



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alexander Persson

Har vi gått över gränsen?
Förändrad svensk utstationeringslagstiftning i ljuset av
EUs fria rörlighet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin: HT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Allmänt	7
1.2 Syfte	7
1.3 Frågeställningar	7
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Perspektiv och metod	8
1.6 Forskningsläge	8
1.7 Material	9
1.8 Disposition	9
2 EU-RÄTTSLIG ORIENTERING	10
2.1 EU-rättens uppdelning	10
2.2 EU-domstolens praxis	11
2.3 Den fria rörligheten	11
3 RÄTTSUTVECKLINGEN PÅ UTSTATIONERINGSOMRÅDET	13
3.1 Före Lavaldomen	13
3.1.1 EU-rätt	13
3.1.2 Svensk rätt	14
3.2 Lavaldomen	15
3.2.1 Hinder för stridsåtgärder	16
3.2.2 Lex Britannia	18
3.3 Efter Lavaldomen	18
3.3.1 Förändringar på EU-nivå	18

3.3.1.1	Lissabonfördraget och tillämpningsdirektivet	18
3.3.1.2	EU-domstolens praxis	19
3.3.1.3	EU-kommissionens initiativ	21
3.3.2	Förändringar på nationell nivå	24
3.3.2.1	Lex Laval och bevisregeln	24
3.3.2.2	Nya utstationeringsregler	26
4	ANALYS	28
4.1	Har det skett en EU-rättslig utveckling mot större acceptans av stridsåtgärder på nationell nivå?	28
4.2	Är den senaste svenska lagändringen förenlig med dagens EU-rätt?	30
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	32
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

This thesis tries to elucidate whether, since the Laval judgment of 2007, there has been a development in EU law allowing for collective action to be used in a greater amount of cases, and whether the latest amendment to the Swedish Posting of Workers Act is in accordance with the current EU law. The thesis focusses on EU law and Swedish law, and international law is thus omitted from its scope.

The Posting of Workers Directive, issued in 1996, laid down a "hard nucleus" of host state minimum norms which were to be applied to foreign employers at all time. However, the Laval judgment made it clear that these minimum norms were to act as a bar against collective actions aiming to enforce terms of employment that went above the minimum level. Such was the interpretation made by the ECJ that the right to take collective actions for terms going beyond the minimum level was treated as an unjustified restriction on the freedom to provide services.

In 2010, Sweden's Posting of Workers Act was amended in order to comply with the Laval ruling. Collective action was prohibited against foreign employers that posted workers to the Swedish labour market if the employers could show that they offered terms of employment that were at least on par with the Swedish minimum norms of the "hard nucleus".

In the years after the Laval ruling, EU law has gone through changes that have made it more socially aware. Foremost among these is the Lisbon Treaty of 2009, which has elevated the Charter to primary law and introduced treaty provisions with the goal of ensuring social development. In legal literature, this is seen by some authors as the reason for what they perceive to be a softening of the ECJ case law, with a Court that is now more prone to justify social rights whenever these clash with the economic freedoms of the EU (as happened in Laval). Since other authors don't argue that the ECJ has moved in the opposite direction, this essay therefore concludes that a shift towards a more socially nuanced case law has indeed occurred, though small and uncertain it may be.

In 2017 Sweden once more amended its Posting of Workers Act, now allowing for collective actions to enforce Swedish collective agreements against foreign employers, even when they already offer terms in accordance with the minimum norms. There is a possibility that this latest legal development may be allowed by the current, softened EU law, though it is too uncertain to say for sure.

Sammanfattning

Denna uppsats försöker att klargöra huruvida det, sedan 2007 års Lavaldom, har skett en utveckling inom EU-rätten som tillåter att stridsåtgärder används i ett ökat antal fall, och huruvida den senaste ändringen av den svenska utstationeringslagen är i samklang med nuvarande EU-rätt. Uppsatsen fokuserar på EU-rätt och svensk rätt, och folkrätten är därför utelämnad.

Utstationeringsdirektivet, utfärdat år 1996, lade fast en ”hård kärna” av värdstatens miniminormer, vilka alltid skulle tillämpas gentemot utländska arbetsgivare. Lavaldomen gjorde dock klart att dessa miniminormer skulle ses som ett hinder för stridsåtgärder som syftade till att genomdriva arbetsvillkor över miniminivån. EU-domstolens tolkning var sådan att rätten till stridsåtgärder för villkor som gick utöver miniminivån ansågs vara en omotiverad inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.

För att leva upp till Lavaldomens krav ändrade Sverige utstationeringslagen år 2010. Stridsåtgärder mot utländska arbetsgivare som utstationerade arbetskraft på den svenska arbetsmarknaden blev förbjudna ifall arbetsgivarna kunde visa att de tillämpade villkor som minst levde upp till de svenska miniminormerna inom den ”hårda kärnan”.

Under åren efter Lavaldomen har EU-rätten genomgått förändringar som har gjort den mer socialt medveten. Framst av dessa är Lissabonfördraget från år 2009, som har upphöjt stadgan till primärrätt och introducerat fördragsbestämmelser med målsättningen att tillse social utveckling. Inom doktrinen ses detta av vissa författare som anledningen till vad de uppfattar vara en uppmjukning av EU-praxis, med en EU-domstol som nu är mer benägen att rättfärdiga sociala intressen när dessa kolliderar med EUs ekonomiska friheter (som ju skedde i Lavalmålet). Då andra författare inte förespråkar en motsatt rörelse hos EU-domstolen dras i den här uppsatsen därför slutsatsen att en förskjutning mot en mer socialt nyanserad praxis verkligen har skett, om än en liten och osäker sådan.

2017 ändrades utstationeringslagen igen och nu tillåts stridsåtgärder att genomdriva svenska kollektivavtal gentemot utländska arbetstagare, även när dessa redan tillämpar villkor i enlighet med miniminormerna. Det finns en möjlighet att denna senaste utveckling kan vara tillåten enligt den nuvarande, uppmjukade EU-rätten, men rättsläget är för osäkert för att något säkert ska kunna sägas.

Förord

Jag vill rikta ett tack till min handledare Per Norberg, som genomgående har hjälpt mig att fokusera på rätt saker i mitt skrivande samt bidragit stort till utformningen av min analys. Jag vill även tacka mina föräldrar och min moster som under julhelgen tog sig tid att läsa igenom min uppsats och komma med synpunkter.

Lund, den 2 januari 2018

Alexander Persson

Förkortningar

EKMR	Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
FEU	fördraget om Europeiska unionen
FEUF	fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
ILO	International Labour Organization
LO	Landsorganisationen i Sverige
RF	Regeringsformen
Saco	Sveriges akademikers centralorganisation
TCO	Tjänstemännens centralorganisation

1 Inledning

1.1 Allmänt

Ända sedan det beryktade Lavalavgörandet har spänningen mellan nationellt självbestämmande och unionsrättslig överstatlighet haft en konkret konfliktarena i kampen mellan rätten till stridsåtgärder och den ekonomiska fria rörligheten. Denna kamp har särskild betydelse för Sverige, då rätten till stridsåtgärder utgör grundbulten i det svenska arbetsmarknadssystemet.¹

1.2 Syfte

Uppsatsen har som syfte att försöka fastställa var gränsen mellan nationella fackföreningars rätt att vidta stridsåtgärder och EUs fria tjänsterörlighet går på utstationeringsens område. Därigenom försöker den också fastslå om den nuvarande svenska utstationeringslagstiftningen är acceptabel enligt EU-rätten.

1.3 Frågeställningar

Uppsatsens frågeställningar:

1. Har det skett en utveckling i EU-rätten mot större acceptans av stridsåtgärder på nationell nivå jämfört med när Laval målet avgjordes?
2. Är den senaste svenska lagändringen på utstationeringsens område förenlig med dagens EU-rätt vad gäller utsträckningen av stridsåtgärder på nationell nivå, eller utgjorde den tidigare lex Laval maxgränsen?

