

Utstationering av arbetstagare

En utredning av det rättsliga minimiskyddet, problematik vid utstationering och svenska kollektivavtals hindrande verkan

Johanna Ekdahl

Kandidatuppsats i arbetsrätt HARH16

HT 2019

Handledare

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1	INLEDNING	6
1.1	ÄMNE OCH BAKGRUND.....	6
1.2	SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	7
1.3	AVGRÄNSNING.....	8
1.4	METOD OCH MATERIAL.....	9
2	DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR TJÄNSTER OCH DEN EU-RÄTTSLIGA REGLERINGEN VID UTSTATIONERING AV ARBETSTAGARE	12
2.1	DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR TJÄNSTER.....	12
2.2	INSKRÄNKNINGAR AV DEN FRIA RÖRLIGHETEN FÖR TJÄNSTER.....	13
2.2.1	<i>Trängande allmänintresse</i>	14
2.2.2	<i>Proportionalitetsbedömning</i>	14
2.3	EU-RÄTTEN OCH DESS FÖRHÅLLANDE TILL NATIONELL RÄTT.....	15
2.4	UTSTATIONERINGSDIREKTIVET.....	17
2.4.1	<i>Bakgrunden till uppkomsten av utstationeringsdirektivet</i>	17
2.4.2	<i>Utstationeringsdirektivets tillämpningsområde</i>	18
2.4.3	<i>Den hårda kärnan</i>	19
2.4.4	<i>Implementering av utstationeringsdirektivet genom kollektivavtal</i>	23
2.5	ÄNDRINGSDIREKTIVET.....	23
2.5.1	<i>Lönebegreppet och andra ersättningar</i>	24
2.5.2	<i>Införande av en tidsram</i>	25
3	SVERIGES IMPLEMENTERING AV DEN EU-RÄTTSLIGA REGLERINGEN GÄLLANDE UTSTATIONERING	26
3.1	EU-RÄTTEN SOM EN DEL AV DEN SVENSKA ARBETS RÄTTEN.....	26
3.2	SVENSK ARBETS RÄTT OCH KOLLEKTIVAVTALETS BETYDELSE.....	26
3.3	UTSTATIONERINGSLAGEN FÖRE IMPLEMENTERING AV ÄNDRINGSDIREKTIVET.....	27
3.3.1	<i>Lagens tillämpningsområde</i>	28
3.3.2	<i>Arbets- och anställningsvillkor motsvarande den hårda kärnan</i>	28
3.3.3	<i>Reglering av minimilön</i>	29
3.3.4	<i>Lex Laval</i>	30
3.4	KOLLEKTIVAVTAL FÖR UTSTATIONERADE ARBETSTAGARE.....	31
3.4.1	<i>Kollektivavtalets rättsverkningar i ljuset av EU-rätten</i>	31
3.4.2	<i>Kollektivavtalsreglerade försäkringar</i>	32
3.5	IMPLEMENTERING AV ÄNDRINGSDIREKTIVET ÅR 2020.....	33
3.5.1	<i>Lönebegreppet och ökad transparens</i>	34
3.5.2	<i>Införandet av en tidsram för utstationering</i>	34

4	ANALYS	35
4.1	DET RÄTTSLIGA SKYDDET FÖR UTSTATIONERADE ARBETSTAGARE	35
4.2	IDENTIFIERADE PROBLEM.....	36
4.2.1	<i>Regleringarna i den hårda kärnan.....</i>	37
4.2.2	<i>Kollektivavtalsreglerade villkor, extra skydd eller bara en extra kostnad?.....</i>	38
4.2.3	<i>Implementeringen av ändringsdirektivet</i>	39
4.3	OMSTÄNDIGHETER I SVENSKA KOLLEKTIVAVTAL SOM KAN UTGÖRA HINDER	40
	FÖR DEN FRIA RÖRLIGHETEN	40
4.3.1	<i>Påtryckningar för att teckna kollektivavtal</i>	40
4.3.2	<i>Kollektivavtalade försäkringar som ett hinder</i>	41
4.4	FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT RÄTTFÄRDIGA HINDER	42
4.4.1	<i>Icke-diskriminerande, trängande allmänintresse och proportionalitet.....</i>	43
5	SLUTSATSER OCH AVSLUTANDE REFLEKTIONER.....	45
5.1	SLUTSATSER.....	45
5.2	AVSLUTANDE REFLEKTIONER	46
	KÄLLFÖRTECKNING.....	48

Förkortningar

AGS	Avtalsgruppsjukförsäkring
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
LO	Landsorganisationen i Sverige
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen
SOU	Statens offentliga utredningar
TFA	Trygghetsförsäkring vid arbetskada
TGL	Tjänstegrupplivförsäkring

Sammanfattning

En fri rörlighet för tjänster inom EU innebär en fri rätt för arbetsgivare att tillhandahålla tjänster på lika villkor i alla medlemsstater. Rätten till tjänsters fria rörlighet har dock gett upphov till en rad olika problem när det kommer till området för utstationering av arbetstagare. För att förhindra arbetsgivare från att exploatera sin arbetskraft genom social dumpning vid utstationering har EU upprättat ett minimiskydd som utstationerade arbetstagare ska garanteras. Det skapar dock andra problem i förhållande till hur den svenska modellen är konstruerad och kollektivavtalets betydelse.

Uppsatsen syftar dels till att undersöka minimiskyddet och sätta det i relation till den svenska regleringen för utstationerade för att sedan identifiera problem som en sådan relation ger upphov till. Dels syftar uppsatsen till en analys av omständigheter i svenska kollektivavtal för utstationerade arbetstagare som skulle kunna verka begränsande för den fria rörligheten för tjänster.

Analysen leder till en identifiering av tre huvudsakliga problem som rör det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare. Dessa problemområden rör regleringarna i utstationeringsdirektivets hårda kärna, kollektivavtalsreglerade villkor och implementering av ändringsdirektivet. Vidare konstateras i analysen att bestämmelser i svenska kollektivavtal för utstationerade arbetstagare skulle kunna verka hindrande för den fria rörligheten för tjänster om de utformas på ett vis som gör det mindre attraktivt för utstationerande arbetsgivare att tillhandahålla tjänster i Sverige.

Nyckelord: utstationering, utstationerade arbetstagare, fri rörlighet för tjänster, utstationeringsdirektivet, ändringsdirektivet, kollektivavtal för utstationerade.

1 Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

Ett gränslöst område med full frihet att tillhandahålla tjänster har skapat många fördelar, både för företag etablerade inom Europeiska unionen (EU) men också för arbetstagare och för välfärden i medlemsstaterna. EU:s inre marknad ger arbetsgivare möjligheter att tillhandahålla tjänster på samma villkor oberoende av vilken medlemsstat arbetsgivaren ursprungligen är etablerad i för att på så vis kunna utnyttja EU:s arbetskraftsresurser till fullo.¹ Friheten att tillhandahålla tjänster har dock en baksida som skapar en komplicerad problematik ur ett EU-perspektiv. Å ena sidan är ett av EU:s främsta mål att skapa en inre marknad som bland annat bygger på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft.² Å andra sidan kan konkurrensen mellan medlemsstaterna ge upphov till dumpning av arbetstagares arbets- och anställningsvillkor, s.k. social dumpning.³ Huruvida sådan konkurrens gynnar den inre marknaden eller ej har länge varit en kontroversiell fråga.⁴

Genom antagandet av *utstationeringsdirektivets* år 1996 försökte EU skapa en balans mellan att å ena sidan realisera principen om fri konkurrens mellan företag både inom medlemsstaterna men också över gränserna, vilket inkluderar rätten för medlemsstaterna att använda sig av konkurrensfördelar så som låga lönekostnader.⁶ Å andra sidan kräva av medlemsstaterna att upprätta ett ramverk av minimivillkor för utstationerade arbetstagare så att företag och arbetsgivare inte utnyttjar konkurrensfördelar, så som låg lönekostnad, på bekostnad av arbetstagarnas levnadsstandard.⁷ I mångt och mycket har det rått skilda meningar om huruvida det rättsliga skyddets huvudsakliga syfte har varit att motverka illojal konkurrens.⁸ Därutöver, i takt med att den inre marknaden har expanderat har också löneklyftorna vuxit vilket har skapat oönskade incitament att exploatera utstationering för att arbetsgivare ska kunna dra vinning av löneskillnaderna.⁹

¹ Jfr B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 116.

² Art. 3.3 FEU.

³ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 116.

⁴ *Ibid* 117.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁶ COM(91) 230 final p 9, 4.

⁷ *Ibid* p 9, 4.

⁸ Frankrike och Sverige är två av de länder som hävdar att direktivet ”gynnar” social dumpning snarare än att motverka det, N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 23 f.

⁹ MEMO/16/467.

Trots ett försök att åtgärda problematiken genom en revidering av direktivet år 2018 är EU fortsatt delat i två läger när det kommer till frågan om utstationering.¹⁰ Medlemsstater med låga arbetskraftskostnader har varit mycket kritiska mot det nya *ändringsdirektivet*¹¹ och hävdade att direktivet skulle utgöra en form av dold protektionism samtidigt som det skulle innebära en förlust av konkurrensfördelar på den inre marknaden.¹² Medlemsstater med höga arbetskraftskostnader har däremot stöttat antagandet av direktivet och motsatsvis hävdade att det har varit en nödvändig åtgärd för att motverka social dumpning och på så vis garantera arbetstagare ett mer långtgående skydd av rättigheter.¹³

Dessutom innebär den svenska modellen en komplex situation att dels genomföra de EU-rättsliga bestämmelserna om utstationering och dels bevara arbetsmarknadsparternas autonomi att reglera arbets- och anställningsvillkor via kollektivavtal.¹⁴ Kollektivavtal bidrar trots allt med ett förstärkt skydd för arbetstagare. Frågan blir därför huruvida ett sådant förstärkt skydd även erkänns utstationerade arbetstagare eller om det snarare kan uppfattas som ett hinder för arbetsgivare att tillhandahålla tjänster inom Sveriges territorium. Med hjälp av uppsatsen hoppas jag på att kunna klargöra vad det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare innebär och vilken relation och problematik det skapar i förhållande till den svenska modellen och kollektivavtalsreglerade villkor.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är därför att undersöka och presentera vilket rättsligt skydd utstationerade arbetstagare är berättigade till under en utstationeringsperiod. Således kommer både det EU-rättsliga och svenska skyddet beröras då EU-rätten och den nationella rätten samspelar på området för utstationering av arbetstagare. Vidare är syftet att analysera skyddet för att i uppsatsen kunna identifiera aktuella eller framtida problem som skyddet innebär, eller kan innebära. Uppsatsen syftar även till att undersöka svenska kollektivavtal för utstationerade arbetstagare. Jag kommer utreda vilka omständigheter i kollektivavtal för utstationerade arbetstagare som skulle kunna inskränka på den fria rörligheten för tjänster. En sådan utredning

¹⁰ COM(2016) 128 final 5.

¹¹ 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.

¹² N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 24.

¹³ *Ibid* 17.

¹⁴ Se SOU 1998:52 om utstationering av arbetstagare 37.

syftar även till att undersöka vilka förutsättningar som i sådant fall skulle kunna rättfärdiga en inskränkning av den fria rörligheten.

För att uppnå syftet kommer jag till min hjälp ha följande frågeställningar:

- Vilket rättsligt skydd erbjuder EU-rätten och den svenska arbetsrätten utstationerade arbetstagare och vilka problem kan det ge upphov till?
- Under vilka omständigheter kan svenska kollektivavtal för utstationerade arbetstagare utgöra ett hinder för den fria rörligheten för tjänster och vilka förutsättningar krävs i så fall för att sådana hinder ska kunna rättfärdigas?

1.3 Avgränsning

Det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare omfattar ett par olika komponenter. Utöver tillämpligheten på arbetstagare som utstationeras via en arbetsgivare är skyddet även tillämpligt på uthyrd utstationerad arbetskraft.¹⁵ Vid en sådan situation aktualiseras *bemanningsdirektivet*¹⁶ och andra bestämmelser om hyrd arbetskraft. Syftet med uppsatsen är förvisso att studera det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare men på grund av det begränsade utrymmet kommer uppsatsen inte beröra den typen av utstationering som inkluderar en tredje part i anställningsförhållandet.

Vidare är det rätten till fackliga stridsåtgärder som ligger till grund för genomförandet av den svenska lagstiftningen för utstationerade arbetstagare. Det är ett område som har varit väl berört när det kommer till utstationering och var aktuellt i bland annat *Lavaldomen*.¹⁷ Detta område, som indirekt utgör en del av det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare, berörs i den mån det är av relevans för studien men är likväl inte en del av det huvudsakliga syftet.

Genom *tillämpningsdirektivet*¹⁸ upprättades mer administrativa bestämmelser gällande utstationering som skulle förenkla för medlemsstaterna att ta del av arbetsmarknadsregler och

¹⁵ Se art. 1.3 c Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.

¹⁷ Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809.

¹⁸ 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.

öka transparensen. Dessutom har det även skapat bättre möjligheter för medlemsstaterna att kontrollera de utstationerande arbetsgivarna så att bland annat löner betalas ut korrekt.¹⁹ Direktivet utgör ytterligare en gren som förvisso hade varit av intresse att inkludera i uppsatsen. Men då det hade inneburit en relativt ingående genomgång som i slutändan inte hade blivit av särskilt stor relevans för att uppnå syftet valde jag att exkludera direktivet på grund av det begränsade utrymmet.

1.4 Metod och material

Ur ett rättsvetenskapligt perspektiv är metoden och valet av metod centrala delar. Metoden leder forskaren från en formulerad frågeställning till en eventuell slutsats genom tolkning och analys av väsentligt material.²⁰ Syftet med uppsatsen påverkar valet av metod som sålunda påverkar vilket material som blir av intresse att analysera.²¹ Uppsatsen och dess syfte tar sin utgångspunkt i fastställande av det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare men kräver också en analys av detta för att kunna utröna eventuella problem. Av den anledningen har den rättsanalytiska metoden använts då den bäst motsvarar syftet som vill uppnås. Den rättsanalytiska metoden har sitt ursprung i rättsdogmatisk metod vars främsta uppgift är att fastställa gällande rätt, *de lege lata*.²² Rättsanalytisk metod inkluderar fastställande av gällande rätt med tillåter ett friare förhållningssätt som skapar spelrum för en mer nyanserad analys.²³ Första delen av uppsatsen är oundvikligen mer deskriptiv än analytisk då en analys av rätten kräver någon form av rättsbeskrivning innan den sedan kan analyseras.²⁴

Även EU-rättslig metod har varit av värde då mycket av det relevanta materialet som jag arbetat med under uppsatsens gång har varit EU-rättsligt. EU-rättslig metod beskriver och förklarar hur olika EU-rättskällor ska tolkas men också hur EU-domstolens tolkningsmetod är konstruerad.²⁵ Vid konstruktionen av gällande EU-rätt har jag arbetat med rättskällorna fördrag, direktiv och praxis. Fördragen utgör primärrätt och står överst i normhierarkin vilket innebär att den sekundära rätten, till exempel direktiv och praxis, alltid står som underordnad denna.²⁶ Det är

¹⁹ N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 21 f.

