiv effekt och bindande intyg

EG-domstolen har bl.a. i målet Banks uttalat att intyg E 101 kan utfärdas med retroaktiv effekt.¹¹⁸ Enligt punkt 6 i AK:s beslut nr 181 ska E 101 intyget helst utfärdas innan utsändningsperioden eller arbetet i den andra medlemsstaten påbörjas, men det kan även utställas under eller t.o.m. efter periodens utgång. Om försäkringstillhörigheten ändras retroaktivt innebär det även att avgiftsskyldigheten påverkas i efterhand. Enligt Försäkringskassans vägledning 2004:11 bör en utsändning till Sverige normalt inte godkännas retroaktivt om den enskilde uppburit förmåner enligt svensk lagstiftning och detta inte går att reglera i efterhand.¹¹⁹

E 101 intyg som utfärdats av behörig institution är bindande för både myndigheter och arbetsgivare i andra medlemsländer tills de tas tillbaka av den utfärdande staten.¹²⁰ Skulle en institution i en medlemsstat dit en person sänts ut anse att det egentligen inte rör sig om en utsändning, kan institutionen inte underkänna utsändningsintyget utan endast kontakta den utfärdande socialförsäkringsinstitutionen och uttrycka sitt tvivel avseende intygets korrekthet.¹²¹ Om institutionen i arbetslandet uttrycker sådant tvivel måste den utfärdande institutionen överväga de grunder som den utfärdade intyget på och om det är nödvändigt återkalla intyget.¹²² Om institutionerna inte kommer överens i ett sådant ärende kan de hänskjuta ärendet till AK.¹²³ AK försöker då jämkta samman socialförsäkringsinstitutionernas åsikter om vilken lag som ska vara tillämplig. Om AK inte lyckas med detta kan den medlemsstat som tvivlar på att villkoren för utsändning är uppfyllda väcka kränkingsprocess enligt art. 227 EGF och låta EG-domstolen ta sig an

¹¹⁷ SKV:s skrivelse den 24 januari 2005, YSVM-68XASM.

¹¹⁸ Mål C-178/97 Barry Banks m.fl.

¹¹⁹ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 63.

¹²⁰ Mål C-202/97 Fitzwilliam Ltd., mål C-2/05 Herbosch Kiere NV.

¹²¹ Om Skatteverket, som är den myndighet i Sverige som tar ut sociala avgifter, anser att ett E 101 intyg är utfärdat på felaktiga grunder tas kontakt med Försäkringskassan, eftersom det är Försäkringskassan som är behörig institution avseende förordning 1408/71, se Handledning för internationell beskattning, s. 708.

¹²² Punkt 7 i AK:s beslut nr 181.

I Sverige kan Försäkringskassans beslut i ärende avseende intyg som utfärdats enligt bestämmelserna i förordningen omprövas eller överklagas till allmän domstol, enligt 20 kap. 13a § AFL.

¹²³ Punkt 9 i AK:s beslut nr 181.

frågan om tillämplig lag, och som en följd därav om E 101 intyget är riktigt eller inte.¹²⁴

3.5 Ny förordning 883/2004

I maj 2004 antogs Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, som ska ersätta förordning 1408/71.¹²⁵ Den nya förordningen har inte börjat tillämpas än och kommer inte att tillämpas förrän en ny tillämpningsförordning har trätt i kraft. Den nya förordning 883/2004 innehåller – jämfört med förordning 1408/71 – en del förändringar av de begrepp som finns i lagvalsreglerna om utsändning och normalt arbete i två eller flera medlemsstater.

Förordning 1408/71 är komplicerad och det finns en risk att komplexiteten gör att förordningens syfte att främja arbetskraftens fria rörlighet istället hindras. Främst beror komplexiteten på alla undantag från huvudreglerna.¹²⁶ Det krävs enhällighet i rådet för att ändra förordning 1408/71. Texten måste därför formuleras på ett sådant sätt att samtliga medlemsstater kan ställa sig bakom den, vilket ofta resulterar i kompromisser och mindre tydliga formuleringar.¹²⁷ Svårigheterna med förordning 1408/71 ligger även i att domstolen i en mängd mål tolkat förordningens regler på ett sätt som inte framgår direkt av texten.¹²⁸ Vidare saknar förordningen en sådan ingress (preambel), som de flesta EG-rättsakter har, där de rättspolitiska övervägandena bakom bestämmelserna och deras syften redovisas, för att tillförsäkra en enhetlig tolkning av rättsakten. Det är inte ovanligt att EG-domstolen stöder sig på sådana ingresser vid tolkningen av en rättsakt.¹²⁹ I avsaknad av en ingress – och om EG-domstolen inte tolkat bestämmelsen – kan en bestämmelse i förordning 1408/71 endast tolkas utifrån ordalydelsen.¹³⁰

3.5.1 Förändringar i artikeln avseende utsändning

I den nya förordning 883/2004 har art. 14.1 a blivit art. 12.1. Texten i artikeln har förenklats till:

”En person som är anställd i en medlemsstat hos en arbetsgivare som normalt bedriver sin verksamhet där

¹²⁴ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 111.

¹²⁵ EUT nr L 166 den 30.04.2004 och EUT nr L 200 den 7.6.2004 (rättelser).

¹²⁶ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 27f.

¹²⁷ Cornelissen, s. 57.

¹²⁸ Pennings, *The European Commission Proposal to Simplify Regulation 1408/71*, 3/1 (2001) E.J.S.S., s. 45 f.

¹²⁹ SOU 1993:115, s. 121.

¹³⁰ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 28.

skall, när personens arbetsgivare sänder ut denne för att för arbetsgivarens räkning utföra ett arbete i en annan medlemsstat, fortsatt omfattas av lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten, under förutsättning att detta arbete inte förväntas vara längre än 24 månader och att personen inte sänds ut för att ersätta någon annan person.”

Artikel 14 innehåller inte längre det ej definierade begreppet *utsänd*. Art. 14.1 a är tillämplig för den som arbetar hos ett företag till vilket han normalt är knuten. EG-domstolen har tolkat detta som att det ska finnas en viss relation mellan den utsändande arbetsgivaren och den anställde. I den nya artikeln saknas begreppet ”företag till vilket han normalt är knuten”. Det är enligt Pennings tveksamt om de villkor för utsändning som utvecklats i praxis genom härledning från begreppet avses att fortsatt gälla.¹³¹

Vidare har utsändningsperioden förlängts från 12 till 24 månader. Art. 14.1 b, enligt vilken utsändningsperioden kan förlängas med maximalt 12 månader på grund av oförutsebara omständigheter, har ingen motsvarighet i den nya förordningen.