¹ Se Rönmar s. 242–243.

1.4 Avgränsningar

Europeiska unionens domstol² meddelade 2007–2008 dom i fyra mål av central betydelse för regleringen av utstationering och rätten till stridsåtgärder: Laval³, Viking⁴, Rüffert⁵ och kommissionen mot Luxemburg.⁶ Med ett samlingsnamn kallas dessa mål för Lavalkvartetten.⁷ Den här uppsatsen behandlar endast Lavalmålet.

Uppsatsen behandlar uteslutande svensk nationell rätt, EU-rätt samt interaktionen mellan dessa rättssystem. De folkrättsliga överenskommelser som behandlar rätten till stridsåtgärder, t ex Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna⁸ och ILOs avtal, utelämnas.

1.5 Perspektiv och metod

Uppsatsen är skriven i ett rättsutvecklingsperspektiv och försöker alltså beskriva rättslägets utveckling över tid. Klassisk rättsdogmatisk metod tillämpas, vilket innebär att jag med hjälp av de allmänt accepterade rättskällorna försöker återge de relevanta rättsreglerna samt hur dessa ska tillämpas.⁹ Detta innebär alltså att jag försöker beskriva rättsläget *de lege lata* och att argumentation *de lege ferenda* uteblir.

1.6 Forskningsläge

Debatten i doktrin kring Lavalkvartetten och utstationeringsrätten är oerhört omfattande och det förekommer mycket kritik gentemot Lavalkvartettens domar.¹⁰ EU-domstolen anses av flera författare ha gått för långt, vare sig det gäller att den har rubbat balansen mellan unionens och EU-staterna självbestämmandesfärer genom att förlägga arbetsmarknadsregleringen på

² Fortsättningsvis EU-domstolen.

³ C-341/05 Laval.

⁴ C-438/05 Viking.

⁵ C-346/06 Rüffert.

⁶ C-319/06 kommissionen mot Luxemburg.

⁷ Se Pecinovsky s. 295.

⁸ Fortsättningsvis EKMR.

⁹ Se Kleineman s. 21.

¹⁰ Se t ex Countouris och Engblom s. 279–280; Pecinovsky s. 295.

unionsnivå¹¹ eller att den har gjort avsteg från tidigare praxis genom att inte längre respektera nationella sociala värderingar på samma sätt som tidigare och därmed gjort en onyanserad avvägning mellan ekonomiska friheter och sociala rättigheter.¹² Det förekommer dock även författare som försvarar utslagen i Lavalkvartetten.¹³

1.7 Material

Uppsatsen behandlar EU-rättslig lagstiftning och praxis samt svensk lagstiftning. Jag har försökt att ta upp material som är så aktuellt som möjligt och har därför även bevakat de senaste initiativen från EU-kommissionen.

Mycket av materialet utgörs av doktrin.¹⁴ Eftersom det har skrivits så oerhört mycket i ämnet har det varit omöjligt att presentera allt. Istället har jag gjort ett urval med utgångspunkt i den senaste upplagan av Birgitta Nyströms lärobok *EU och arbetsrätten* och de verk som hon där hänvisar till. Eftersom boken utkom 2017 innebär detta att jag har varit relativt uppdaterad avseende doktrinen på området. Givetvis har jag även använt relevant doktrin som jag har stött på under arbetets gång.

1.8 Disposition

Uppsatsen inleds med en kort redogörelse för den allmänna EU-rätt som är relevant för uppsatsen. Därefter återges rättsutvecklingen på utstationeringsområdet, från 1990-talet fram till idag. Parallellt genom hela uppsatsen redovisas kommentarer till denna rättsutveckling som har lagts fram i såväl doktrin som av lagstiftare. Slutligen analyseras allt i ett försök att besvara uppsatsens frågeställningar.

¹¹ Se Holke och Jonsson s. 337–338.

¹² Se Weatherill s. 34–36.

¹³ Se t ex Leczykiewicz s. 312–314, 317–318.

¹⁴ Med ”doktrin” avser jag all form av juridisk litteratur.

2 EU-rättslig orientering

Nedan redogörs kort för några allmänna EU-rättsliga bestämmelser och begrepp som återkommer i uppsatsen.

2.1 EU-rättens uppdelning

Den EU-rätt som är bindande för medlemsstaterna delas upp i primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten utgörs av fördragen: unionsfördraget¹⁵ och funktionsfördraget.¹⁶ Genom fördragsändringar kan primärrätten ändras. Enligt artikel 48 FEU krävs för detta godkännande av alla medlemsstater. Sedan fördragsändringen 2009 – det så kallade Lissabonfördraget – räknas även Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna¹⁷ till primärrätten.¹⁸

Sekundärrätten utgörs av all övrig bindande EU-normgivning. Ett exempel på sekundärrätt är direktiv.¹⁹ Dessa är EU-rättsakter som inte ska tillämpas direkt av medlemsstaterna. Istället föreskriver de hur medlemsstaternas nationella lagstiftning ska förändras för att genomföra de syften som direktivet föreskriver.²⁰ All sekundärrätt måste baseras på en rättslig grund i primärrätten. Primärrätten står alltså över sekundärrätten. Om en sekundärrättslig rättsakt saknar primärrättslig grund kan den ogiltigförklaras.²¹

Inom EU-rätten återfinns också ickebindande normgivning, till exempel yttranden och tillkännagivanden från EUs olika organ. Även om den inte är bindande för medlemsstaterna kan sådan normgivning användas för att tolka bindande EU-rätt.²²

¹⁵ Försättningsvis FEU.

¹⁶ Försättningsvis FEUF.

¹⁷ Försättningsvis stadgan.

¹⁸ Se Bernitz och Kjellgren s. 47–48; Nyström s. 58–59.

¹⁹ Se Bernitz och Kjellgren s. 179.

²⁰ Se *ibid.* s. 56.

²¹ Se *ibid.* s. 180, 207.

²² Se *ibid.* s. 58.

2.2 EU-domstolens praxis

EU-domstolen är ett av de viktigaste unionsorganen då den ansvarar för utvecklingen av EU-rätten genom sitt tolkningsförfarande. Dess rättspraxis är en viktig EU-rättskälla.²³

EU-domstolens domar präglas av ett deduktivt resonemang som utgår från tidigare etablerad EU-rätt, däribland även tidigare rättspraxis. EU-domstolen anser sig inte vara formellt bunden av sin egen praxis, men det är ovanligt med tydliga avsteg från den. Däremot kan EU-domstolen ofta utveckla sin praxis över tid, till exempel genom att successivt ta in nya aspekter i bedömningen. EU-rätten är ett stundtals föränderligt rättsområde under snabb utveckling.²⁴

2.3 Den fria rörligheten

En av de främsta konsekvenserna av EU-medlemskap är delaktighet på den inre marknaden, vilket framgår av artikel 3.3 FEU och artikel 26 FEUF. Den inre marknaden innebär en fri marknad utan handelshinder mellan medlemsstaterna. Fyra friheter råder på den inre marknaden: fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital (artikel 26.2 FEUF). Rätten till fri rörlighet för dessa fyra produktionsfaktorer är en grundläggande rättighet inom EU-rätten.²⁵ Fortsättningsvis kommer endast den fria tjänsterörligheten att behandlas. Tjänster definieras i EU-rätten enligt artikel 57 FEUF som ”prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer”.

För att den fria rörligheten ska upprätthållas gäller principen om ömsesidigt erkännande och likabehandlingsprincipen. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att en medlemsstat alltid lojalt måste pröva om de kvalifikationer en tjänst har i sitt hemland är tillräckliga för att uppfylla medlemsstatens egna krav.²⁶ Likabehandlingsprincipen uttrycks i

²³ Se *ibid.* s. 60–61, 181.