²⁰ Jfr C Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* 4:1 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2018) 43 f.

²¹ E Trolle Önerfors & H Wenander, *Att skriva rätt* 2:1 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2019) 20.

²² C Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* 4:1 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2018) 50, B Lehrberg, *Praktisk juridisk metod* 10:1 uppl (Uppsala, Iusté 2018) 207.

²³ Jfr C Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare* 4:1 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2018) 52.

²⁴ *Ibid* 79.

²⁵ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 36 f.

²⁶ *Ibid* 41 f.

därför av stor vikt att läsa sekundärrätten i ljuset av primärrätten. Rättspraxis från EU-domstolen utgör vidare en väsentlig del av att kunna fastställa EU-rätten då den utformats på ett vis som närmast skulle kunna jämföras med *Common law* där rätten till stor del är domarskap.²⁷ Den skrivna EU-rätten ger sällan tydlig vägledning då den utformats på ett relativt vagt vis vilket ger praxis en stark ställning för att förstå hur rätten ska tillämpas.²⁸ Vid val av praxis har jag tagit hjälp av relevant doktrin, litteratur och avhandling som har lett mig till domar som varit av betydelse för att förstå den relevanta rätten. Därutöver har en del av urvalet grundat sig i domar som EU-domstolen refererat till ett flertal gånger. *EUR-Lex* och *Curia* har gett mig tillgång till EU-domstolens praxis men också andra dokument såsom kommissionens förslag till direktiv.

Det finns ett stort urval av EU-rättslig doktrin som berör området för utstationering. Doktrinen hjälper till att skapa en vidareutveckling av EU-rätten vilken även lyfter fram aktuella ämnen och problem som än är olösta.²⁹ Av den anledningen har EU-rättslig doktrin varit av stor betydelse under arbetets gång för att förstå rättsläget och problematik.

Konstruktionen av den gällande rätten i Sverige har bestått av relevant lagstiftning, förarbeten och kollektivavtal. Lagen presenterar konkret vad som är gällande rätt men för att få en djupare förståelse för innehållet och hur det tillämpas har det varit väsentligt att gå till förarbeten till lagen i form av statens offentliga utredningar (SOU) och propositioner.³⁰ Kollektivavtal har utgjort en viktig del då mycket av det materiella skyddet för utstationerade arbetstagare i Sverige regleras av arbetsmarknadens parter.³¹ Kollektivavtalen har studerats i ljuset av den svenska rättens förhållande till EU-rätten och kontexten av att det ska råda fri rörlighet för tjänster för att på så vis medvetandegöra eventuella bestämmelser som skulle kunna inskränka på den fria rörligheten. Det är även viktigt att lyfta fram att EU-rätten är en integrerad del av den svenska rätten vilket sålunda innebär att även denna måste beaktas vid konstruktionen av den svenska gällande rätten.³²

²⁷ Se J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 41 & 49.

²⁸ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 49, jfr även U Bernitz, 3. *Europarätten* i U Bernitz (red.), *Finna rätt* 13 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2014) 70.

²⁹ U Bernitz & A Kjellgren, *Europarättens grunder* 6 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2018) 209.

³⁰ M Leijonhufvud, 5. *Förfaranden* i U Bernitz (red.), *Finna rätt* 13 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2014) 111.

³¹ T.ex. regleras minimilön genom kollektivavtal då det inte finns någon lagstadgad minimilön i Sverige.

³² B Lehrberg, *Praktisk juridisk metod* 10:1 uppl (Uppsala, Iusté 2018) 113.

I den analytiska delen av uppsatsen har jag, förutom materialet som presenterar gällande rätt, använt mig av doktrin, litteratur, avhandling och en rapport för att få en inblick i vilka resonemang som finns idag. Det har också hjälpt mig att se på det rättsliga förhållande ur både ett EU-perspektiv och ett svenskt arbetsrättsperspektiv. SOU har även varit till hjälp då jag upplevt att utredningar har gett en tydlig och övergripande bild över de situationer som har varit aktuella.

2 Den fria rörligheten för tjänster och den EU-rättsliga regleringen vid utstationering av arbetstagare

2.1 Den fria rörligheten för tjänster

Artikel 26.2 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) stadgar att det ska råda fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital.³³ Denna grundprincip är ett led i förverkligandet av ett område utan inre gränser så att EU på så vis kan uppnå de ekonomiska mål unionen strävar efter, det vill säga en inre marknad med hög konkurrens.³⁴ De fyra friheterna har ett nära samspel med varandra men på grund av deras olika innebörd har EU-domstolen gjort vissa distinktioner och åtskillnader när det bland annat kommer till tolkningen av dessa. Tillämpning av olika grundprinciper utvecklade i praxis har dock visat sig vara applicerbara på inte endast en av friheterna utan flera.³⁵ Den fria rörligheten för tjänster utgör en betydande roll på den inre marknaden och skapade även förändringar på den svenska arbetsmarknaden då Sverige gick med i EU.³⁶ Ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster öppnar även upp för begreppet om utstationering varför den fria rörligheten för tjänster nu kommer presenteras mer ingående.

Rätten till tjänsters fria rörlighet regleras i artiklarna 56–62 FEUF. Artikel 56 stadgar att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster ska förbjudas så att det råder full frihet att tillhandahålla tjänster på den inre marknaden inom unionen.³⁷ Det innebär med andra ord att arbetsgivare har full rätt att erbjuda och tillhandahålla tjänster i andra medlemsstater än medlemsstaten där arbetsgivaren har sitt säte. Den fria rörligheten för tjänster tillämpas när tillhandahållandet av en tjänst är av tillfällig karaktär. Vid en mer permanent karaktär tillämpas istället bestämmelserna om etableringsrätt enligt artikel 49 FEUF, vars bestämmelser inte är av relevans för uppsatsen att gå närmare in på.³⁸

Tjänster definieras i fördragets mening som ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och

³³ Art. 26.2 FEUF.

³⁴ Se B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 101.

³⁵ Jfr C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 215 f.

³⁶ K Lundberg m.fl., *Juridik: civilrätt, straffrätt, processrätt* 4 uppl (Stockholm, Sanoma utbildning 2017) 325.

³⁷ Se Art. 56 FEUF.

³⁸ C Barnard, A Ludlow, *Free movement of services, migration and leaving the EU*, National Institute Economic review, vol. 236 (2016) 23.

personer.”³⁹ Sådana tjänster ska dessutom avse verksamhet så som av industriell eller kommersiell natur eller inom hantverk alternativt fria yrken.⁴⁰ Trots att alla nationella hinder ska avskaffas för att tjänster fritt ska kunna tillhandahållas över medlemsstaternas gränser har det utvecklats undantag där inskränkningar kan vara tillåtna.

2.2 Inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster

Utgångspunkten vid stadgandet av den fria rörligheten för tjänster, såväl som de andra tre friheterna, var att skapa ett förbud mot direkt och indirekt diskriminering p.g.a. nationalitet.⁴¹ Diskrimineringsförbudet kan härledas tillbaka till artikel 18 FEUF och tillämpas i detta fall i kontexten av fri rörlighet.⁴² Förbudet innebär att nationella åtgärder som hindrar den fria rörligheten på grund av att de är diskriminerande för andra medlemsstater måste förändras så att de ligger i linje med EU-rätten och grundprincipen om fri rörlighet. Med tiden har det dock utvecklats ytterligare metoder för att förhindra nationella regleringar eller åtgärder från att göra inskränkningar på den fria rörligheten. Till viss del har EU-domstolen skiftat fokus som har lett till att domstolen nuförtiden lägger mer vikt vid vilka begränsningar en viss regel eller åtgärd kan utgöra snarare om den är diskriminerande eller ej.⁴³

Vid bedömningen om huruvida nationella åtgärder innebär eventuella inskränkningar av den fria rörligheten arbetar EU-domstolen utifrån en modell som tar upp tre frågor.⁴⁴ Den första frågan som ställs är om åtgärden utgör en *begränsning* av den fria rörligheten så som den erkänns i fördraget. Om svaret på den frågan är ’ja’ ställs frågan om åtgärden kan *rättfärdigas*. Kan åtgärden rättfärdigas ställs slutligen frågan om åtgärden är *proportionerlig*.⁴⁵ En regel eller åtgärd som hämmar den fria rörligheten eller gör det mindre attraktivt att utöva någon av de grundläggande friheterna kan alltså berättigas om den kan rättfärdigas och anses proportionerlig.

Modellen har utvecklats ytterligare genom praxis där EU-domstolen ställer upp ett antal krav gällande de två sista frågorna som rör *rättfärdigande* och *proportionalitet*.⁴⁶ Kraven, eller

³⁹ Art. 57 FEUF.

⁴⁰ Art. 57 st. 2 FEUF.

⁴¹ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 101.

⁴² C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 223.

⁴³ Ibid 224.

⁴⁴ N Shuibhne, *The coherence of EU free movement law* (Oxford, Oxford University Press 2014) 24.

⁴⁵ Ibid 24.

⁴⁶ Jfr B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 102. C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 226. Kraven förtydligades i dom *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, p 37.

kriterierna, som uppställs för att en hindrande åtgärd ska vara tillåten presenteras tydligt i EU-domstolens dom *Gebhard*.⁴⁷ Där stadgas, för att nationella åtgärder som har en begränsande effekt av de fyra friheterna ska vara tillåtna måste åtgärderna tillämpas på ett icke-diskriminerande vis och ska framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse. Vidare ska åtgärderna vara lämpliga för att säkerställa förverkligande av de mål som åtgärderna syftar till att uppnå och slutligen får inte åtgärderna gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen.⁴⁸

2.2.1 Trängande allmänintresse

Vad som motiveras som ett trängande allmänintresse kan variera och påverkas sålunda av den aktuella situationen.⁴⁹ I EU-domstolens dom *Cassis de Dijon*⁵⁰ kom allmänintresset till uttryck första gången där det då stadgades att, bland annat, skydd för folkhälsa eller konsumentskydd kunde utgöra sådant trängande allmänintresse som kunde motivera en inskränkning av den fria rörligheten.⁵¹ Av domen *Webb*⁵², som handlade om uthyrning av arbetskraft framgick att skydd för arbetstagare också kan ses som ett trängande allmänintresse att motivera en nationell åtgärd med.⁵³

De två sista kriterierna från *Gebhard* har emellertid att göra med frågan om proportionalitet och proportionalitetsbedömningen som säkerställer att begränsande åtgärder inte blir alltför långtgående.⁵⁴

2.2.2 Proportionalitetsbedömning

Proportionalitetsprincipen kan förklaras som ett kontrollinstrument vilket styr hur EU ska handla.⁵⁵ Principen hjälper till att försäkra att begränsande åtgärder inom unionen inte sträcker

⁴⁷ C Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms* 6 uppl (Oxford, Oxford University Press 2019) 503, C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 226, dom *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, p 37

⁴⁸ Dom *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, p 37, J Hettne, *EU-rättslig metod 2:2* uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 103, C Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms* 6 uppl (Oxford, Oxford University Press 2019) 503.

⁴⁹ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 228.

⁵⁰ Dom *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42, C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 227 f, C Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms* 6 uppl (Oxford, Oxford University Press 2019) 88 ff.

⁵¹ Dom *Cassis de Dijon*, 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 p 8.

⁵² Dom *Webb*, 279:80, ECLI:EU:C:1981:314, C Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms* 6 uppl (Oxford, Oxford University Press 2019) 504.

⁵³ Dom *Webb*, 279:80, ECLI:EU:C:1981:314 p 17.

⁵⁴ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten*, 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 226, J Hettne, *EU-rättslig metod 2:2* uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 102.

⁵⁵ J Hettne, *EU-rättslig metod 2:2* uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 81 & 102.

sig längre än vad som anses proportionerligt i förhållandet till de mål som vill uppnås med en åtgärd.⁵⁶ Därtill sätter principen gränserna för i vilken utsträckning medlemsstaterna kan upprätta begränsningar av regleringarna om fri rörlighet.⁵⁷ Förenklat kan sägas att det finns två olika typer av proportionalitetsbedömningar som EU-domstolen gör. Den ena riktar in sig på unionslagstiftarens möjlighet att handla och den andra riktar in sig på nationella åtgärder.⁵⁸ Av relevans för denna uppsats är den senare formen av bedömning som fokuserar på nationella åtgärders hindrande verkan. EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen tillämpat principen för att säkerställa att legitima hinder eller åtgärder inte orsakar alltför kraftiga begränsningar på den inre marknaden.⁵⁹ Sålunda hjälper proportionalitetsprincipen till vid avvägningar mellan principen om, och rätten till, fri rörlighet och andra frågor som anses viktiga ur nationell synvinkel att skydda.⁶⁰

Vid bedömningen om huruvida en åtgärd är proportionerlig eller ej ställs ett par kriterier upp. För det första bör frågan ställas om åtgärden är lämplig för att tillgodose målet med åtgärden. För det andra, se till nödvändigheten av åtgärden. Det vill säga, är det absolut nödvändigt att vidta en specifik åtgärd för att ändamålet ska uppfyllas eller finns det mindre ingripande åtgärder som likväl gör att målet uppnås? För det tredje bör också konsekvenserna av åtgärden tas i hänsyn och huruvida de kan anses stå i proportion till eventuella negativa effekter av åtgärden.⁶¹

2.3 EU-rätten och dess förhållande till nationell rätt

EU-rätten som sådan är en självständig rätt och utgör en egen rättsordning vilken alla medlemsstater har en skyldighet att följa och integrera i den nationella rätten.⁶² I förhållande till nationell rätt har EU-rätten företrädesrätt.⁶³ Företrädesrätten kan härledas tillbaka till lojalitetsprincipen i artikel 4.3 FEU och innebär att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa EU-rättens genomslag.⁶⁴ Således innebär det att om en nationell

⁵⁶ Se art. 5.4 FEU för proportionalitetsprincipen, J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 102, B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 49.