3.5.2 Förändringar i artikeln avseende normalt arbete i två medlemsstater

Den nya art. 13.1 a) och b) i förordning 883/2004 innebär förändringar av nu gällande art. 14.2 b i). Bosättningslandets lag blir tillämplig för en person som är anställd av samma arbetsgivare för arbete i två medlemsstater om en *väsentlig del* av arbetet utförs där, jämfört med vad som i gällande artikel uttrycks som en *viss del* av arbetet. Den nya artikeln innebär därmed att tröskeln för vad som är normalt arbete i två medlemsstater höjs.¹³² Det är osäkert om avgörandet i målet Calle Grenzshop fortsatt kommer att kunna tjäna som bedömning av vad som utgör normalt arbete i två medlemsstater. I målet uttalade EG-domstolen att det vid normalt arbete för en och samma arbetsgivare i två medlemsstater är tillräckligt att ungefär tio timmars arbete i veckan har utförts i bosättningslandet.¹³³

Art. 13.1 a) och b) avseende ”verksamhet i två eller flera medlemsstater” i den nya förordningen lyder:

”1. En person som normalt arbetar som anställd i två eller flera medlemsstater skall omfattas av
a) lagstiftningen i den medlemsstat där han är bosatt, om han utför en väsentlig del av sitt arbete i den medlemsstaten eller om han är anställd av flera företag

¹³¹ Pennings, 3/1 (2001) E.J.S.S., s. 55.

¹³² Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 100 f.

¹³³ Mål C-425/93 Calle Grenzshop.

eller av flera arbetsgivare som har sitt säte eller har sin verksamhet i olika medlemsstater,

eller

b) lagstiftningen i den medlemsstat där det företag eller den arbetsgivare som sysselsätter honom har sitt säte eller har sin verksamhet, om han inte utför en väsentlig del av sitt arbete i den medlemsstat där han är bosatt.”

4 Gränsdragningsproblematik

4.1 Incitament att undvika arbetslandets lag

Medlemsstaternas nationella socialförsäkringssystem ser inte likadana ut, bl.a. skiljer förmånernas ersättningsnivåer och de nivåer som avgifter tas ut med. Skillnaderna mellan socialförsäkringssystemen ger individer och företag incitament att använda den fria rörligheten på ett sådant sätt att de betalar så lite avgifter som möjligt – eller kanske helt slipper betala – för social trygghet. Teoretiskt går det nämligen att i detta syfte välja bosättningsland och arbetsland strategiskt. Arbetstagare och arbetsgivare kan dock lika gärna helt omedvetet göra val som inte är taktiska för den sociala tryggheten. På grund av förordningens komplexitet inser de t.ex. kanske inte vilken effekt arbete till viss del i bosättningslandet kan få för socialförsäkringstillhörigheten när arbete huvudsakligen utförs i ett annat land än bosättningslandet.¹³⁴

4.1.1 Önskan att kvarstå i ett visst lands socialförsäkringssystem

Det kan finnas incitament för en person att önska kvarstå i ursprungslandets eller bosättningslandets socialförsäkringssystem under en period då arbete utförs i en annan medlemsstat och arbetslandets lag egentligen ska vara tillämplig enligt huvudregeln. Ett sådant incitament kan finnas om socialavgifterna i ursprungslandet eller bosättningslandet är lägre eller om det landets socialförsäkringssystem är mer välutvecklat. Personen kanske också föredrar att omfattas av det socialförsäkringssystem som han redan tillhör helt enkelt eftersom han är bekant med det och inte vill behöva sätta sig in i reglerna i ett nytt system.¹³⁵ Utsändningsregeln medför en sådan möjlighet för den utsände att fortsätta omfattas av det lands lag varifrån utsändningen sker, dock med begränsningar som t.ex. att arbetet utomlands inte får väntas vara längre än 12 månader. En överenskommelse enligt art. 17 kan i vissa fall också vara en möjlighet i detta avseende. Enligt myndighetspraxis tillåter de flesta medlemsländer utsändningar i upp till fem år enligt art. 17.¹³⁶ Ett permanent kvarstående i bosättningslandets socialförsäkringssystem leder dock tillämpningen av art. 14.2 b i) till.¹³⁷ Genom att skapa en arbetssituation som faller under art. 14.2 b i) kan arbetsgivare och arbetstagare se till att förmåner kan begäras och avgifter

¹³⁴ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 276 ff.

¹³⁵ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 359.

¹³⁶ Se kapitel 3.3.2.

¹³⁷ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 276, Erhag, s. 460 f.

erläggas i bosättningslandet, istället för i det land där det huvudsakliga arbetet utförs.

Med anledning av att medlemsstaternas socialförsäkringssystem i olika stora delar finansieras av skatter och sociala avgifter kan strategiska val avseende tillämplig lag, om de sker i hög grad, innebära en risk för att vissa medlemsstater betalar ut mer i förmåner än vad de får in i avgifter och skatter. Eftersom avgifterna och skatterna är basen för trygghetssystemens finansiering kan välfärden då innebära ett problem för de offentliga finanserna. Att hålla nere utgifter för socialförsäkringsförmåner är dock inte något som förordning 1408/71 berör, eftersom frågan är exklusiv för medlemsstaterna. Det är inte heller alltid som en strategisk tillämpning av lagvalsreglerna leder till högre utgifter för de nationella socialförsäkringssystemen. Vid utsändning betalas t.ex. avgifterna i ursprungslandet, och det är också från ursprungslandet som den anställde är berättigad till förmåner. På så vis uppkommer det inte några extra kostnader för det tillfälliga arbetslandet vid en utsändning. I detta avseende är det alltså inte problematiskt att utsändningsregeln används för att den anställde ska kunna kvarstå i utsändningslandets trygghetssystem. Att det i viss mån går att påverka vilket lands lag som blir tillämplig kan inte heller sägas strida mot syftet med förordning 1408/71. Syftet med de artiklar i förordning 1408/71 som innehåller undantag från arbetslandets lag är att lagkonflikter ska undvikas för att främja fri rörlighet på arbetsmarknaden.¹³⁸