²⁴ Se *ibid.* s. 183–184.

²⁵ Se *ibid.* s. 266.

²⁶ Se *ibid.* s. 331.

artikel 18 FEUF och ska bland annat motverka diskriminering på den inre marknaden på grund av nationalitet. Inskränkningar i den fria tjänsterörligheten ska även förbjudas enligt artikel 56 FEUF:

Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.

Ren diskriminering är alltså förbjuden. Dock kan även icke-diskriminerande åtgärder vara otillåtna. EU-domstolen har i sin rättspraxis²⁷ utvecklat det så kallade Gebhardtestet. Enligt detta är nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva ”de grundläggande friheter som garanteras av fördraget”²⁸ endast tillåtna om de uppfyller fyra förutsättningar:

- de ska vara tillämpliga på ett *icke-diskriminerande* sätt
- de ska framstå som motiverade med hänsyn till ett *trängande allmänintresse*
- de ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den *målsättning* som eftersträvas genom dem, och
- de ska vara *proportionerliga*, det vill säga inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen.²⁹

EU-rättens bestämmelser om fri rörlighet är endast tillämpliga när den internationella handeln mellan medlemsstaterna riskerar att påverkas.³⁰

²⁷ C-55/94 Gebhard.

²⁸ C-55/94 Gebhard p. 37.

²⁹ Se Bernitz och Kjellgren s. 333–334; C-55/94 Gebhard p. 37.

³⁰ Se Bernitz och Kjellgren s. 267.

3 Rättsutvecklingen på utstationeringsområdet

Uppsatsen redogör nedan för utvecklingen på utstationeringsrättens område inom både det unionsrättsliga och det svenska rättssystemet.

Utstationering av arbetstagare inom EU innebär att arbetstagare från ett EU-land tillfälligt sänds ut av sin arbetsgivare för att arbeta i ett annat EU-land. Detta är definitionen av utstationering i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (se artiklarna 1–2) och den definition som uppsatsen utgår ifrån. Direktivet kommer fortsättningsvis att benämnas utstationeringsdirektivet.

3.1 Före Lavaldomen

Nedan redogörs helt kort för hur rätten utvecklades på unionsnivå och svensk nivå under tiden före Lavaldomen.

3.1.1 EU-rätt

Frågan om vilket lands lag som ska gälla för utstationerade arbetstagare behandlades ursprungligen i EU-domstolens praxis. Ett tongivande mål är det år 1990 avdömda *Rush Portuguesa*. EU-domstolen fastslog där att en EU-stat har rätt att göra sin lagstiftning och sina kollektivavtal tillämpliga på alla avlönade arbetstagare inom dess gränser, även när arbetsgivaren är utländsk.³¹

1996 antog EU en lagstiftningsakt på området i form av utstationeringsdirektivet. Direktivet antogs med primärrättens bestämmelser om fri tjänsterörlighet som grund³² och har som krav att de utstationerade arbetstagarnas arbets- och anställningsvillkor ska leva upp till den standard

³¹ Se C-113/89 *Rush Portuguesa* p. 18.

³² Se Nyström s. 158.

som gäller enligt den mottagande statens lagar och normer (se artikel 3.1). Det är den mottagande staten som ska se till att det utstationerande företaget garanterar arbetstagarna sådana villkor. Med andra ord är det den mottagande statens normgivning som i praktiken ska efterlevas. Det är dock bara på vissa klart avgränsade områden som detta ska gälla. Dessa områden brukar kallas för direktivets ”hårda kärna” (jmf skäl 13–14 i direktivets preambel) och innefattar bland annat längsta arbetstid, minimilön och säkerhet på arbetsplatsen (fullständig uppräknings återges i artikel 3.1).

Inom den ”hårda kärnan” föreligger alltså ett minimiskydd för utländska, utstationerade arbetstagare – de garanteras att deras arbetsvillkor lever upp till den standard som gäller enligt den mottagande statens normgivning. Den normgivning som direktivet accepterar är lagstiftning (artikel 3.1 första stycket strecksats ett) samt kollektivavtal eller skiljedomar som har förklarats äga allmän giltighet, dock endast avseende byggverksamhet (artikel 3.1 första stycket strecksats två samt direktivets bilaga).

3.1.2 Svensk rätt

Inom svensk arbetsrätt sker mycket av normgivningen genom kollektivavtal. Lagstiftning finns förvisso också, men ett stort ansvar för arbetstagares rättigheter ligger på arbetsmarknadsparterna. Därför finns det bland annat ingen lagstiftning om minimilön, då löner förhandlas fram mellan arbetsmarknadsparterna. Rätten till kollektiva stridsåtgärder är central och skyddad i grundlagen (2 kap. 14 § RF). Den begränsas dock i såväl lagstiftning som kollektivavtal.³³

1991 genomfördes en lagstiftning som kom att kallas lex Britannia. Den innebar i korthet att stridsåtgärder fick vidtas mot en utländsk arbetsgivare för att tränga undan ett utländskt kollektivavtal och ersätta det med ett svenskt. Motsvarande fick inte göras mot en svensk arbetsgivare.³⁴

³³ Se Rönmar s. 242–243.

³⁴ Se Källström, Malmberg och Öman s. 76–77.

Sverige anslöt till EU år 1995.³⁵ Inför detta hade svensk arbetarrörelse uppfattat sig ha garanterats att EU-medlemskapet inte skulle påverka den svenska kollektivavtalsmodellen.³⁶

Utstationeringsdirektivet implementerades i svensk lagstiftning genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.³⁷ I denna stadgas vilka svenska lagregler som gäller på de områden som motsvarar direktivets ”hårda kärna”, och som därmed ska tillämpas för utstationerade arbetstagare (5 § utstationeringslagen).

3.2 Lavaldomen

Nedan redogörs i detalj för Lavaldomen, i syfte att belysa den rättsliga förändring som den innebar.

Domen meddelades år 2007 och kom att inskränka EU-domstolens tidigare praxis från *Rush Portuguesa*. Ett lettiskt bolag, Laval, hade utstationerat byggnadsarbetare till Sverige och hade tecknat kollektivavtal med en lettisk fackförening. Svenska Byggnadsarbetareförbundet³⁸ beslutade om stridsåtgärder i form av blockad för att driva igenom ett svenskt kollektivavtal med Laval. Företaget väckte talan mot stridsåtgärderna i Arbetsdomstolen, som beslutade att hämta in ett förhandsavgörande från EU-domstolen.³⁹

Frågorna till EU-domstolen handlade om huruvida utstationeringsdirektivets bestämmelser samt artikel 56 FEUF⁴⁰ utgjorde hinder för ett fackförbund att tillämpa stridsåtgärder för att förmå ett utländskt tjänsteföretag att ansluta sig till ett inhemskt kollektivavtal.⁴¹ Arbetsdomstolen passade samtidigt på att fråga huruvida *lex Britannia* var tillåten enligt artikel 56-57 FEUF.⁴² Dessa två frågor behandlas nedan i tur och ordning.

³⁵ Se ”Sverige i EU”.

³⁶ Se Holke och Jonsson s. 312; Nyström s. 68–69.

³⁷ Försättningsvis utstationeringslagen.

³⁸ Försättningsvis Byggnads

³⁹ Se C-341/05 *Laval* p. 27–28, 33–34, 36, 39–40.

⁴⁰ Se avsnitt 2.3.

⁴¹ Se C-341/05 *Laval* p. 40.1, 53.

⁴² Se *ibid.* p. 40.2, 112.