⁵⁷ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 260

⁵⁸ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 260, jfr U Bernitz & A Kjellgren, *Europarättens grunder* 6 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2018) 46 f.

⁵⁹ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 102.

⁶⁰ *Ibid* 102.

⁶¹ N Shuibhne, *The coherence of EU free movement law* (Oxford, Oxford University Press 2014) 27, B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 49.

⁶² B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 34.

⁶³ Se J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 173. Dom *Costa mot ENEL*, mål 6/64 presenteras som det första målet som klargör för förhållandet mellan EU-rätt och nationell rätt.

⁶⁴ Art. 4.3 FEU, jfr J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 83.

bestämmelse står i strid mot en EU-rättslig bestämmelse måste den nationella bestämmelsen ge vika. Ett sådant rättsligt förhållande försäkras EU-rättens genomslagskraft vilken annars skulle kunna variera mellan medlemsstaterna och motsäga den gemenskap EU står för.⁶⁵

Arbetsrätten är ingen egen rätt inom EU utan faller inom det området som kallas socialpolitik.⁶⁶ Inom det området har EU delad befogenhet med medlemsstaterna vilket innebär att så länge EU inte har gått in och reglerat ett visst område är medlemsstaterna fria att lagstifta på det området. Motsatsvis begränsas medlemsstaternas befogenhet att lagstifta om EU väljer att utöva sin befogenhet.⁶⁷

Vidare framgår av artikel 52.2 FEUF att unionen kan utfärda direktiv gällande det området inom den fria rörligheten som reglerar tjänsters fria rörlighet. Direktiv utgör den vanligaste formen av EU-reglering på arbetsrättens område.⁶⁸ Syftet med direktiv är att skapa en harmonisering mellan medlemsstaterna inom ett specifikt område samtidigt som varje medlemsstat har möjlighet att anpassa direktivbestämmelserna till den nationella strukturen. Form och tillvägagångssätt för implementeringen kan därför se annorlunda ut från stat till stat men uppnår, om implementeringen är korrekt, samma resultat.⁶⁹ Direktiv måste således implementeras i den nationella lagstiftningen för att bli tillämpliga. Regleringarna för utstationering av arbetstagare har uppkommit genom ett par olika direktiv. Det första direktivet som antogs och som är av störst relevans, direktiv 96/71/EG (nedan kallad utstationeringsdirektivet), inspirerades av EU-domstolens dom *Rush Portuguesa* vilken gällde den fria rörligheten för tjänster.⁷⁰

⁶⁵ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 174.

⁶⁶ M Glavå, *Arbetsrätt* 3:2 uppl (Lund, Studentlitteratur 2016) 567, B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 119.

⁶⁷ U Bernitz & A Kjellgren, *Europarättens grunder* 6 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2018) 41, C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 72, se även art. 4 FEUF om delad befogenhet.

⁶⁸ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 41.

⁶⁹ J Hettne, *EU-rättslig metod* 2:2 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2011) 178 f.

⁷⁰ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 64. Dom *Rush Portuguesa*, C-113/89, EU:C:1990:142.

2.4 Utstationeringsdirektivet

2.4.1 Bakgrunden till uppkomsten av utstationeringsdirektivet

Innan utstationeringsdirektivets uppkomst 1996 fanns det ingen tydlig reglering eller lagstiftning som angav vilka förutsättningar som skulle gälla vid utstationering av arbetstagare. Romfördraget⁷¹ erkände rätten för företag att tillhandahålla tjänster i andra medlemsstater på samma villkor som de nationella företagen men någon tydligare reglering fanns inte.⁷² I takt med att unionen expanderade och tillhandahållande av tjänster över gränserna blev allt vanligare uppstod problem gällande snedvriden konkurrens och år 1990 kom EU-domstolens dom, se nedan, i målet *Rush Portuguesa* vilken sedan kom att utgöra inspiration för utstationeringsdirektivet.⁷³

Målet rörde ett portugisiskt företag, *Rush Portuguesa Lda*, som tecknat ett underentreprenadavtal med ett franskt företag för att utföra arbete i Frankrike i samband med byggandet av en järnväg. Det portugisiska företaget medförde sin egen arbetskraft från Portugal men enligt den franska lagen *code du travail* uppfyllde inte *Rush Portuguesa* de kraven som gällde för avlönat arbete inom Frankrikes territorium då Portugal nyligen blivit medlemmar i EU och fortfarande gick under anslutningsfördraget.⁷⁴

EU-domstolen kom fram till att den franska lagen utgjorde hinder för den fria rörligheten för tjänster genom att kräva arbetstillstånd av *Rush Portuguesa* under tiden arbetet skulle utföras då detta medförde diskriminering i förhållande till de konkurrenter som var etablerade i värdmedlemsstaten.⁷⁵ Vidare uttalade domstolen att EU-rätten, då kallad gemenskapsrätten, likväl inte hindrar medlemsstater från att utvidga nationell lagstiftning eller kollektivavtal tecknade av arbetsmarknadens parter till att gälla alla som utför arbete inom värdmedlemsstatens territorium, även om arbetet bara är tillfälligt.⁷⁶ Med andra ord innebar domstolens uttalande att medlemsstaterna gavs rätten att kräva lagstiftade minimivåer av utländska företag under tiden de utförde arbete i värdmedlemsstaten. Följaktligen var det detta ställningstagandet som utgjorde inspiration för utformningen av utstationeringsdirektivet.⁷⁷

⁷¹ Har reviderats ett antal gånger och är idag FEUF.

⁷² N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 15.

⁷³ *Ibid* 16.

⁷⁴ Dom *Rush Portuguesa*, C-113/89, EU:C:1990:142 p 2–4.

⁷⁵ *Ibid* p 12.

⁷⁶ *Ibid* p 18.

⁷⁷ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 64, N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 16.

År 1996 antogs utstationeringsdirektivet vilket grundade sig i reglerna om fri rörlighet för tjänster och ovan berörda dom.⁷⁸ Avskaffande av eventuella hinder för den fria rörligheten för tjänster utgör ett av unionens grundläggande mål och utstationeringsdirektivet betraktas således som en åtgärd för att uppnå målet.⁷⁹ Syftet med antagandet av direktivet var att eliminera hinder och osäkerheter vid utstationering av arbetstagare samt att förtydliga för medlemsstaterna vilka arbetsvillkor som skulle gälla när en utstationerad arbetstagare utförde arbete i en värdmedlemsstat.⁸⁰ Direktivet syftar framförallt till att skydda utstationerade arbetstagare då de utför arbete i en annan medlemsstat under en tillfällig period men likväl sägs direktivet skydda de lokala arbetstagarna i värdmedlemsstaterna från social dumpning och snedvriden konkurrens.⁸¹ Utstationeringsdirektivets lagvalsregler utgör s.k. *lex specialis* vilket innebär att de har getts företräde framför Rom I-förordningen, en förordning som vanligen fastställer vilken nationell lag som bör tillämpas på privaträttens område då mer än ett land är berörda.⁸²

2.4.2 Utstationeringsdirektivets tillämpningsområde

Enligt artikel 1.1 ska utstationeringsdirektivet äga tillämplighet på företag som är etablerade i en medlemsstat, ursprungsmedlemsstaten, och som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna utstationerar arbetstagare inom en annan medlemsstats, värdmedlemsstatens, territorium.⁸³ Vidare anger artikel 1.3 sådana gränsöverskridande åtgärder som enligt direktivet mening utgör utstationering. Under utstationeringstiden måste det även finnas ett anställningsförhållande mellan den utstationerade arbetstagaren och företaget som utstationerar.⁸⁴ Dessutom får inte företag etablerade i tredje land, det vill säga icke-medlemsstater, behandlas förmånligare än företag etablerade i medlemsstaterna.⁸⁵ En utstationerad arbetstagare definieras i direktivet som en arbetstagare vilken utför arbete under en begränsad tid i en annan medlemsstat än den medlemsstat arbetstagaren vanligen arbetar i.

⁷⁸ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 158.

⁷⁹ Se skäl 1 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁸⁰ COM(91) 230 final.

⁸¹ Ö Edström, *The free movement of services and the right to industrial action* i M Rönmar (red.), *EU industrial relations v. national industrial relations* 1 uppl (The Netherlands, Kluwer Law International 2008) 174.

⁸² Ö Edström, *The free movement of services and the right to industrial action* i M Rönmar (red.), *EU industrial relations v. national industrial relations* 1 uppl (The Netherlands, Kluwer Law International 2008) 174, B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 159, se art. 1.1 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I) för dess tillämpningsområde.

⁸³ Art. 1.1 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁸⁴ Art. 1.3 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁸⁵ Art. 1.4 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

Arbetstagarbegreppet ska vidare avse det begreppet som tillämpas i rätten i värdmedlemsstaten.⁸⁶

Som nämnt ovan är det huvudsakliga syftet med direktivet bland annat att skydda de utstationerade arbetstagarna. För att uppnå det har direktivet lyft fram olika områden som ska garanteras arbetstagarna under en utstationering. Tillsammans utgör det den *hårda kärnan* vilken nu presenteras i avsnitt 2.4.3 nedan.

2.4.3 Den hårda kärnan

Utstationering ger upphov till problematik kring vilken medlemsstats arbetsrätt som ska tillämpas under en utstationeringsperiod.⁸⁷ Av skäl 13 och 14 i utstationeringsdirektivet framgår att det i medlemsstaternas lagstiftning därför bör finnas en *hård kärna* av tvingande regler för minimiskydd som ska garanteras utstationerade arbetstagare. Reglerna ska följas av den som tillhandahåller tjänster i en värdmedlemsstat oberoende av hur lång utstationeringstiden är.⁸⁸ På så vis tvingas utstationerande arbetsgivare att tillämpa utvalda bestämmelser i värdmedlemsstatens arbetsrättsreglering. Den *hårda kärnan* definieras vidare i artikel 3.1 där följande arbets- och anställningsvillkor, fastställda i lag eller andra författningar och/eller kollektivavtal eller skiljedomar som allmängiltigförklarats enligt 3.8, ska garanteras utstationerade arbetstagare:

- a) Längsta arbetstid och kortaste vilotid.
- b) Minsta antal betalda semesterdagar per år.
- c) Minimilön, som också ska inkludera övertidsersättning dock inte yrkesanknutna tilläggs pensionssystem.
- d) Villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft.
- e) Säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen.
- f) Skyddsåtgärder för gravida kvinnor, kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga.

⁸⁶ Art. 2.1 & 2.2 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁸⁷ Skäl 6 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁸⁸ Skäl 13 & 14 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

g) Lika behandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling.⁸⁹

Artikeln ger inte någon mer ingående information om det materiella innehållet i den *hårda kärnan*, det har istället kunnat utläsas genom praxis.

I domstolens dom *Sähköalojen*⁹⁰ som rörde hur minimilön skulle fastställas när ett polskt företag utstationerade arbetstagare till Finland, uttalade sig EU-domstolen om minimiskyddet i artikel 3.1. Domstolen förklarade att direktivet ger information om vad minimiskyddet ska beröra men att det materiella innehållet inte är harmoniserat genom direktivet.⁹¹ Syftet med artikel 3 är sålunda inte att harmonisera medlemsstaternas arbetsrätt och arbetsvillkor utan snarare ange vilka obligatoriska områden i värdmedlemsstaten som ska respekteras av den som tillhandahåller tjänster.⁹² I och med en sådan utformning kan nivån på minimiskyddet variera mellan medlemsstaterna.

Enligt artikel 3.7 i direktivet hindras inte medlemsstaterna att tillämpa arbets- och anställningsvillkor som är mer förmånliga för arbetstagarna.⁹³ Direktivet hindrar inte heller medlemsstaterna att ålägga nationella och utländska företag arbets- och anställningsvillkor på andra områden än de som berörs av direktivet i artikel 3.1 såvida det sker på samma villkor för alla företag oavsett medlemsstat och regleringarna rör *ordre public*.⁹⁴ Jag återkommer strax till begreppet *ordre public* men tänkte först säga något om artikel 3.7 och hur EU-domstolen har resonerat kring hur artikeln ska tolkas.

I den mycket uppmärksammade domen *Laval*⁹⁵ uttalade sig EU-domstolen om hur artikel 3.7 bör tolkas och vad en sådan tolkning således innebär.

Målet *Laval* handlade om det lettiska bolaget Laval un Partneri Ltd som utstationerade 35 arbetstagare i Sverige i samband med entreprenader som bedrevs av Lavals tidigare dotterbolag L&P Baltic Bygg AB. Laval hade tecknat ett kollektivavtal i Lettland med det

⁸⁹ Art. 3.1 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁹⁰ Dom *Sähköalojen* C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86.

⁹¹ Ibid p 31.

⁹² COM(91) 230 final 15.

⁹³ Art. 3.7 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁹⁴ Art. 3.10 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁹⁵ Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809

lettiska byggnadsarbetarförbundet men var inte bunden till svenskt kollektivavtal, som i det aktuella fallet rörde Byggnadsavtalet. Det svenska arbetstagarförbundet Byggettan krävde att Laval skulle ansluta sig till Byggnadsavtalet och att de utstationerade byggarbetarna skulle erhålla en lön som grundade sig på lönestatistik vilken var betydligt högre än vad facken hade fastställt för den aktuella perioden. När Laval inte anslöt sig till Byggnadsavtalet vidtog de svenska arbetstagarförbunden stridsåtgärder vilket slutligen ledde till att entreprenadkontraktet med Baltic hävdes och Baltic försattes kort därefter i konkurs.⁹⁶

De huvudsakliga frågorna i målet handlade om huruvida stridsåtgärderna som vidtogs stod i strid med EG-rätten och om den då gällande principen *lex Britannia* var förenlig eller ej med samma rätt.⁹⁷ Domstolen kom fram till att de vidtagna stridsåtgärderna *de facto* stred mot den fria rörligheten för tjänster och att *lex Britannia* utgjorde en så pass stor inskränkning av den fria rörligheten för tjänster att principen ansågs oförenlig med EG-rätten.⁹⁸

Angående artikel 3.7 var domstolens resonemang i *Laval* enligt följande. Trots att artikeln erkänner tillämpning av mer förmånliga villkor för arbetstagarna bör artikeln likväl inte tolkas så att villkor som går utöver det tvingande minimiskyddet i artikel 3.1 kan krävas av de som tillhanda håller tjänster i en värdmedlemsstat under en tillfällig period. Det finns dock inte något hinder för företag som är etablerade i en annan medlemsstat att frivilligt ansluta sig till, exempelvis, kollektivavtal i värdmedlemsstaten där avtalet erbjuder förmånligare villkor.⁹⁹

Artikel 3.10 första strecksatsen stadgar dock att medlemsstaterna har rätt att på samma villkor ålägga såväl nationella företag som företag etablerade i de andra medlemsstaterna arbets- och anställningsvillkor på andra områden än de som utgör minimiskyddet i artikel 3.1 om det rör *ordre public*.¹⁰⁰ Begreppet är franskt och kan närmast översättas till *allmän ordning*.¹⁰¹ Bestämmelser som rör *ordre public* ska vara av sådant slag att de är tvingande för att uppfylla krav som står i allmänhetens intresse.¹⁰² Det finns en hel del praxis från EU-domstolen där begreppet har berörts, bland annat gjorde domstolen en utförlig redogörelse av *ordre public* i

⁹⁶ Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809 p 27–38.

