



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Stefan Ahlgren

Utstationering och den svenska modellen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: Period 1 HT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1. INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte & Frågeställning	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Forskningsläge	8
1.5 Disposition	8
1.6 Avgränsningar	8
2. RUSH PORTUGESA & UTSTATIONERINGSDIREKTIVET	10
2.1 Rush Portugesa	10
2.2 Utstationeringsdirektivet	12
2.3 Utstationeringslagen	15
2.3.1 Bakgrund	15
2.3.2 Lex Britannia	15
2.3.2 Propositionen	16
2.3.3 Utstationeringslagen	17
3. LAVALKVARTETTEN	19
3.1 Viking	19
3.2 Laval	22
3.2.1 Bakgrund	22
3.2.2 EU-domstolens dom	23
3.3 Rüffert	25
3.4 Kommissionen mot Luxemburg	27
4. LEX LAVAL	29
4.1 Reaktionen på Laval-domen	29
4.2 Utredningen	29
4.3 Remissyttranden	32
4.4 Propositionen	34

5. VÄNDPUNKTEN	37
5.1 Lissabonfördraget	37
5.2 Tillämpningsdirektivet	37
5.3 Svenska lagändringar efter direktivet	39
5.3.1 Utredningar	39
5.3.2 Propositionen	40
6. ÄNDRINGSDIREKTIVET & UTREDNING	44
6.1 Lagstiftningsprocessen i EU	44
6.1.1 Kommissionens förslag	44
6.1.2 Kommissionens konsekvensanalys	46
6.1.2.1 Alternativ på lösning	46
6.1.2.2 Effektiviteten hos alternativen	48
6.1.3 Sähköalojen ammattiliitto ry	49
6.2 Ändringsdirektivet	51
6.2.1 Doktrin kring ändringsdirektivet	52
6.3 Utredning	55
6.4 Remissyttranden	59
6.4.1 LO	59
6.4.2 Saco	59
6.4.3 Svenskt Näringsliv	60
6.4.4 Arbetsdomstolen	60
6.4.5 Uppsala universitet	61
6.4.6 Stockholms universitet	61
6.4.7 Lunds universitet	61
6.4.8 Övriga i urval	62
7. DISKUSSION OCH ANALYS	63
7.3 Frågeställningar	66
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	70
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	72
OFFENTLIGT TRYCK	73

Summary

The posting of workers within the EU is a topic that has been extensively discussed in recent decades, not least here in Sweden. The purpose of the essay is to give an account of the development of the law regarding the phenomenon both in terms of the Union level and the Swedish national level.

The essay presents the major events in this legal area, mainly through the treatment of directives, decisions of the European Court of Justice and the Swedish legislative process.

Furthermore, the legal developments are analysed and discussed, primarily in relation to Sweden and the Swedish labour market model. Finally, the essay seeks to answer whether the proposed Swedish legislation is compatible with EU law.

My conclusions are that the Swedish labour market model has been withheld by EU law in relation to the posting of workers, but now will play a more important role again and that the Swedish proposed regulation is compatible with EU law.

Sammanfattning

Utstationering av arbetstagare inom EU är en fråga som diskuterats flitigt de senaste decennierna, inte minst här i Sverige. Uppsatsens syfte är att redogöra för rättsutvecklingen kring fenomenet både vad gäller unionsnivå och svensk nationell nivå.

Uppsatsen presenterar de stora händelserna på området framförallt genom behandling av direktiv, avgöranden från EU-domstolen och den svenska lagstiftningsprocessen.

Därefter analyseras och diskuteras rättsutvecklingen, framförallt i relation till Sverige och den svenska arbetsmarknadsmodellen. Slutligen försöker uppsatsen svara på huruvida den föreslagna svenska lagstiftningen är förenlig med EU-rätten.

Mina slutsatser är att den svenska modellen hållits tillbaka av EU-rätten i förhållande till utstationeringar men nu kommer spela en viktigare roll igen, samt att den svenska föreslagna regleringen är förenlig med EU-rätten.

Förord

5 år går både sakta och fort. Min tid i Lund är slut och jag lämnar 5 berikande år med kärlek, skratt och tårar bakom mig.

Jag vill tacka min familj för allt stöd
Elias och Oscar för juridisk expertis
Siv och Stig för sällskap under uppsatsskrivandet
Och Giulia för all kärlek.

Det känns som om det var hundra år sen, eller om det var igår.

- *Joakim Thåström*

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättsens område
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionen
EEG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen
FEUF-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
ILO	International Labour Organization
Lissabonfördraget	Fördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
LO	Landsorganisationen
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Nicefördraget	Nicefördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem
Sieps	Svenska institutet för europapolitiska studier
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
Tillämpningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv

	96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen)
Utstationeringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster
Utstationeringslagen	Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare
Ändringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2018/957 av den 28 juni 2018 om ändring av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Ett av målen för den Europeiska unionen (EU) är skapandet av en inre marknad med fri konkurrens.¹ En fri rörlighet för tjänster är ett av de centrala målen med den inre marknaden. Arbetsgivare i en medlemsstat ska kunna tillhandahålla tjänster till en annan medlemsstat utan att bli diskriminerade. Men EU har även socialpolitiska mål och säger sig värna om arbetstagarnas rättigheter.

Arbetsrätten inom EU har sällan haft en så flitigt diskuterad företeelse som utstationering. Detta då vissa av de olika medlemsstaternas nationella arbetsmarknadsmodeller bedömts vara diskriminerande mot andra medlemsstater i utstationeringssituationer.

Den svenska arbetsmarknadsmodellen bygger på en viss reglering i lagstiftning men ett stort utrymme för arbetsmarknadens parter att själva bestämma villkor. Dessa villkor regleras vanligen i kollektivavtal. Kollektivavtalen kan träffas med hjälp av stridsåtgärder och sympatiåtgärder från arbetstagarorganisationer.

Denna uppsats studerar relationen mellan den svenska modellen och EU-rätten kring utstationering.

¹ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar, 2019 s. 23.

1.2 Syfte & Frågeställning

Uppsatsens syfte är att redogöra för rättsutvecklingen både på unionsnivå och svensk nationell nivå kring fenomenet utstationering inom EU. Särskilt berörs relationen mellan EU-rätt och svensk rätt kring fenomenet. Uppsatsen redogör för gällande rätt och bedömer om den föreslagna svenska lagförändringen är förenlig med EU-rätten.

För att förtydliga uppsatsens syfte kan det formuleras i dessa frågeställningar:

1. *Hur har den svenska modellen anpassat sig till att överensstämma med EU-rätten?*
2. *Är den föreslagna svenska lagstiftningen förenlig med EU-rätten?*

1.3 Metod och material

För att uppnå syftet med uppsatsen och svara på frågeställningarna används den rättsdogmatiska metoden. Metoden innebär att olika rättskällor studeras och analyseras.²

Valet av metod motiveras av framställningens fokusering på just rättskällor och relationen mellan dem. Daniel Standals uppsats³ har tjänat som inspiration till min egen uppsats. Trots att ett examensarbete normalt inte har så högt värde som källa så är det så pass nytt och genomarbetat att jag valt att referera till det.

² Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.): "Juridisk metodlära", s. 21-28.

³ Standal, Daniel, Den svenska modellen mellan hammaren och städet?

1.4 Forskningsläge

Området har en väl utvecklad doktrin och har, inte minst här i Sverige, diskuterats flitigt. På grund av att det i skrivande stund pågår ett lagstiftningsarbete⁴ i Sverige med att införliva det nya direktivet i svensk rätt är rättsläget ännu inte helt klarlagt. Därför kan det, enligt min uppfattning, argumenteras för att det finns ett stort behov av doktrin i ämnet. Min förhoppning med uppsatsen är att bidra till den redan välutvecklade doktrinen i ämnet genom att försöka presentera rättsutvecklingen fram till idag på ett tydligt och lättillgängligt sätt.

1.5 Disposition

Framställningen sker i kronologisk ordning och avslutas med diskussion och analys. De största händelserna har fått egna kapitel medan mindre händelser sorterats in under dessa i den ordningsföljd som de ägde rum. I vissa fall har utvecklingen skett parallellt med varandra och i dessa fall har jag valt att utgå ifrån datumet dokumentet presenterades eller röstades igenom snarare än dagen det trädde i kraft.

1.6 Avgränsningar

Utstationering är ett ämne som tangerar många andra ämnen. Jag har valt att lämna utstationering från tredjeland, det vill säga ett land utanför EU, helt utanför framställningen då detta endast tangerar ämnet i vissa hänseenden och ett inkluderande av även denna aspekt skulle göra uppsatsen för lång och ofokuserad. Även det angränsande området kring uthyrning och bemaning lämnas utanför den här framställningen.

⁴ SOU 2019:25

Vad gäller urvalet av rättsfall har jag inte kunnat ta upp alla mål i EU-domstolen som påverkat rättsutvecklingen på området då det inte ryms inom denna uppsats. Jag har istället valt att fokusera på de viktigaste enligt min egen uppfattning och de som framstått som mest framstående i doktrin. Övriga rättsfall har endast behandlats översiktligt eller lämnats helt utanför framställningen.

2. Rush Portuguesa & utstationeringsdirektivet

2.1 Rush Portuguesa

Avgörandet i Rush Portuguesa utgör en naturlig startpunkt då det etablerade flera grundläggande principer vad gäller utstationering av arbetstagare och är den första gången som EU-domstolen fällde ett avgörande på området som väckte stor uppmärksamhet.⁵

Målet⁶ handlade om ett byggföretag från Portugal som ingått ett avtal med ett franskt företag som bland annat innefattade att anställda från det Portugisiska företaget skulle utstationeras i Frankrike. Den franska myndigheten Office national d'immigration beslutade dock att ta ut en avgift från det portugisiska företaget då man inte handlat enligt fransk lag när man anställde tredjelandsmedborgare, då myndigheten var de enda, enligt fransk lag, som hade rätt att anställa sådana. Det portugisiska byggföretaget väckte talan i fransk domstol och yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras då företaget menade att man hade frihet att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen med hänvisning till artiklarna 59 och 60 i EEG-fördraget.⁷

EU-domstolen konstaterade att dessa artiklar innefattade en rätt för den som tillhandahöll en tjänst att, för att kunna utföra tjänsten, tillfälligt få utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls, på samma villkor som landet uppställer för sina egna medborgare.⁸ Därmed sade domstolen att ett

⁵ Iossa, Andrea, Collective autonomy in the European Union, s. 310-311.

⁶ C-113/89.

⁷ Dessa artiklar reglerade den fria rörligheten för tjänster inom EU.

⁸ C-113/89 p. 11.

medlemsland inte kan förbjuda den som tillhandahåller en tjänst och är etablerad i en annan medlemsstat att ta med anställda för att utföra tjänsten i värdlandet. Vidare slog domstolen fast att ett medlemsland inte får ställa restriktiva krav på arbetstagare som tillfälligt utför tjänst i landet såsom att anställning ska ske i värdlandet eller krav på arbetstillstånd.⁹

Vidare uttalade domstolen att medlemsstaterna inte är hindrade att utvidga sin lagstiftning eller kollektivavtal till att omfatta alla personer som utför avlönat arbete inom dess territorium, oavsett i vilket land arbetsgivaren är etablerad och oavsett om arbetet är av tillfällig art.¹⁰

Slutligen slog domstolen fast att det handlade om den fria rörligheten för tjänster och inte fri rörlighet för arbetstagare. Detta eftersom utstationeringens tillfälliga art gör att arbetstagaren inte får tillgång till värdlandets arbetsmarknad.¹¹ Denna definiering av utstationerad arbetskraft har spelat en stor roll för den kommande rättstillämpningen. Detta då reglerna kring den fria rörligheten för arbete är långt mer restriktiva än reglerna kring den fria rörligheten för tjänster.¹²

⁹ C-113/89 p. 12.

¹⁰ C-113/89 p. 18.

¹¹ Iossa, Andrea, s. 310 – 312.

¹² Standal, Daniel, Den svenska modellen mellan hammaren och städet?, s. 13.

2.2 Utstationeringsdirektivet

Under tiden mellan *Rush Portuguesa* och utstationeringsdirektivet fällde domstolen ett antal avgöranden som cementerade den fria rörligheten för tjänsters starka roll.¹³ Rättsutvecklingen i EU-domstolens praxis skapade ett behov av EU-rättslig lagstiftning på området.¹⁴

Utstationeringsdirektivet¹⁵ antogs den 16 december 1996. Direktivet skulle införlivas i medlemsstaternas nationella lagstiftning senast 3 år från antagandet.

I skälen till direktivet konstaterades att avskaffandet av hinder för fri rörlighet för personer och tjänster var ett av gemenskapens mål och att alla begränsningar som grundade sig på hemvist eller nationalitet var förbjudna inom gemenskapen. Genomförandet av den inre marknaden medförde att tjänster kunde tillhandahållas i en mer dynamisk miljö över nationsgränserna och att detta i sin tur medförde att företag lockades att utstationera arbetstagare tillfälligt i andra medlemsnationer.¹⁶ Detta krävde dock lojal konkurrens och att åtgärder som garanterar arbetstagarnas rättigheter respekterades.¹⁷

Precis som i *Rush Portuguesa*, angavs i skälen att medlemsstaterna inte är hindrade från att utvidga tillämpningsområdet för sin lagstiftning eller kollektivavtal till att gälla alla arbetstagare på dess territorium. Medlemsstaterna skulle inte heller vara hindrade att med lämpliga medel se till att dessa

¹³ Se bland annat, C-272/94 *Guiot & C-369/96 Arblade*.

¹⁴ Rocca, Marco, *Posting of workers and collective labour law: there and back again: between internal market and fundamental rights*, s. 176.

¹⁵ Direktiv 96/71/EG.

¹⁶ Direktiv 96/71/EG, Skäl 3.

¹⁷ Direktiv 96/71/EG, Skäl 5.

regler följdes.¹⁸ Vidare angavs att medlemsstaternas lagstiftning bör samordnas av gemenskapen på ett sådant sätt att en fast kärna av tvingande regler för minivillkor kunde fastställas och dessa skulle garanteras av den som tillhandahöll tjänsterna.¹⁹ Dessutom angavs att dessa tvingande regler inte hindrar att mer förmånliga arbetsvillkor tillämpades.²⁰

Direktivets första artikel slog fast dess tillämpningsområde. Direktivet skulle tillämpas på företag som var etablerade i en medlemsstat som utstationerade arbetstagare.²¹ Utstationerade arbetstagare definierades i direktivets andra artikel som varje arbetare som utför arbete inom en annan medlemsstats territorium under en begränsad tid.