4.1.2 Osund konkurrens och social dumpning

För att sänka sina kostnader för social trygghet kan ett företag vara intresserat av att sända ut arbetstagare från medlemsländer som tar ut låga sociala avgifter till länder som tar ut höga sociala avgifter. Detta medför att de utsända blir billigare arbetskraft än det mottagande landets nationella arbetstagare och företaget får en konkurrensfördel gentemot de nationella företagen som måste betala avgifter i arbetslandet.¹³⁹ Om det är billigare för en arbetsgivare att anställa utländska arbetstagare, på grund av att socialavgifterna i dessa arbetstagens ursprungsländer är lägre, kommer det att uppstå störningar i konkurrensen på arbetsmarknaden. En sådan störning kan leda till att de nationella arbetstagarna så småningom får svårare att hitta anställning. En ökad arbetslöshet kan i sin tur leda till social dumpning i arbetslandet på grund av att avgiftsnivåerna sänks samtidigt som ersättningsnivåer och villkor för rätt till förmåner från trygghetssystemet försämrats.¹⁴⁰ Enligt Pennings kan dock social dumpning i de fall den skulle uppstå som en följd av de lagvalsregler som innebär undantag från huvudregeln i förordning 1408/71 om arbetslandets lagstiftning inte påstås vara motstridigt syftet med förordning 1408/71. Skillnaderna mellan medlemsstaternas socialförsäkringssystem leder i detta avseende till en ökad

¹³⁸ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 368 f.

¹³⁹ A.a., s. 353.

¹⁴⁰ A.a., s. 370.

rörlighet för arbetstagare.¹⁴¹ Social dumpning och osund konkurrens stämmer dock inte överens med andra syften med EGF, som att förbättra levnadsstandarden, främja konkurrensen och att kämpa mot arbetslöshet.¹⁴²

4.2 Gränsdragning: utsänd eller utför normalt arbete i två medlemsstater?

Om en person arbetar i olika länder, men endast har en arbetsgivare, kan gränsdragningen till utsändningsregeln skapa problem vid bedömningen av om bestämmelsen om normalt arbete i två medlemsstater ska tillämpas.¹⁴³ Omfattas t.ex. ingenjören i exemplet i kapitel 1.2, som i sitt arbete regelbundet sänds ut – förutbestämt eller oplanerat – för att arbeta i ett annat medlemsland av utsändningsregeln eller av regeln om normalt arbete i två medlemsstater? Frågan har inte prövats av EG-domstolen¹⁴⁴ och ett klagande har länge önskats av medlemsstaterna.¹⁴⁵ Som vi ska se nedan är den främsta anledningen till svårigheterna att avgöra var gränsen går mellan utsändning och normalt arbete i två medlemsstater att kriteriet i art 14.2 b i) för att avgöra om en person *normalt arbetar* i mer än en medlemsstat inte är klart utsagt.¹⁴⁶

4.2.1 Referensperiod för gränsdragningen

Art. 14.2. b i) nämner inte någon särskild referensperiod utifrån vilken bedömningen av om en person normalt arbetar i två medlemsstater ska göras. Målet *Calle Grenzshop*¹⁴⁷ ger dock ledning i detta avseende. Målet rörde ett företag med säte i Tyskland, *Calle Grenzshop Andresen GmbH & Co*, som bedrev detaljhandel i Tyskland i närheten av den tysk-danska gränsen. EG-domstolen fick i målet frågan:

”om situationen för en dansk anställd, bosatt i Danmark och som uteslutande är anställd av ett företag som har sitt säte i Tyskland, som i sitt arbete regelbundet flera timmar i veckan och under en tidsperiod som inte understiger tolv månader utför en del av sitt arbete i Danmark, omfattas av artikel 14.1 a eller art. 14.2 b i) i förordning nr 1408/71.”

Domstolen uttalade att en sådan situation inte kan omfattas av utsändningsregeln i art. 14.1 a när den tid som den anställde arbetar i Danmark, för företaget med säte i Tyskland och till vilket han normalt är

¹⁴¹ Numhauser-Henning, s. 38, 43.

¹⁴² Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 271, 281.

¹⁴³ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 70.

¹⁴⁴ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 278.

¹⁴⁵ Pieters, s 59 ff.

¹⁴⁶ Van Zeven och Donders, 3/2 (2001) E.J.S.S., s. 113.

¹⁴⁷ Mål C-425/93 *Calle Grenzshop*.

knuten, överstiger 12 månader. I målet fastslog EG-domstolen att situationen omfattas av art. 14.2 b i). Med anledning av att arbetet i Danmark pågått längre än 12 månader och utsändningsregeln därför inte kunde vara tillämplig, behövde EG-domstolen inte uttala sig om gränsdragningen mellan utsändning och normalt arbete i två medlemsstater.

Pennings anser att det av målet *Calle Grenzshop* kan anläggas ett perspektiv på gränsdragningsproblematiken som utgår från en referensperiod om 12 månader, vilket är den maximala tiden för en utsändning. Eftersom utsändningsregeln endast kan vara tillämplig inom denna 12-månadersperiod resonerar Pennings att det är under denna tid som det blir viktigt att definiera om en person normalt arbetar i två medlemsstater.¹⁴⁸

4.2.2 Förutbestämt eller oplanerat utlandsarbete

Omfattas en person – t.ex. ingenjören i kapitel 1.2 i inledningen – vars arbete även innebär återkommande arbetsperioder utomlands av utsändningsregeln eller av art. 14.2 b i)? Gör det någon skillnad om arbetet utomlands är bestämt i förväg eller oplanerat? Som beskrivits i föregående kapitel antyder EG-domstolens dom i målet *Calle Grenzshop*¹⁴⁹ att den som under en viss period varje år arbetar i ett annat medlemsland, inte uppfyller villkoren för utsändning eftersom arbetet kan väntas pågå längre än 12 månader. Pieters och Schoukens menar precis som Pennings att domen i målet *Calle Grenzshop* kan förstås som att den som arbetar för ett företag i en medlemsstat och som varje år måste åka utomlands för att arbeta överskrider 12-månadersgränsen och därför istället omfattas av art. 14.2 b. Enligt Pieters och Schoukens kan dock avgörandet även tolkas på ett annat sätt. Enligt dem verkar nämligen generaladvokat Lenz i sitt förslag till avgörande i målet *Calle Grenzshop* ha förordat en annan metod. Generaladvokat Lenz menar att det när en person regelbundet sänds ut för arbete i annat medlemsland först måste avgöras om arbetet utomlands varit förutbestämt eller oplanerat. Den som varje år skickas utomlands för olika oplanerade arbetsperioder, som alltså inte är bestämda ifrån början, skulle vara utsänd enligt art. 14.1 a medan den som arbetar förutbestämda perioder i ett förutbestämt annat land skulle arbeta normalt i två medlemsstater och omfattas av art. 14.2 b. EG-domstolen hänvisar inte till generaladvokatens uttalande i sin dom, varför det inte går att fastställa om det är en relevant utgångspunkt att ha vid gränsdragning mellan artiklarna.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 360.