3.2.1 Hinder för stridsåtgärder

Domstolen inledde med en prövning av stridsåtgärderna enligt utstationeringsdirektivets bestämmelser. Den konstaterade att det kollektivavtal som Byggnads hade sökt driva igenom dels innehöll villkor som var mer förmånliga än de som följde av de svenska reglerna, dels villkor avseende områden utanför den ”hårda kärnan”.⁴³ EU-domstolen klargjorde därefter att ett EU-land inte har rätt att *kräva* arbetsvillkor som antingen är bättre än vad landets regler stadgar, eller hänför sig till områden utanför den ”hårda kärnan”. Det skulle nämligen gå emot direktivets ändamålsenliga verkan.⁴⁴ Utstationeringsdirektivets artikel 3.1 första stycket a-g innebär enligt domstolen att utländska företag hindras från att konkurrera med sämre villkor för sina arbetstagare, förutsatt att villkoren faller inom den ”hårda kärnans” områden.⁴⁵ Men denna minimistandard utgör alltså också en maximistandard för vad som får *krävas* av ett utländskt företag. En annan sak är att ett utländskt företag på rent frivillig basis är fri att tillämpa villkor som är bättre än minimistandarden.⁴⁶

Domstolen prövade därefter huruvida artikel 56 FEUF innebar ett hinder för stridsåtgärderna. Även om EU inte har behörighet att reglera rätten att utöva stridsåtgärder, och EU-länderna alltså är fria att reglera den nationellt, menade EU-domstolen att EU-länderna likväl måste ta hänsyn till annan EU-rätt när så görs. Detta innebär konkret att rätten att utöva stridsåtgärder faller inom området för friheten att tillhandahålla tjänster.⁴⁷

Vidare erinrades att rätten att vidta stridsåtgärder är en så kallad grundläggande rättighet inom EU-rätten. Detta innebär att det är en rättighet som ”utgör en integrerad del av de allmänna principerna för [EU-rätten]”.⁴⁸ Skyddet för en sådan rättighet utgör i princip ett intresse som motiverar inskränkningar i de EU-rättsliga skyldigheterna, som till exempel skyldigheten att garantera fri rörlighet för tjänster.⁴⁹ Samtidigt konstaterades

⁴³ Se *ibid.* p. 52.

⁴⁴ Se *ibid.* p. 80–81.

⁴⁵ Se *ibid.* p. 75.

⁴⁶ Se *ibid.* p. 81.

⁴⁷ Se *ibid.* p. 87–88.

⁴⁸ Se *ibid.* p. 91.

⁴⁹ Se *ibid.* p. 93.

det att rätten att vidta stridsåtgärder inte är oinskränkbar.⁵⁰ Därmed fick rätten till stridsåtgärder vägas mot rätten till friheten att tillhandahålla tjänster.⁵¹

Domstolen landade alltså i att undersöka om de stridsåtgärder som hade vidtagits av Byggnads mot Laval hade inneburit en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster och – om så var fallet – denna inskränkning var motiverad.⁵² Domstolen konstaterade att friheten att tillhandahålla tjänster utgör en av EUs grundläggande principer och att en inskränkning i den därför bara kan godtas om inskränkning har ett legitimit ändamål som är förenligt med EUs fördrag samt är motiverad av så kallad tvingande hänsyn till allmänintresset. Inskränkningen ska därutöver vara ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas med den och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att detta syfte ska uppnås – det senare kallas också för att inskränkningen ska vara proportionerlig.⁵³ I praktiken tillämpades alltså en variant av Gebhardttestet.⁵⁴

Det konstaterades att stridsåtgärder innebär en inskränkning av den fria tjänsterörligheten.⁵⁵ Därefter uttalade domstolen att stridsåtgärder principiellt har som syfte att skydda arbetstagare, vilket innebär att de utgör tvingande hänsyn till allmänintresset.⁵⁶ Därmed skulle stridsåtgärder alltså principiellt kunna utgöra en acceptabel inskränkning av den fria tjänsterörligheten. I det aktuella fallet ansågs de dock inte vara motiverade utifrån ändamålet att skydda arbetstagare eftersom syftet med Byggnads blockad hade varit att gå *utöver* det minimiskydd som direktivet tillhandahöll.⁵⁷

Även om det var artikel 56 FEUF som tillämpades fick utstationeringsdirektivets materiella bestämmelser avgörande betydelse. Tore Sigeman beskriver det i Svensk Juristtidning som att EU-domstolen tolkar utstationeringsdirektivet som ”ett medel att precisera och

⁵⁰ Se *ibid.* p. 91.

⁵¹ Se *ibid.* p. 96.

⁵² Se *ibid.* p. 96.

⁵³ Se *ibid.* p. 101.

⁵⁴ Jämför avsnitt 2.3.

⁵⁵ Se C-341/05 Laval p. 99.

⁵⁶ Se *ibid.* p. 103, 107.

⁵⁷ Se *ibid.* p. 108.

komplettera” artikel 56 FEUF, där de materiella förhållningsreglerna för efterlevnad av fördraget hämtas från direktivet.⁵⁸

3.2.2 Lex Britannia

Angående lex Britannia⁵⁹ konstaterade EU-domstolen att regeln innebar en diskriminering av utländska företag, då den inte tog hänsyn till innehållet i det utländska kollektivavtalet som trängdes undan.⁶⁰

3.3 Efter Lavaldomen

Nedan redogörs för de rättsliga förändringar som har skett på unionsrättslig och svensk nivå sedan Lavaldomen.

3.3.1 Förändringar på EU-nivå

3.3.1.1 Lissabonfördraget och tillämpningsdirektivet

Den främsta förändringen på EU-rättens område sedan Lavaldomen är reformen av EU-fördragen som trädde i kraft 2009 under benämningen Lissabonfördraget.⁶¹

Som redan har sagts blev stadgan i samband med Lissabonfördraget primärrätt.⁶² Därmed är den bindande för såväl EUs institutioner som medlemsländer när dessa tillämpar EU-rätt (se artikel 51.1 i stadgan).⁶³

Artikel 28 i stadgan lyder:

Arbetstagare och arbetsgivare, eller deras respektive organisationer, har i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis rätt att förhandla och ingå kollektivavtal på lämpliga nivåer och att i händelse av intressekonflikter tillgripa kollektiva åtgärder för att försvara sina intressen, inbegripet strejk.

Lissabonfördraget innebär också att EU som union i framtiden ska ansluta sig till EKMR.⁶⁴ Detta skulle innebära att EU-medborgare har möjlighet att få EU-rätt prövad av Europadomstolen. Dock har EKMR redan före detta

⁵⁸ Se Sigeman s. 562–563.

⁵⁹ Se avsnitt 3.1.2.

⁶⁰ Se C-341/05 Laval p. 116.

⁶¹ Se Nyström s. 58.

⁶² Se avsnitt 2.1.

⁶³ Se Nyström s. 59.

⁶⁴ Se *ibid.*

varit en del av EU-rätten.⁶⁵ Den kommer inte att diskuteras mer i den här uppsatsen.

Fördragen förändrades också något. Numer stadgar artikel 3.3 FEU att den inre marknaden ska vara en ”social marknadsekonomi” som syftar till bland annat social utveckling. Artikel 9 FEUF slår fast att EU vid ”fastställandet och genomförandet av sin politik och verksamhet” ska beakta de krav som är förknippade med bland annat ”garantier för ett fullgott socialt skydd”. I en ny artikel 152 FEUF framgår att EU ska ”erkänna och främja arbetsmarknadsparternas betydelse på unionsnivå och därvid ta hänsyn till skillnaderna i de nationella systemen”. EU ska även ”underlätta dialogen mellan arbetsmarknadens parter med respekt för deras självständighet”.⁶⁶

2014 antogs direktiv 2014/67 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.⁶⁷ Direktivet har som syfte att göra tillämpningen av utstationeringsdirektivet mer enhetlig samt förbättra kontrollen av att korrekt arbetsrättsliga villkor ges, utan att påverka utstationeringsdirektivets tillämpningsområde (artikel 1.1). Enligt artikel 1.2 ska direktivet inte heller påverka rätten till kollektiv förhandling samt stridsåtgärder.