I direktivets tredje artikel angavs vilka anställnings- och arbetsvillkor som skulle garanteras de utstationerade arbetstagarna. Dessa villkor skulle vara fastställda i lag, författning eller allmängiltigförklarat kollektivavtal. Villkoren innefattade längsta arbetstid och kortaste vilotid, minst antal betalda semesterdagar per år, minimilön samt villkor för att ställa arbetstagare till förfogande. Vidare innefattades även säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen, skyddsåtgärder med hänsyn till gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt barn och unga och slutligen likabehandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om diskriminering.²² Dessa villkor kom att kallas den hårda kärnan.²³ Denna reglering skulle inte hindra att mer förmånliga villkor för arbetstagaren tillämpades.²⁴

¹⁸ Direktiv 96/71/EG, Skäl 12

¹⁹ Direktiv 96/71/EG, Skäl 13

²⁰ Direktiv 96/71/EG, Skäl 17

²¹ Direktiv 96/71/EG, Artikel 1

²² Direktiv 96/71/EG, Artikel 3.1

²³ EU & arbetsrätt 2, 2018, Kerstin Ahlberg

²⁴ Direktiv 96/71/EG, Artikel 3.7

Allmängiltiga kollektivavtal definierades såsom kollektivavtal som skulle följas av alla företag inom den aktuella sektorn eller arbetet inom det aktuella geografiska området. Länder som saknade system för att allmängiltigförklara kollektivavtal kunde välja att utgå från kollektivavtal som gällde allmänt för alla likartade företag och/eller kollektivavtal som hade ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gällde inom hela det nationella territoriet.²⁵

Artikel 3.10 i utstationeringsdirektivet stadgade att direktivet inte hindrade medlemsstaterna att kräva att nationella företag och företag från andra medlemsstater tillämpar villkor på andra områden än de som uppräknas i artikel 3.1 om dessa utgör *ordre public*.²⁶

Vad gällde åtgärder om regleringarna i direktivet inte följdes stadgade artikel 5 att medlemsstaterna skulle vidta lämpliga åtgärder för att försäkra sig om att direktivet följs och i synnerhet garantera att arbetstagarna och deras företrädare har tillgång till lämpliga förfaranden såvitt avser att säkerställa de skyldigheter som fastställs i direktivet.²⁷

²⁵ Direktiv 96/71/EG, Artikel 3.8.

²⁶ Direktiv 96/71/EG, Artikel 3.10.

²⁷ Direktiv 96/71/EG, Artikel 5.

2.3 Utstationeringslagen

2.3.1 Bakgrund

I Sverige hade utstationering under tiden före genomförandet av utstationeringsdirektivet främst hanterats av den svenska modellen²⁸ och lex Britannia²⁹. När utländska företag stationerade arbetstagare i Sverige såg arbetstagarorganisationer till att de var tvungna att iaktta svenska arbetsvillkor. Då Sverige saknade system för allmängiltigförklarande av kollektivavtal och endast sparsamt hade tvingande lagregler på området var kollektivavtal det viktigaste instrumentet för villkorsreglering.³⁰

2.3.2 Lex Britannia

Lex Britannia syftar till en lagändring i Medbestämmandelagen (MBL) som följde efter Arbetsdomstolens dom i Britannia-målet.³¹ I målet uttalade Arbetsdomstolen att stridsåtgärder i syfte att undanröja eller ändra ett befintligt kollektivavtal var olovliga. Detta gällde även sympatiåtgärder mot en motpart i den angripandes eget kollektivavtal. Även i det fall att stridsåtgärderna ägde rum i Sverige och syftade till att förändra ett kollektivavtal mellan utländska parter och var olovligt enligt utländsk lag.³²

Domen kritiserades och ledde till att tre nya bestämmelser infördes i MBL. För det första begränsades tillämpningsområdet för fredsplikten till att endast omfatta åtgärder som vidtas mot arbetsförhållanden som MBL var direkt

²⁸ Här syftar jag till hur svensk arbetsrätt traditionellt styrts främst av arbetsmarknadens parter och inte genom lag eller förordningar.

²⁹ Lagstiftning i MBL som skapades efter Britannia-målet.

³⁰ Källström, Malmberg, Anställningsförhållandet, s. 69.

³¹ AD 1989 nr 120, AD 1993 nr 28, s 190-191.

³² AD 1993 nr 28, s 190.

tillämplig på. För det andra infördes en bestämmelse som innebar att kollektivavtal som var ogiltiga enligt utländsk rätt på grund av att de tillkommit efter en stridsåtgärd skulle vara giltigt i Sverige om stridsåtgärden var tillåten enligt MBL. Den tredje och sista bestämmelsen stadgade att i det fall en arbetsgivare är bunden av ett kollektivavtal som MBL inte är direkt tillämpligt på och sedan träffar ett kollektivavtal som MBL är direkt tillämpligt på ska det nyare avtalet gälla före det äldre.³³

2.3.2 Propositionen

För att implementera utstationeringsdirektivet i svensk lag tillsattes en särskild utredare av regeringen för att föreslå åtgärder för genomförandet av direktivet i svensk rätt. Utredningen mynnade senare ut i en proposition.³⁴

Regeringen hävdade i propositionen att direktivet inte skulle inkräkta på rätten till stridsåtgärder och föreslog därför ingen ändring av den då befintliga lagstiftningen på området. Man tolkade direktivet som ett minimidirektiv som inte hindrade att mer förmånliga villkor krävdes med hjälp av stridsåtgärder.³⁵ Därmed ansåg man alltså inte att utstationeringsdirektivet stred mot *lex Britannia* eller den svenska arbetsmarknadsmodellen.³⁶

Regeringen valde att inte föreslå någon förändring av svensk rätt vad gäller allmängiltiga kollektivavtal. Inte heller hade man någon hänvisning till kollektivavtalsvillkor i lagen då man ansåg att det inte krävdes för att leva upp till direktivets syfte.³⁷ Vad gällde frågan om minimilön konstaterade utredaren och regeringen att ingen reglering om någon sådan finns i Sverige. Ar-

³³ AD 1993 nr 28, s. 191.

³⁴ Prop. 1998/99:90 Utstationering av arbetstagare.

³⁵ Prop. 1998/99:90 s. 10.

³⁶ Prop. 1998/99:90 s. 28.

³⁷ Prop. 1998/99:90 s. 24-27

betslivsinstitutet, som var en av remissinstanserna, påpekade att 36 § Avtalslagen(AvtL) använts av domstol när den avtalade lönen varit så låg att den ansetts vara oskälig.³⁸ Regeringen menade att 36 § AvtL möjligtvis kunde vara tillämplig, men lämnade inget förslag om att införa någon lagstadgad minimilön.³⁹

Som föreskrevs i direktivet fanns möjlighet för medlemsstaterna att ålägga utstationerade arbetsgivare andra villkor än de som uppräknades i artikel 3.1 om bestämmelserna utgjorde ordre public. Regeringen ansåg att förhandlingsrätt, föreningsrätt samt fredsplikt när kollektivavtal träffats med svensk arbetstagarorganisation utgör så grundläggande rättigheter att de måste anses vara ordre public.⁴⁰

2.3.3 Utstationeringslagen

Sverige implementerade alltså utstationeringsdirektivet genom införandet av utstationeringslagen.⁴¹ Lagen trädde på sista datum för genomförandet av direktivet, alltså den 16 december 1999.

1 § Utstationeringslagen angav lagens tillämpningsområde. Lagen gällde när arbetsgivare, som är etablerad i ett land annat än Sverige, utstationerar arbetstagare i Sverige i samband med att man tillhandahåller tjänster över gränserna. Det krävdes också att ett anställningsförhållande förelåg mellan arbetstagaren och den utstationerade arbetsgivaren under utstationeringstiden.⁴²

3 § definierade begreppet utstationering såsom när arbetstagare sänds till Sverige för arbetsgivarens egen räkning och ledning, enligt avtal som ingåtts

³⁸ Prop. 1998/99:90 s. 23

³⁹ Prop. 1998/99:90 s. 23

⁴⁰ Prop. 1998/99:90 s. 29

⁴¹ SFS: 1999:678, SOU:1998:52 s. 9.

⁴² Se SOU:1998:52 s. 15.

av arbetsgivaren och mottagaren av tjänsten eller när en arbetstagare sänds till Sverige till en arbetsplats eller till ett företag som tillhör koncernen, eller när arbetstagare hyrs ut eller ställs till förfogande till ett företag i Sverige. Denna paragraf motsvarar artikel 1.3 i utstationeringsdirektivet. Utstationerad arbetstagare definierades i 4 § som varje arbetstagare som vanligen arbetar i ett annat land men som tillfälligt utför arbete i Sverige.

5 § motsvarar artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet och uppräknar ett antal bestämmelser som ska tillämpas på anställningsförhållandet oavsett vilket lands lag som annars är tillämpligt på detsamma.⁴³

7 § slår fast att 7-8 §§ MBL om föreningsrätt gäller vid utstationering. Likaså 10 § MBL om förhandlingsrätt. Om kollektivavtal träffats med en svensk arbetstagarorganisation gäller även 41 § MBL om fredsplikt. Vid brott mot dessa bestämmelser skulle 54-55 §§ MBL samt 60 § första och tredje styckena i MBL om skadestånd gälla.

⁴³ Dessa innefattar bland annat: 15-28 §§ Jämställdhetslagen, 5-18 §§ Arbetstidslagen, vissa delar av föräldraledighetslagen, arbetsmiljölagen och lagen mot etnisk diskriminering.

3. Lavalkvartetten

3.1 Viking

Målet Viking⁴⁴ rörde ett finskt rederi som planerade att flagga ut ett av sina fartyg till ett dotterbolag i Estland.⁴⁵ Arbetstagarorganisationen som representerade de anställda på fartyget varslade om stridsåtgärder och krävde bland annat att planerna på utflaggning skulle överges.⁴⁶

EU-domstolen svarade inledningsvis på frågan om fackliga stridsåtgärder som vidtogs för att få till stånd ett kollektivavtal som så vitt avser innehållet kan avskräcka företaget från att utöva etableringsfriheten faller utanför tillämpningsområdet för artikel 43 EG.⁴⁷ Domstolen konstaterade först, med hänvisning till tidigare praxis, att artiklarna 39 EG, 43 EG och 49 EG inte bara gäller för offentliga myndigheters verksamhet utan även andra former av regleringar som på ett kollektivt sätt reglerar förvärvsarbeten, egenföretagares verksamhet och tillhandahållande av tjänster.⁴⁸ Vidare sade domstolen att eftersom arbetsvillkoren i medlemsstaterna regleras både genom lag eller annan författning och genom kollektivavtal, skulle en begränsning av förbudet i artiklarna till att enbart gälla för offentliga myndigheter kunna leda till olikheter i tillämpningen av dessa förbud.⁴⁹ Domstolen konstaterade att stridsåtgärder som vidtas av fackföreningar ska anses omfattas av den rättsliga autonomi som gäller enligt föreningsfriheten.⁵⁰ Eftersom stridsåtgär-

⁴⁴ C-438/05.

⁴⁵ C-438/05 p. 6-8.

⁴⁶ C-438/05 p. 13.

⁴⁷ C-438/05 p. 32.

⁴⁸ C-438/05 p. 33.

⁴⁹ C-438/05 p. 34, C-36/74 Walrave & Koch p. 19, C-415/93 Bosman p. 84.

⁵⁰ C-438/05 p. 35.

derna hade ett oupplösligt samband med kollektivavtalet som arbetstagarorganisationen försökte få till stånd bedömde domstolen att stridsåtgärderna omfattades av artikel 43 EG.⁵¹

Den danska regeringen gjorde gällande att föreningsrätten och rätten till stridsåtgärder inte omfattades av den grundläggande friheten enligt artikel 43 EG på grund av att gemenskapen enligt Nicefördraget⁵² inte är behörig att reglera dessa rättigheter. Domstolen ansåg att det förvisso var riktigt att medlemsstaterna hade behörighet att reglera rättigheter och villkor på de områden som inte omfattades av gemenskapens behörighet, men att medlemsstaterna ändå var skyldiga att iaktta gemenskapsrätten när man utövade denna behörighet.⁵³

Sverige och Danmark anförde att rätten till att vidta fackliga stridsåtgärder utgjorde en grundläggande rättighet som inte omfattades av tillämpningsområdet för artikel 43 EG. Domstolen konstaterade att rätten till stridsåtgärder var en grundläggande rättighet och utgjorde en del av de allmänna principerna för gemenskapen. För utövandet av denna rättighet gällde dock vissa begränsningar. Domstolen menade att man redan slagit fast att skyddet för de grundläggande rättigheterna utgjorde ett legitimt intresse som motiverade inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten. Detta skulle också gälla skyldigheter som följer av grundläggande rättigheter.⁵⁴

⁵¹ C-438/05 p. 36-37.

⁵² Nicefördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättandet av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem 2001/C 80/01.

⁵³ C-438/05 p. 40.

⁵⁴ C-438/05 p. 45, Schmidberger punkt 74, Omega punkt 35.

Domstolen hänvisade till målen Schmidberger⁵⁵ och Omega⁵⁶ där domstolen hade etablerat att utövandet av grundläggande rättigheter inte undgår tillämpningsområdet för bestämmelserna i fördraget. Vidare menade domstolen att rättigheterna måste utövas i samklang med rättigheterna som angavs i fördraget samt proportionalitetsprincipen. Därför ansåg domstolen att faktumet att rätten till stridsåtgärder utgjorde en grundläggande rättighet inte innebar att det hamnade utanför tillämpningsområdet för artikel 43 EG.⁵⁷

Inskränkningar i etableringsfriheten kunde, enligt domstolen, endast godtas om de hade ett legitimt ändamål som var förenligt med fördraget och om den var motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset. ITF⁵⁸ hävdade att inskränkningarna var motiverade eftersom de var nödvändiga för att säkerställa skyddet för en grundläggande rättighet och eftersom inskränkningarna syftade till att skydda arbetstagarnas rättigheter.⁵⁹ Domstolen medgav att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder utgör ett legitimt mål och att skyddet av arbetstagare var tvingande av hänsyn till allmänintresset. Den nationella domstolen skulle bedöma huruvida stridsåtgärderna syftade till att skydda arbetstagarna och huruvida anställningarna eller arbetsvillkoren var i fara eller allvarligt hotade. Om rederiet hade garanterat skyddet av arbetstagarna var stridsåtgärderna inte proportionerliga, men om kollektivavtal krävdes för att säkerställa skyddet av arbetstagarna var stridsåtgärderna rättfärdigade.⁶⁰

⁵⁵ C-112/00.