⁹⁷ *Ibid* p 40.

⁹⁸ *Ibid* p 121.

⁹⁹ *Ibid* p 80–81.

¹⁰⁰ Art. 3.10 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹⁰¹ KOM(2003) 458 slutgiltig 12.

¹⁰² *Ibid* 12.

ett av målen som tillhör *Laval-kvartetten*¹⁰³, *Kommissionen mot Luxemburg*.¹⁰⁴ Medlemsstaterna kvalificerar själva vilka bestämmelser som rör den allmänna ordningen men det ska vara frågan om bestämmelser:

” [...] som ansetts vara så avgörande för skyddet av den politiska, sociala eller ekonomiska ordningen i den berörda medlemsstaten att denna har bedömt att det är nödvändigt att föreskriva att de ska gälla för alla personer som befinner sig inom denna medlemsstats territorium och för alla rättsförhållanden inom denna medlemsstat [...]”.¹⁰⁵

Artikel 3.10 utgör ett undantag i utstationeringsdirektivet och i förlängningen även en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster. Således ska artikeln tolkas restriktivt då den i grunden avviker från en av EU:s grundläggande principer om fri rörlighet.¹⁰⁶ Det ursprungliga syftet var att bestämmelser rörande *ordre public* skulle omfatta grundläggande rättigheter och friheter vilket förklarar varför domstolen är så restriktiv i sin tolkning.¹⁰⁷ Domstolen motiverar också att en ensidig tolkning av *ordre public* från medlemsstaternas sida inte kan tillåtas föreligga då det skulle leda till en bristande kontroll för EU:s institutioner att skydda rätten till fri rörlighet och tillhandahållande av tjänster.¹⁰⁸

Sammanfattningsvis utgör den *hårda kärnan* enligt 3.1 det tvingande minimiskyddet som ska respekteras av alla medlemsstaterna. Medlemsstaterna har rätt att tillämpa förmånligare arbets- och anställningsvillkor men kan i grunden inte göra dessa tvingande för företag som är etablerade i andra medlemsstater såvida det inte rör *ordre public*. Sådana bestämmelser ska tolkas restriktivt och vara av sådan avgörande art att det anses nödvändigt för allmänhetens intresse att kräva sådana bestämmelser. Implementeringen av den *hårda kärnan* såväl som mer förmånliga bestämmelser som rör *ordre public* ska ske genom lagstiftning eller genom kollektivavtal som förklarats ha allmän giltighet, gäller för alla likartade företag eller ingåtts av

¹⁰³ Laval-kvartetten utgörs av fyra domar från EU-domstolen; dom *Laval* C-341/05, dom *Rüffert* C-346/06, dom *Kommissionen mot Luxemburg* C-319/06 & dom *Viking* C-438/05, vilka har gett upphov till en intensiv debatt, se J Malmberg, *Regulating posted work – Before and after the Laval quartet* i M Rönmmar (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Oxford, Hart 2011) 77.

¹⁰⁴ Dom *Kommissionen mot Luxemburg* C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350.

¹⁰⁵ Ibid p 29.

¹⁰⁶ Ibid p 49 & 50.

¹⁰⁷ Se KOM(2003) 458 slutgiltig 14.

¹⁰⁸ Jfr Dom *Kommissionen mot Luxemburg* C-319/06, ECLI:EU:C:2008:350 p 50.

de arbetsmarknadsorganisationerna som är mest representativa.¹⁰⁹ Hur direktivet berör detta presenteras nu här nedan.

2.4.4 Implementering av utstationeringsdirektivet genom kollektivavtal

Som nämnts ovan ska medlemsstaterna försäkra att den *hårda kärnan* av arbets- och anställningsvillkor är fastställd i lag, andra författningar, allmängiltiga kollektivavtal eller allmängiltiga skiljedomar.¹¹⁰ Lagar och andra författningar omfattar naturligt en hel medlemsstat och alla dess invånare varför direktivet inte definierar någon vidare innebörd av detta. Kollektivavtal och skiljedomar är dock utformade lite annorlunda och omfattar vanligen inte alla invånare i en medlemsstat om staten inte har allmängiltigförklaring av kollektivavtal, *erga omnes*. Således preciserar direktivet vilken innebörd allmängiltiga kollektivavtal har.

I artikel 3.8 definieras allmängiltiga kollektivavtal och skiljedomar som sådana kollektivavtal och skiljedomar vilka ska följas av alla företag i den berörda sektorn eller arbetet och som är inom det geografiska området som är aktuellt.¹¹¹ I vissa medlemsstater saknas det dock ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal och skiljedomar, exempelvis saknas sådan allmängiltigförklaring i Sverige. Medlemsstaterna kan då besluta att utgå från kollektivavtal eller skiljedomar som å ena sidan har allmän giltighet för alla företag i den sektorn som är aktuell, å andra sidan sådana kollektivavtal som de mest representativa parterna på arbetsmarknaden ingått på nationell nivå. En förutsättning för båda fallen är att alla berörda företag behandlas lika.¹¹² Det är således upp till medlemsstaterna att besluta i vilken eller vilka former de väljer att implementera direktivet.¹¹³

2.5 Ändringsdirektivet

Med bakgrund av dagens ekonomiska och sociala förhållande i medlemsstaterna ansåg kommissionen, 20 år efter antagandet av utstationeringsdirektivet, att direktivets syfte inte

¹⁰⁹ Art. 3.8 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹¹⁰ Art. 3.1 första och andra strecksatsen, Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹¹¹ Art. 3.8 första stycket, Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹¹² Art. 3.8 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹¹³ Direktivet skulle vara införlivat i den nationella lagstiftningen senast 16 december 1999 enligt art. 7 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

längre försäkrade en god balans mellan friheten att tillhandahålla tjänster i en lojal konkurrens på den inre marknaden och behovet att garantera utstationerade arbetstagare skydd för deras rättigheter.¹¹⁴ Den 28 juni 2018 antogs därför ändringsdirektivet.¹¹⁵ Genom ändringsdirektivet har ett flertal förändringar gjorts.

2.5.1 Lönebegreppet och andra ersättningar

Den huvudsakliga förändringen rör begreppet minimilön i artikel 3.1 c som byts ut mot begreppet lön vilket har en vidare mening.¹¹⁶ En sådan förändring innebär en ökad skyldighet för arbetsgivare att inkludera ersättningar i lönen som vissa medlemsstater tidigare inte nödvändigtvis har sett som en del av minimilönen, till exempel Ob-tillägg och bonusar.¹¹⁷ Kompletterande tjänstepensionssystem ska dock inte inkluderas.¹¹⁸ Medlemsstaterna måste numera specificera vilka olika ersättningar som inkluderas i begreppet lön inom medlemsstatens territorium vilka sedan måste respekteras av de arbetsgivare som utstationerar.¹¹⁹

De nya lönebestämmelserna bygger på en princip om ”lika lön för lika arbete på samma plats”, något som bland annat Sverige, Frankrike och Tyskland varit med och drivit igenom.¹²⁰ Principen sägs skapa lika förutsättningar för lokala och utstationerade arbetstagare så att konkurrensen på den inre marknaden kan grunda sig i produktivitet, effektivitet och arbetstagarna kompetensnivå.¹²¹ Alla medlemsstater har emellertid inte varit positiva till en ändring av utstationeringsdirektivet eller införandet av ”lika lön för lika arbete på samma plats”-principen.¹²² Bulgarien, Polen och Lettland, för att nämna några, menar istället att förändringarna är oförenliga med en rättvis konkurrens på den inre marknaden och att det snarare utgör en förtäckt protektionism då principen kan komma att innebära ökade kostnader för arbetsgivare i låglöneländerna.¹²³ Förutom förändringen av lönebegreppet utökas den *hårda*

¹¹⁴ COM(2016) 505 final 2.

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ Jfr art. 3.1 c Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, art. 3.1 c 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.

¹¹⁷ N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 25.

¹¹⁸ Art. 1.2 a 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.

¹¹⁹ MEMO/16/467

¹²⁰ Europeiska kommissionen, *Utstationering av arbetstagare i EU* (2017), COM(2016) 128 final 4.

¹²¹ Jfr skäl 16 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.

¹²² COM(2016) 128 final 5.

¹²³ COM(2016) 128 final 5, N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 28.

kärnan dessutom med två nya punkter gällande inkvartering och ersättningar för utgifter för resa, logi och kost i samband med att en arbetstagare, på grund av yrkesmässiga skäl, är borta från hemmet.¹²⁴

2.5.2 Införande av en tidsram

Det nya direktivet har även infört en tidsram för utstationeringens varaktighet.¹²⁵ Om en utstationering pågår längre än 12 månader, alternativt 18 månader i vissa fall, ska de utstationerade arbetstagarna omfattas av alla de arbets- och anställningsvillkor som tillämpas i värdmedlemsstaten under resterande period av utstationeringen.¹²⁶ Sådana arbets- och anställningsvillkor ska dock inte omfatta förfarande vid ingående eller uppsägning av anställningsavtal eller kompletterande tjänstepensionssystem.¹²⁷

¹²⁴ Art. 3.1 h & i 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.

¹²⁵ Se art. 1.2 b 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.

¹²⁶ Se art. 1.2 b 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.

¹²⁷ Art. 1.2 b 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.

3 Sveriges implementering av den EU-rättsliga regleringen gällande utstationering

3.1 EU-rätten som en del av den svenska arbetsrätten

Sverige har, genom sitt medlemskap i EU, en skyldighet att genomföra och tillämpa EU-rätten så att den svenska lagstiftningen och regleringen är förenlig med denna.¹²⁸ Genom integreringen har EU-rätten blivit en del av den svenska rättsordningen och behandlas därmed, i de flesta fall, så som svenskt rättskällematerial behandlas.¹²⁹ Som nämnt tidigare tillhör arbetsrätten socialpolitikens område inom EU.¹³⁰ I Sverige däremot, utgör inte socialpolitiken en del av arbetsrättens område utan ses som ett separat socialförsäkringsrättsområde. Rättsområdet för socialförsäkring överlappar dock till viss del arbetsrättens område genom skyldigheten arbetsgivare har att betala arbetsgivaravgifter.¹³¹

Arbetsrätten brukar vanligen delas upp i individuell kontra kollektiv arbetsrätt där den senare har kollektivavtalet som det primära avtalet.¹³² Den individuella arbetsrätten blir av relativt liten relevans i denna uppsats, följaktligen syftar jag i fortsättningen, till den kollektiva arbetsrätten då det är kollektiva regleringar som blir av intresse för att uppnå mitt syfte. Det lämpar sig därför att kort redogöra för delar av den kollektiva arbetsrätten så att läsaren ges en tydligare bild av hur denna är konstruerad samt hur EU-rätten gör sig påmind på detta området.

3.2 Svensk arbetsrätt och kollektivavtalets betydelse

Den svenska arbetsrätten karakteriseras till stor del av arbetsmarknadsparternas autonomi att reglera arbets- och anställningsvillkor utan någon större inblandning av staten.¹³³ Det innebär vidare att det inte finns något system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal då ett sådant system hade blandat in staten i större utsträckning.¹³⁴ Likväl omfattas en stor majoritet på den svenska arbetsmarknaden av kollektivavtal, alternativt hängavtal.¹³⁵ Den kollektiva

¹²⁸ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 66.

¹²⁹ M Glavå, *Arbetsrätt* 3:2 uppl (Lund, Studentlitteratur 2016) 118.

¹³⁰ Ibid 119.

¹³¹ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 77.

¹³² Ibid 77.

¹³³ M Rönmar, *Sweden* i M Freedland, J Prassl (red), *Viking, Laval and Beyond* (Oxford, Hart 2014) 242, Ö Edström, *The free movement of services and the right to industrial action* i M Rönmar (red.), *EU industrial relations v. national industrial relations* 1 uppl (The Netherlands, Kluwer Law International 2008) 188.

¹³⁴ Ö Edström, *The free movement of services and the right to industrial action* i M Rönmar (red.), *EU industrial relations v. national industrial relations* 1 uppl (The Netherlands, Kluwer Law International 2008) 188.

¹³⁵ Cirka 88 procent av arbetsmarknaden omfattas, se Medlingsinstitutets årsrapport 2018.

arbetsrättens syfte och kollektivavtalets funktion är att genom förhandlingar skapa en maktbalans mellan arbetsgivare och arbetstagare för att på så vis tillförsäkra arbetstagare bra arbets- och anställningsvillkor.¹³⁶ Kollektivavtalet spelar sålunda en stor roll då mycket av lagstiftningen på arbetsrättens område är semidispositiv och kan avtals bort med kollektivavtal. Integreringen av EU-rätten gör sig dock påmind genom vissa tvingande regler eller minimiskydd som inte får avtalas bort eller göras mindre förmånliga med kollektivavtal.¹³⁷ Eftersom det inte finns någon lagstadgad minimilön i Sverige blir avtalet även avgörande för att försäkra arbetstagare skälig lön för sitt arbete.¹³⁸

En frånvaro av lagstadgad minimilön och *erga omnes*-effekt har inneburit en del utmaningar för de svenska lagstiftarna gällande implementeringen av utstationeringsdirektivet då målet har varit att bevara den svenska arbetsmarknadsmodellen i så stor utsträckning som möjligt samtidigt som EU-rättens krav uppfylls.¹³⁹

3.3 Utstationeringslagen före implementering av ändringsdirektivet

År 1999 infördes Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare, nedan benämnd utstationeringslagen, för att på ett överskådligt vis kunna verkställa bestämmelserna i utstationeringsdirektivet.¹⁴⁰ Vid implementeringen av direktivet ansåg utredarna att det var viktigt att inte ändra på kollektivavtalssystemets fundament.¹⁴¹ Följaktligen innebar genomförandet av utstationeringsdirektivet en balansgång mellan att uppfylla EU-rätten och samtidigt bevara kollektivavtalets starka position. I grunden bygger genomförandet av direktivet på att arbetstagarorganisationer har rätt att vidta stridsåtgärder för att reglera vissa angivna arbets- och anställningsvillkor för utstationerade arbetstagare.¹⁴²

Sedan införandet har lagen varit föremål för revidering, bland annat efter *Lavaldomen* då EU-domstolen ansåg att den inte var helt i överensstämmelse med EU-rätten. Lagändringen, i kombination med lagändringarna i Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL)

¹³⁶ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 83.