I doktrin har likväl Nicola Countouris och Samuel Engblom anført att den möjlighet som ges i tillämpningsdirektivets artikel 9.1.f att avkräva utstationerande företag en kontaktperson för kollektivavtalsförhandlingar är intressant för fackförbundens möjligheter gentemot utstationerande företag.⁶⁸

3.3.1.2 EU-domstolens praxis

Vad gäller en eventuell praxisförändring hävdade Ulf Bernitz redan år 2014 att EU-domstolen har börjat få en mer rättighetsbaserad argumentation.⁶⁹

⁶⁵ Se *ibid.* s. 98.

⁶⁶ Se *ibid.* s. 59.

⁶⁷ Fortsättningsvis tillämpningsdirektivet.

⁶⁸ Se Countouris och Engblom s. 288.

⁶⁹ Se Bernitz s. 341; Bernitz och Kjellgren s. 184.

Han menade också att stadgan har utvecklat rättsläget, framför allt vad gäller sociala rättigheter, ett uttalande som Birgitta Nyström senare (år 2017) har hänvisat till.⁷⁰

År 2016 anförde Pieter Pecinovsky att EU-domstolen på senare tid kan ha slagit in på en mjukare tolkningslinje avseende balanseringen av sociala och ekonomiska intressen. I sin artikel analyserade han två EU-domar från 2015.⁷¹ Analysen av den ena domen, C-396/13 ESA, beskrivs här närmare.

Fallet rörde ett finskt fackförbunds rätt att driva ett mål i Finland till förmån för utstationerade arbetstagare från Polen, när polsk lagstiftning förbjöd arbetstagarna att låta fackförbundet göra detta.⁷² EU-domstolen kom – bland annat genom att tolka utstationeringsdirektivet i ljuset av stadgan – fram till att det finska fackförbundet hade rätt att göra detta.⁷³ EU-domstolen hade även att tolka huruvida olika typer av ersättning skulle falla in under begreppet ”minimilön” så som det förstås i utstationeringsdirektivet. Pecinovsky menade att det i besvarandet av båda frågor togs sociala hänsyn på ett sätt som inte skedde i Lavaldomen och att stadgans uppgradering till primärrätt tycks ha bidragit till detta. Avvägningen som gjordes mellan den fria tjänsterörligheten och sociala intressen blev inte lika ensidig utan mer balanserad. Pecinovsky sade samtidigt att det likväl är för tidigt att säga något säkert om huruvida detta innebär en tydlig förändring i EU-domstolens sätt att resonera.⁷⁴

I juni år 2017 förde Václav Šmejkal fram en liknande tanke. Han hänvisade till det av EU-domstolen år 2016 avdömda målet AGET Iraklis,⁷⁵ som han menade var en milstolpe. Detta eftersom avvägningen mellan de olika intressena nu gjordes med särskilt beaktande av arbetstagar skydd.⁷⁶ Ett företag med filial i Grekland hade förvägrats tillstånd av den grekiska staten att kollektivt säga upp arbetstagare, bland annat med hänvisning till den höga arbetslösheten i landet. Det fanns stöd i lagen för Greklands vägran

⁷⁰ Se Bernitz och Kjellgren s. 143; Nyström s. 93.

⁷¹ Se Pecinovsky s. 302.

⁷² Se C-396/13 ESA p. 11-16.

⁷³ Se *ibid.* p. 26.

⁷⁴ Se Pecinovsky s. 305, 307–308.

⁷⁵ C-201/15 AGET Iraklis.

⁷⁶ Se Šmejkal s. 7, 9.

och EU-domstolen tillfrågades bland annat om hur avvägningen skulle göras mellan å ena sidan denna nationella sociala hänsyn till skydd för arbetstagare och å andra sidan den fria rörligheten på EUs inre marknad.⁷⁷

EU-domstolen hänvisade enligt Šmejkal för första gången till artikel 3.3 FEU och artikel 9 FEUF och menade att inre marknadsfriheter ska balanseras mot den sociala policyn. Medlemsstaterna lämnas här en stor självständig bedömningsmarginal.⁷⁸ Šmejkal menade att även om bedömningen av en eventuell inskränkning av den fria rörligheten utfördes som vanligt betonades det samtidigt att syftet med en sådan måste vara en balanserad sammanjämkning mellan de olika intressena. Detta resulterade i en uppmjukad avvägning.⁷⁹ Šmejkal beskrev som sagt målet som en milstolpe, men var likväl tydlig med att det inte rörde sig om en radikal förändring, utan blott ett förändrat tonfall hos EU-domstolen.⁸⁰

3.3.1.3 EU-kommissionens initiativ

Den 8 mars 2016 kungjorde EU-kommissionen två rättsakter av relevans på området för utstationering inom EU. Först och främst lades ett förslag på en revidering av utstationeringsdirektivet fram.⁸¹ Dessutom offentliggjordes även ett förslag till en så kallad europeisk pelare för sociala rättigheter.^{82 83} Rättsakterna är båda del av ett större kommissionsprojekt fokuserat på den sociala dimensionen inom EU.⁸⁴

Den sociala pelaren presenterades igen den 26 april 2017 i två versioner: dels som en kommissionsrekommendation (se artikel 292 FEUF), direkt gällande från och med den dagen, dels som ett förslag till ett gemensamt tillkännagivande av EU-parlamentet, Europeiska unionens råd och kommissionen.⁸⁵ Som rekommendation har akten ingen rättsligt bindande

⁷⁷ Se Šmejkal s. 8; C-201/15 AGET Iraklis p. 26.

⁷⁸ Se Šmejkal s. 8–9, 15; C-201/15 AGET Iraklis p. 76–78.

⁷⁹ Se Šmejkal s. 9; C-201/15 AGET Iraklis p. 80, 90.

⁸⁰ Se Šmejkal s. 15.

⁸¹ COM(2016) 128 final.

⁸² Försättningsvis den sociala pelaren.

⁸³ KOM(2016) 127 slutlig.

⁸⁴ Se ”Factsheet on the Social dimension of Europe – overview of initiatives since the start of the Juncker Commission”; KOM(2016) 127 slutlig s. 6.

⁸⁵ Se ”Commission presents the European Pillar of Social Rights”.

status, enligt artikel 288.5 FEUF.⁸⁶ Det gemensamma tillkännagivandet ägde rum på EUs sociala toppmöte i Göteborg den 17 november 2017.⁸⁷

Pelaren innefattar tjugo principer och rättigheter.⁸⁸ Principerna utgår från etablerad EU-praxis samt regler på såväl EU- som internationell nivå.⁸⁹ I pelarens preambel hänvisas till artikel 3 FEU om ”en social marknadsekonomi” (skäl 1), artikel 151 FEUF, som uttrycker EUs mål att förbättra arbetsvillkor samt åstadkomma ett fullgott socialt skydd och en dialog mellan arbetsmarknadens parter (skäl 3), samt artikel 152 FEUF om arbetsmarknadsparternas betydelse (skäl 6). Det tydliggörs att pelaren är ett ramverk, utan direkt tillämplighet, som måste omvandlas till ”särskilda åtgärder eller separat lagstiftning på lämplig nivå”.⁹⁰ Skäl 16 uttalar att pelaren inte på något vis ska tolkas som att den inskränker redan erkända principer i såväl EU- som internationell rätt. Skäl 20 poängterar ytterligare arbetsmarknadsparternas centrala roll för att verkställa den sociala pelaren, inom sina befogenheter att förhandla, sluta avtal samt agera kollektivt.

Princip nr 8 lyder:

Arbetsmarknadens parter ska höras om utformningen och genomförandet av den ekonomiska politiken och sysselsättnings- och socialpolitiken i enlighet med nationell praxis. De ska uppmuntras att förhandla och sluta kollektivavtal i frågor som är relevanta för dem, samtidigt som deras oberoende och rätt till kollektiva åtgärder respekteras. När det är lämpligt ska avtal som arbetsmarknadens parter ingår genomföras på EU- och landsnivå.