⁵⁶ C-36-02.

⁵⁷ C-438/05 p. 46-47.

⁵⁸ Internationella transportarbetarefederationen.

⁵⁹ C-438/05 p. 75-76.

⁶⁰ C-438/05 p. 77-88.

3.2 Laval

3.2.1 Bakgrund

Målet Laval⁶¹ handlade om ett lettiskt byggföretag som fick i uppdrag av sitt svenska dotterbolag att utstationera cirka 35 arbetstagare i Sverige, bland annat för att bygga en skola i Vaxholm.⁶² Byggföretaget hade tecknat ett lettiskt kollektivavtal men saknade svenskt kollektivavtal. Svenska arbetstagarorganisationer kontaktade byggföretaget för att förhandla om att ansluta arbetstagarna till svenskt kollektivavtal. När förhandlingarna strandade varslade fackförbundet Byggnadsarbetareförbundet om stridsåtgärder i oktober 2004. I november inleddes en blockad av byggarbetsplatsen i Vaxholm som bland annat innebar att varutransporter, de lettiska arbetstagarna och olika fordon nekades tillträde till arbetsplatsen.⁶³

Det lettiska byggföretaget vände sig till Arbetsmiljöverket för att få klarhet i vilka arbets- och anställningsvillkor som man var skyldiga att tillämpa i Sverige. Arbetsmiljöverket förklarade att bolaget var skyldiga att tillämpa de bestämmelser som utstationeringslagen hänvisade till och hänvisade till arbetsmarknadens parter vad gäller lönefrågor. Byggföretaget erbjöds att ansluta sig till byggnadsavtalet men vägrade då man inte på förhand skulle få vetskap om skyldigheter detta medförde vad gällde löner. Efter sympatiåtgärder från andra arbetstagarorganisationer vid samtliga byggarbetsplatser där företaget bedrev verksamhet försattes bolaget i konkurs i början av 2005.⁶⁴

⁶¹ C-341/05.

⁶² C-341/05 p. 27.

⁶³ C-341/05 p. 34.

⁶⁴ C-341/05 p. 38.

Byggföretaget väckte talan mot arbetstagarorganisationerna i AD och yrkade att blockaden och sympatiåtgärderna skulle förklaras olovliga och hävas. AD ansåg att rättsläget var oklart och vände sig till EU-domstolen för att få klarhet i huruvida det var förenligt med gemenskapsrätten att genom fackliga stridsåtgärder försöka få företag med utstationerade arbetstagare att teckna kollektivavtal i värdlandet.⁶⁵

3.2.2 EU-domstolens dom

Domstolen konstaterade inledningsvis att Sverige hade lagregler på samtliga områden i den hårda kärnan förutom vad gäller minimilön. Vidare konstaterade domstolen att Sverige saknade system för att allmängiltigförklara kollektivavtal och att Sverige inte utnyttjat den möjlighet som medlemsstater beviljats i artikel 3.8 andra stycket utstationeringsdirektivet. Sverige hade alltså inte beslutat att utgå ifrån kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller kollektivavtal som har ingåtts med de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gällde i hela landet.⁶⁶

Domstolen konstaterar också att utstationeringsdirektivet inte har till syfte att harmonisera systemen för hur anställnings- och arbetsvillkoren fastställs i medlemsstaterna och att dessa kan välja sitt eget system så länge det inte hindrar tillhandahållandet av tjänster mellan medlemsstater.⁶⁷ Sverige hade valt att låta arbetsmarknadens parter att genom kollektivavtal fastställa löner.⁶⁸

Vidare fastslog domstolen att om minimilöner inte fastställts enligt artikel 3.1 eller 3.8 i utstationeringsdirektivet hade medlemsstaten ingen rätt att

⁶⁵ C-341/05 p. 40.

⁶⁶ Direktiv 96/71/EG artikel 3.8 2st.

⁶⁷ C-341/05 p. 68.

⁶⁸ C-341/05 p. 69.

med hänvisning till direktivet kräva att företag som utstationerar arbetstagare förhandlar i fall till fall för att få veta vilka lönenivåer som skulle sättas för arbetstagarna.⁶⁹

Domstolen konstaterade vidare att medlemsstaterna inte, enligt direktivet, får kräva att utstationerande företag tillämpar arbets- eller anställningsvillkor som går utöver de minimikrav som direktivet anger. Skyddsnivån som en utstationerad arbetstagare skulle garanteras var alltså begränsad till den hårda kärnan, såvida arbetstagaren inte hade mer förmånliga villkor i sin hemstat.⁷⁰

Efter detta behandlade domstolen möjligheten att kräva villkor på andra områden än vad som ingick i den hårda kärnan med hänvisning till ordre public. Villkoren som arbetstagarorganisationen krävde att byggföretaget skulle tillämpa hade tillkommit genom förhandling mellan arbetsmarknadens parter. Arbetsmarknadens parter är inte offentligrättsliga organ och det var, enligt domstolen, endast sådana som kunde åberopa ordre public.⁷¹

Domstolen menade vidare att Sverige givit arbetstagarorganisationen en rätt att vidta fackliga stridsåtgärder som kunde innebära att företag ansåg sig tvingade att ansluta sig till byggnadsavtalet. Kollektivavtalet var dessutom mer förmånligt på flera punkter i den hårda kärnan och innehöll villkor som inte ingick i densamma. Detta utgjorde enligt domstolen en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster.⁷² Sådana inskränkningar kunde dock vara motiverade om de var tvingande med hänsyn till allmänintresset. Motivet bakom inskränkningen var att motverka social dumpning och domstolen bedömde att stridsåtgärderna inte var motiverade vad gällde de skyldigheter

⁶⁹ C-341/05 p. 71.

⁷⁰ C-341/05 p. 79-81.

⁷¹ C-341/05 p. 83-84.

⁷² C-341/05 p. 99.

som en anslutning till byggnadsavtalet hade inneburit.⁷³ Inte heller kunde stridsåtgärderna anses vara motiverade för att få till en löneförhandling, då man ansåg att det var orimligt eller omöjligt för företag att få visshet i vilka skyldigheter som företaget hade vad gäller minimilöner.⁷⁴

Avslutningsvis slog domstolen fast att Lex-Britannia-regleringen var diskriminerande då artikel 46 EG skulle tolkas restriktivt. Vidare var diskriminerande bestämmelser endast motiverade om de grundades på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Regleringen hade till syfte att ge arbetstagarorganisationer ett sätt att se till att arbets- och anställningsvillkor enligt svensk standard tillämpades av alla arbetsgivare verksamma i Sverige och motverka illojal konkurrens. Domstolen menade att inga av dessa syften avsåg hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa och därför var diskrimineringen inte motiverad.⁷⁵

3.3 Ruffert

Målet⁷⁶ handlade om Dirk Ruffert som var konkursförvaltare för ett tyskt bolag som ingått ett entreprenadavtal med delstaten Niedersachsen i Tyskland. Företaget anlätades vid byggnationen av en kriminalvårdsanstalt och använde en polsk underentreprenör för utförandet av vissa tjänster. Entreprenadavtalet som ingåtts mellan bolaget och den tyska delstaten stadgade att ett tyskt kollektivavtal skulle tillämpas, även på underentreprenörer. De polska arbetstagarerna som var utstationerade i Tyskland betalades löner som var lägre än vad som stadgades i det kollektivavtal som entreprenadavtalet stadgade var tillämpligt. När denna omständighet uppdagades försökte delstaten häva entreprenadavtalet.

⁷³ C-341/05 p. 107-108.

⁷⁴ C-341/05 p. 110.

⁷⁵ C-341/05 p. 116-120.

⁷⁶ C-346/06.

Den tyska delstaten hade genom lag stadgat att kollektivavtal skulle vara tillämpligt på upphandlingsområdet och på så vis gjort det obligatoriskt att entreprenörer skulle betala en lön som överensstämde med kollektivavtalet. Frågan för domstolen att ta ställning till var dels huruvida detta kollektivavtal hade förklarats ha allmän giltighet och dels huruvida lagen i delstaten var förenlig med den fria rörligheten för tjänster.

Domstolen konstaterade för det första att lagbestämmelser som inte själva fastställer en minimilön inte kunde betraktas som sådana lagbestämmelser som avses i artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet. För det andra slog man fast att kollektivavtalet inte kunde anses vara allmängiltigt då bestämmelsen i artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet endast är tillämplig i det fall det i medlemsstaten saknas ett system för att förklara kollektivavtal allmängiltiga, vilket inte var fallet i Tyskland. Kollektivavtalet i fråga hade inte förklarats allmängiltigt enligt det system som tysk rätt använde för att allmängiltigförklara kollektivavtal. I vilket fall som helst kunde kollektivavtalet, enligt domstolen, inte betraktas gälla allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.⁷⁷ På grund av detta kunde lönen som stadgades i kollektivavtalet inte utgöra minimilön i utstationeringsdirektivets mening.⁷⁸ Domstolen repeterade sedan sitt resonerande från Laval vad gällde skyddsnivån som ska garanteras utstationerade arbetstagare.⁷⁹ Slutligen konstaterade domstolen att delstatens agerande inte är förenligt med utstationeringsdirektivet tolkat mot bakgrund av artikel 49 EG.⁸⁰

⁷⁷ C-346/06 p. 24-28.

⁷⁸ C-346/06 p. 31.

⁷⁹ C-346/06 p. 34.

⁸⁰ C-346/06 p. 43.

3.4 Kommissionen mot Luxemburg

I detta mål⁸¹ var luxemburgsk lagstiftning föremål för kritik av kommissionen då den ansågs strida mot utstationeringsdirektivet. Kommissionen menade att Luxemburg föreskrev i sin lagstiftning att utstationerande företag skulle beakta arbets- och anställningsvillkor som gick utöver den hårda kärnan. Förutom krav på skriftligt anställningsavtal handlade det om bestämmelser om daglig vilotid, ett krav på utstationerande företag att förse yrkesinspektionen med uppgifter och en skyldighet för utstationerande företag att utse en person bosatt i Luxemburg som ad-hoc ombud, vars uppdrag var att förvara handlingar som var nödvändiga för tillsynsändamål.⁸² Luxemburg erkände att bestämmelsen om daglig vilotid inte var förenlig med Utstationeringsdirektivet men hävdade att de övriga kraven utgjorde ordre public eller var icke-diskriminerande krav som krävdes för att yrkesinspektionen skulle kunna utöva sin tillsyn.⁸³ Trots ytterligare påtryckningar från kommissionen ändrades inte lagstiftningen i Luxemburg, varför kommissionen väckte talan om fördragsbrott.⁸⁴

Domstolen inledde med att möta argumenten som Luxemburg framställt kring ordre public. Den konstaterade att sådana bestämmelser skulle anses vara så avgörande för skyddet av den politiska, sociala eller ekonomiska ordningen att det bedömts vara nödvändigt att gälla för alla personer som befinner sig inom medlemsstatens territorium. Undantag avseende ordre public innebar en avvikelse från den grundläggande principen om den fria rörligheten för tjänster, skulle tolkas restriktivt och dess räckvidd kunde inte enbart bestämmas av en medlemsstat.⁸⁵ Att en medlemsstat åberopade ordre public innebar inte att den befrias från sina skyldigheter enligt fördraget.

⁸¹ C-319/06.

⁸² C-319/06 p. 8.

⁸³ C-319/06 p. 9-11.

⁸⁴ C-319/06 p. 12-14.

⁸⁵ C-319/06 p. 29-30.

Domstolen konstaterade att kravet på skriftligt anställningsavtal inte fanns uppräknad i artikel 3.1 Utstationeringsdirektivet. Ett krav på att utstationerade arbetstagare skulle skriva på anställningsavtal i Luxemburg ålade det utstationerande företaget en skyldighet som de redan hade i den medlemsstat det var etablerat. Detta gjorde formkravet, enligt domstolen, mer än överflödigt, särskilt då det avskräckte företag i andra medlemsstater att utnyttja sin frihet att tillhandahålla tjänster.⁸⁶ Vad gällde bestämmelsen om daglig vilotid erkände Luxemburg att kommissionens kritik var välgrundad och motiverade inte bestämmelsen till domstolen och därför förklarades bestämmelsen som ett fördragsbrott. Slutligen vad gällde bestämmelserna kring yrkesinspektionen menade domstolen att regleringen var så otydlig och omständlig för utstationerande företag att den stred mot artikel 49 EG, friheten att tillhandahålla tjänster.⁸⁷

⁸⁶ C-319/06 p. 34-41.

⁸⁷ C-319/06 p. 82.

4. Lex Laval

4.1 Reaktionen på Laval-domen

I Sverige mottogs domen i Laval med förvåning.⁸⁸ Den vidsträckta rätten till stridsåtgärder och sympatiåtgärder var själva kärnan i den svenska arbetsmarknadsmodellen, och dessa ansågs inte falla inom ordre public enligt EU-domstolen.⁸⁹

4.2 Utredningen

Domstolens dom framförallt i Laval, men också i Viking gjorde det nödvändigt med ändringar i svensk lagstiftning. I april 2008 tillsattes en särskild utredning för att undersöka vilka lagändringar som krävdes.⁹⁰ Uppdraget bestod dels i att se över vilka ändringar som krävdes kring lex Britannia-lagstiftningen, dels vilka ändringar av utstationeringslagen som var nödvändiga samt huruvida Sverige kunde i högre grad utnyttja utrymmet i artikel 3.10 utstationeringsdirektivet om ordre public.⁹¹

Utredning skulle genomföras med utgångspunkt i att den svenska modellen i så stor utsträckning som möjligt skulle tillämpas på utstationerade arbetstagar i Sverige. Detta innebar att man i största möjliga mån skulle behålla förfarandet att arbetsmarknadens parter skötte lönebildning och bestämmandet av arbets- och anställningsvillkor samtidigt som systemet var förenligt med och respekterade EG-rätten.⁹²

⁸⁸ Byggnadsarbetaren, Byggnads förlorade mot Laval i Arbetsdomstolen, 2 december 2009.

⁸⁹ Sigeman, Sjödin, Arbetsrätten, s. 22-23.

⁹⁰ Dir. 2008:38.

⁹¹ SOU 2008:123 s. 14.

⁹² SOU 2008:123 s. 241.