¹⁴⁹ Mål C-425/93 *Calle Grenzshop*.

¹⁵⁰ Pieters och Schoukens, *Posting and Article 17 Agreements, Some Comments*, Acco, 1997, s. 111.

4.2.3 Vilken artikel har företräde?

I målet Banks¹⁵¹ var bl.a. frågan om gränsdragningen mellan art. 14.a 1 a) avseende utsändning för egenföretagare och art. 14c avseende den som samtidigt är anställd i en medlemsstat och egenföretagare i en annan. EG-domstolen fick bl.a. frågan om vilket tidsmätt som ska användas vid bedömningen av begreppet *samtidigt* i art. 14c, eller vilka kriterier som gör det möjligt att fastställa detta begrepp. EG-domstolen fastslog att frågan inte behövde besvaras eftersom utsändningsregeln var tillämplig. Från uttalandet sluter sig Pennings till att utsändningsregeln i art. 14.1 a även har företräde i konkurrens med art. 14.2 b i) avseende anställda som normalt arbetar i två medlemsstater. Pennings utgår ifrån att om kriterierna för utsändning är uppfyllda så gäller utsändningsregeln. Om de inte är uppfyllda, t.ex. efter utgången av utsändningsperioden, kan art. 14.2 b i) avseende normalt arbete i två länder bli tillämplig.¹⁵²

Vad som ovan sagts kan jämföras med Försäkringskassans praxis vad gäller utsändningar som avses vara maximalt tre månader. Som redogjorts för i kapitel 3.4.1 kan ett administrativt förenklat förfarande användas vid utfärdandet av E 101 intyg för utsändningar som avses vara maximalt tre månader.¹⁵³ Detta förenklade förfarande används dock inte i någon större utsträckning när en i Sverige bosatt person sänds ut från Sverige. Vid flera korta utsändningar från Sverige till samma ställe tillämpas istället reglerna i art. 14.2 b om normalt arbete i två länder.¹⁵⁴ Ett och samma E 101 intyg kan då användas för hela arbetsperioden istället för att serienummerade utsändningsintyg fylls i inför varje arbetstillfälle i det tillfälliga arbetslandet. Med beaktande av detta skulle svensk myndighetspraxis enligt min mening – när det gäller utsändningar som avses vara högst tre månader – kunna tolkas som att det istället är bestämmelsen om normalt arbete i två medlemsstater som har företräde framför utsändningsregeln.

4.2.4 Tidsperioderna mellan arbetstillfällena

Enligt Försäkringskassans Vägledning 2004:11 är det tidsperioderna mellan arbetstillfällena samt varaktigheten av arbetet i de olika länderna som är avgörande för gränsdragningen mellan art. 14.1 a och art. 14.2 b i).¹⁵⁵ I detta kapitel handlar diskussionen om vilka tidsperioder mellan arbetstillfällena som kan godtas för att det ska kunna anses att en person normalt arbetar i två medlemsstater. I avsaknad av praxis från EG-domstolen har de nationella socialförsäkringsinstitutionerna utvecklat egna regler om hur regelbundet arbetet ska vara för att det ska ses som att den anställde *normalt*

¹⁵¹ Mål C-178/97 Barry Banks m.fl.

¹⁵² Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 107 f.

¹⁵³ AK:s beslut nr 148 av den 25 juni 1992 om användandet av intyget om tillämplig lagstiftning (blankett E 101) när utlandsplaceringen inte överskrider tre månader.

¹⁵⁴ Weimarsdotter, s. 20, 23 f.

¹⁵⁵ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 70.

arbetar i två medlemsstater. Det är dock oklart om nationell myndighetspraxis kommer att hålla vid en prövning i EG-domstolen.¹⁵⁶

Som ovan nämnts finns det ingen fastställd tidsgräns avseende hur långa uppehållen mellan arbetsperioderna i en medlemsstat kan vara för att personen fortfarande ska kunna anses arbeta i staten.¹⁵⁷ Försäkringskassan anger i sin Vägledning 2004:11 under vilka förutsättningar som en i Sverige bosatt person kan antas normalt arbeta i Sverige. Det förutsätter att en anknytning till den svenska arbetsmarknaden kan visas t.ex. genom att det finns regelbundna faktiska perioder med arbete i Sverige.¹⁵⁸ Även en person som har upphört att arbeta i Sverige kan omfattas av den svenska arbetsbaserade försäkringen, bl.a. under den generella efterskyddstiden om tre månader i 3 kap. 6 § 2 stycket SofL.¹⁵⁹ Den generella efterskyddstiden i SofL kan vara till ledning vid bedömningen av om en person som är bosatt i Sverige kan anses normalt arbeta i Sverige. Enligt Försäkringskassan kan nämligen en person anses normalt arbeta i Sverige om uppehållen mellan arbetstillfällena i Sverige är högst tre månader. I Försäkringskassans vägledning 2004:11 markeras att beroende på omständigheterna i det enskilda fallet och utifrån en helhetsbedömning av personens arbetsmönster kan både kortare och längre uppehåll motivera en annan bedömning. Mot bakgrund av detta kan en person som under sin bosättning i Sverige har kvar sin anknytning till den svenska arbetsmarknaden parallellt med arbete i en annan medlemsstat anses normalt arbeta i två eller flera medlemsstater och omfattas av artikel 14.2 b i).¹⁶⁰

I Försäkringskassans vägledning 2004:11 finns ett exempel på en tidsperiod mellan arbetstillfällena i Sverige som medför att en person inte kan anses normalt arbeta i två medlemsstater. Exemplet rör en person bosatt i Sverige som arbetar halva året i Sverige och halva året i Norge. Eftersom uppehållet från arbetet i Sverige överstiger tre månader kan, mot bakgrund av vad som ovan sagts om den generella efterskyddstiden, personen inte längre anses arbeta i Sverige. Personen omfattas då av svensk socialförsäkringslag halva året och av norsk lag för den halva av året som arbete utförs i Norge.¹⁶¹

I målet *Kits van Heijningen* fastställde EG-domstolen att normalt arbete i en annan medlemsstat innebär arbete där åtminstone en gång var tredje månad.¹⁶² Den holländska behöriga socialförsäkringsinstitutionen tillämpar

¹⁵⁶ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 360.