¹³⁷ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 70, C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 95.

¹³⁸ Jfr B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 67.

¹³⁹ M Glavå, *Arbetsrätt* 3:2 uppl (Lund, Studentlitteratur 2016) 571.

¹⁴⁰ SOU 1998:52 om utstationering av arbetstagare 10.

¹⁴¹ *Ibid* 37.

¹⁴² SOU 2019:25 om genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet 200.

under samma period, kom att kallas *lex Laval*.¹⁴³ Detta kommer dock beröras närmare längre ner i texten.

3.3.1 Lagens tillämpningsområde

Utstationeringslagen är tillämplig på alla arbetsgivare som är etablerade i ett annat land än Sverige och som under en tillfällig period tillhandahåller tjänster inom Sveriges territorium.¹⁴⁴ Lagen begränsas inte till att endast omfatta arbetsgivare etablerade i medlemsstaterna då detta skulle kunna leda till diskriminering av företag inom unionen vilket direkt strider mot artikel 1.4 i utstationeringsdirektivet som stadgar att företag i tredje land inte får behandlas förmånligare än företag etablerade i medlemsstaterna.¹⁴⁵ Under utstationeringen måste det råda ett anställningsförhållande mellan arbetsgivaren och den arbetstagare som utför arbete i Sverige under en begränsad tid men som i vanliga fall arbetar i ett annat land.¹⁴⁶ Arbetstagarbegreppet bestäms enligt svensk rätt och tar sin utgångspunkt i det civilrättsliga arbetstagarbegreppet.¹⁴⁷

3.3.2 Arbets- och anställningsvillkor motsvarande den hårda kärnan

5 § i utstationeringslagen reglerar de arbets- och anställningsvillkor som ska garanteras utstationerade arbetstagare, oberoende av lag som annars görs gällande på anställningsförhållandet. Bland annat ska en arbetsgivare tillämpa:

- bestämmelser i semesterlagen gällande; betalda semesterdagar, beräkning av semesterlön, semesterlönegrundande frånvaro, semesterersättning, skadestandsregler, regler vid övergång till ny arbetsgivare och särskilda bestämmelser om semesterlön,
- bestämmelser i föräldraledighetslagen om; mammaledighet, förbud mot missgynnande behandling p.g.a. föräldraledighet och regler om skadestånd,
- bestämmelser om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning samt skadestandsregler,
- bestämmelserna i diskrimineringslagen om förbud mot diskriminering och repressalier samt bestämmelser om diskrimineringsersättning och ogiltighetsförklaring.

¹⁴³ B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 175.

¹⁴⁴ 1 § Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

¹⁴⁵ Prop. 1998/99:90 avsnitt 5.2, art. 1.4 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹⁴⁶ 3 § 2 st & 4 § 1 st Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

¹⁴⁷ SOU 1998:52 om utstationering av arbetstagare 11, B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 175.

Dessutom ska arbetstidslagen och arbetsmiljölagen tillämpas i sin helhet, med vissa undantag.¹⁴⁸

Paragrafen hindrar inte arbetsgivaren från att tillämpa mer förmånliga villkor. Av propositionen till lagen framgår dock att det i första hand ska syfta till semesterbestämmelser. Om den utstationerade arbetstagaren har mer förmånliga semestervillkor i ursprungsmedlemsstaten än i värdmedlemsstaten ska sådana villkor fortsätta tillämpas under utstationeringstiden.¹⁴⁹

3.3.3 Reglering av minimilön

Till följd av att Sverige inte har någon lagstadgad minimilön finns det ingen lagreglering motsvarande artikel 3.1 c i utstationeringsdirektivet avseende lön. Det överläts således till arbetsmarknadens parter att fastställa lönen vilket karakteriserar den svenska arbetsmarknadsmodellen.¹⁵⁰ Detta har dock skapat problem då EU-domstolen, i samband med *Laval*, fastslog att Sverige inte använt de kollektivavtalslösningar som föreskrivs i utstationeringsdirektivets artikel 3.8.¹⁵¹ Domstolen konstaterade att de löner arbetsmarknadens parter har förhandlat fram inte utgör minimilöner och kan således inte krävas av företag som tillfälligt tillhandahåller tjänster i Sverige. Vidare skapar det problem för arbetsgivare som utstationerar att på ett lättillgängligt sätt få information om vilka villkor som gäller för minimilön.¹⁵² Enligt regeringens uppfattning motsatte sig dock inte EU-domstolen hur den svenska modellen var konstruerad för att reglera villkor för utstationerade arbetstagare, endast att det uttryckligen inte fanns information om aktuell minimilön, vilket medförde att själva modellen, där arbetsmarknadens parter ansvarar för lönesättning, ansågs förenlig med EU-rätten och därmed bibehölls.¹⁵³

Faktum kvarstod dock att svenska kollektivavtal inte uppfyllde de lösningar som direktivet hänvisade till i artikel 3.8. Men regeringen ansåg att de kollektivavtal som tecknas på central nivå har så pass hög täckningsgrad att de bör kunna sägas gälla allmänt så som direktivet

¹⁴⁸ Se undantag i 5 § 2 st Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare, finns även bestämmelser gällande utstationering av uthyrda arbetstagare i 5 § 3 st samma lag vilket jag inte kommer gå in på då det inte är relevant för uppsatsen.

¹⁴⁹ Prop. 1998/99:90 avsnitt 5.3.

¹⁵⁰ Prop. 2009/10:48 28.

¹⁵¹ Se M Glavå, *Arbetsrätt* 3:2 uppl (Lund, Studentlitteratur 2016) 570, Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809 p. 70.

¹⁵² Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809 p. 70–71

¹⁵³ Prop. 2009/10:48 28.

menar.¹⁵⁴ Regeringen kom fram till en lösning genom införandet av en lagändring i utstationeringslagen.

3.3.4 Lex Laval

Med anledning av *Lavaldomen* infördes år 2010 en ny 5 a § i utstationeringslagen som en åtgärd för att rätta svensk lagstiftning efter den nya rättspraxis som EU-domstolen utvecklade genom *Laval*.¹⁵⁵ Denna paragraf är en del av *lex Laval* och innebär att för att få vidta stridsåtgärder i syfte att reglera villkor för utstationerade arbetstagare via kollektivavtal måste ett antal kriterier vara uppfyllda.¹⁵⁶ De villkor som får krävas; måste överensstämma med villkor stadgade i ett centralt kollektivavtal som tillämpas på alla arbetstagare i den aktuella branschen, får bara avse minimilön och/eller andra minimivillkor på de områden som anges i 5 § samtidigt som de inte får utgöra hinder för tillämpning av villkor som är förmånligare för arbetstagarna och måste dessutom vara förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av 5 §.¹⁵⁷

År 2017 gjordes en revidering av *lex Laval* vilket resulterade i att svenska fackförbund gavs rätten att alltid kunna kräva svenska kollektivavtal, ytterst med stöd av stridsåtgärder, när arbetstagare utstationerades till Sverige.¹⁵⁸ Förändringen resulterade dock inte i att fackförbund gavs rätten att kräva villkor utöver minimivillkoren i den hårda kärnan. Därmed kvarstod faktum att två arbetstagare på samma arbetsplats med samma arbetsuppgifter kunde få helt olika lön. Regeringen var följaktligen fortsatt missnöjd då det ansågs vara orättvist gentemot arbetstagaren med sämre lön, men också gentemot företagen som betalade ut löner i enlighet med de svenska lönenivåerna.¹⁵⁹ Sverige har därför haft en betydande roll i att förändra utstationeringsdirektivet och införandet av principen om ”lika lön för lika arbete”.¹⁶⁰ Jag återkommer dock till detta längre ner i avsnitt 3.5.

¹⁵⁴ Ibid 30.

¹⁵⁵ J Malmberg, *Regulating posted work – Before and after the Laval quartet* i M Rönmar (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Oxford, Hart 2011) 80.

¹⁵⁶ 5 a § Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare, se även B Nyström, *EU och arbetsrätten 5:1* uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 176 för en liknande presentation.

¹⁵⁷ 5 a § 1 st Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

¹⁵⁸ Regeringen.se, *Lika lön för lika arbete inom EU blir verklighet* (2018).

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

3.4 Kollektivavtal för utstationerade arbetstagare

De kollektivavtal för utstationerade arbetstagare som studerats har i majoriteten av fallen varit utformade som hängavtal vilka därmed tecknas mellan en arbetsgivare och en arbetstagarorganisation.¹⁶¹ En utstationerande arbetsgivare kan välja att teckna ett sådant avtal under tiden en utstationering pågår. Sådana avtal tycks ha en förenklad utformning som i huvudsak reglerar arbetstid, semesterbestämmelser och löner samt andra ersättningar.¹⁶² Utöver sådana bestämmelser, vilka utgör en del av den *hårda kärnan*, återfinns även bestämmelser om avtalsförsäkringar. Innan jag presenterar de förmåner som regleras via kollektivavtal anser jag dock att det är viktigt att få en initial förståelse för de rättsverkningar kollektivavtal för utstationerade arbetstagare omfattas av.

3.4.1 Kollektivavtalets rättsverkningar i ljuset av EU-rätten

I Sverige betraktas arbetsmarknadens parter som privata subjekt och inte som en del i det offentlighetsliga systemet.¹⁶³ Ett sådant synsätt får således betydelse när det kommer till tillämpningen av EU-rätten då flertalet EU-rättsliga bestämmelser i första hand gäller relationen mellan staten och den enskilde (vertikal direkt effekt) och inte relationen mellan två privata subjekt (horisontell direkt effekt).¹⁶⁴ Då kollektivavtalet reglerar förhållandet mellan två privata subjekt undantas de, i majoriteten av fallen, från artikel 101 FEUF som reglerar konkurrensrätten och således även från fördragsreglerna. Däremot har EU-domstolen fastställt att kollektivavtal kan bli föremål för rättslig prövning om en sådan prövning gäller kollektivavtalets förenlighet med de fyra friheterna.¹⁶⁵ Regleringar i svenska kollektivavtal kan med andra ord prövas om en bestämmelse skulle verka diskriminerande, begränsa rätten till fri rörlighet eller göra det mindre attraktivt för andra medlemsstater att exempelvis tillhandahålla tjänster i Sverige.

¹⁶¹ Se t.ex. Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare, Kollektivavtal för utstationerade Pappers, Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare & IF Metalls kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, för ytterligare beskrivning av hängavtal se K Ahlström, *Kollektivavtal: formalia, giltighet och tolkning* 1 uppl (Stockholm, Norstedts Juridik 2013) 38 f.

¹⁶² Se t.ex. Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, IF Metalls kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare & Kollektivavtal för utstationerade Pappers.

¹⁶³ C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 217.

¹⁶⁴ Ibid 217.

¹⁶⁵ Ibid 217, för en utförlig presentation om konkurrensrätten och *Albanyundantaget* se C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) kap 5.

3.4.2 Kollektivavtalsreglerade försäkringar

Av 5 § fjärde stycket i utstationeringslagen framgår att en arbetsgivare har rätt att tillämpa mer förmånliga villkor för arbetstagare än vad som stadgas i lagen.¹⁶⁶ Kollektivavtal kan således bidra med ett starkare skydd än det skydd som utstationerade arbetstagare tillförsäkras genom utstationeringslagen.¹⁶⁷ I samband med att en arbetsgivare som tillhandahåller tjänster i Sverige under en tillfällig period tecknar ett svenskt kollektivavtal gör sig denna skyldig till att även teckna försäkringsavtal med de försäkringsbolag som anges i det aktuella kollektivavtalet.¹⁶⁸ Med andra ord styr kollektivavtalet andra avtal som arbetsgivaren förbinder sig till att teckna i samma stund som denna förbinder sig till själva kollektivavtalet.¹⁶⁹ Vilka försäkringsbolag som ska användas och hur avtalsförsäkringarna ska vara utformade är upp till arbetsmarknadens parter att bestämma.¹⁷⁰

Sådana försäkringar som görs gällande via de kollektivavtal för utstationerade arbetstagare som har studerats i denna uppsats är: avtalsgruppsjukförsäkring (AGS), trygghetsförsäkring vid arbetsskada (TFA), tjänstegrupplivförsäkring (TGL), tjänstepension (Avtalspension SAF-LO) och premiefrielseförsäkring.¹⁷¹ Pågår utstationeringen i högst 12 månader är arbetsgivaren endast skyldig att teckna olycksfalls- och livförsäkring (TFA och TGL) samt i en del fall pensionsförsäkring.¹⁷²

AGS ger arbetstagaren rätt till ersättning för en del av inkomstbortfallet vid sjukdom om denne har rätt till sjukpenning. TFA skyddar arbetstagarna vid arbetsolycksfall, färdolycksfall samt arbetsjukdom. TGL ger ersättning till efterlevande i form av antingen grundbelopp, barnbelopp eller begravningshjälp om en försäkrad arbetstagare avlider. Slutligen är Avtalspension SAF-LO tjänstepensionen för arbetare inom den privata sektorn.¹⁷³ Tjänstepensionen betalas dock inte in av arbetsgivaren under de perioder arbetstagaren får andra ersättningar så som sjukpenning eller föräldrapenning, då blir istället premiefrielseförsäkringen aktuell.¹⁷⁴

¹⁶⁶ 5 § 4 st Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

¹⁶⁷ Sverigesbyggindustrier.se.