I utredningen tolkades Laval-domen som att domstolen enbart tillåter krav på nationella villkor inom den hårda kärnan eller villkor som utgör ordre public. Vidare innebar domstolens tolkning av Utstationeringsdirektivet att det inte med hjälp av stridsåtgärder får ställas krav på en högre nivå än lagstadgade minimivillkor vad gäller villkor inom den hårda kärnan. Vad gällde Lex Britannia-reglerna konstaterade utredningen att domstolen funnit att reglerna stridit mot fria rörligheten för tjänster, då reglerna inte tog hänsyn till om ett företag var bundet av ett avtal i hemlandet.⁹³

Eftersom lex-Britannia-reglerna i MBL underkänts av domstolen kunde de inte tillämpas på utstationerade arbetstagare från en annan medlemsstat. Detta innebar, enligt utredningen, att stridsåtgärder i syfte att tränga undan ett utländskt kollektivavtal från en annan medlemsstat inte var tillåtna. Därmed ansågs möjligheten att motverka social dumpning vara försvagad.⁹⁴

Svenska arbetstagarorganisationer hade tolkat utstationeringsdirektivet som att det garanterade utstationerade arbetstagare en miniminivå av skydd, men att det inte var ett hinder för att kräva bättre villkor och även villkor som inte ingick i den hårda kärnan. Utredningen menar att denna tolkning stod i bjärt kontrast till EU-domstolens tolkning som innebar att miniminivån också utgjorde taket för vilka villkor som kunde krävas.⁹⁵

Utredningen fann inte någon bestämmelse som kunde anses som ordre public i den mening som utstationeringsdirektivet och EU-domstolens praxis kring direktivet avsåg.⁹⁶ Vad gäller införande av en lagstadgad minimilön eller av allmängiltiga kollektivavtal förespråkades inte införandet av något

⁹³ SOU 2008:123 s. 245-247.

⁹⁴ SOU 2008:123 s. 248.

⁹⁵ SOU 2008:123 s. 248.

⁹⁶ SOU 2008:123 s. 34-35, 280-281.

av dem av utredningen. Detta då man ansåg att det vore ett alltför stort ingrepp i den svenska modellen.⁹⁷

Istället föreslog utredningen ett system enligt artikel 3.8 andra stycket i utstationeringsdirektivet. Systemet innebar att arbetstagarorganisationer kunde vidta stridsåtgärder i syfte att teckna kollektivavtal, men bara om villkoren i avtalet motsvarar minimivillkoren i ett kollektivavtal som allmänt tillämpas av svenska arbetsgivare inom den aktuella branschen i hela landet.⁹⁸ Utredningen tolkade begreppet ”gäller allmänt” i artikel 3.8 första strecksatsen, som ett kollektivavtal med hög men inte fullständig täckningsgrad. Avtal mellan centrala arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som gäller nationellt och tillämpas inom samma typ av verksamhet av andra arbetsgivare ansågs uppfylla detta krav.⁹⁹ Dessa kollektivavtal skulle ha tydligt definierade minimivillkor och vara mer förmånliga för den utstationerade arbetstagen än villkoren i 5 § utstationeringslagen.¹⁰⁰

På grund av domstolens underkännande av *lex-Britannia* och *Laval* behövde rätten att vidta stridsåtgärder mot arbetsgivare från en annan medlemsstat modifieras, enligt utredningen. Utredningen gjorde bedömningen att ett system för undanträngande av avtal var nödvändigt för att kunna kräva de villkor som gick att kräva enligt domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet. Vidare ansåg man att det var nödvändigt med en spärr mot stridsåtgärder när arbetsgivaren redan uppfyller villkoren som stridsåtgärden avser. Arbetstagarorganisationer skulle inte kunna kräva att kollektivavtal föreligger om arbetsgivaren redan uppfyller de minimikrav som arbetstagarorganisationen kunde kräva i enlighet med utredningens resonemang ovan. Detta då det dåvarande systemet inte ansågs vara förenligt med principen om ömsesi-

⁹⁷ SOU 2008:123 s. 251-252.

⁹⁸ SOU 2008:123 s 260-261.

⁹⁹ SOU 2008:123 255-257.

¹⁰⁰ SOU 2008:123 s 265-266.

digt erkännande då stridsåtgärden i ett sådant fall inte ämnade till att förbättra arbets- och anställningsvillkoren utan enbart att träffa ett kollektivavtal.¹⁰¹

Sammanfattningsvis var utredningens förslag att en stridsåtgärd mot en arbetsgivare som var etablerad i en annan medlemsstat i syfte att genom kollektivavtal reglera villkoren för utstationerade arbetstagare endast fick vidtas om villkoren motsvarar villkoren i ett kollektivavtal som slutits på central nivå och som tillämpades allmänt i hela landet på arbetstagare i den aktuella branschen. Vidare fick villkoren inte avse annat än tydligt definierade minimivillkor som är mer förmånliga än 5 § utstationeringslagen. Slutligen skulle stridsåtgärden vara olovlig om arbetsgivaren kunde visa att arbetstagarerna hade väsentligen sådana som krävdes och var reglerade i ett kollektivavtal.¹⁰²

Vad gäller förändringar av lex-Britannia-reglerna i MBL föreslog utredningen att 42 § tredje stycket inte skulle gälla i förhållande till stridsåtgärder som var olovliga enligt förslaget ovan.¹⁰³

4.3 Remissyttranden

Ett antal myndigheter och organisationer erbjöds att ge sina synpunkter på utredningens förslag. Bland dessa fanns TCO och LO som ingav ett gemensamt remissyttrande.¹⁰⁴ TCO och LO var positiva till inriktningen på utredningens förslag då de ansåg att det fanns utrymme att lösa de flesta av problemen med den svenska kollektivavtalsmodellen. De menade dock att alla

¹⁰¹ SOU 2008:123 s. 294-296.

¹⁰² SOU 2008:123 s. 302.

¹⁰³ SOU 2008:123 s. 309-310.

¹⁰⁴ Gemensamt remissyttrande avseende förslag med anledning av Lavaldomen (SOU 2008:123) från Landsorganisationen i Sverige (LO) och Tjänstemännens centralorganisation (TCO).

problem inte kunde lösas i Sverige, en förändring av gemenskapsrätten var nödvändig. LO och TCO var vidare positivt inställda till att utredningen inte föreslog någon lagstadgad minimilön eller allmängiltigförklarade kollektivavtal, däremot tyckte de att utredningen hade en alltför snäv tolkning av vad som kunde utgöra ordre public enligt artikel 3.10 utstationeringsdirektivet.¹⁰⁵

De båda organisationerna var även mycket kritiska mot den föreslagna ändringen av 5 b § tredje punkten, den så kallade bevisregeln. De menade att domstolen i Laval inte ställde något krav på en sådan regel. Vidare menade de att en sådan regel riskerade att utstationerade arbetstagare skulle stå helt utan skydd i det fall ett skenavtal eller en arbetsgivare påstår att villkor enligt regelverket föreligger när så inte är fallet. I ett sådant fall skulle processen i Arbetsdomstolen endast i efterhand kunnat konstatera att villkoren inte förelåg och tillåta stridsåtgärder från arbetstagarorganisationen. Detta innebär, enligt LO och TCO att kollektivavtal med hjälp av stridsåtgärder endast kunde träffas efter processen i Arbetsdomstolen och då kollektivavtal inte har en retroaktiv verkan skulle de i ett sådant fall riskera att bli verkningslösa.¹⁰⁶

Svenskt näringsliv och Lunds Universitet kritiserade förslaget och menade att stridsåtgärder som syftar till att få till stånd ett kollektivavtal företagna mot ett företag etablerat i en annan medlemsstat alltid stred mot gemenskapsrätten.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Remissvar, LO & TCO, s. 4-18.

¹⁰⁶ Remissvar, LO & TCO, s. 19-20.

¹⁰⁷ Prop 2009/10:48 s. 27-28.

4.4 Propositionen

Regeringen ansåg att ändringar behövdes för att svensk lag skulle vara förenlig med EG-rätten. Vad dessa ändringar skulle bestå i menade regeringen att det inte gick att direkt utläsa ur Laval, men man ansåg att det var klart att en begränsning i svenska arbetstagarorganisationers rätt till stridsåtgärder mot utländska arbetsgivare vid utstationering krävdes. Dessutom konstaterade regeringen att lex Britannia inte kunde behållas i sin dåvarande utformning.¹⁰⁸ Vidare konstaterade man att EU-domstolen slagit fast att den hårda kärnan i artikel 3.7 i utstationeringsdirektivet inte bara utgjorde ett golv utan också ett tak för vad som materiellt kunde krävas i form av villkor för utstationerade arbetstagare.¹⁰⁹

Regeringen menade att syftet med lagändringarna som föreslogs var att göra svensk rätt förenlig med EG-rätten medan den svenska modellen i så stor utsträckning som möjligt bevarades.¹¹⁰ I propositionen står att regeringen bedömer att det finns ett visst tolkningsutrymme vad gäller utstationeringsdirektivet och EU-domstolens praxis kring detsamma. I de fall ett sådant utrymme föreligger menade regeringen att den ämnat att skapa en balans mellan en väl fungerande inre marknad, en sund och lojal konkurrens mellan svenska och utländska företag och bevarandet av en svensk nivå på arbets- och anställningsvillkoren för de utstationerade arbetstagarna.¹¹¹

Regeringen föreslog införandet av en ny 5 a § i utstationeringslagen som angav att stridsåtgärder för att få till stånd en reglering av villkoren för utstationerade arbetstagare endast fick vidtas under vissa förutsättningar. De villkor som krävdes var tvungna att motsvara villkoren i ett centralt kollek-

¹⁰⁸ Prop 2009/10:48 s. 24-25.

¹⁰⁹ Prop 2009/10:48 s. 25.

¹¹⁰ Prop 2009/10:48 s. 25-26.

¹¹¹ Prop 2009/10:48 s. 26.

tivavtal som tillämpas i hela Sverige på arbetstagare i den berörda branschen, bara avse minimilön eller minimivillkor på de områden som anges i 5 § utstationeringslagen och vara förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av 5 §. Dessutom fick stridsåtgärder inte vidtas om arbetsgivaren kunde visa att arbetstagarna, på de områden som anges i 5 §, har likvärdiga eller mer förmånliga villkor än de som krävs i ett svenskt centralt branschavtal.¹¹²

Vad gäller förändringar av MBL föreslog regeringen att en ny 41 c § och 42 a § skulle införas samt att tredje stycket i 42 § skulle ändras. 41 c § angav att en stridsåtgärd som vidtas i strid mot 5 a § utstationeringslagen är olovlig. Ändringarna i 42 § och den nya 42 a § stadgade att fredsplikten i 42 § första stycke utvidgades till att även omfatta utstationerade arbetstagare trots att MBL inte var direkt tillämplig på arbetsförhållandena.¹¹³

Vad gällde kravet på likabehandling i artikel 3.8 utstationeringsdirektivet, ansåg regeringen att detta krav inte kunde innebära att alla svenska företag inom den aktuella sektorn skulle omfattas av kollektivavtal för att villkoren skulle kunna krävas av en utstationerande arbetsgivare, en sådan tolkning skulle i praktiken innebära ett krav på allmängiltigförklarande av kollektivavtal vilket skulle innebära att artikel 3.8 skulle bli omöjlig att tillämpa.¹¹⁴

Regeringen bemötte kritiken framförd av TCO och LO om att stridsåtgärder i syfte att träffa kollektivavtal var nödvändiga för översyn med att ett sådant system skulle vara svårt att förena med EG-rätten, främst då det enligt svensk rätt inte fanns några begränsningar för hur långtgående en stridsåtgärd kan vara. Regeringen föreslog istället att bevisbördan för att godtagbara villkor tillämpas på de utstationerade arbetstagarna placeras på arbetsgivaren. Om

¹¹² Prop 2009/10:48 s. 27.

¹¹³ Prop 2009/10:48 s. 27.

¹¹⁴ Prop 2009/10:48 s. 31-32.

arbetsgivaren kunde visa att sådana villkor tillämpades skulle fredsplikt föreligga.¹¹⁵

¹¹⁵ Prop 2009/10:48 s. 35-36, detta kom att kallas bevisregeln.

5. Vändpunkten

5.1 Lissabonfördraget

Lissabonfördraget trädde i kraft den första december 2009 och innebar en reform av EU och dess mekanismer. Lissabonfördraget hade en begränsad direkt påverkan på arbetsrätten, men arbetsrätten påverkades indirekt av ett större fokus på socialpolitiska mål. Bland annat gjordes stadgan om grundläggande friheter bindande, mänskliga rättigheter och jämställdhet pekades ut som mål för EU och den inre marknaden kallades en social marknadsekonomi. Slutligen infördes artikel 152 FEUF som stadgade att arbetsmarknadens parter skulle främjas på unionsnivå och ta hänsyn till de olika arbetsmarknadsmodellerna i medlemsländerna.¹¹⁶

5.2 Tillämpningsdirektivet

Tillämpningsdirektivet¹¹⁷ inrättades, enligt artikel 1.1, i syfte att fastställa en gemensam ram med bestämmelser, åtgärder och kontrollmekanismer som skulle förenkla genomförandet, tillämpningen och efterlevnaden av utstationeringsdirektivet. Vidare var syftet att förhindra missbruk genom sanktioner och säkerställa en lämplig nivå av arbets- och anställningsvillkor för utstationerade arbetstagare. Det huvudsakliga syftet var dock inte att ändra utstationeringsdirektivet, det var att ge medlemsstaterna större möjlighet till kontroll och sanktioner.¹¹⁸

¹¹⁶ Nyström, EU och arbetsrätten, s. 55-56.

¹¹⁷ Direktiv 2014/67/EU.

¹¹⁸ Rocca, Marco, s. 327 – 331.

Direktivet trädde i kraft 2014 och skulle vara införlivat i medlemsstaternas lagstiftning senast den 18 juni 2016.¹¹⁹ Artikel 1.2 angav att direktivet inte skulle påverka de grundläggande rättigheterna erkända på nationell- och unionsnivå. Särskilt nämndes rätten att strejka eller vidta annan åtgärd som omfattas av arbetsmarknadsmodellen i medlemsstaterna. Inte heller rätten att förhandla om, ingå eller tillämpa kollektivavtal eller vidta kollektiva åtgärder skulle påverkas.

Enligt artikel 3 skulle medlemsstaterna utse en eller flera behöriga myndigheter att agera som förbindelsekontor i enlighet med direktivet. Artikel 4 angav hur medlemsstaterna skulle fastställa att utstationering faktiskt föreligger och förhindra att reglerna kringgås. Den myndighet som utses ska göra en helhetsbedömning av alla faktiska omständigheter för att avgöra om en utstationering är för handen. I artikel 4.2 a-e och artikel 4.3 a-g anges en rad faktorer som kan tas med i denna bedömning.