¹⁵⁷ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 70.

¹⁵⁸ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 71.

¹⁵⁹ Den som däremot har slutat arbeta i Sverige och som börjar arbeta i en annan medlemsstat och därmed blir omfattad av den statens lagstiftning, omfattas inte av den svenska arbetsbaserade försäkringen längre, se 3 kap. 6 § 2 stycket och 16 § SofL.

¹⁶⁰ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 71.

¹⁶¹ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 72.

¹⁶² Mål C-2/89 *Kits van Heijningen*, se Van Zeben och Donders, vol 3/2 (2001) E.J.S.S., s.113.

detta kriterium och anser att arbetstagare som arbetar en dag var tredje månad i en annan medlemsstat omfattas av art. 14.2 b.¹⁶³

4.2.5 Varaktigheten av arbetet

Förutom tidsperioderna mellan arbetstillfällena är enligt Försäkringskassans Vägledning 2004:11 även varaktigheten av arbetet i de olika länderna avgörande för gränsdragningen mellan art. 14.1 a och art. 14.2 b i).¹⁶⁴

Pennings menar dock att EG-domstolens dom i målet Kits van Heijningen¹⁶⁵ innebär att en person kan hävda, för lagvalsreglernas tillämplighet, att han arbetar i en medlemsstat oberoende av hur många timmar han arbetat i landet, d.v.s. oavsett varaktigheten av arbetet. Det enda som krävs för att art. 13.2 a ska vara tillämplig är enligt EG-domstolens dom i målet Kits van Heijningen att personen arbetar som anställd i medlemsstaten. Av målet Kits van Heijningen drar Pennings slutsatsen att den som arbetar i en medlemsstat men bor i en annan och som även börjar arbeta t.ex. två timmar i veckan i bosättningslandet, kommer att omfattas av bosättningslandets lagstiftning enligt art. 14.2 i).¹⁶⁶ Försäkringskassan anser i sin Vägledning 2004:11 att en anställd som har sin huvudarbetsgivare i en annan medlemsstat än bosättningslandet och som även har en bisyssla i mindre omfattning i bosättningslandet, ska omfattas av bosättningslandets lagstiftning.¹⁶⁷ Enligt en undersökning genomförd 2001 av den holländska socialförsäkringsinstitutionen anser medlemsländernas behöriga institutioner i regel när arbete utförs i flera medlemsstater att arbete som utförs i hemlandet medför att art. 14.2 b blir tillämplig, oavsett omfattningen av arbetet.¹⁶⁸

4.2.6 E 101 intygets betydelse för gränsdragningen

Som redogjorts för tidigare i kapitel 3.4.2 är inte innehav av ett E 101 intyg ett kriterium för att en utsändning ska föreligga. Rent administrativt tillämpas dock inte utsändningsregeln automatiskt utan först när det finns ett E 101 intyg.¹⁶⁹ På grund av sin bindande verkan har intyget enligt min bedömning i praktiken betydelse för gränsdragningen mellan en utsändning och normalt arbete i två medlemsstater, vilket kommer att beskrivas nedan.

Om en arbetstagare, ingenjören i kapitel 1.2 kan återigen tjäna som exempel, anser sig vara utsänd från Sverige och vänder sig till

¹⁶³ Sengers och Donders, *Current Practice in Posting According to Regulation 1408/71*, 5/2 (2003), E.J.S.S., s. 102.

¹⁶⁴ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 70.

¹⁶⁵ Mål C-2/89 Kits van Heijningen.

¹⁶⁶ Pennings, *Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts*, s. 360 f.

¹⁶⁷ RFV:s Vägledning 2004:11, s. 72.

¹⁶⁸ Van Zeven och Donders, 3/2 (2001) E.J.S.S., s. 113.

¹⁶⁹ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 110

Försäkringskassan med en begäran om ett E 101 intyg, samtidigt som arbetsgivaren meddelar Försäkringskassan att den anställda inte är utsänd och att sociala avgifter kommer att betalas i det tillfälliga arbetslandet, kommer Försäkringskassan att gå på arbetsgivarens uppgifter och inte utfärda något intyg om att arbetstagaren ska kvarstå i det svenska socialförsäkringssystemet. Arbetsgivaren kan därmed styra den anställdes socialförsäkringstillhörighet, och även avgiftsskyldigheten, till det tillfälliga arbetslandet. I det inledande exemplet var det tillfälliga arbetslandet även ingenjörens bosättningsland. Om socialförsäkringsinstitutionen i bosättningslandet skulle anse att ingenjören normalt arbetar i två medlemsstater kan den med hänvisning till att endast ett lands lag ska vara tillämplig kräva den utländske arbetsgivaren på avgifter för det arbete som utförs i Sverige. Den behöriga institutionen i bosättningslandet kan även ex officio utfärda ett E 101 intyg när den anser att ingenjören normalt arbetar i två medlemsstater.¹⁷⁰

När väl ett E 101 intyg utfärdats är det bindande för andra medlemsstaters socialförsäkringsinstitutioner. I exemplet ovan kan den svenska socialförsäkringsinstitutionen endast uttrycka sitt tvivel om intygets korrekthet till den danska socialförsäkringsinstitutionen, som därefter bör ompröva de grunder den utfärdat intyget på. Men om den danska institutionen inte återkallar intyget kan den svenska institutionen inte göra något förutom att hänskjuta frågan till AK. AK försöker då jämka samman åsikterna, om inte det lyckas återstår endast att väcka kränkingsprocess enligt art. 227 EGF och låta EG-domstolen ta sig an frågan om tillämplig lag, och som en följd därav om E 101 intyget är riktigt eller inte.¹⁷¹