Arbetstagarna eller deras företrädare har rätt att bli informerade och hörda i god tid om sådant som är relevant för dem, särskilt om överlåtelse, omstrukturering och sammanslagning av företag och om kollektiva uppsägningar.

Arbetsmarknadens parter ska få stöd att främja den sociala dialogen.

Princip nr 8 syftar bland annat till att ge arbetsmarknadsparterna ”en tydlig roll, inte bara när det gäller samråd och förberedelse av relevant lagstiftning

⁸⁶ Se Nyström s. 35–36.

⁸⁷ Se ”The European Pillar of Social Rights is now signed”.

⁸⁸ Se KOM(2017) 250 slutlig s. 4.

⁸⁹ Se *ibid.* s. 6.

⁹⁰ *Ibid.* s. 7.

och politik, utan även vid genomförandet och verkställandet av dessa”.⁹¹ Parternas operativa, analytiska och rättsliga förmåga att delta i kollektiva förhandlingar ska stärkas.⁹²

Vad gäller förslaget till revidering av utstationeringsdirektivet är lönenivån central. Kommissionen menar att löneskillnader på den inre marknaden kan leda till låglönekonkurrens, där de utstationerade arbetstagarna konkurrerar ut inhemska arbetstagare och där löneskillnaderna dessutom kan destabilisera arbetsmarknadsparternas förhandlingsmöjligheter. I linje med detta önskar kommissionen harmonisera löneutbetalningarna så att utstationerade arbetstagare enkelt sagt ska få samma ersättning för sitt arbete som arbetstagare från värdstaten.⁹³ Det ska därför bli tydligare vad som ska ingå i begreppet ”lön” så som det ska förstås i utstationeringsdirektivet. Detta bygger på EU-domstolens praxis från det i avsnitt 3.3.1.2 nämnda målet C-396/13 ESA.⁹⁴

Arbetsmarknadsministrarna i Sverige, Belgien, Nederländerna, Frankrike, Tyskland och Luxemburg har uttryckt sitt stöd för tanken om lika ersättning för lika arbete.⁹⁵ Regeringarna i Bulgarien, Tjeckien, Estland, Ungern, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien och Slovakien anser dock inte att löneskillnader utgör en otillåten konkurrensfördel och menar att en princip om lika ersättning för lika arbete skulle undergräva den fria tjänsterörligheten.⁹⁶

I skrivande stund har revideringen av utstationeringsdirektivet ännu inte beslutats om, utan förhandlingar pågår fortfarande.⁹⁷

⁹¹ SWD(2017) 201 slutlig s. 36-37.

⁹² Se *ibid.* s. 37.

⁹³ Se ”The Commission presents reform of posting of workers – towards a fair and truly European Labour Market”; SWD(2016)52 final s. 13-14.

⁹⁴ Se COM(2016) 128 final s. 7.

⁹⁵ Se brev till kommissionär Thyssen från arbetsmarknadsministrarna i Sverige, Belgien, Nederländerna, Frankrike, Tyskland och Luxemburg s. 1.

⁹⁶ Se brev till kommissionär Thyssen från regeringarna i Bulgarien, Tjeckien, Estland, Ungern, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien och Slovakien s. 2–3.

⁹⁷ Se ”Input note working session 2: Fair employment and working conditions” s. 10.

3.3.2 Förändringar på nationell nivå

3.3.2.1 Lex Laval och bevisregeln

Som följd av EU-domstolens utslag i Laval-målet genomfördes år 2010 en svensk lagändring. Denna ändrade lagstiftning kallas för lex Laval. I samband med lex Laval förändrades bland annat lex Britannia till att inte längre kunna tillämpas gentemot utländska arbetsgivare.⁹⁸ Dessutom infördes en ny bestämmelse i 5 a § 2 st utstationeringslagen:⁹⁹

En sådan *stridsåtgärd får inte vidtas, om arbetsgivaren visar att arbetstagarna, när det gäller lön eller på de områden som avses i 5 §, har villkor som i allt väsentligt är minst lika förmånliga som minimivillkoren i ett sådant centralt kollektivavtal som avses i första stycket [min kursivering]*

Bestämmelsen uttryckte den så kallade bevisregeln, enligt vilken en stridsåtgärd inte fick vidtas så länge arbetsgivaren tillämpade villkor som motsvarade de svenska minimivillkoren.¹⁰⁰ Bevisbördan för att de utländska villkoren levde upp till svensk minimistandard lades på arbetsgivaren, det vill säga det utländska företaget.

Regeringen ansåg nämligen att det inte skulle vara förenligt med EU-rätten att tillåta svenska kollektivavtal att tränga undan utländska bestämmelser enbart på grund av att de är utländska. Detta motiverades för det första med att Lavaldomen hade underkänt lex Britannia, vilket regeringen tolkade som att rätten för svenska fackförbund att vidta stridsåtgärder för att få till stånd ett svenskt kollektivavtal är beroende av innehållet i det utländska kollektivavtalet.¹⁰¹ Det hänvisades även till den avvägning som hade gjorts i Laval, där det enligt regeringen hade framgått att stridsåtgärder är tillåtna såsom tvingande hänsyn till allmänintresset endast om de inte går utöver vad som är nödvändigt för sitt syfte samt tar hänsyn till om utländska regler redan tillgodoser intresset. Principen om ömsesidigt erkännande anfördes som argument för att det skulle krävas en verklig fördel för de utstationerade arbetstagarna för att stridsåtgärder ska få

⁹⁸ Se Nyström, s. 175, 179.

⁹⁹ Se SFS 2010:228.

¹⁰⁰ Se Nyström s. 176.

¹⁰¹ Se prop. 2009/10:48 s. 34.

lov att tillämpas.¹⁰² Detta tolkades sammantaget av regeringen som att det enligt EU-rättens bestämmelser om fri rörlighet bara är tillåtet att påtvinga en utländsk arbetsgivare ett svenskt kollektivavtal genom stridsåtgärder ifall det sker i syfte att få till stånd villkor som inte redan tillämpas.¹⁰³

Från fackförbundens sida (LO, TCO och Saco) invändes att det svenska arbetsmarknadssystemet är uppbyggt utifrån kollektivavtal och att det endast genom bundenhet till svenska kollektivavtal kan kontrolleras att utländska arbetsgivare faktiskt tillämpar rätt villkor gentemot sina arbetstagare. De förespråkade därför en modell där svenska kollektivavtal alltid skulle kunna slutas som en form av bekräftelse på att en utländsk arbetsgivare verkligen tillämpar korrekta villkor.¹⁰⁴ Regeringen menade dock att enbart detta intresse i sig inte var tillräckligt, mot bakgrund av EU-domstolens underkännande av *lex Britannia*. Regeringen påpekade också att den svenska rätten till stridsåtgärder i praktiken inte har några begränsningar. Ett tillåtande av stridsåtgärder gentemot en arbetsgivare, trots att denne tillämpar tillräckliga villkor, skulle därför vara svårförenligt med EU-rättens krav på *ex* proportionalitet.¹⁰⁵

Såväl Lunds universitet som Svenskt Näringsliv hade uttryckt att stridsåtgärder för svenska kollektivavtal alltid innebär otillåtna inskränkningar av den fria tjänsterörligheten, även när den utstationerande arbetsgivaren inte tillämpar tillräckliga villkor. Detta eftersom svenska kollektivavtal enligt svensk rätt har andra rättsverkningar, som går utöver den ”hårda kärnans” områden i utstationeringsdirektivet samt vad som kan accepteras enligt artikel 56 FEUF.¹⁰⁶ Regeringens inställning var dock att en utstationerande arbetsgivare i och med bevisregeln alltid hade möjlighet att freda sig från svenska stridsåtgärder; så länge arbetsgivaren kunde visa att den levde upp till de svenska minimivillkoren kunde den ju aldrig utsättas

¹⁰² Se *ibid.* s. 35.