Artikel 5 stadgade att medlemsstaterna ska göra villkoren i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet lättillgängliga, gratis och tydliga på en officiell nationell webbplats. Dessutom skulle en kontaktperson utses vid förbindelsekontoret som skulle vara ansvarig för informationsförfrågningar.

Medlemsstaterna fick, enligt artikel 9.1, endast införa administrativa krav och kontrollåtgärder om de var nödvändiga för en effektiv översyn enligt direktivet, förutsatt att dessa var motiverade och proportionella. Enligt artikel 10.1 skulle medlemsstaterna se till att inspektioner genomförs på deras territorier för att kontrollera att utstationeringsdirektivet följdes. Artikel 10.4 stadgade dock att i de medlemsstater där arbetsmarknadens parter fastställer de arbets- och anställningsvillkor som de utstationerade arbetstagarna ska garanteras, får arbetsmarknadens parter övervaka tillämpningen av villkoren för utstationerade arbetstagare så att dessa får en lämplig skyddsnivå.

¹¹⁹ Direktiv 2014/67/EU art. 23.1.

5.3 Svenska lagändringar efter direktivet

Tillämpningsdirektivet föranledde två utredningar¹²⁰ under 2015 med uppdraget att utreda hur direktivet skulle införlivas i svensk rätt. Dessutom hade Utstationeringskommittén haft i uppdrag att ha översyn av lex Laval. Kommittén lämnade under 2015 sin utredning som innehöll förslag på ändringar för att värna om den svenska modellen och kollektivavtalets ställning i utstationeringssituationer.¹²¹ Dessa, sammanlagt tre, utredningar mynnade ut i regeringens proposition 2016/17:107 Nya utstationeringsregler.

5.3.1 Utredningar

Utstationeringskommitténs utredning föreslog att utstationerande företag på begäran av arbetstagarorganisation skulle utse en företrädare som kunde förhandla och sluta kollektivavtal å arbetsgivarens vägnar. Vidare föreslog utredningen att lex Laval skulle ersättas av en ny regel som innebar att stridsåtgärder alltid var tillåtna för att uppnå ett speciellt så kallat utstationeringskollektivavtal, vilket skulle vara ett kollektivavtal med minimivillkor enligt tillämpligt svenskt branschavtal.¹²²

Den första av de två utredningarna som skulle införliva tillämpningsdirektivet i svensk rätt föreslog att utstationerade arbetstagare skulle kunna åberopa anställnings- och arbetsvillkor enligt kollektivavtal som slutits mellan utländsk utstationerande arbetsgivare och svensk arbetstagarorganisation även om arbetstagaren inte är medlem i den avtalsslutande organisationen, villkoren som åberopas måste dock ingå i den hårda kärnan.¹²³ Arbetstagaren skulle kunna väcka talan i svensk domstol för att kräva dessa villkor och

¹²⁰ SOU 2015:13, SOU 2015:38.

¹²¹ SOU 2015:83 s. 17-18.

¹²² SOU 2015:83 s. 17-20.

¹²³ SOU 2015:13 s. 16-17.

även vara skyddad mot repressalier från arbetsgivaren om talan väcks.¹²⁴ Vidare skulle definitionen av utstationering förtydligas i lagen genom införandet av bestämmelser som anger vilka omständigheter som man kunde beaktas vid bedömningen och Arbetsmiljöverket få tydligare roll som förbindelsekontor.¹²⁵

Den andra utredningen med uppdrag att införliva Tillämpningsdirektivet i svensk rätt föreslog ytterligare informationskrav på arbetstagarorganisationerna vid utstationeringssituationer. Vidare skulle arbetstagarorganisationerna vara skyldiga att anmäla en kontaktperson till Arbetsmiljöverket. Slutligen föreslog utredningen att entreprenöransvar för utstationerade arbetstagare skulle införas. Detta innebär att entreprenörer som anlitat underentreprenör som är arbetsgivare till utstationerade arbetstagare kan hållas ansvarig under vissa förutsättningar.¹²⁶

5.3.2 Propositionen

Regeringen menade att arbetsgivare kunnat välja vilket centralt kollektivavtals villkor man följt om det funnits flera tillämpliga. När utstationerande företag hade visat att villkoren förelegat utan kollektivavtal hade det inte heller funnits några möjliga sanktioner för överträdelse av villkor utanför den hårda kärnan. På grund av detta ville regeringen utöka arbetstagarorganisationernas möjligheter att vidta stridsåtgärder i syfte att få utstationerande arbetsgivare att teckna kollektivavtal. Därför föreslog regeringen att bevisregeln skulle avskaffas och att stridsåtgärder i syfte att träffa ett kollektivavtal skulle begränsas till minimivillkoren i den hårda kärnan (det kommittéutredningen kallade utstationeringsavtal). Dessutom skulle överträdande av kol-

¹²⁴ SOU 2015:13 s. 17-18.

¹²⁵ SOU 2015:13 s. 18-19.

¹²⁶ SOU 2015:38 s. 13-17.

lektivavtalsvillkor kunna leda till skadeståndsskyldighet för den utstationerande arbetsgivaren.¹²⁷ Regeringen avsåg med denna förändring kunna säkerställa utstationerade arbetstagares rätt till minimivillkor på ett effektivt och ändamålsenligt sätt.¹²⁸

Regeringen betonade den centrala rollen kollektivavtal spelar på den svenska arbetsmarknaden och menade att införandet av EUF-fördraget och tillämpningsdirektivet gav ett starkare stöd för uppfattningen att medlemsstaterna skulle värna om sina nationella arbetsmarknadsmodeller.¹²⁹ Vidare ansåg regeringen att centrala kollektivavtal var modellen Sverige använde för att fastställa arbets- och anställningsvillkor enligt artikel 3.8 Utstationeringsdirektivet och att detta innebar att Sverige hade en skyldighet att säkerställa att dessa villkor verkligen tillämpades på utstationerade arbetstagare.¹³⁰

Utländska kollektivavtal skulle respekteras och inskränkningar i dessa skulle bara göras när minimivillkoren i den hårda kärnan inte följdes. Regeringen menade att ingåendet av ett kollektivavtal enligt ovan enbart var en bekräftelse på en rättslig skyldighet det utstationerande företaget redan hade enligt direktivet.¹³¹

Vissa remissinstanser hade påpekat att en utökad rätt till stridsåtgärder kan ha en inverkan på den fria rörligheten för tjänster. Vidare menade vissa remissinstanser att utredningens förslag gick längre än nödvändigt och me-

¹²⁷ Prop. 2016/17:107 s. 29-32.

¹²⁸ Prop. 2016/17:107 s. 33.

¹²⁹ Prop. 2016/17:107 s. 35.

¹³⁰ Prop. 2016/17:107 s. 36.

¹³¹ Prop. 2016/17:107 s. 37-38.

nade att möjligheterna till kontrollåtgärder med hjälp av bevisregeln var tillräckliga.¹³² Andra remissinstanser bedömde dock att förslaget var förenligt med EU-rätten.¹³³

Vissa av kollektivavtalens rättsverkningar skulle enligt förslaget begränsas, i utstationeringssituationer, då en tillämpning av samtliga rättsverkningar av ett kollektivavtal riskerade att bli betungande och oproportionerligt och därmed oförenligt med EU-rätten. Detta skulle dock enbart gälla när stridsåtgärder vidtagits för att uppnå ett kollektivavtal med minimivillkor. Kollektivavtal som frivilligt ingåtts eller träffats som en följd av att arbetsgivaren gick med i en arbetsgivarorganisation bedömde regeringen vara förenligt med EU-rätten.¹³⁴

Vidare föreslog regeringen att utstationerande arbetsgivare bundna av svenskt kollektivavtal på begäran skulle tillhandahålla olika handlingar. Det rörde sig främst om anställningsavtal, lönespecifikationer, tidrapporter och intyg av gjorda löneutbetalningar. Dessutom skulle handlingarna vara översatta på svenska eller engelska och lämnas ut senast tre veckor efter begäran. Regeringen stödde sig främst på artikel 9 och 10.4 i tillämpningsdirektivet och menade att möjligheten till kontroll av vilka villkor som faktiskt tillämpats hade varit undermålig i utstationeringssituationer i jämförelse med svenska arbetsgivare.¹³⁵

Slutligen föreslog regeringen att utstationerande arbetsgivare på begäran av en arbetstagarorganisation skulle ha en skyldighet att utse en företrädare med behörighet att förhandla om och sluta kollektivavtal. Skyldigheten skulle gälla även om arbetsgivaren inte var förhandlingsskyldig enligt lag.

¹³² Remissvar, Sieps.

¹³³ Prop. 2016/17:107 s. 41, Remissvar, Lunds Universitet, Arbetsdomstolen.

¹³⁴ Prop. 2016/17:107 s. 56-62.

¹³⁵ Prop. 2016/17:107 s. 91-9.

Regeringen motiverade detta med att ytterligare en gång betona den centrala rollen kollektivavtalen spelar på den svenska arbetsmarknaden.¹³⁶

¹³⁶ Prop. 2016/17:107 s. 102-112.

6. Ändringsdirektivet & utredning

6.1 Lagstiftningsprocessen i EU

6.1.1 Kommissionens förslag

Kommissionen utfäste bland annat i sitt arbetsprogram för 2016¹³⁷ att man skulle lägga fram nya förslag kring utstationering. Den åttonde mars 2016 lämnade kommissionen ett förslag på en ändring av utstationeringsdirektivet.¹³⁸

Kommissionen inledde med att klargöra att lagförslaget inte skulle ändra på tillämpningsdirektivet. Detta förslag skulle kunna tillämpas parallellt med tillämpningsdirektivet då det inte berör samma områden som tillämpningsdirektivet.¹³⁹ Kommissionen pekade på behovet av att modernisera utstationeringsdirektivet och stödde sig på det samråd man genomfört med cirka 300 berörda parter. Sverige och sex andra medlemsstater meddelade i ett gemensamt brev att man stödde en modernisering av utstationeringsdirektivet. Dessa medlemsstater ville att en princip om lika lön för lika arbete skulle etableras. Dessutom ville dessa medlemsstater att kraven som kunde ställas på arbets- och anställningsvillkor skulle breddas i synnerhet avseende ersättning.¹⁴⁰

Medlemsstaterna Bulgarien, Tjeckien, Estland, Ungern, Litauen, Lettland, Slovakien och Rumänien anförde å sin sida i ett gemensamt brev att man var

¹³⁷ COM(2015)610.

¹³⁸ COM(2016)0128.

¹³⁹ COM(2016)0128 s. 3.

¹⁴⁰ COM(2016)0128 s. 4-5.

emot en förändring av utstationeringsdirektivet. Dels ansåg de att beslut om ändringar i utstationeringsdirektivet skulle skjutas upp då tidsfristen för införandet av tillämpningsdirektivet inte löpt ut. Efter att denna tidsfrist löpt ut bör det nog utredas och analyseras vilka effekterna av detta direktiv varit. Medlemsstaterna var också av åsikten att ett etablerande av en princip om lika lön för lika arbete var oförenlig med den inre marknaden.¹⁴¹

Kommissionens förslag innefattade bland annat ett införande av en ny artikel som innebar att en utstationerad arbetstagare som varit utstationerad i mer än 24 månader eller som förväntas vara utstationerad i mer än 24 månader skulle omfattas av värdlandets arbetsrätt.¹⁴²

Vidare förslog man en ändring av artikel 3.1 där begreppet minimilön skulle ersättas med begreppet lön.¹⁴³ Kommissionen menade att detta byggde på domen i målet Sähköalojen ammattiliitto ry.¹⁴⁴ Vidare menade kommissionen att det låg inom medlemsstaternas kompetens att reglera löner. Ändringen av begreppen innebar¹⁴⁵ att regler om lön, som härrör från lag eller kollektivavtal med allmän giltighet i enlighet med artikel 3.8 utstationeringsdirektivet, som tillämpas på lokala arbetstagare också skulle tillämpas på utstationerade arbetstagare.¹⁴⁶

¹⁴¹ COM(2016)0128 s. 5.

¹⁴² COM(2016)0128 s. 7.

¹⁴³ COM(2016)0128 s. 7, i dokumentet används engelskans ”minimum rates of pay” och ”remuneration”.

¹⁴⁴ C-396/13, se avsnitt 6.1.3

¹⁴⁵ I lagförslaget används det engelska uttrycket ”implies” som kan betyda både innebär och antyder.

¹⁴⁶ ¹⁴⁶ COM(2016)0128 s. 7.

6.1.2 Kommissionens konsekvensanalys

I kommissionens konsekvensanalys¹⁴⁷ av sitt lagförslag konstaterade kommissionen att utstationeringsdirektivet inneburit ett lönegap mellan utstationerade och lokala arbetstagare.¹⁴⁸ Vidare påpekade kommissionen att direktivet givit utstationerande företag en konkurrensfördel jämfört med lokala företag, eftersom de utstationerande företagen kan sätta lägre löner.¹⁴⁹ Även den totala ersättningen var lägre för utstationerade arbetstagare. Detta var särskilt tydligt i länder med höga löner, däribland Sverige ingick.¹⁵⁰

6.1.2.1 Alternativ på lösning

Det fanns enligt konsekvensanalysen fyra olika alternativ för EU att handskas med utstationering framgent. Det första alternativet var att inte förändra utstationeringsdirektivet alls, utan låta EU-domstolen fortsätta sitt arbete med att klargöra hur direktivet skulle tolkas. Detta alternativ stöddes av bland andra Bulgarien, Ungern, Polen, Slovakien och Rumänien.¹⁵¹

Det andra alternativet var att kodifiera EU-domstolens praxis av vad som kan ingå i en minimilön. Särskilt domstolens dom i Sähköalojen ammatti-liitto ry skulle kodifieras. Detta alternativ skulle således egentligen inte tillföra något nytt utan enbart kodifiera redan existerande praxis.¹⁵²

Det tredje alternativet var att stadga att samma tvingande regler om lön skulle tillämpas på utstationerade och lokala arbetstagare. Genom att ta bort begreppet minimilön och ersätta det med lön skulle detta alternativ etablera en ny balans mellan vad gäller ersättning och arbetsvillkor för utstationerade

¹⁴⁷ SWD(2016) 52.

¹⁴⁸ SWD(2016) 52 s. 11.

¹⁴⁹ SWD(2016) 52 s. 13.

¹⁵⁰ SWD(2016) 52 s. 13.

¹⁵¹ SWD(2016) 52 s. 22.