Praktiskt sett kan E 101 intyget även ha betydelse för gränsdragningen mellan lagvalsreglerna för en anställd som i sitt arbete ofta reser till samma medlemsland för att arbeta där. I många fall borde det då vara enklare att tillämpa art. 14 2 b i) avseende arbete i två länder än att tillämpa utsändningsregeln, eftersom ett och samma intyg då kan användas avseende allt arbete som utförs i det andra landet.¹⁷²

4.3 Den nya förordningens betydelse för gränsdragningen

Eftersom den nya förordningen inte har börjat tillämpas kan föreliggande arbete endast kortfattat kommentera betydelsen för gränsdragningen av de nya lydelseerna av de aktuella lagvalsreglerna.¹⁷³ Det går inte att veta innebörden av reglerna innan de antagits och EG-domstolen fastställt tolkningen av dem.

¹⁷⁰ SKV:s skrivelse den 24 januari 2005, YSVM-68XASM.

¹⁷¹ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 111.

¹⁷² Blank Thörnroos m.fl. anser i alla fall att detta är fallet när många utsändningar sker till olika medlemsstater, s. IAR:17.

¹⁷³ Se kapitel 3.5.

Med anledning av att utsändningsperioden förlängs till 24 månader i förordning 883/2004 bör den referensperiod utifrån vilken gränsdragningen mellan utsändning och normalt arbete i två medlemsstater eventuellt kan utgå ifrån, vilket diskuterats i kapitel 4.2.1, utökas till dessa 24 månader.

Den nya förordningen innebär en förändring avseende art. 14.2 b i) i det avseendet att bosättningslandets lag blir tillämplig för en person som är anställd för arbete inom två eller flera medlemsstater territorier om en *väsentlig del* av arbete utförs där, jämfört med vad som nu är en viss del av arbetet. Eftersom begreppet har ändrats till väsentlig del är det osäkert om den rättspraxis från EG-domstolen som rör tolkningen av begreppet *normalt arbetar* i två medlemsstater fortfarande kommer att vara aktuell. Det är därmed t.ex. oklart vilka tidsperioder mellan arbetstillfällena i de olika länderna som krävs för att den nya artikeln avseende normalt arbete i två medlemsstater ska vara tillämplig. För tillfället gäller för en person som är bosatt i en medlemsstat och som arbetar i en annan, men som även arbetar en väldigt liten del i bosättningslandet (Pennings menar att två timmar i veckan är tillräckligt) att den personen är försäkrad under bosättningslandets socialförsäkringslag. Den anställde kan vara medveten om vad arbete två timmar i veckan i hemlandet får för effekter för det sociala skyddet.¹⁷⁴ Konsekvenserna kan dock likaväl vara okända. Därför är den nya artikeln avseende normalt arbete i två medlemsstater, där tröskeln höjs från *viss del* till *väsentlig del*, enligt Pennings en viktig förbättring även om det är oklart hur mycket som är väsentlig del av arbetet.¹⁷⁵ En enhetlig betydelse av begreppet inom unionen skulle vara att föredra enligt Pennings, som föreslår att en *väsentlig del av arbetet* skulle kunna definieras som mer än åtta timmar i veckan enligt anställningsavtalet.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Eftersom avgiftsnivåerna är lägre i Danmark än i Sverige kan det t.o.m. vara en genomtänkt effekt av ingenjören i exemplet i kapitel 1.2.

¹⁷⁵ Pennings, *Introduction to European Social Security Law*, s. 100 f.

¹⁷⁶ Pennings, 3/1 (2001) E.J.S.S, s. 53.

5 Analys och slutsatser

Den övergripande frågeställningen i det här arbetet är var gränsen går mellan att som arbetstagare vara utsänd enligt art. 14.1 a i förordning 1408/71 eller att normalt arbeta i två medlemsstater enligt art. 14.2 b i). Svaret är att eftersom EG-domstolen inte har avgjort frågan går det inte att veta hur gränsdragningen ska göras eller vilka exakta förhållanden som ska ligga till grund för den.

I arbetet har jag kommit till slutsatsen att gränsdragningsproblematiken främst har sitt ursprung i det faktum att innebörden av kriteriet *normalt arbetar* i två medlemsstater i art. 14.2 b inte är klart utsagd. Jag finner – i likhet med t.ex. Pennings – att det finns stöd för att utgå från en referensperiod om 12 månader vid bedömningen av kriteriet. Eftersom utsändningsregeln endast är tillämplig på utlandsarbete som avses vara maximalt 12 månader blir det för gränsdragningen mellan artiklarna viktigt att definiera om en person normalt arbetar i två medlemsstater under denna period. Att utgå från en referensperiod om 12 månader ter sig dock enligt min bedömning inte tillfredsställande för alla förekommande arbetssituationer. Det indikerar nämligen att inte någon arbetssituation med arbete i två länder, som pågår längre än 12 månader, kan inbegripa utsändningar. Ett annat tillvägagångssätt för att utreda gränsdragningen kan därför vara att utan hänsyn till en referensperiod istället ta fasta på om arbetet utomlands är bestämt på förhand eller om det sker oplanerat. Den som varje år skickas utomlands för olika oplanerade arbetsperioder skulle då kunna anses vara utsänd vid dessa tillfällen, medan den som varje år arbetar förutbestämda perioder i ett förutbestämt annat land skulle kunna anses arbeta normalt i två medlemsstater.