¹⁶⁸ T.ex. 13 § IF Metalls kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, 17 § Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare, 14 § Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare.

¹⁶⁹ Se C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 119.

¹⁷⁰ Ibid 119.

¹⁷¹ Fora.se *About the insurance agreement*, 17 § Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare.

¹⁷² 17 § Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare.

¹⁷³ Sverigesbyggindustrier.se.

¹⁷⁴ Sveriges byggindustrier.se, AFA försäkring.

Kollektivavtalen ska inte påverka förmåner som redan är gynnsammare än de som stadgas i avtalet vilket följaktligen innebär att om arbetstagaren har bättre villkor i ursprungsmedlemsstaten ska inte dem försämrats som en konsekvens av att arbetsgivaren tecknar ett svenskt kollektivavtal tillfälligt.¹⁷⁵

3.5 Implementering av ändringsdirektivet år 2020

Som nämnt ovan har den svenska regeringen varit en av de drivande krafterna bakom en revidering av utstationeringsdirektivet och införandet av principen om ”lika lön för lika arbete på samma plats”.¹⁷⁶ Enligt den tidigare arbetsmarknadsministern Ylva Johansson kommer en sådan princip resultera i en konkurrens som i större utsträckning grundar sig på vem som bäst utför arbete snarare än vem som betalar ut lägst löner.¹⁷⁷

Från och med den 30 juli år 2020 ska bestämmelserna i ändringsdirektivet tillämpas i Sverige genom de lagar eller författningar som antagits för att kunna genomföra direktivet.¹⁷⁸ Vid implementeringen har utredningen för genomförandet av ändringarna i utstationeringsdirektivet utgått från det befintliga system som finns för genomförandet av det ursprungliga utstationeringsdirektivet. Det innebär följaktligen en komplettering av den befintliga lagstiftningen för att på så vis följa de förpliktelser Sverige har gentemot EU genom sitt medlemskap.¹⁷⁹ Utredarna har bedömt att de ändringar som skett i utstationeringsdirektivets *hårda kärna* till största del rör villkor som saknar en motsvarande lagreglering i utstationeringslagen och därmed regleras via kollektivavtal.¹⁸⁰ På grund av den bedömningen föreslår utredningen att de ändringar som ska göras i utstationeringslagen riktar in sig på förutsättningarna för arbetstagarorganisationer att vidta stridsåtgärder för att kunna reglera villkoren för utstationerade arbetstagare genom kollektivavtal.¹⁸¹

¹⁷⁵ 15 § Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, 1 § IF Metalls kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, 13 § Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare.

¹⁷⁶ Regeringen.se, *Lika lön för lika arbete inom EU blir verklighet* (2018), N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 24.

¹⁷⁷ Regeringen.se, *Lika lön för lika arbete inom EU blir verklighet* (2018).

¹⁷⁸ SOU 2019:25 om genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet 217, art. 3.1 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.

¹⁷⁹ SOU 2019:25 om genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet 222.

¹⁸⁰ Ibid 12.

¹⁸¹ Ibid 12 & 78 f.

3.5.1 Lönebegreppet och ökad transparens

Ändringarna i utstationeringslagen kommer bland annat leda till att begreppet minimilön i lagen ändras till begreppet lön.¹⁸² En sådan förändring innebär, som nämnt ovan, att fler komponenter inkluderas i lönebegreppet, således ges svenska arbetstagarorganisationer rätten att driva igenom betydligt mer långtgående villkor om lön.¹⁸³ Villkoren får dock inte överstiga ersättningen som härletts från ett centralt kollektivavtal, på så vis riskerar inte utstationerande arbetsgivare att behandlas mindre förmånligt än svenska arbetsgivare i samma situation.¹⁸⁴ Genom utformningen är det följaktligen arbetstagarorganisationerna som kommer fastställa vilka lönekomponenterna som kan krävas av utstationerande arbetsgivare.¹⁸⁵ De lönekomponenterna måste göras offentliga på Arbetsmiljöverkets hemsida för att skapa en öppenhet och transparens gentemot de andra medlemsstaterna.¹⁸⁶ Vidare innebär genomförandet av ändringsdirektivet ett högre krav på kommunikation mellan den utstationerande arbetsgivaren och en arbetstagarorganisation för att kunna visa vilken del av den utstationerade arbetstagarens ersättning som är faktiskt lön och vad som är andra kostnader som uppkommit med anledning av utstationeringen.¹⁸⁷

3.5.2 Införandet av en tidsram för utstationering

I avsnitt 2.5.2 presenterades att det genom ändringsdirektivet införs en tidsram för utstationering som innebär att utstationerade arbetstagare ges rätt till i stort sett alla arbets- och anställningsvillkor i värdmedlemsstaten om en utstationering pågår i mer än 12 månader, alternativt 18 månader.¹⁸⁸ Utredarna anser inte att ändringsdirektivet kräver att alla villkor som blir tillämpliga, förutom de i den *hårda kärnan*, ska specificeras utan det räcker med att förtydliga att all svensk rätt som rör arbets- och anställningsvillkor, den s.k. individuella arbetsrätten, ska bli tillämplig på anställningsförhållandet, med undantag för de undantag som räknas upp i ändringsdirektivet.¹⁸⁹

¹⁸² Ibid 228.

¹⁸³ Se avsnitt 2.5.1 och SOU 2019:25 om genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet 228 f.

¹⁸⁴ SOU 2019:25 om genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet 12 & 83 f.

¹⁸⁵ Ibid 79.

¹⁸⁶ Ibid 23.

¹⁸⁷ Ibid 94 ff.

¹⁸⁸ Se avsnitt 2.5.2.

¹⁸⁹ SOU 2019:25 om genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet 151, se också avsnitt 2.5.1 för undantagen.

4 Analys

För att syftet med uppsatsen ska uppnås och frågeställningarna ska kunna besvaras kommer analysen bestå av tre huvudsakliga delar. Den första delen syftar till en sammanfattning och utredning av det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare. Det leder sedan in till den andra delen där uppsatsen kommer angripa problem som har identifierats under arbetets gång och som jag vill lyfta fram lite extra. Slutligen skiftar fokus till kollektivavtal för utstationerade där det kommer ske en diskussion kring omständigheter vilka skulle kunna verka hindrande för den fria rörligheten för tjänster.

4.1 Det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare

Genom utstationeringsdirektivet skyddas en miniminivå av rättigheter som ska garanteras utstationerade arbetstagare. Dessa rättigheter refereras till som den *hårda kärnan* vilken skapar ett ramverk av obligatoriska områden att reglera på nationell nivå men utgör likväl inte en harmonisering av det materiella innehållet mellan medlemsstaterna.¹⁹⁰ I grunden innebär ett sådant skydd att utstationerade arbetstagare endast kan garanteras ett rättsligt skydd på miniminivå. Vad en sådan konstruktion får för konsekvenser kommer diskuteras vidare i avsnitt 4.2.1.

I Sverige bygger det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare på att arbetstagarorganisationer har huvudansvaret för att tillförsäkra arbetstagarna skäliga villkor.¹⁹¹ Sverige har till stor del genomfört direktivet genom utstationeringslagen, som i sin tur reglerar arbetsmarknadsparternas handlingsutrymme att kräva arbets- och anställningsvillkor via kollektivavtal. Införandet av *lex Laval* och revideringen av denna innebar dock en begränsning för arbetsmarknadens parter där de således endast gavs rätten att kräva minimivillkor av utstationerande arbetsgivare.¹⁹²

Artikel 3.7 i utstationeringsdirektivet erkänner rätten för medlemsstaterna att tillämpa förmånligare villkor för utstationerade arbetstagare.¹⁹³ Medlemsstaterna får dock inte tvinga utstationerande arbetsgivare att tillämpa villkor som sträcker sig länge än vad minimiskyddet

¹⁹⁰ Se avsnitt 2.4.3.

¹⁹¹ Prop. 2016/17 107, 43.

¹⁹² Se avsnitt 3.3.4.

¹⁹³ Art. 3.7 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

gör.¹⁹⁴ Däremot hindras inte medlemsstaterna från att erbjuda mer förmånliga villkor via kollektivavtal. Sålunda finns det inget hinder för utstationerande arbetsgivare att tillämpa villkor på sina arbetstagare som överstiger miniminivåerna. Genom att inte göra förmånligare arbets- och anställningsvillkor tvingande för utstationerande arbetsgivare att tillämpa begränsas inskränkningen av den fria rörligheten för tjänster. Samtidigt begränsas då utstationerade arbetstagares möjlighet att tillförsäkras bättre arbets- och anställningsvillkor än vad minimiskyddet stadgar.

Utstationerade arbetstagare får dock ett förstärkt skydd genom antagandet av ändringsdirektivet.¹⁹⁵ Mycket tack vare att medlemsstaterna ges rätten att kräva lika lön för lika arbete. Detta visar att EU nuförtiden börjat flytta fokus och röra sig åt ett förhållningssätt som i större utsträckning kan innebära inskränkningar av grundprincipen om fri rörlighet, men som skapar ett starkare socialt skydd för den enskilda arbetstagaren. EU-domstolen verkar dock fortsatt restriktiva i sin bedömning varpå det uppstår en diskrepans mellan EU:s nya mål och dess rättsväsende.

Införandet av en tidsram i ändringsdirektivet innebär också ett förstärkt skydd för arbetstagare vars utstationeringsperiod pågår i mer än 12 månader.¹⁹⁶ Ett sådant skydd kan mer liknas vid bestämmelserna om fri rörlighet för personer vilket i sin tur kommer skapa utmaningar i hur det ska fungera i realiteten.¹⁹⁷

4.2 Identifierade problem

Vid fastställandet av det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare har jag identifierat ett par områden som ter sig tämligen problematiska. En helt uttömmande analys av all problematik som relateras till utstationering är med det begränsade utrymmet omöjligt. Således har jag valt att avgränsa mig till tre problemområden som jag dessutom anser har en stark anknytning till den svenska regleringen. Dessa tre problemområden rör regleringarna i den *hårda kärnan*, kollektivavtalsreglerade villkor och implementeringen av ändringsdirektivet.

¹⁹⁴ Se avsnitt 2.4.3.

¹⁹⁵ Se avsnitt 2.5.

¹⁹⁶ Se avsnitt 2.5.2.

¹⁹⁷ Jfr C Barnard, *The substantive law of the EU: the four freedoms* 6 uppl (Oxford, Oxford University Press 2019) 449.

4.2.1 Regleringarna i den hårda kärnan

I avsnitt 2.4.3 redogjordes för syftet med minimivillkoren i den *hårda kärnan*, och att de inte syftar till att harmonisera det materiella innehållet utan endast ge medlemsstaterna det ramverk som ska garanteras utstationerade arbetstagare.¹⁹⁸ En sådan konstruktion får konsekvensen att nivån på minimivillkoren varierar från medlemsstat till medlemsstat då den genomsnittliga standarden i medlemsstaterna varierar. Detta resulterar i en klyfta mellan medlemsstater med bättre villkorsstandard och medlemsstater med sämre villkorsstandard. I ett land som Sverige dessutom, där majoriteten av arbets- och anställningsvillkor regleras genom kollektivavtal kan klyftan öka än mer i förhållande till medlemsstater med sämre villkor.¹⁹⁹ Ur ett arbetstagarperspektiv blir en sådan reglering inte nödvändigtvis något negativt då den utstationerade arbetstagaren tjänar på en sådan reglering, och då i synnerhet eftersom det mest förekommande är att arbetstagare i låglöneländer utstationeras till höglöneländer och inte tvärtom. Men ur ett arbetsgivarperspektiv kan det bli kostsamt, framförallt då medlemsstater med bättre villkor ofta ses som normen vilket kan resultera i att medlemsstater med sämre förutsättningar får svårigheter att konkurrera på arbetsmarknaden.²⁰⁰

Malmberg talar även om den problematik som uppstår när illojal konkurrens endast definieras utifrån minimivillkoren i den *hårda kärnan*.²⁰¹ Andra skillnader i standard på arbetsvillkor mellan medlemsstaterna erkänns inte som illojal konkurrens ur utstationeringsdirektivets mening vilket också kan få konsekvenser. För det första förhindras arbetsmarknadens parter i Sverige att försäkra utstationerade arbetstagare goda arbets- och anställningsvillkor utöver vad som erkänns i den *hårda kärnan*. Villkor som inte utgör en del av den *hårda kärnan* och som inte rör *ordre public*²⁰² kan inte krävas av en utstationerande arbetsgivare att tillämpa på sina arbetstagare vilket sålunda leder till att idén om likabehandling av alla arbetstagare oavsett medlemsstat undermineras.²⁰³ Möjligen skulle kunna sägas att EU genom ändringsdirektivet har försökt bemöta denna problematik genom införandet av principen om ”lika lön för lika arbete på samma plats” och förändringen av lönebegreppet.²⁰⁴ Det i sin tur skapar emellertid också eventuella problem, vilket jag återkommer till längre ner. För det andra skulle det kunna

¹⁹⁸ Se avsnitt 2.4.3.

¹⁹⁹ Jfr N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 36.

²⁰⁰ Ibid 34 f.

²⁰¹ J Malmberg, *Regulating posted work – Before and after the Laval quartet* i M Rönmar (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Oxford, Hart 2011) 85.

²⁰² Se avsnitt 2.4.3.

²⁰³ Jfr J Malmberg, *Regulating posted work – Before and after the Laval quartet* i M Rönmar (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Oxford, Hart 2011) 85.

²⁰⁴ Se avsnitt 2.5.1 & 3.5.1.

argumenteras för att en stor differentiering av nivån på arbets- och anställningsvillkor utöver den *hårda kärnan* mellan medlemsstaterna på sikt kan skapa oroligheter på arbetsmarknaden.²⁰⁵ Samtidigt får det inte glömmas bort att en minimireglering trots allt tvingar medlemsstater med sämre villkor att säkerställa någon typ av skälig nivå för sina arbetstagare, vilket i det långa loppet skapar en bättre välfärd inom EU och högre levnadsstandard för de enskilda arbetstagarna trots att en sådan utveckling tar tid.