¹⁵² SWD(2016) 52 s. 22-23.

och lokala arbetstagare.¹⁵³ Lönen som utstationerade arbetstagare skulle ha rätt till skulle inkludera alla ersättningar som betalas till lokala arbetstagare, så länge de är stadgade i lag eller i sådant kollektivavtal som beskrevs i artikel 3.8 utstationeringsdirektivet. De nationella arbetsrättsmodellerna skulle dock fortsättningsvis respekteras. Vad gällde den svenska modellen konstaterades att detta alternativ skulle innebära att de relevanta kollektivavtalen bestämmer vad som utgör lön. Då kollektivavtal tenderar att vara mer detaljerade än lagstadgade bestämmelser om lön skulle detta alternativ innebära en större effekt än de tidigare nämnda.¹⁵⁴

Ett underalternativ till det tredje alternativet var att kräva att lönesatser fastställdes i allmängiltigförklarade kollektivavtal.¹⁵⁵

Det fjärde och sista alternativet var att ha speciella regler för specifika utstationeringssituationer. Om utstationeringen förväntades överstiga 24 månader skulle den utstationerade arbetstagaren betraktas som en lokal arbetstagare.¹⁵⁶

Bland alternativ som analyserats men förkastats fanns bland annat alternativet att istället för att lagstifta på området istället kommunicera från kommissionen vad EU-domstolens praxis innebar för vad som kan ingå i en minimilön, detta alternativ ansågs vara en alltför ineffektiv och otillräcklig åtgärd.¹⁵⁷

¹⁵³ SWD(2016) 52 s. 23.

¹⁵⁴ SWD(2016) 52 s. 23-24.

¹⁵⁵ SWD(2016) 52 s. 24.

¹⁵⁶ SWD(2016) 52 s. 25.

¹⁵⁷ SWD(2016) 52 s. 27.

6.1.2.2 Effektiviteten hos alternativen

Vad gällde de första två alternativen ansågs vara väsentlig i branscher där kollektivavtal spelar en central roll, till exempel byggbranschen. Dock innebär dessa alternativ att utstationerade arbetstagare fortsättningsvis enbart hade rätt till minimilön. Dessutom skulle domstolens praxis inte ha någon effekt i länder och branscher där kollektivavtal inte är bindande. Därför skulle tillämpningen av något av dessa två alternativ innebära att lönegapet mellan utstationerade och lokala arbetstagare fortsättningsvis skulle existera och därmed även en orättvis konkurrensfördel för utstationerande företag.¹⁵⁸ Att välja alternativ ett och helt förlita sig på domstolen att finna en lösning på de problem som utstationering hade medfört kunde även leda till rättsosäkerhet.¹⁵⁹

Vad gäller tredje alternativet ansåg kommissionen att utbyttandet av begreppet minimilön i direktivet skulle uppnå största möjliga effektivitet när det gäller att uppnå målet om att skapa en konkurrens på lika villkor. Detta alternativ skulle dock ha begränsad effekt i länder utan system för allmängiltigförklarande av kollektivavtal.¹⁶⁰

Kommissionens konsekvensanalys föreslog en kombination av alternativ tre och fyra.¹⁶¹

¹⁵⁸ SWD(2016) 52 s. 29.

¹⁵⁹ SWD(2016) 52 s. 31.

¹⁶⁰ SWD(2016) 52 s. 30.

¹⁶¹ SWD(2016) 52 s. 46-47.

6.1.3 Sähköalojen ammattiliitto ry

Detta mål handlade om det polska elföretaget ESA som utstationerat 186 arbetstagare i sin finska filial för utförandet av arbete vid ett kärnkraftverk i Finland. Sähköalojen ammattiliitto ry som var arbetstagarnas fackförening förde talan i finsk tingsrätt om att arbetstagarna inte fått den minimilön de hade rätt till enligt ett allmängiltigförklarat kollektivavtal.¹⁶² Den finska domstolen vände sig till EU-domstolen för att få klarhet i huruvida begreppet minimilön omfattade grundtimlön efter lönegrupp, ackordsgarantilön, semesterlön, fast dagtraktamente, logi och ersättning för resor till och från arbetet, i enlighet med det allmängiltigförklarade kollektivavtalet.¹⁶³

EU-domstolen erinrade inledningsvis att utstationeringsdirektivet antagits i syfte att i arbetsgivarnas och arbetstagarnas intresse fastställa arbets- och anställningsvillkoren i utstationeringssituationer.¹⁶⁴ Vad gällde den hårda kärnan i artikel 3.1 påstod domstolen att denna bestämmelse har två syften. Dels skulle den säkerställa en lojal konkurrens mellan utstationerande företag och inhemska företag och dels skulle den garantera minimivillkor för arbetstagarna.¹⁶⁵ Direktivet harmoniserade däremot inte det materiella innehållet i minimivillkoren, men gav viss information om dem.¹⁶⁶

Domstolen hänvisade sedan till artikel 3.1 andra stycket som uttryckligen angav att det är nationell lagstiftning eller praxis som bestämmer minimilönen. Vidare menade domstolen att artikel 3.7 andra stycket preciserade i vil-

¹⁶² C-396/13, p. 11-14.

¹⁶³ C-396/13 p. 18.

¹⁶⁴ C-396/13 p. 28.

¹⁶⁵ C-396/13 p. 30.

¹⁶⁶ C-396/13 p. 31.

ken utsträckning ersättningar som hör ihop med ersättningen ska anses utgöra en del av minimilönen.¹⁶⁷ Utöver detta var det upp till medlemsstaternas lagstiftning att ange rekvisiten för minimilön, under förutsättning att definitionen av begreppet inte hindrar den fria rörligheten för tjänster.¹⁶⁸

Domstolen konstaterade sedan att den redan slagit fast i tidigare praxis att löneförhöjningar och tillägg som inte definierats som en del av minimilönen i nationell lagstiftning eller praxis och som ändrar förhållandet mellan arbetstagarens prestation och vederlag inte kan anses utgöra minimilön.¹⁶⁹

Domstolen menade att med bakgrund av detta vad det upp till värdlandet att bestämma huruvida minimilönen skulle utgöras av timlön eller ackordslön, under förutsättning att kraven var bindande och uppfyllde kraven på öppenhet.¹⁷⁰ Vidare skulle indelningen i lönegrupper i värdlandet gälla framför bestämmelser i ursprungslandet. Även här krävdes att bestämmelsen var bindande och uppfyllde kraven på öppenhet. Dessutom skulle värdlandets bestämmelse bara tillämpas om den var fördelaktigare för arbetstagaren.¹⁷¹

Dagtraktamentet ansåg domstolen var sådan ersättning som hör ihop med utstationeringen enligt artikel 3.7 andra stycket utstationeringsdirektivet och därmed ingick sådan ersättning i minimilönen.¹⁷² Detsamma gällde ersättning för resor till arbetet och domstolen menade att det var upp till den nationella domstolen att bedöma huruvida resorna faktiskt var sådana att de uppfyllde de i kollektivavtalet ställda kraven för reseersättning.¹⁷³

¹⁶⁷ C-396/13 p. 32-33.

¹⁶⁸ C-396/13 p. 34.

¹⁶⁹ C-396/13 p. 35-36.

¹⁷⁰ C-396/13 p 40.

¹⁷¹ C-396/13 p. 43-45.

¹⁷² C-396/13 p. 46-50.

¹⁷³ C-396/13 p. 53-57.

Kostnader för boende bedömde domstolen dock som sådana att de inte kunde ingå i minimilön. Detta då det skulle strida mot artikel 3 utstationeringsdirektivet jämfört med artikel 56 och 57 FEUF och strida mot syftet av artikel 3.7 utstationeringsdirektivet.¹⁷⁴ Inte heller matkupongerna kunde anses omfattas av begreppet minimilön, detta då de inte följde av några bestämmelser i finskt lag eller kollektivavtal utan följde av ett polskt avtal.¹⁷⁵

6.2 Ändringsdirektivet

Ändringsdirektivet¹⁷⁶ utfärdades i juni 2018 och skulle enligt artikel 3 vara införlivat i medlemsstaternas lagstiftning senast 30 juli 2020. Direktivet tillkom bland annat då det var nödvändigt att utvärdera huruvida utstationeringsdirektivet effektivt balanserade intresset om konkurrens på lika villkor och att skydda utstationerade arbetstagares rättigheter å ena sidan och friheten att tillhandahålla tjänster å andra sidan.¹⁷⁷

Direktivet gjorde ändringar i utstationeringsdirektivet på flera punkter. Bland annat infördes en punkt i första artikeln som angav att utstationeringsdirektivet inte skulle påverka rätten att vidta stridsåtgärder och ingå kollektivavtal enligt nationell lagstiftning eller praxis.¹⁷⁸ Vidare ändrades artikel 3.1 som angivit den hårda kärnan av villkor som fick krävas. Punkt c angav tidigare minimilön som ett av villkoren som fick krävas, detta ersattes av ”lön, inklusive övertidsersättning”. Dessutom infördes punkterna h och i

¹⁷⁴ C-396/13 p. 58-60.

¹⁷⁵ C-396/13 p. 61-63.

¹⁷⁶ Direktiv 2018/957/EU.

¹⁷⁷ Direktiv 2018/957/EU skäl 4.

¹⁷⁸ Direktiv 2018/957/EU art 1.1.

som angav att inkvartering för utstationerade arbetstagare respektive ersättning för utgifter för resa, kost och logi för arbetstagare som var borta från hemmet av yrkesmässiga skäl var villkor som kunde krävas.¹⁷⁹

Artikel 3.1a skulle införas och stadgade att om en utstationering varar längre än 12 månader skulle det säkerställas att utstationerande arbetsgivare tillämpar samtliga tillämpliga arbets- och anställningsvillkor i medlemsstaten, undantag gjordes dock för villkor om ingående och uppsägning av anställningskontrakt samt kompletterande tjänstepensionssystem. Om arbetsgivaren lämnade en motiverad anmälan kunde tiden förlängas till 18 månader.¹⁸⁰

Även artikel 3.7 skulle ändras och fick bland annat ett nytt andra stycke som angav att ersättningar som hör ihop med utstationeringen skulle utgöra lön. Detta gällde dock inte om ersättningarna utbetalades för utgifter som faktiskt uppkommit till följd av utstationeringen. Om det inte fastställts i arbets- och anställningsvillkor vilken del av ersättningen som utgör lön eller ersättning för utgifter som faktiskt uppkommit som en följd av utstationeringen, skulle hela ersättningen anses vara av sistnämnda slag.¹⁸¹

6.2.1 Doktrin kring ändringsdirektivet

Ändringsdirektivet har kritiserats i doktrin¹⁸² bland annat på grund av att det kan ha en skadlig effekt på friheten att tillhandahålla tjänster samtidigt som det uppmanar till protektionism om nationella företag. För att lösa proble-

¹⁷⁹ Direktiv 2018/957/EU art 1.2a.

¹⁸⁰ Direktiv 2018/957/EU art. 1.2b.

¹⁸¹ Direktiv 2018/957/EU art. 1.2c.

¹⁸² De Carvalho, Sonia, The revision of the posting of workers directive and the freedom to provide services in EU: towards a dead end?, Juridical Tribune, Vol, 8, nr 3, December 2018.

met menar De Carvalho att det krävs en harmonisering av regler kring miniskydd.¹⁸³ Dessutom hävdade hon att kommissionen genom direktivet stärkte kollektivavtalens ställning på ett sätt som går emot EU-domstolens praxis. Slutligen menade De Carvalho att balansen mellan att skydda arbetstagarnas rättigheter och en effektiv konkurrens rubbats genom direktivet.¹⁸⁴

Andra har pekat på de praktiska problemen förändringen av begreppen kring lön för med sig och ifrågasatt hur nyskapande direktivet faktiskt är.¹⁸⁵

Att principen om lika lön för lika arbete inte återfinns i det slutliga direktivet vittnar, enligt Carter¹⁸⁶, om hur kontroversiellt införandet av en sådan i utstationeringssituationer hade varit.¹⁸⁷ Men även om direktivet inte etablerar principen i klartext så är det tydligt att större vikt läggs vid idén om lika-behandling och lika lön för utstationerade arbetstagare och inhemska på samma plats.¹⁸⁸ Enligt Carter har medlemsstaterna fått ett större utrymme att själva säkerställa en konkurrens på lika villkor.¹⁸⁹ Det slutgiltiga direktivet går till och med längre än kommissionens förslag när det gäller att betona vikten av medlemsstaternas enskilda lönesättningsystem.¹⁹⁰ Carter menar att den slutgiltiga direktivtexten på vissa sätt är mer långtgående än förarbetena, speciellt nämner han betoningen av paritet vad gäller lön för utstationerade arbetstagare och lokala sådana.¹⁹¹ Slutligen konstaterar han att

¹⁸³ De Carvalho, s. 731.

¹⁸⁴ De Carvalho, s. 731-733.

¹⁸⁵ Lhernould, Jean-Philippe, Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What will change in 2020?.s. 251 & s. 257.

¹⁸⁶ Carter, Daniel, Equal pay for equal work in the same place? Assessing the revision to the posted workers directive.

¹⁸⁷ Carter, s. 58.

¹⁸⁸ Carter, s. 58-59.

¹⁸⁹ Carter, s. 60.

¹⁹⁰ Carter, s. 61.

¹⁹¹ Carter, s. 67-68.

mycket kommer att bero på hur EU-domstolen kommer tolka direktivet speciellt vad gäller var tyngden kommer läggas i balansgången mellan tillhandahållarna av tjänster och arbetstagarna.¹⁹²

De Castro pekar också på att trots att kommissionens förslag nämner principen om samma lön för samma arbete på samma plats så finns principen inte nämnd i direktivet. Han håller dock inte med om att detta betyder att principen inte har någon rättslig grund i direktivet. Bland annat menar han att bytet av begreppen kring lön åtminstone är en referens till det mer generella konceptet om likabehandling.¹⁹³ Vidare hävdar De Castro att förändringen av begreppen är ett försök att ge medlemsstaterna bättre verktyg att förhindra en orättvis konkurrens.¹⁹⁴ Trots att han kallar denna begreppsförändring för viktig ifrågasätter han hur betydelsefullt det verkligen är som ett steg mot likabehandling. Detta på grund av att den rättsliga definitionen av begreppet lön inte är klarlagd, att medlemsstaterna kan definiera detta begrepp olika samt att direktivet inte förändrar vilken typ av kollektivavtal som kan sätta lönestandarden.¹⁹⁵

Patru menar å sin sida att direktivet etablerar principen om lika lön för lika arbete vad gäller utstationerade och lokala arbetstagare.¹⁹⁶

¹⁹² Carter, s. 68.