¹⁰³ Se *ibid.* s. 33, 35.

¹⁰⁴ Se ”Gemensamt remissyttrande avseende förslag med anledning av Lavaldomen (SOU 2008:123) från Landsorganisationen i Sverige (LO) och Tjänstemännens centralorganisation (TCO)” s. 20–21; ”Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen” s. 12–13.

¹⁰⁵ Se prop. 2009/10:48 s. 35–36.

¹⁰⁶ Se ”SOU 2008:123, Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen”, s. 3; ”Remiss: SOU 2008:123 – Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen” s. 3–7.

för stridsåtgärder och möjligheten för svenska fackförbund att strejka sig till svenska kollektivavtal behövde då aldrig bli mer än ett sätt att pressa arbetsgivaren till att tillämpa svensk minimistandard.¹⁰⁷

3.3.2.2 Nya utstationeringsregler

Utstationeringslagen har ändrats igen, med lagändringar som trädde i kraft i juni 2017.¹⁰⁸ Bevisregeln togs nämligen bort, vilket innebär att stridsåtgärder eller varsel om stridsåtgärder numer får användas för att sluta ett svenskt kollektivavtal, oavsett om det utländska företaget redan tillämpar lika eller mer förmånliga villkor för sina arbetstagare (se nuvarande 5 a §).¹⁰⁹

I och med detta kom den svenska lagstiftaren att förskjuta maktbalansen något tillbaka till svensk nationell autonomi. Som stöd för en sådan förskjutning argumenterade regeringen för att EU-rätten i och med Lissabonfördraget har förändrats till förmån för mer sociala värden, inbegripet ett uppvärderande av arbetstagskyddet.¹¹⁰

Regeringen hänvisade till att kollektivavtal är ett av de sätt för fastställande av arbets- och anställningsvillkor som är godkända enligt utstationeringsdirektivet. Därefter resonerade regeringen som följer: eftersom ansvaret ligger på Sverige att arbetsgivarna faktiskt lever upp till arbets- och anställningsvillkoren och eftersom svenska kollektivavtal är nödvändiga för att garantera kontroll av att så sker, är ett system med svenska kollektivavtal förenligt med EU-rätten. Stridsåtgärder är det yttersta medlet för en sådan kontroll och måste därför vara tillåtna. Detta system, menade regeringen, är jämförbart med till exempel lagstadgade minimivillkor som sanktioneras genom myndigheter.¹¹¹ Tillämpningsdirektivets krav på kontroll¹¹² anfördes som ytterligare argument för samma lösning.¹¹³

¹⁰⁷ Se prop. 2009/10:48 s. 37–38.

¹⁰⁸ Se SFS 2017:320.

¹⁰⁹ Se prop. 2016/17:107 s. 25, 31–32.

¹¹⁰ Se ibid. s. 30–31.

¹¹¹ Se ibid. s. 36–38, 44.

¹¹² Se avsnitt 3.3.1.1.

¹¹³ Se prop. 2016/17:107 s. 41.

Likvärdig kontroll av att arbetstagarnas villkor säkerställs kan alltså enligt regeringen inte uppnås genom att *utländska* kollektivavtal, anställningsavtal eller lagstiftning läggs till grund för normgivningen. Dessutom kan utländska avtal och lagstiftning inte anses falla in under de alternativ som bjuds enligt utstationeringsdirektivet.¹¹⁴

Remissinstanserna var oeniga kring regeringens lösning. Medan till exempel Svenskt Näringsliv ansåg stridsåtgärder för utstationeringskollektivavtal vara för långtgående och därmed oförenliga med EU-rätten¹¹⁵ bedömde bland annat Lunds universitet och Sveriges Advokatsamfund att de är godtagbara.¹¹⁶

För att utstationeringskollektivavtalen ska vara proportionerliga gavs de viss begränsad verkan. Enkelt uttryckt är deras rättsverkningar begränsade till vad som regleras i utstationeringslagen (se 5 b §) – bestämmelser i andra lagar tillämpas alltså inte på dessa kollektivavtal, med undantag för dels de bestämmelser som direkt hänvisas till i utstationeringslagen, dels bestämmelser likt avtalslagen etc. En sådan begränsning är enligt regeringen nödvändig för att de svenska reglerna ska vara proportionerliga och förenliga med EU-rätten, så som den har uttolkats i Laval-målet. I och med denna lösning togs alltså hänsyn till den kritik som hade framförts i samband med införandet av lex Laval.¹¹⁷

¹¹⁴ Se *ibid.* s. 38–39.

¹¹⁵ Se ”Översyn av Lex Laval (SOU 2015:83)” s. 4–6.

¹¹⁶ Se ”Översyn av lex Laval” s. 2.

¹¹⁷ Se prop. 2016/17:107 s. 44–45, 56–59; avsnitt 3.3.2.1.

4 Analys

Efter att ha redogjort för rättsutvecklingen samt doktrinen och den svenska lagstiftarens kommentarer görs nu ett försök att dra några slutsatser. De två frågor som jag ställde i inledningen försöker jag i tur och ordning att besvara.

4.1 Har det skett en EU-rättslig utveckling mot större acceptans av stridsåtgärder på nationell nivå?

Det kan för det första konstateras att den praxis från Laval som vi har att göra med gäller tolkning av den fria tjänsterörligheten så som den uttrycks i artikel 56 FEUF. Utstationeringsdirektivet utgör i sammanhanget endast en förlängning av den rättighet som står skriven i FEUF och är därmed inte huvudföremål för tolkningen. Vad som sägs i Laval-målet är att friheten att tillhandahålla tjänster inte tillåter att ett lands fackföreningar vidtar stridsåtgärder i syfte att driva igenom villkor som går utöver minimivillkoren i utstationeringsdirektivet. När utstationeringsdirektivets miniminivå överskrids går det ju emot direktivets ändamålsenliga verkan. Och eftersom direktivet är baserat på rätten till fri tjänsterörlighet är ju också dess ändamål att upprätthålla denna rätt, vilken är stadgad inte i sekundärrätten utan i primärrätten. Den avvägning mellan motstående intressen som görs i målet är alltså kopplad till artikel 56 FEUF, inte till utstationeringsdirektivet. Det är med andra ord primärrätt som tolkas av EU-domstolen, inte sekundärrätt.

Detta innebär att en förändring av rättsläget inte kan ske enbart genom en förändring av utstationeringsdirektivet. En sådan förändring av sekundärrätten hade ju inte vilat på en korrekt EU-rättslig grund. Revideringsförslaget för utstationeringsdirektivet föreslår heller inte någon förändring rörande den avvägning som gjordes i Laval-målet.¹¹⁸

¹¹⁸ Se avsnitt 3.3.1.3.

Vidare har det konstaterats att en förändring av FEUF är svår då det skulle innebära en fördragsändring, vilket kräver enhällighet hos alla medlemsstater. Som de olika synpunkterna på förslaget till revidering av utstationeringsdirektiv visar finns det i dagsläget en splittring bland EUs medlemsstater. Även om de aktuella motsättningarna gäller synen på lika lön för lika arbete, och inte stridsåtgärders tillåtlighet, rör det sig likväl om en konflikt kring den fria tjänsterörligheten utsträckning. Således bör vi kunna sluta oss till att en fördragsändring av den grad som skulle krävas för att förändra Lavalpraxisen inte är aktuell.

Det återstående sätt som en rättslig förändring skulle kunna ske på är att EU-domstolen självmant väljer att revidera sin praxis, antingen genom en successiv förändring i takt med samhällsutvecklingen eller – mindre vanligt – ett regelrätt avsteg.