4.2.2 Kollektivavtalsreglerade villkor, extra skydd eller bara en extra kostnad?

Väljer en utstationerande arbetsgivare att teckna ett svenskt kollektivavtal vid utstationering av arbetskraft förbinder sig även denna arbetsgivare till att teckna de försäkringsavtal som presenterades i avsnitt 3.4.2.²⁰⁶ Det innebär således en extra kostnad för arbetsgivaren som utstationerar, men skapar inte nödvändigtvis ett starkare skydd för arbetstagaren som blir försäkrad.²⁰⁷ Förvisso bidrar försäkringar såsom TFA och TGL med ett starkare skydd vilket tillförsäkrar utstationerade arbetstagare ersättning vid arbetsskada eller dödsfall direkt relaterat till utstationeringen i fråga.²⁰⁸

Huruvida avtal om tjänstepension bidrar med förstärkt skydd eller ej kan emellertid ifrågasättas. Vid en utstationering befinner sig arbetstagaren endast i Sverige under en tillfällig period vilket innebär att denna omfattas av socialförsäkringen i ursprungsstaten. Avsättningar till, vad vi kallar, allmän pension får då antas göras i ursprungsstaten då det svenska pensionssystemet inte är tillämpligt på utstationerade arbetstagare. Att en utstationerande arbetsgivare då ska ingå avtal om tjänstepension, i vissa fall, kan uppfattas som ett obefogat krav från de svenska arbetstagarorganisationernas sida. Hur ett sådant avtal ska komma arbetstagaren till fördel kan bli en oerhört komplex historia. Därtill kommer att tjänstepensionen aktivt har valts bort från den *hårda kärnan* i både utstationeringsdirektivet och ändringsdirektivet.²⁰⁹ Det ter sig då tämligen motsägelsefullt att utstationerande arbetsgivare likväl förbinds till ett svenskt tjänstepensionssystem i vissa fall. Men, att inte göra avtalsförsäkringar tillämpliga på utstationerade arbetstagare på grund av att de innebär en kostnad för den utstationerande

²⁰⁵ J Malmberg, *Regulating posted work – Before and after the Laval quartet* i M Rönmar (red.), *Labour Law, Fundamental Rights and Social Europe* (Oxford, Hart 2011) 86.

²⁰⁶ Se avsnitt 3.4.2.

²⁰⁷ SOU 2019:25 om *genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet* 169.

²⁰⁸ Se avsnitt 3.4.2.

²⁰⁹ Se art. 3.1 c Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster & art. 1.2 a 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.

arbetsgivaren blir på något vis en fråga social dumpning trots att avtalsförsäkringar inte erkänns i den *hårda kärnan*.

4.2.3 Implementeringen av ändringsdirektivet

Genom genomförandet av ändringsdirektivet har EU försökt säkerställa likabehandling av arbetstagare över gränserna. Framförallt genom införandet av principen om ”lika lön för lika arbete på samma plats”.²¹⁰ Hur en sådan princip ska genomföras skapar dock problem i förhållande till Sverige och reglering av löner på den svenska arbetsmarknaden. I och med att lön fastställs genom kollektivavtal finns det differentieringar i lönenivåer som påverkas av var en arbetstagare arbetar, hur gammal denna arbetstagare är, vilken erfarenhet arbetstagaren besitter och så vidare. För en utstationerande arbetsgivare kan det vara svårt att på ett enkelt sätt beräkna vilken lön som bör gälla för var och en av de arbetstagare som arbetsgivaren utstationerar, framförallt om det finns flera olika kollektivavtal på samma arbetsplats. Det i sin tur skapar svårigheter med att säkerställa att rätt lön betalas ut. Jag ställer mig undrande till hur de svenska arbetstagarorganisationerna kommer bemöta ett sådant problem. Blir de kanske tvungna att upprätta förenklad lönerreglering för att möta ett nytt behov eller kommer de stanna kvar i samma system på grund av rädslan att tappa kontrollen över regleringen?

Tidigare konstaterades också att Sverige var en av de drivande krafterna bakom ändringsdirektivet och införandet av ”lika lön för lika arbete på samma plats”. I samband med detta har det också förts diskussioner kring huruvida ändringsdirektivets huvudsakliga syfte är att motverka illojal konkurrens eller om det snarare är en åtgärd från medlemsstater med bättre villkor för att skydda den inhemska marknaden.²¹¹ Om detta i grunden är någon form av förtäckt protektionism eller ej går att diskutera. Sverige tillhör trots allt ett av de länder med hög standard på arbets- och anställningsvillkor varför det endast känns rimligt att samma nivå ska krävas oavsett arbetsgivarens ursprungsmedlemsstat. Likväl kvarstår det faktum att medlemsstaternas ekonomi har utvecklats i olika takt vilket kan göra det svårt för låglöneländerna att konkurrera mot höglöneländerna.

²¹⁰ Se avsnitt 2.5.1.

²¹¹ Jfr N Karlson, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv* (Stockholm, Ratio 2019) 37.

4.3 Omständigheter i svenska kollektivavtal som kan utgöra hinder för den fria rörligheten

Den EU-rättsliga regleringen om utstationering erkänner rätten att reglera arbets- och anställningsvillkor via kollektivavtal.²¹² Därmed går det att konstatera att kollektivavtal som regleringsform inte nödvändigtvis utgör något hinder för den fria rörligheten för tjänster. *Laval* domen påvisade dock att utformning av ett specifikt kollektivavtal kan ha hindrande verkan, likaså enskilda bestämmelser i kollektivavtal.

Utgångspunkten har varit att göra en generell undersökning av under vilka omständigheter svenska kollektivavtal för utstationerade arbetstagare skulle kunna utgöra hinder, men då jag vill ge läsaren en mer konkret bild av specifika omständigheter kommer ett par avtal fungera som exempel. Med det sagt innebär inte det att likadana omständigheter återfinns i alla kollektivavtal för utstationerade då de utformats på olika vis. Exemplifieringen syftar snarare till att ge läsaren en förankring till verkligheten.

4.3.1 Påtryckningar för att teckna kollektivavtal

I Sverige ska det inte föreligga någon skyldighet för utländska arbetsgivare att tillämpa svenska kollektivavtal eftersom någon sådan skyldighet inte åläggs svenska arbetsgivare.²¹³ Således kan en utstationerande arbetsgivare tillämpa ett utländskt kollektivavtal. Arbetstagarorganisationer har dock getts rätten, efter revideringen av *lex Laval*, att alltid kunna påkalla förhandling om att ingå svenska kollektivavtal gällande de villkor som motsvaras i den *hårda kärnan*, ytterst med stöd av stridsåtgärder.²¹⁴ Bestämmelser i kollektivavtal för utstationerade som kan uppfattas som en påtryckning att teckna ett svenskt kollektivavtal, alternativt hängavtal, skulle dock kunna uppfattas som ett hinder för utstationerande arbetsgivare att fritt tillhandahålla tjänster inom Sveriges territorium.

I två studerade kollektivavtal för utstationerande arbetstagare återfinns en bestämmelse som vid första anblick kan uppfattas som en påtryckning för utstationerande arbetsgivare att teckna ett svenskt kollektivavtal eller hängavtal. I 1 § andra stycket i Byggnadsavtalet och 1 § fjärde stycket i Elektrikeravtalet stadgas att en arbetsgivare vid anlitan av underentreprenörer endast

²¹² Se 2.4.4.

²¹³ Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809 p 7.

²¹⁴ 5 a § Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

får anlita företag som är kollektivavtalsbundna med Svenska Byggnadsarbetarförbundet alternativt Svenska Elektrikerförbundet.²¹⁵ Den aktuella bestämmelsen skulle kunna föra med sig att utländska arbetsgivare kan se sig tvingade att ansluta sig till kollektivavtal eller hängavtal för att få möjligheten att tillhandahålla tjänster i Sverige. Tolkas bestämmelsen som en påtryckning för att teckna ett svenskt kollektivavtal, eller hängavtal, ges arbetstagarorganisationerna en relativt långtgående makt på den svenska arbetsmarknaden då utstationerande arbetsgivare och underentreprenörer kan se sig tvingade att teckna avtal för att ens få möjlighet att tillhandahålla tjänster inom Sveriges territorium. Påtryckningar av det slaget underminerar på ett sätt hela den svenska modellen vilken i grunden vilar på någon form av samförstånd mellan parterna som uppstår genom kollektiva förhandlingar.

De berörda avtalen innehåller dessutom bestämmelser om skyldigheter att teckna försäkringsavtal vilket inte faller inom ramen för den *hårda kärnan*. Liksom EU-domstolens resonemang i *Lavaldomen* kan en sådan bestämmelse innebära att det skapas försvårande omständigheter för utstationerande arbetsgivare att utföra arbete i Sverige eller göra det mindre attraktivt för dessa arbetsgivare att ens söka sig till Sverige vilket inskränker på friheten att tillhandahålla tjänster.²¹⁶

4.3.2 Kollektivavtalade försäkringar som ett hinder

De avtalsförsäkringar som presenterades i avsnitt 3.4.2 blir i princip bindande för utstationerande arbetsgivare om de väljer att teckna ett svenskt kollektivavtal.²¹⁷ Avtalsförsäkringarna har avtalats fram genom arbetsmarknadens parter och är således anpassade efter den svenska arbetsmarknaden. Om utgångspunkten är problematiken gällande huruvida försäkringarna bidrar med ett förstärkt skydd eller endast en extra kostnad, skulle det kunna argumenteras för att avtalsförsäkringarna skapar förutsättningar som gör det mindre attraktivt för utstationerande arbetstagare att tillhandahålla tjänster i Sverige.²¹⁸

²¹⁵ 1 § 2 st Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare, 1 § 4 st Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare.

²¹⁶ Jfr Dom *Laval* C-341-05, ECLI:EU:C:2007:809 p 99 som visserligen rörde stridsåtgärders lovlighet men som även skulle kunna tillämpas i det här fallet.

²¹⁷ Med undantag för om utstationeringsperioden är kortare än 12 månader, i sådant fall tecknas bara olycks- och livförsäkring och i vissa fall tjänstepension.

²¹⁸ Se avsnitt 4.2.2.

Avtalsförsäkringar innebär en extra kostnad för arbetsgivaren utöver de kostnader arbetsgivaren betalar i sitt hemland i form av arbetsgivaravgifter. Av EU-domstolens dom *Michel Guiot*²¹⁹ fastställs att avgifter som måste betalas i medlemsstaten där arbete tillfälligt utförs medför en extra ekonomisk börda för arbetsgivaren om liknande avgifter även betalas i medlemsstaten där arbetsgivaren är etablerad. En sådan ekonomisk börda medför sålunda att utstationerande arbetsgivare inte kan konkurrera på samma villkor som arbetsgivare etablerade i värdmedlemsstaten.²²⁰ Kostnader för kollektivavtalsförsäkringar kan visserligen inte likställas med grundläggande arbetsgivaravgifter. Det skulle dock kunna finnas socialförsäkringsavgifter i ursprungsmedlemsstaten som till viss del liknar de svenska avtalsförsäkringarna som på så vis skapar dubbla kostnader för arbetsgivaren. Innovativa avtalslösningar som tar hänsyn till sådana dubbla bördor och tillåter utstationerande arbetsgivare att avräkna överlappande kostnader skulle emellertid kunna vara en lösning på ett sådant problem.

Det kan likaväl det argumenteras för att kollektivavtal är frivilliga avtal att teckna vilket det då blir helt upp till den utstationerande arbetsgivaren att avgöra huruvida avtal ska tecknas eller ej. Därmed blir de extra kostnaderna för avtalsförsäkringar ett aktivt val. Samtidigt går det att ifrågasätta hur pass frivilligt det egentligen är för utstationerande arbetsgivare i alla situationer. Framförallt om hänsyn tas till eventuella bestämmelser liknande de som återfinns i Byggnads- och Elektrikeravtalet.²²¹ Blir avtalsförsäkringar alltför begränsande om de ses i ljuset av bestämmelser som kan uppfattas som påtryckningar, vilka i kombination skapar omständigheter som kan göra det mindre attraktivt för utstationerande arbetsgivare att tillhandahålla tjänster i Sverige?

4.4 Förutsättningar för att rättfärdiga hinder

Även om en bestämmelse, likt de i Byggnads- och Elektrikeravtalet, i kombination med en förbindelse till avtalsförsäkringar skulle kunna anses inskränka på den fria rörligheten för tjänster behöver inte det vara likställt med att en sådan inskränkning inte är tillåten.²²² Kan åtgärden rättfärdigas och betraktas som proportionerlig behöver inte en sådan åtgärd strida mot EU-rätten.²²³

²¹⁹ Dom *Michel Guiot* C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147, B Nyström, *EU och arbetsrätten* 5:1 uppl (Stockholm, Wolters Kluwer 2017) 155.

²²⁰ Dom *Michel Guiot* C-272/94, ECLI:EU:C:1996:147, p 14.

²²¹ 1 § 2 st Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare, 1 § 4 st Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare & avsnitt 4.3.1.

²²² Se avsnitt 2.2.

²²³ Jfr C Johansson, *Tjänstepensionen möter EU-rätten* 1 uppl (Uppsala, Iustus 2018) 269.

Kollektivavtalade försäkringars huvudsakliga syfte måste anses vara att skapa ett förstärkt skydd för utstationerade arbetstagare. Av domen *Webb* konstaterades att just skydd för arbetstagare kan utgöra ett motiverat allmänintresse.²²⁴ Avtalsförsäkringar är dessutom inte unikt för just kollektivavtal för utstationerade arbetstagare varpå utformningen av avtalsförsäkringar i sig inte utgör någon form av diskriminering gentemot utstationerande arbetsgivare.

Det väsentliga här blir således kanske inte just avtalsförsäkringarnas förenlighet med EU-rätten. Snarare är det den påtryckning en bestämmelse likt den i Byggnads- och Elektrikeravtalet innebär som blir av relevans för den fortsatta utredningen.²²⁵ Sålunda är det nödvändigt att återgå till de kriterier som ställdes upp i *Gebhard*.²²⁶ För att en bestämmelse i ett kollektivavtal, som stadgar att en arbetsgivare endast får anlita underentreprenörer som har tecknat kollektivavtal med en specifik arbetstagarorganisation, ska rättfärdigas måste den vara icke-diskriminerande, motiveras av ett allmänintresse och vara proportionerlig.²²⁷

4.4.1 Icke-diskriminerande, trängande allmänintresse och proportionalitet

Det kan tyckas svårt att presentera argument som styrker att de aktuella bestämmelserna tillämpas på ett icke-diskriminerande vis. Att skapa icke-diskriminerande förutsättningar hade inneburit en full frihet för alla svenska arbetstagarorganisationer att fritt införa påtryckningar i kollektivavtal för att få arbetsgivare att teckna kollektivavtal utan att ens vidta stridsåtgärder.