¹⁹³ De Castro, Raffaello Santagata, EU Law on posting of workers and the attempt to revitalize equal treatment, s. 152.

¹⁹⁴ De Castro, s. 156.

¹⁹⁵ De Castro, s. 156.

¹⁹⁶ Patru, Radu Stefan, Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services. s. 161.

6.3 Utredning

Den 12 juli 2018 beslutade regeringen att tillsätta en utredning för att utreda hur ändringsdirektivet skulle genomföras i svensk rätt samt bedöma huruvida svensk rätt var förenlig med ändringsdirektivet.¹⁹⁷

Utredningen konstaterade inledningsvis rättsläget i Sverige vad gällde utstationering. Stridsåtgärder var, sedan bevisregeln tagits bort, alltid tillåtna i syfte att teckna kollektivavtal men villkoren som fick krävas var vad som rymdes inom den hårda kärnan.¹⁹⁸ Då ingen minimilön reglerats i lag har villkor om minimilön istället hämtats ur ett centralt kollektivavtal i den berörda branschen.¹⁹⁹

Utredningen föreslog att begreppet minimilön i 5 a § första stycket andra punkten skulle ersättas med lön i enlighet med ändringsdirektivet. Utredningen pekade på att det inte bara i den svenska översättningen skett en förändring av termen, även i engelska, tyska, franska och danska versionerna hade begreppet ersatts med ett begrepp som närmare stämde överens med det svenska begreppet lön. Genom denna ändring i utstationeringsdirektivet ansåg regeringen att begreppet omfattade även andra komponenter än grundlön eller lägstalön.²⁰⁰

Utredningen menade att på grund av ändringsdirektivet existerade inga hinder för att kräva lön enligt den utstationerade arbetstagarens arbetsuppgifter, utbildning, erfarenhet och kompetens samt det ansvar arbetet innebär. Det fanns heller inga hinder för att kräva olika lön beroende på var i landet arbetet äger rum, enligt utredningen.²⁰¹ Vidare menade utredningen att det var

¹⁹⁷ Dir. 2018:66.

¹⁹⁸ SOU 2019:25 s. 62.

¹⁹⁹ SOU 2019:25 s. 70.

²⁰⁰ SOU 2019:25 s. 77-78.

²⁰¹ SOU 2019:25 s. 78-79.

svårt att med säkerhet säga vad det nya begreppet lön, i jämförelse med minimilön, skulle innebära för skillnad för svensk del. Utredningen tolkade det nya begreppet som att det i första hand inkluderade alla ersättningar som utges för utfört arbete. Vilka komponenter som skulle räknas in i lönen som kan krävas med stöd av stridsåtgärder enligt 5 a § utstationeringslagen skulle avgöras av den relevanta arbetstagarorganisationen. Utredningen menade dock att det är Arbetsdomstolen som ytterst får avgöra tillåtligheten av en stridsåtgärd. Dock skulle lönen som får krävas fortsättningsvis överensstämma med ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela landet, på motsvarande arbetstagarare och i den aktuella branschen.²⁰²

Utredningen ansåg att det fortsatt var upp till medlemsstaterna att bestämma vad som utgjorde lön i direktivets mening, men att den efter ändringsdirektivet skulle innefatta alla lönekomponenter som är obligatoriska. Utredningen bedömde att detta krav innebar att lönen ska bestämmas utifrån samma komponenter och på samma sätt för utstationerande arbetsgivare som för inhemska arbetsgivare i motsvarande situation.²⁰³ Kriteriet att en fastställd lön ska bygga på obligatoriska lönekomponenter kunde enligt utredningen inte innebära att de måste tillämpas även av svenska arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal. Detta skulle i sådant fall innebära ett krav på allmängiltigförklaring av kollektivavtal i praktiken. Inte heller skulle, enligt utredningen, lönekomponenterna tolkas som att de var tvingande och inte kunde avvika ifrån i kollektivavtal.²⁰⁴

Vad gäller ersättandet av begreppet minimilön med lön i svensk lagstiftning var utredningen av uppfattningen att enbart en sådan förändring riskerade att strida mot EU-rätten då det inte skulle finnas hinder för att, med hjälp av stridsåtgärder, kräva en högre lön än vad som kan anses vara likabehandlande av utstationerande och svenska företag. Utredningen ansåg inte att det

²⁰² SOU 2019:25 s. 78-80.

²⁰³ SOU 2019:25 s. 80-81.

²⁰⁴ SOU 2019:25 s. 82.

var tillräckligt att lönen skulle kunna härledas till ett villkor i ett centralt kollektivavtal för att stridsåtgärden skulle vara tillåten. Inte heller ansåg man det lämpligt att använda begreppet obligatoriska lönekomponenter i lagstiftningen för att ange en ram för vilken lön som får krävas. Man valde istället att föreslå ett nytt andra stycke i 5 a § utstationeringslagen som angav att lönen som fick krävas med stöd av stridsåtgärder inte fick överstiga den ersättning som arbetsgivare i Sverige som var bundna av ett centralt kollektivavtal ska betala i en motsvarande situation.²⁰⁵

Vad gäller ersättning för resa, kost och logi föreslog utredningen att stridsåtgärder i syfte att kräva ersättning för dessa skulle vara tillåtna om det gäller resor inom Sverige som den utstationerade arbetstagaren tvingats göra till den ordinarie arbetsplatsen eller till en tillfällig arbetsplats som arbetsgivaren under utstationeringen skickat denne till.²⁰⁶ Även villkor om arbetsgivarens skyldighet att tillhandahålla inkvartering när arbetstagaren är borta från sin ordinarie arbetsplats skulle vara tillåtna att vidta stridsåtgärder för att kräva.²⁰⁷

I enlighet med direktivet föreslog utredningen att en ny regel skulle införas i utstationeringslagen som stadgade att ersättning för utgifter som faktiskt har uppkommit till följd av utstationeringen inte ska beaktas vid bedömning om arbetsgivaren betalat minst en sådan lön som avses i 5 a §. På begäran från arbetstagare eller arbetstagarorganisation skulle arbetsgivaren vara skyldig att visa vilken del av den utbetalda ersättningen som utgjorde lön respektive ersättning för utgifter som faktiskt uppkommit som följd av utstationeringen. Om arbetsgivaren inte gjorde detta skulle hela ersättningen betraktas som ersättning för utgifter som faktiskt uppkommit som följd av utstationeringen.²⁰⁸ Syftet med bestämmelsen var enligt utredningen att förhindra att

²⁰⁵ SOU 2019:25 s. 83-84.

²⁰⁶ SOU 2019:25 s. 84-90.

²⁰⁷ SOU 2019:25 s. 90-92.

²⁰⁸ SOU 2019:25 s. 92-100.

lönen urholkas av ersättning för utgifter som uppkommit på grund av utstationeringen.²⁰⁹

Vidare föreslog utredningen att införa en ny bestämmelse som innebar att om en arbetstagare varit utstationerad i mer än 12 månader ska dennes arbetsgivare, utöver vad som följer av den hårda kärnan, tillämpa sådana arbets- och anställningsvillkor som följer av lag eller annan författning som är tillämplig på motsvarande arbetstagare i Sverige. Detta hindrar dock inte arbetsgivaren från att tillämpa villkor som är mer förmånliga för arbetstagaren. Utredningen gjorde bedömningen att ändringsdirektivet innebar att svensk arbetsrätt i sin helhet blir tillämplig på långvariga utstationeringar, med undantag för villkoren inom den hårda kärnan och villkorstyper som särskilt undantas.²¹⁰ Villkor om ingående och uppsägning av anställningsavtal, konkurrensklausuler och kompletterande tjänstepensionssystem var villkor som skulle undantas.²¹¹

Vad gäller förlängning av 12-månadersgränsen till 18 månader föreslog utredningen att arbetsgivaren senast den arbetsdag arbetstagaren varit utstationerad i Sverige 12 månader skulle anmäla att gränsen ska skjutas upp och ange anledningen till detta. Det skulle dock inte göras någon materiell bedömning av skälen till att tidsgränsen ska skjutas upp.²¹²

Slutligen föreslog utredningen att stridsåtgärder när en utstationering pågått eller ska pågå i mer än 12 månader ska vara tillåtna under förutsättning att villkoren som krävs överensstämmer med ett centralt kollektivavtal, är förmånligare för arbetstagarna än de villkor som arbetsgivaren enligt lag ska tillämpa när utstationeringen överstigit 12 eller 18 månader, inte hindrar tillämpningen av förmånligare villkor för arbetstagaren och inte rör ingående

²⁰⁹ SOU 2019:25 s. 93.

²¹⁰ SOU 2019:25 s. 149-155.

²¹¹ SOU 2019:25 s. 158.

²¹² SOU 2019:25 s. 155-158.

eller uppsägning av anställningsavtal, konkurrensklausuler eller kompletterande tjänstepensionssystem.²¹³

6.4 Remissyttranden

6.4.1 LO

LO höll med om utredningens förslag vad gäller en presumtionsregel kring vad som utgör lön och ersättningar. LO var dock av uppfattningen att utredningens förslag inte gick långt nog, utan menade att det inte förelåg några hinder att kräva att arbetsgivaren betalade för arbetstagarens resa, kost och logi redan när arbetstagaren utstationeras till Sverige.

Vad gäller begreppsförändringen kring minimilön och lön valde LO att inte yttra sig. Däremot menade organisationen att bestämmelserna om långvarig utstationering skulle ha mycket begränsad effekt i praktiken, men stödde dock förslaget i huvudsak.²¹⁴

6.4.2 Saco

Saco var av uppfattningen att det var tveksamt om förändringen av begreppet minimilön till lön innebar en materiell förändring. Man menade att EU-domstolen redan slagit fast att begreppet minimilön inkluderar andra sorter av ersättningar och därför innebar begreppsändringen i första hand ett klargörande av rättsläget.

Saco tillstyrkte utredningens förslag att inte införa ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal och var positiva till presumtionsregeln och reglerna kring ersättningar och lön. Vidare var organisationen också positiva om långvariga utstationeringar men var kritiska till utredningens förslag vad

²¹³ SOU 2019:25 s. 161-172.

²¹⁴ Remissvar, LO, s. 1-6.

gäller stridsåtgärder i sådana situationer. Saco menade att bli nödgade att vidta stridsåtgärder vid två tillfällen riskerade att bli en onödig plåga för båda parter och dessutom resurskrävande för arbetstagarorganisationen.²¹⁵

6.4.3 Svenskt Näringsliv

Svenskt Näringsliv var kritiska till ändringarna i direktivet och menade att utredningens förslag riskerade att förvärpa situationen ytterligare. Särskilt kritiserades utredningens förslag att byta ut begreppet minimilön mot lön i utstationeringslagen. Svenskt Näringsliv menade att det bör framgå av lagstiftningen att det rörde sig om obligatoriska lönekomponenter.

Föreningen ville också att det skulle tydliggöras vilka bestämmelser som en utstationerande arbetsgivare ska tillämpa när tidsgränserna har uppnåtts.²¹⁶

6.4.4 Arbetsdomstolen

Arbetsdomstolen inledde sitt yttrande med att konstatera att utredningen var av hög kvalitet och väl ägnad att ligga till grund för lagstiftning. Dock konstaterade den också att regleringen kring utstationering är komplex och svår-tillgänglig. I linje med detta föreslog Arbetsdomstolen ett antal omformuleringar av den föreslagna lagtexten för att göra den tydligare.

Vidare ansåg Arbetsdomstolen att det bör framgå av lagtexten att presumptionsregeln gäller när saken inte är reglerad i arbets- och anställningsvillkor.²¹⁷

²¹⁵ Remissvar, Saco, s. 1-3.

²¹⁶ Remissvar, Svenskt Näringsliv, s. 1-7.

²¹⁷ Remissvar, Arbetsdomstolen, s. 1-7.

6.4.5 Uppsala universitet

Uppsala universitet konstaterade lagstiftningen kring utstationering blivit svåröverblickad och önskade en mer övergriplig omarbetning av utstationeringslagen. Vidare förslög universitetet ett antal små förändringar i den föreslagna lagtexten för att göra det mer lättförståeligt.²¹⁸

6.4.6 Stockholms universitet

Även Stockholms universitet kommenterade hur komplex lagstiftningen på området blivit, inte minst tack vare ändringsdirektivet. Universitetet var av åsikten att det borde undersökas närmare om det fanns möjligheter att ställa några materiella krav på ansökningar om förlängning av 12-månadersgränsen.²¹⁹

6.4.7 Lunds universitet

Lunds universitet konstaterade inledningsvis att ändringsdirektivet förskjutit balansen mellan tjänsteutövarens och arbetstagarens rättigheter till gynna arbetstagaren mer i viss mån. Även Lunds universitet konstaterade att lagstiftningen kring fenomenet kommer bli ännu mer komplicerad och otillgänglig.

Vad gäller begreppet lön menar universitetet att ett vägledande avgörande från EU-domstolen är nödvändigt för att kunna tolka begreppet. Att i svensk lagstiftning definiera vad som utgör lön menar man rimmar illa med den svenska modellen.

²¹⁸ Remissvar, Uppsala universitet, s. 1-2.

²¹⁹ Remissvar, Stockholms universitet, s. 1-2.

Dessutom uttryckte universitetet missnöje över att ändringsdirektivet inte innehöll någon bestämmelse som gjorde en materiell prövning möjlig av skälen till förlängning av 12-månadersgränsen.²²⁰

6.4.8 Övriga i urval

Arbetsgivarverket meddelade att man inte hade några synpunkter på några av förslagen.²²¹

Svenska ILO-kommittén välkomnade utvecklingen mot mer förutsebarhet och större möjligheter att kräva kollektivavtal med hjälp av stridsåtgärder. Kommittén menade att förslaget överlag låg i linje med konventionerna som ratificerats av Sverige men ansåg att Sverige bör beakta sina åtaganden i det fortsatta beredningsarbetet.²²²

Sveriges byggindustrier beklagade rättsutvecklingen genom ändringsdirektivet och utformningen på utredningens förslag. Vidare menade man att reglerna skulle bli än mer komplexa och oöverskådliga vilket riskerade att leda till rättsosäkerhet.²²³

²²⁰ Remissvar, Lunds universitet, s. 1-3.

²²¹ Remissvar, Arbetsgivarverket, s. 1.

²²² Remissvar, Svenska ILO-kommittén s. 1-4.

²²³ Remissvar, Sveriges Byggindustrier, s. 1-3.