I doktrinen har åsikten framförts att det vid en gränsdragnings mellan artiklarna först ska undersökas om villkoren för utsändning är uppfyllda. Om villkoren för utsändning inte är uppfyllda kan det sedan övervägas om normalt arbete i två medlemsstater föreligger. I svensk nationell myndighetspraxis ges istället vid utsändningar för maximalt tre månader av i Sverige bosatta personer – enligt min bedömning – bestämmelsen om normalt arbete i två medlemsstater företräde framför utsändningsregeln. Anledningen till detta kan antas vara att det administrativt är enklare att utfärda ett enda intyg om tillämplig socialförsäkringslagstiftning som gäller för allt utlandsarbete, istället för att använda serienummerade intyg som enligt ett förenklat blankettförfarandet för utsändningar som avses vara högst tre månader ska fyllas i inför varje arbetstillfälle i den andra medlemsstaten. Grunden till att Försäkringskassan anser att artikeln avseende arbete i två medlemsstater på detta sätt kan tillämpas istället för artikeln avseende utsändning går antagligen att härleda från den generella efterskyddstiden om tre månader i SofL. Den svenska arbetsbaserade socialförsäkringen upphör att gälla först tre månader efter den dag då arbetet här har upphört. Försäkringskassan anser att en i Sverige bosatt person, som

inte arbetar här, ändå kan anses normalt arbeta i Sverige under den generella efterskyddstiden om tre månader på grund av att personen anses ha kvar sin anknytning till den svenska arbetsmarknaden under denna tid. Mot bakgrund av detta kan en person som under sin bosättning i Sverige har kvar sin anknytning till den svenska arbetsmarknaden parallellt med arbete i en annan medlemsstat anses normalt arbeta i två medlemsstater och omfattas av artikel 14.2 b i).

Eftersom det är oklart var gränsen går mellan en utsändning och normalt arbete i två medlemsstater måste de nationella behöriga socialförsäkringsinstitutionerna göra egna bedömningar vid tillämpningen av lagvalsreglerna. I arbetet har jag redogjort för att det enligt svensk myndighetspraxis anses vara tidsperioderna mellan arbetstillfällena samt varaktigheten av arbetet i de olika länderna som är avgörande för gränsdragningen mellan art. 14.1 a och art. 14.2 b i). För en person som är bosatt i Sverige och som arbetar både i Sverige och i en annan medlemsstat tillämpar svenska socialförsäkringsinstitutioner, enligt min bedömning, art. 14.2 b i) i överensstämmelse med EG-domstolens dom i målet *Kits van Heijningen*. I målet fastslog EG-domstolen att normalt arbete i en medlemsstat innebär arbete där åtminstone en gång var tredje månad. Vad gäller varaktigheten av arbetet anser medlemsländernas socialförsäkringsinstitutioner i regel att arbete som utförs i bosättningslandet medför att art. 14.2 b blir tillämplig, oavsett omfattningen av arbetet. Även detta stämmer överens med målet *Kits van Heijningen* i vilket EG-domstolen uttalade att den i målet aktuella lagvalsregeln var tillämplig oavsett antalet arbetade timmar i landet.

Genom arbetet har även framkommit att arbetsgivaren vid en utsändning kan styra vilket lands lag som ska vara tillämplig – utsändningslandets eller det tillfälliga arbetslandets – genom att denne kan välja att ansöka om ett E 101 intyg om tillämplig socialförsäkringslagstiftning. Om avgifterna är lägre i mottagarlandet än i utsändningslandet har arbetsgivaren ett incitament att inte begära ett E 101 intyg. Vidare är det svårt för en socialförsäkringsinstitution i utsändningslandet att bevisa att en utsändning verkligen föreligger om arbetsgivaren och arbetstagaren bestämt sig för att inte begära något intyg. Att inte begära ett E 101 intyg vid en utsändning får dock betraktas som ett enligt förordning 1408/71 legitimt sätt för en arbetsgivare att eventuellt sänka sina kostnader för sociala avgifter, eftersom en sådan användning av lagvalsreglerna kan väntas leda till ökad rörlighet för arbetskraften. Jag anser dock att det blir problematiskt om arbetstagaren, som är utlämnad till det lagval arbetsgivaren gör, inte är medveten om vad lagvalet får för konsekvens för den egna sociala tryggheten. De vaga rekvisiten i lagvalsreglerna kan här ge arbetsgivaren en flexibilitet som kolliderar med arbetstagarens rättssäkerhet.

När en person normalt arbetar i två medlemsländer går det däremot inte att undkomma socialförsäkringstillhörigheten så som den bestäms enligt förordningen genom att inte begära ett E 101 intyg om tillämplig lagstiftning. Behörig socialförsäkringsinstitution kan utfärda ett E 101 intyg

ex officio, eller i avsaknad av intyg ändå kräva en utländsk arbetsgivare på avgifter för arbete som utförts i en annan medlemsstat med hänsyn till att endast ett lands lag ska vara tillämplig. Det är därför inte heller i detta avseende tillfredsställande för den enskildes rättssäkerhet att det inte är klart vilka arbetssituationer som innebär normalt arbete i två medlemsstater.

I exemplet med ingenjören i kapitel 1.2 blir olika medlemsstaters sociallagstiftningar tillämpliga beroende av vilken av artiklarna 14.1 a och 14.2 b i) som anses vara tillämplig. Mot bakgrund av vad som ovan sagts om E 101 intyget synes inte ingenjören ha någon direkt möjlighet att påverka lagvalet utan är utelämnad till vad arbetsgivaren respektive behörig socialförsäkringsinstitution anser om arbetsförhållandena.

När ett E 101 intyg väl har utfärdats är det en tung process för den socialförsäkringsinstitution som i strid med den utfärdande institutionens uppfattning vill underkänna intyget. Om institutionerna inte kommer överens är sista utvägen att väcka kränkingsprocess enligt art. 227 EGF och låta EG-domstolen ta sig an frågan om tillämplig lag och intygets korrekthet. E 101 intyget kan därmed antas ha en stor praktisk betydelse för gränsdragningen mellan artiklarna.

Art. 17 tillämpas främst för att en anställd ska kunna fortsätta omfattas av lagstiftningen i företagets etableringsstat vid en utsändning som avses vara längre än 12 månader. Även för de situationer då det är oklart om en person normalt arbetar i två medlemsstater kan det träffas överenskommelser om undantag. Avslutningsvis kan därmed konstateras att till dess att EG-domstolen avgjort var gränsen går mellan en utsändning och normalt arbete i två medlemsstater finns det en viktig möjlighet för medlemsstaterna i art. 17 att kunna komma överens om undantag från lagvalsreglerna.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Berg, Emma. Welander, Jenny, *Fri rörlighet och social trygghet: förordningen (EEG) nr 1408/71 och den svenska socialförsäkringen i tillämpning*, Juristförlaget i Lund, Lund 2003.