Vidare kan det ifrågasättas om det finns ett legitimt allmänintresse av att rättfärdiga en sådan bestämmelse. Möjligen skulle det kunna sägas att en bestämmelse som i grunden innebär att underentreprenörer måste teckna kollektivavtal för att få tillhandahålla tjänster inom avtalets område dels skyddar de utstationerade arbetstagarna, dels de lokala arbetstagarna. De utstationerade arbetstagarna skyddas på så vis att de får rätt till kollektivavtalsförmånerna och riskerar inte att bli exploaterade. De lokala arbetstagarna skyddas på så vis att det sker en likabehandling som minimerar risken för social dumpning. Arbetstagar skyddet skulle således kunna argumenteras för att vara det allmänintresse som motiverar en sådan bestämmelse.

²²⁴ Se avsnitt 2.2.1.

²²⁵ Se 1 § 2 st Byggnadsavtalet för utstationerade arbetstagare, 1 § 4 st Svenska elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade arbetstagare & avsnitt 4.3.1.

²²⁶ Se avsnitt 2.2.

²²⁷ Dom *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, p 37 & avsnitt 2.2 med vidare hänvisning.

Proportionaliteten av en bestämmelse likt ovan måste visserligen också beaktas. Om målet är att skydda arbetstagarna bör en bestämmelse som innebär en påtryckning att teckna kollektivavtal vara ägnad att just säkerställa skyddet för arbetstagare och samtidigt inte vara en åtgärd som sträcker sig längre än nödvändigt. Till detta måste även hänsyn tas till vilka eventuella konsekvenser en sådan bestämmelse kan förorsaka.²²⁸ I dagsläget regleras skyddet för arbetstagare på ett par olika vis. För det första syftar utstationerings- och ändringsdirektivet till att säkerställa en nivå av arbets- och anställningsvillkor som ska garanteras för att skydda utstationerade arbetstagare.²²⁹ För det andra erkänns arbetstagarorganisationer rätten att vidta stridsåtgärder för att få till stånd kollektivavtal som reglerar minimivillkor för utstationerade arbetstagare.²³⁰ Sålunda finns det idag åtgärder som redan syftar till att uppnå samma mål som en sådan bestämmelse eventuellt syftar till att uppnå. De åtgärder som redan finns får ses som mindre ingripande då de är ett resultat av både unionslagstiftning och nationell lagstiftning som i större utsträckning vägt åtgärderna mot den fria rörligheten för tjänster. Därtill kan konsekvenserna av en sådan bestämmelse leda till att utstationerande arbetsgivare i mindre mån känner sig attraherade av att tillhandahålla tjänster i Sverige, vilket hindrar den fria rörligheten för tjänster.

²²⁸ Se avsnitt 2.2.2.

²²⁹ Se skäl 5 Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster & skäl 4 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.

²³⁰ 5 a § Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

5 Slutsatser och avslutande reflektioner

5.1 Slutsatser

Utstationeringsdirektivet syftar till att garantera utstationerade arbetstagare en *hård kärna* av minimiskydd reglerad i medlemsstaternas nationella lagstiftning. Den EU-rättsliga regleringen har i viss mån utvecklats och skapat ett förstärkt skydd för utstationerade arbetstagare genom antagandet av ändringsdirektivet, framförallt med förändringen av lönebegreppet och införandet av principen om ”lika lön för lika arbete på samma plats”. Det nuvarande skyddet och de aktuella förändringarna skapar dock problem som bland annat berör regleringarna i den *hårda kärnan* och realisationen av principen om ”lika lön för lika arbete på samma plats”.²³¹

Sverige har till stor del genomfört det EU-rättsliga skyddet genom utstationeringslagen men försöker samtidigt bibehålla arbetsmarknadsparternas autonomi att förhandla fram och reglera arbets- och anställningsvillkor. Utstationeringslagen reglerar därför även arbetstagarorganisationernas handlingsutrymme och rätt till att kräva arbets- och anställningsvillkor av utstationerande arbetsgivare. Det har också inneburit att staten fortsatt överlåtit det till arbetsmarknadens parter att reglera lön via kollektivavtal.

Svenska kollektivavtal för utstationerade reglerar de områden som erkänns i den *hårda kärnan*. Därtill syftar avtalen till att skapa ett starkare skydd för utstationerade arbetstagare än vad som erkänns i direktiven. De skulle kunna anses hindra den fria rörligheten för tjänster om de, i sin helhet eller genom en enskild bestämmelse, innebär försvårande omständigheter, eller gör det mindre attraktivt, för utstationerande arbetsgivare att tillhandahålla tjänster inom Sverige territorium. Bestämmelser i kollektivavtal som uppfattas som påtryckningar för utstationerande arbetsgivare att teckna kollektivavtal eller hängavtal är endast exempel på sådana omständigheter. Ett trängande allmänintresse, såsom skydd för arbetstagare, kan rättfärdiga ett hinder om hindret, dessutom, inte verkar diskriminerande mot utstationerande arbetsgivare och är proportionerligt i förhållande till de målen hindret syftar till att uppnå.

²³¹ Se avsnitt 4.2.1 & 4.2.3.

5.2 Avslutande reflektioner

Det rättsliga skyddet för utstationerade arbetstagare skapar en minst sagt problematisk situation. Som jag ser på det finns det fyra olika intresseområden som försöker respekteras genom regleringarna rörande utstationering; de utstationerade arbetstagarna, de utstationerande arbetsgivarna, de lokala arbetstagarna och grundprincipen om fri rörlighet för tjänster. Regleringarna har således blivit en kompromiss mellan dessa fyra intresseområden som ger upphov till en rad olika problem. Med utstationerings- och ändringsdirektivet försöker EU uppnå en balans mellan å ena sidan tjänsters fria rörlighet och arbetsgivares rätt att tillhandahålla tjänster över gränser, och å andra sidan skydd för utstationerade arbetstagare och lokala arbetstagare. När en sådan balansgång sätts i relation till medlemsstater med bättre arbets- och anställningsvillkor, så som Sverige, uppstår en konflikt i förhållande till medlemsstater med sämre arbets- och anställningsvillkor. Dessutom är den svenska arbetsmarknadsmodellen utformad på ett vis som inte alltid tycks ha en given plats i ett EU-rättsligt perspektiv vilket, som vi sett i *Lavaldomen*, kan ge upphov till problem även i ett framtida EU.

Samtidigt som EU nu försöker förstärka skyddet för utstationerade arbetstagare ser EU-domstolen fortsatt restriktivt på inskränkningar av den fria rörligheten för tjänster. Det hade varit intressant att studera den motsättningen närmare. En fri rörlighet för tjänster ska visserligen råda på den inre marknaden men risken är att det blir på bekostnad av arbetstagares rätt till grundläggande skydd för arbets- och anställningsvillkor.

Med det sagt är det ingen enkel uppgift för EU att koordinera frågor som rör arbetsrätt då alla 28 medlemsstater har sina arbetsmarknadsmodeller som är konstruerade på olika vis. I dagsläget är det därför svårt att se en lösning på sådan problematik. Att skapa någon form av harmoniserad utopi är inte, och kommer aldrig att vara, ett alternativ inom EU för att skapa en samstämmighet mellan medlemsstaterna.

Abstract

A free movement of services within the EU amount to a free right for employers to provide services on equal terms in all member states. The right to free movement of services has however given rise to a number of problems when posting workers. In order to prevent employers from exploiting its workforce through social dumping when posting workers, the EU has established a minimum protection for the posted workers to be guaranteed. However, this creates other problems in relation to the Swedish model and the importance of collective agreements.

This essay aims to partly examine the minimum protection and put it in relation to the Swedish regulation on posted workers, thenceforth identify problems which such relation give rise to. Furthermore, the essay partly aims to an analysis of circumstances in Swedish collective agreements for posted workers which could appear restrictive to the free movement of services.

The analysis leads to the identification of three main problem areas which concern the legal protection for posted workers. These problem areas concern regulations in the hard core of the posted workers directive, conditions in collective agreements and the implementation of the amendment of the posted workers directive. Moreover, the analysis state that regulations in Swedish collective agreements for posted workers could appear limiting for the free movement of services if they are constructed in a way that makes it less attractive for employers whom post workers to provide services in Sweden.

Keywords: posting, posted workers, free movement of services, posted workers directive, amendment to the posted workers directive, collective agreements for posted workers.

Källförteckning

Offentligt tryck EU

COM(91) 230 final, *Proposal for a council directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*

COM(2016) 128 final, *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council: amending Directive 96/71/EG of The European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*

COM(2016) 505 final, *On the proposal for a Directive amending the Posting of Workers Directive*

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 *om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster*

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*

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 *om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag*

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*

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

KOM(2003) 458 slutgiltig, *Meddelande från kommissionen till rådet, europaparlamentet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén – genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna*

Offentligt tryck Sverige

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

Prop. 2009/10:48 *Åtgärder med anledning av Lavaldomen*

Prop. 2016/17:107 *Nya utstationeringsregler*

SOU 1998:52 om *utstationering av arbetstagare*

SOU 2019:25 om *genomförande av ändringar i utstationeringsdirektivet*

Praxis

Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, *Costa mot ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66

Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, *Cassis de Dijon*, ECLI:EU:C:1979:42

Dom av den 17 december 1981 i mål 279/80, *Webb*, ECLI:EU:C:1981:314

Dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, *Rush Portuguesa*, ECLI:EU:C:1990:142

Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411

Dom av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, *Michel Guiot*, ECLI:EU:C:1996:147

Dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, *Viking*, ECLI:EU:C:2007:772

Dom av den 18 december 2007 i mål C-341-05, *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809

Dom av den 3 april 2008 i mål C-346/06, *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189

Dom av den 19 juni 2008 i mål C-319/06, *Kommissionen mot Luxemburg*,
ECLI:EU:C:2008:350

Dom av den 15 juli 2010 i mål C-271/08, *Kommissionen mot Tyskland*, ECLI:EU:C:2010:426

Dom av den 12 februari 2015 i mål C-396/13, *Sähköalojen*, ECLI:EU:C:2015:86

Litteratur

Ahlström, Kristina, *Kollektivavtal: formalia, giltighet och tolkning*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2019

Barnard, Catherine, Ludlow, Amy, *Free movement of services, migration and leaving the EU*, National Institute Economic review, vol. 236, 2016

Bernitz, Ulf (red.), *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13 aktualiserade och kompletterade uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018

Freedland, Mark Robert & Prassl, Jeremias (red.), *Viking, Laval and beyond*, Hart, Oxford, 2014

Glavå, Mats & Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, 3., [uppdaterade] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2016

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Andra omarb. upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Johansson, Caroline, *Tjänstepensionen möter EU-rätten: om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden*, Första upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2018

Karlson, Nils, *EU:s förändrade utstationeringsdirektiv – Socialt skydd eller förtäckt protektionism?*. Stockholm, Ratio 2019

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, Tionde upplagan, Iusté, Uppsala, 2018

Lundberg, Konrad, Schüldt, Johan, Rother-Schirren, Theddo, Lagerstedt, Anders, Calleman, Catharina, Nordell, Per Jonas, Persson, Annina H., Radetzki, Marcus & Zila, Josef, *Juridik: civilrätt, straffrätt, processrätt*, Fjärde upplagan, Sanoma utbildning, Stockholm, 2017

Nic Shuibhne, Niamh, *The coherence of EU free movement law: constitutional responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014

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

Rönmar, Mia (red.), *EU industrial relations v. national industrial relations: comparative and interdisciplinary perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008

Rönmar, Mia (red.), *Labour law: fundamental rights and social Europe*, Hart, Oxford, 2011

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018

Trolle Önnerfors, Elsa & Wenander, Henrik, *Att skriva rätt: goda råd för att skriva uppsats i juridik*, Andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019

Elektroniska källor

Afaforsakring.se, <https://www.afaforsakring.se/privatperson/avsattning-till-tjanstepension/premiebefrielseforsakring2/> (Hämtad 2019-11-25)

Arbetsmiljöverket - Helårsrapport 2018: Register för företag som utstationerar arbetstagare i Sverige (2019), <https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/rapporter/2019-1-arsrapport-utstationering-2018.pdf> (Hämtad 2019-11-22)

Byggnads – Kollektivavtal för utstationerade arbetstagare, <https://www.av.se/globalassets/filer/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/avtal-utstationering/utstationeringsavtal-byggavtalet.pdf> (Hämtad 2019 – 11 – 04)

Europeiska kommissionen, *Utstationering av arbetstagare i EU* (2017), https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/posting-workers_sv.pdf (Hämtad 2019-11-25)

Fora.se, <https://www.fora.se/in-english/for-employers/foreign-companies-with-temporary-operations-in-sweden/about-the-insurance-agreement/> (Hämtad 2019-11-22)

Kollektivavtal för utstationerade – IF Metall, <https://www.av.se/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/utlandsk-arbetskraft-i-sverige/utstationering---utlandsk-arbetskraft-i-sverige/kollektivavtal/> (Hämtad 2019-11-22)

Kollektivavtal för utstationerade Pappers, <https://www.av.se/globalassets/filer/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/avtal-utstationering/kollektivavtal-pappers.pdf> (Hämtad 2019-11-22)

Medlingsinstitutets årsrapport för år 2018 *Avtalsrörelsen och lönebildningen år 2018*, <https://www.mi.se/publikationer/senaste-arsrapporten/> (Hämtad 2019-11-14)

MEMO/16/467 *Revision of the Posting of Workers Directive*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_467 (Hämtad 2019-11-15)

Regeringen, *Lika lön för lika arbete inom EU blir verklighet* (2018), <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2018/07/lika-lon-for-lika-arbete-inom-eu-blir-verklighet/> (Hämtad 2019-11-23)

Svenska Elektrikerförbundets kollektivavtal för utstationerade i Sverige som arbetar med elinstallationer, <https://www.av.se/globalassets/filer/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/avtal-utstationering/avtal-utstationering-elinstallation-elektrikerforbundet.pdf> (Hämtad 2019-11-22)

Sverigesbyggindustrier.se, *Välkommen till Fora! – Din samarbetspartner inom avtalsförsäkringar,*

https://www.sverigesbyggindustrier.se/UserFiles/Files/pdf/broschyr_valkommen_till_fora.pdf
(Hämtad 2019-11-25)