7. Diskussion och Analys

Som konstaterades i inledningen är skapandet av en inre marknad ett av Europeiska unionens centrala mål. Den inre marknaden ska vara ett område utan inre gränser där bland annat tjänster ska ha fri rörlighet. EU har dock inte endast mål som rör den inre marknaden och fri rörlighet, det finns även en socialpolitisk dimension. När det gäller utstationering har dessa två intressen ställts mot varandra och en avvägning har upprepade gånger behövts göras vilken av de två som ska tillåtas väga tyngst. Samtidigt är utstationering ett område som enligt många medlemsstater faller utanför EU:s behörighet att lagstifta. Inom unionen finns flera olika arbetsmarknadsmodeller som medlemsländerna värnar om. Den svenska arbetsmarknadsmodellen består i huvudsak av kollektivavtalsreglering mellan arbetsmarknadens parter och viss lagstiftning.

I fallet *Rush Portuguesa* etablerades att utstationering omfattades av den fria rörligheten för tjänster detta innebar bland annat ett diskrimineringsförbud mot utstationerande arbetsgivare. Domstolen gav dock medlemsstaterna en möjlighet att utsträcka nationella arbets- och anställningsvillkor till att omfatta även utstationerade arbetstagare.

Genom införandet av utstationeringsdirektivet kodifierades EU-domstolens praxis, men det tillkom även nya bestämmelser som enligt direktivet skulle värna en lojal konkurrens och arbetstagarnas rättigheter. Bland annat etablerades den så kallade hårda kärnan men man lämnade också utrymme för medlemsstaterna att kräva andra villkor om de utgjorde *ordre public*.

När utstationeringsdirektivet införlivades i svensk rätt tolkade regeringen det som ett minimidirektiv som garanterade utstationerade arbetstagare vissa villkor men inte hindrade att arbetstagarorganisationer vidtog stridsåtgärder för att kräva mer förmånliga villkor enligt den svenska modellen.

Domstolen visade genom Viking, Laval, Rüffert och Kommissionen mot Luxemburg att direktivet, förutom att vara ett minimidirektiv, också var ett maximidirektiv. Vidare begränsade domstolen möjligheten att kräva villkor med hänvisning till *ordre public* genom att slå fast att enbart statliga myndigheter kunde hänvisa till att villkor utgjorde *ordre public*.

I Sverige möttes avgörandet i framförallt Laval med stor förvåning, men Sverige anpassade ändå sin lagstiftning efter dessa avgöranden. Dessa lagändringar kallades lex Laval och inskränkte fackliga organisationers rätt att vidta stridsåtgärder till att enbart omfatta minimivillkor inom den hårda kärnan.

Flera remissinstanser och ILO kritiserade lagstiftningen för att gå för långt i sin inskränkning av rätten att vidta stridsåtgärder.

Genom tillämpningsdirektivet och ändringsdirektivet bromsade EU utvecklingen mot en allt svagare ställning för arbetstagarorganisationer vid utstationeringssituationer. Tendensen att socialpolitik och grundläggande rättigheter blivit en allt viktigare aspekt för EU går även att skönja i Lissabonfördraget.

När ändringsdirektivet skulle införlivas i svensk rätt menade vissa av remissinstanserna att utredningen gynnade arbetstagarorganisationerna i för hög utsträckning.

Begreppsförändringen

I Sähköalojen ammattiliitto ry gjorde domstolen en vid tolkning av vad som kan rymmas inom begreppet minimilön. Så länge villkoren var etablerade i lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal och var bindande och tydligt angivna var de i stort sett tillåtna. Anledningen att kostnader för boende inte godkändes som en del av minimilönen var att det stod uttryckligen i artikel 3.7 utstationeringsdirektivet att kostnader för logi inte kan anses vara en del

av minimilön. Vad gäller matkupongerna var anledningen att domstolen inte godkände att dessa utgjorde en del av minimilön att de inte följde av finsk lag eller kollektivavtal. Om kupongerna hade följt av finsk rätt bör alltså även dessa godkänts av domstolen.

Kommissionen tar dock ytterligare ett steg i sitt lagförslag som man menar bygger på domen. Man ratade förslaget att enbart kodifiera domstolens praxis i ovan nämnda rättsfall i förmån för en större förändring. Direktivet tar helt bort begreppet minimilön, innehållet av vilket som var den centrala frågan i rättsfallet. Begreppet ersätts nu med lön vilket, åtminstone rent språkligt, får anses vara en stor förändring. Frågan är hur stor denna förändring rent rättsligt egentligen är. Principen om lika lön för lika arbete lyser med sin frånvaro i den slutliga direktivtexten, men som påpekats i doktrin finns den ändock representerad genom några förändringar i utstationeringsdirektivet.

7.3 Frågeställningar

Hur har den svenska modellen anpassat sig till att överensstämma med EU-rätten?

När det gällde utstationeringar från andra EU-länder efter utstationeringsdirektivets införande stödde sig fackföreningar på den så kallade Lex Britannia regleringen, och kunde på så vis kräva svenska kollektivavtal. På så vis fortsatte kollektivavtal och stridsåtgärder för att kräva sådana vara viktiga även vid utstationeringar. Efter EU-domstolens dom i Laval underkändes Lex britannia och kraven som kunde krävas med stöd av stridsåtgärder begränsades till minimivillkor inom den hårda kärnan. Lex Laval innebar i praktiken en mycket begränsad möjlighet för att vidta stridsåtgärder överhuvudtaget i utstationeringssituationer. Bevisregeln gjorde det i princip omöjligt för arbetstagsorganisationer att driva igenom krav om villkor med hjälp av stridsåtgärder förrän i efterhand om arbetsgivaren missbrukade regeln. På grund av detta tappade den svenska modellen mark gentemot utstationerande arbetsgivare då man inte längre kunde använda sina främsta verktyg för att träffa svenska kollektivavtal mot dessa.

I och med att bevisregeln plockats bort och de ändringar som föreslås efter ändringsdirektivet finns till synes en större möjlighet till att vidta stridsåtgärder för att träffa kollektivavtal eller åtminstone kräva samma villkor som i centrala kollektivavtal i den aktuella branschen.

Faktumen att ingen lagstadgad minimilön införts eller system för att allmängiltigförklara kollektivavtal vittnar trots allt om en vilja hos lagstiftaren att värna den svenska modellen.

För att svara någorlunda koncist på frågan är min uppfattning att den svenska modellen undergrävdes kraftigt av Lex Laval, då man förlorade en av grundpelarna på grund av att man inte längre kunde kräva kollektivavtal

eller villkor utanför den hårda kärnan. Men i och med ändringsdirektivet och den föreslagna lagstiftningen verkar den svenska modellen nu få tillbaka möjligheten att med stridsåtgärder kräva villkor som motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal i den aktuella branschen. På så vis anser jag att den svenska modellen på nytt får stor betydelse vid utstationeringar.

Är den föreslagna svenska lagstiftningen förenlig med EU-rätten?

I Sverige har regeringen i sin proposition valt att skjuta över ansvaret på arbetsmarknadens parter, vilket ligger i linje med den svenska modellen. Frågan som då uppstår är huruvida en sådan reglering är förenlig med EU-rätten och hur arbetsmarknadens parter kommer tolka den nya lagstiftningen.

Den föreslagna lagändringen ersätter alltså minimilön med lön och menar att stöd finns för detta i direktivet. I förarbetena till direktivet kan vi se att målet med förändringen kring minimilön åtminstone i någon mån varit att kodifiera domstolens praxis, särskilt Sähköalojen ammattiliitto ry. Men vi kan också se att alternativet att enbart kodifiera praxis förkastades och man istället valde att byta ut begreppet för att etablera en ny balans mellan lokala och utstationerade arbetstagare.

Man bör dock vara försiktig när det gäller förarbeten från EU då dessa inte har status som rättskällor. Men det kan enligt min uppfattning åtminstone ge en fingervisning om hur kommissionen vill att direktivet ska tolkas.

Trots att den slutliga direktivtexten saknar hänvisning till principen om lika lön för lika arbete kan man, enligt min uppfattning, se ett steg i riktning mot denna genom begreppsförändringen och de nya reglerna om längre utstationeringar. Å andra sidan kan uteslutandet av hänvisning till principen tolkas som att kommissionen förkastar den. Jag är övertygad om att det kommer krävas en dom från EU-domstolen för att med någon säkerhet kunna säga hur stor betydelse begreppsförändringen kommer få.

Domstolen har förvånat förr och generellt haft en annan syn än kommissionen vad gäller balansen mellan den fria rörligheten och bevarandet av medlemsstaternas arbetsmarknadsmodeller.

Utredningen och dess remissvar kommer säkerligen leda fram till en proposition, frågan är då om regeringen tar åt sig av den kritik som riktats mot de föreslagna ändringarna av utstationeringslagen. En stor del av kritiken som riktats från representanter på båda sidor av arbetsmarknadens parter är att lagstiftningen är komplex, svårtillgänglig och oöverskådlig. Detta riskerar till att leda till en viss rättsosäkerhet. Frågan är då om en fullständig omarbetning av utstationeringslagen är nödvändig för att göra lagstiftningen tillräckligt tydlig och lättillgänglig.

En sak som är mer säker är att ändringsdirektivet innebär ett steg mot en mer arbetstagargynnande reglering vad gäller långvariga utstationeringar. Utredningen gör tolkningen att svensk arbetsrätt i sin helhet, med vissa undantag, kan tillämpas på dessa långa utstationeringar. Den kritik som framförs från fackligt håll om det orimliga i att fackliga organisationer eventuellt tvingas till två stridsåtgärder framstår, enligt min uppfattning, som något överdriven. Det bör vara så att arbetsgivaren i regel förhandlar om denne redan på förhand vet att en utstationering ska pågå över 12 eller 18 månader, och i fallet en utstationering förlängs till att överstiga gränsen trots att det inte var planerat på förhand finns bara ett egentligt fönster för stridsåtgärder, dvs. när tidsgränsen infaller.

Även här råder dock viss oklarhet vad gäller motivationen till förlängning av 12-månadersgränsen. Utredningen och de flesta remissinstanserna gör tolkningen att ingen materiell prövning av skälen ska göras. Om denna tolkning är korrekt är frågan om det i praktiken innebär att det i regel snarare rör sig om 18-månadersregel än en 12-månadersregel om arbetsgivare inte behöver motivera förlängningen närmare. Vissa remissinstanser har dock hävdat att det eventuellt finns en möjlighet för en materiell bedömning. Vad

som egentligen kan tolkas in i begreppet motiverad anmälan är inte helt solklart. Även detta kan bli en sak för EU-domstolen att avgöra.

Min bedömning är att den svenska föreslagna lagstiftningen är förenlig med EU-rätten. Detta stödjer jag dels på begreppsförändringen i ändringsdirektivet och dels på de bakomliggande motiven som finns att finna i förarbetena till direktivet. Även den doktrin jag presenterar stödjer denna tolkning.

Hur arbetsmarknadens parter använder den makt som nu tilldelas dem är en annan fråga som är svårare att besvara. Då får Arbetsdomstolen en viktig roll i att bedöma en stridsåtgärds lovlighet.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Nyström, Birgitta, *Labour law in Sweden*, 2. ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, Femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019

Iossa, Andrea, *Collective autonomy in the European Union: theoretical, comparative and cross-border perspectives on the legal regulation of collective bargaining*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund : Lunds universitet, 2017, Lund, 2017

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, Femte upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2019

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Femte upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018

Rocca, Marco, *Posting of workers and collective labour law: there and back again: between internal market and fundamental rights*, Intersentia, Cambridge, 2015

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: en översikt*, Sjunde upplagan, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

Standal, Daniel, Den Svenska modellen mellan hammaren och städet?, examensarbete, Lund Universitet, 2019

Tidskrifter

EU & arbetsrätt, nr 2, Nya utstationeringsregler: ”Hårda kärnan” utökas och alla värdlandets villkor ska tillämpas efter tolv månader, 2018, Kerstin Ahlberg

Byggnadsarbetaren, Byggnads förlorade mot Laval i Arbetsdomstolen, 2 December 2009.

Artiklar

Carter, Daniel, Equal pay for equal work in the same place? Assessing the revision to the posted workers directive. Croatian Yearbook of European Law and Policy, nr 14.

De Carvalho, Sonia, The revision of the posting of workers directive and the freedom to provide services in EU: towards a dead end? Juridical Tribune, Vol, 8, nr 3, December 2018.

De Castro, Raffaello Santagata, EU Law on posting of workers and the attempt to revitalize equal treatment, Italian Labour Law e-Journal.

Lhernould, Jean-Philippe, Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What will change in 2020? ERA-Forum, 2019.

Patru, Radu Stefan, Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services. Juridical Trib. 157, 2019.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-113/89 Rush Portuguesa

C-438/05 Viking

C-341/05 Laval

C-346/06 Rüffert

C-319/06 Kommissionen mot Luxemburg

C-36-02 Omega

C-112/00 Schmidberger

C-272/94 Guiot

C-369/96 Arblade

C-36/74 Walrave & Koch

C-415/93 Bosman

C-620/18 Ungerns överklagande av ändringsdirektivet

C-626/18 Polens överklagande av ändringsdirektivet

Arbetsdomstolen

AD 1989 nr 120 Britannia

AD 1993 nr 28 Estoril

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Dir. 2008:38

Dir. 2018:66

Utredningar

SOU:1998:52

SOU 2008:123

SOU 2015:13

SOU 2015:38

SOU 2015:83

SOU 2019:25

Propositioner

Prop. 1998/99:90

Prop. 2009/10:48

Prop. 2016/17:107

Remissyttranden

SOU 2008:123

LO och TCOs gemensamma remissyttrande

SOU 2015:13

Arbetsdomstolens remissyttrande 2016-02-10

Lunds Universitets remissyttrande 2016-02-04

Sieps remissyttrande 2016-02-04

SOU 2019:25

Arbetsdomstolens remissyttrande 2019-09-16

Los remissyttrande 2019-09-09

Lunds universitets remissyttrande 2019-09-16

Sacos remissyttrande 2019-09-16

Svenska ILO-kommitténs remissyttrande 2019-09-16

Svenskt Näringslivs remissyttrande 2019-09-12

Sveriges Byggindustriers remissyttrande 2019-09-16

Stockholms universitets remissyttrande 2019-09-13

Uppsala universitets remissyttrande 2019-09-16

Dokument från EU

COM(2015)610 Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. Kommissionens arbetsprogram 2016. Dags för nya tag.

COM(2016)0128 Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

SWD(2016) 52 Commission staff working document, impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.