Blank Thörnroos, Pia. Carlsson, Nils-Fredrik. Silfverberg, Christer. Sindahl, Mikael. Svenström, Yvonne: *Socialavgifter*, Supplement 17, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

Cornelissen, Rob: "25 Years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers: its achievements and its limits" i RFV, *25 Years of Regulation (EEC) No. 1408/71 on Social Security for Migrant Workers - a conference report*. Stockholm 1997, s. 25-68.

Donders, Peter: "Application of the Provisions of Regulation (EEC) 1408/71 and the Issue of Posting: Facts, Problems and Comments" i P. Schoukens (ed), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Acco, Leuven 1997, s. 49-91.

Eichenhofer, Eberhard: "Social Security as a Matter of mere National Policy? Perspectives of European Social Security Law" i Numhauser-Henning, A. (red): *Normativa perspektiv: Festskrift till Anna Christensen*. Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 47-58.

Erhag, Thomas: *Fri rörlighet och finansiering av social trygghet*, Santérus Förlag, Stockholm 2002.

Malmstedt, Mattias: *Tillhörighet och sociala förmåner från 1600-talets Laws of Settlement till förordning nr 1408/71: en komparativ studie över tillhörighetsnormer och sociala förmåner i England, USA och EU*, Juristförlaget i Lund, Lund 2002.

Numhauser-Henning, Ann: *Freedom of Movement and Transfer of Social Security Rights: Pension Rights and the EC Coordination Rules on Applicable Legislation in the Light of Migration and Labour-Market Developments; [report to the VII European Regional Congress of the International Society of Labour Law and Social Security (Stockholm 2002)]*, Lund 2003.

Paskalia, Vicki: *Free Movement of Persons and Social Security. Gender Implications of EC Regulation 1408/71*. Stockholms Universitet, Stockholm 2004.

Pennings, Frans: *Introduction to European Social Security Law*, fourth edition, Intersentia, Antwerpen 2003.

Pennings, Frans: "Regulation 1408/71 and the Room for Manipulation of the Facts" i Numhauser-Henning, A. (red) *Normativa perspektiv: Festskrift till Anna Christensen*. Juristförlaget i Lund, Lund 2000, s. 347-371.

Pieters, Danny. Schoukens, Paul: "Posting and Article 17 Agreements: Some Comments" i P. Schoukens (ed), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Acco, Leuven 1997, s. 92-111.

Pieters, Danny (red): *The Co-ordination of Social Security at Work: text, cases and materials*, Acco, Leuven 1999.

Schoukens, Paul: "Self-Employed People and the Determination of the Legislation Applicable (Title II Reg. 1408/71)" i P. Schoukens (ed), *Prospects of Social Security Co-ordination*, Acco, Leuven 1997, s. 157-176.

Weimarsdotter, Pia: *Internationellt arbete*, Tholin & Larssons förlag, Göteborg 2007.

Westerhäll, Lotta: *Social trygghet i framtidens EU, Vägval för Europa nr 5*, Utrikespolitiska institutet, Stockholm 2003.

Westerhäll, Lotta: *Social trygghet och migration: Kommentar till förordningen 1408/71*, Nerenius & Santérus, Stockholm 1995.

SOU

SOU 1993:115: Social trygghet och EES

Artiklar

Christensen, Anna. Malmstedt, Mattias: *Lex loci laboris versus lex loci domicilii – An inquiry into the normative foundations of European social security law*, *European Journal of Social Security* vol 2/1 (2000), s. 69-111.

Pennings, Frans: *The European Commission Proposal to Simplify Regulation 1408/71*, *European Journal of Social Security* vol 3/1 (2001), s. 45-60.

Sengers, Karin. Donders, Peter: *Current Practice in Posting According to Regulation 1408/71*, *European Journal of Social Security* vol 5/2 (2003), s. 97-107.

Svenström, Yvonne: *Utsändning inom EU/EES: Fitzwilliam-domen: rättsverkan av E 101-intyg*, Skattenytt 2000, s. 695-699.

Van Zeben, Marten. Donders, Peter: *Coordination of Social Security: Developments in the Area of Posting*, European Journal of Social Security vol 3/2 (2001), s. 107-116.

Övrigt

Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) nr L 28 den 30 januari 1997, de uppdaterade förordningarna 1408/71 och 574/72

Compendium of Community provisions on social security 1995 (European Commission. EG-förordningarna 1408/71 och 574/72 med kommentar, domar från EG-domstolen, beslut och rekommendationer från AK m.m.)

Handledning för internationell beskattning (SKV 352)

Inkomstgrundad ålderspension och socialavgifter. EU:s regler, Socialförsäkringskonventioner, Svensk lagstiftning (SKV 405)

Tillämplig lagstiftning, EU, socialförsäkringskonventioner, m.m., Riksförsäkringsverkets vägledning 2004:11 (Uppdaterad version finns på <http://www.rfv.se/publi/vgl/index.htm>)

Skatteverkets skrivelse den 24 januari 2005, YSVM-68XASM.

<http://www.regeringen.se/sb/d/1960/a/12312>, den 29 april 2008 kl. 08.16.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EG-domstolen

Mål nr 76/53 Unger av den 19 mars 1964

Mål nr 8/75 Association du Foot-Ball Club d'Andlau, 1975 ECR 739

Mål nr 35/70 Manpower, 1970 ECR 1251

Mål nr 102/76 Perenboom, 1977 ECR 815

Mål nr 110/79 Coonan, 1980 ECR 1445

Mål nr 8/80 Romano, 1981 ECR 1241

Mål nr 276/81 Kuijpers, 1982 ECR 3027

Mål nr 101/83 Brusse, 1984 ECR 2223

Mål nr 41/84, Pietro Pinna, 1986 ECR 1

Mål nr 254/84 De Jong, 1986 ECR 671

Mål nr 302/84 Ten Holder, 1986 ECR 1821

Mål nr C-2/89 Kits van Heijningen, 1990 ECR I-1755

Mål nr C-60/93 Aldewereld, 1994 ECR I-2991

Mål nr C-425/93 Calle Grenzshop, 1995 ECR I-269

Mål nr C-340/94 de Jaeck, 1997 ECR I-461

Mål nr C-202/97 Fitzwilliam Executive Search Ltd, 2000 ECR I-833

Mål nr C-178/97 Barry Banks m.fl., 2000 ECR I-2005

Mål nr C-404/98 Josef Plum, 2000 ECR I-9379

Mål nr C-2/05 Herbosch Kiere NV