Det kan konstateras att Lavaldomen lämnar ett utrymme för tolkning i den avvägning som görs mellan rätten till fackliga stridsåtgärder och fri tjänsterörlighet. Det sägs ju uttryckligen i punkt 103 att stridsåtgärder i princip kan motivera en inskränkning i sådana grundläggande friheter. Därmed kan stridsåtgärder vara tillåtna vid andra omständigheter än de som var för handen i Lavalmålet.

EU-rättens förändring genom Lissabonfördraget innebar en förskjutning mot ett mer socialt medvetet rättssystem. Detta har av vissa författare i doktrinen lagts till grund för att en förändring eventuellt har skett till förmån för ett mer socialt medvetet synsätt hos EU-domstolen, där avvägningen mellan ekonomiska friheter och sociala rättigheter har mjukats upp.¹¹⁹ Upphöjandet av stadgan till primärrätt samt artiklarna 3.3 och 9 FEUF om ett socialt medvetet EU anses ha medfört detta. Dessa författare uttalar sig dock så försiktigt att det inte går att säga att EU-domstolen klart har förändrat sitt sätt att tolka. Det måste också understrykas att vad som diskuteras är ett förändrat *synsätt* eller *tonfall*. Detta får anses innebära en förändring i praxis, men väl inte en stor eller tydlig sådan.

I övrigt förekommer inte någon argumentation för att EU-domstolens praxis efter Lavaldomen har förändrats. Inget tyder alltså på att praxis har

¹¹⁹ Se avsnitt 3.3.1.2.

blivit *mindre* socialt medveten, medan det som sagt finns tecken, om än osäkra, på att praxis kan ha börjat röra sig i en *mer* socialt medveten riktning. Därmed kan vi åtminstone sluta oss till att det nuvarande rättsläget befinner sig på en punkt någonstans mellan två ytterligheter: en tydligt mer socialt inspirerad EU-praxis eller en praxis som har förblivit oförändrad. Då vet vi alltså att en förändring har skett åt det mer socialt nyanserade hållet. Det vi inte vet är hur stor denna förändring är. Dessutom är det viktigt att komma ihåg att denna förändrade praxis ännu inte har tillämpats i ett mål med omständigheter liknande de i Laval.

Kanske kan även tillkännagivandet av den sociala spelaren påverka EU-domstolen i en socialt medveten riktning.¹²⁰ Principiellt kan ju sådan icke-bindande normgivning mycket väl användas som tolkningsstöd.

Tilkännagivandet skedde dock i november 2017 och det är därför i skrivande stund för tidigt att säga något närmare om hur EU-domstolen kan komma att tillämpa och tolka spelarens målsättningsstadganden.

4.2 Är den senaste svenska lagändringen förenlig med dagens EU-rätt?

Utgången av det ovan sagda ger att rättsläget inom EU-rätten har förändrats på enbart ett sätt: genom att EU-domstolens praxis har förflyttat sig i alla fall något till förmån för mer sociala hänsyn. Med ledning av det kan frågan i rubriken omformuleras till: är det, enligt EU-domstolens nuvarande praxis, motiverat att i syfte att skydda arbetstagare sköta regleringen av minimivillkoren via svenska utstationeringskollektivavtal?

Den svenska lagändringen från 2017 motiverades med vad som upplevdes vara en förändrad syn på sociala rättigheter inom EU samt den svenska statens behov av kontrollmöjligheter för att kunna garantera minimivillkoren. I det sammanhanget togs också tillämpningsdirektivets införlivande upp som en anledning till att ökad svensk kontroll var nödvändig.

¹²⁰ Se avsnitt 3.3.1.3.

Den uppmjukning mot mer sociala hänsyn som kan spåras i EU-domstolens praxis enligt vad som har sagts i avsnitt 4.1 skulle kunna innebära en acceptans av att stridsåtgärder tillämpas för att driva igenom svenska kollektivavtal. På grund av rättslägets oklarhet kommer vi tyvärr inte närmare sanningen än så.

Även tillämpningsdirektivet med sina åtgärder för ökade kontrollmekanismer kan ha drivit utvecklingen till att EU-domstolen skulle komma att acceptera en sådan lösning i ett framtida avgörande. Detta även fast direktivet enligt artikel 1 inte ska påverka varken utstationeringsdirektivets tillämpningsområde eller rätten till stridsåtgärder; som visades i Lavaldomen kan ju EU-domstolen avge dom i frågor som indirekt får konsekvenser även på andra, principiellt undantagna, områden. Som en sekundärrättslig rättsakt kan tillämpningsdirektivet inte revidera den gällande Lavalpraxisen. Detta hindrar däremot inte att EU-domstolen på eget bevåg inspireras till att tolka avvägningen mellan rätten till stridsåtgärder och fri rörlighet mildare med anledning av tillämpningsdirektivet, i vart fall i kombination med andra tolkningsmedel. Särskilt kan då nämnas artikel 9.1.f, som av två författare har anförts som intressant för fackföreningar.¹²¹ Det blir dock alltför spekulativt att säga något närmare om vad den här möjligheten har för betydelse för rättsläget *de lege lata*.

Det kan till sist vara värt att påminna sig om att lösningen med bevisregel som tillämpades i lex Laval inte var självklar ens när den stiftades, det vill säga strax efter Lavaldomen. Det insinuerar att utstationeringskollektivavtal – som ju är beskurna till att omfatta endast den ”hårda kärnans” område – möjligen skulle ha hållt sig inom EU-rättens ramar även som rättsläget såg ut då.

¹²¹ Se avsnitt 3.3.1.1.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

EU-kommissionen

- Commission staff working document: impact assessment, accompanying the document 'Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services', SWD(2016) 52 final.
- Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén: samråd om en europeisk pelare för sociala rättigheter, KOM(2016) 127 slutlig.
- Proposal for a Directive of The European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC 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) 128 final.
- Arbetsdokument från kommissionens avdelningar: följedokument till 'Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén: en europeisk pelare för sociala rättigheter', SWD(2017) 201 slutlig.
- Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén: en europeisk pelare för sociala rättigheter, KOM(2017) 250 slutlig.
- "Input note working session 2: Fair employment and working conditions", Social Summit for Fair Jobs and Growth, hämtad från: <<http://www.socialsummit17.se/press/>>, besökt 2018-01-02.

- ”Factsheet on the Social dimension of Europe – overview of initiatives since the start of the Juncker Commission”, EU-kommissionen, hämtad från: https://ec.europa.eu/commission/news/european-pillar-social-rights-2017-sep-25_en, besökt 2018-01-17.

Offentligt tryck

- Prop. 2009/10:48 Åtgärder med anledning av Lavaldomen.
- Prop. 2016/17: 107 Nya utstationeringsregler.

Remissyttranden

- ”Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen”, SACO, publicerad 2009-04-14, hämtad från: <https://www.saco.se/opinion/remissok/?page=11&sortOrder=date>, besökt 2018-01-02.
- ”Gemensamt remissyttrande avseende förslag med anledning av Lavaldomen (SOU 2008:123) från Landsorganisationen i Sverige (LO) och Tjänstemännens centralorganisation (TCO)”, LO och TCO, publicerad 2009-04-14, hämtad från: <https://www.tco.se/Aktuellt/Remisser1/2009/Gemensamt-remissyttrande-avseende-forslag-med-anledning-av-Lavaldomen-fran-LO-och-TCO/>, besökt 2018-01-02.
- ”SOU 2008:123, Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen”, Svenskt Näringsliv, publicerad 2009-04-15, hämtad från: <https://www.svensktnaringsliv.se/material/remissvar/?subject=&person=&archiveQ=sou+2008%3A123>, besökt 2018-01-02.
- ”Remiss: SOU 2008:123 – Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen”, Juridiska fakultetsstyrelsen, Professor em Reinhold Fahlbeck, Lund. Utbegärt av Juridiska fakulteten 2017-12-05.
- ”Översyn av Lex Laval (SOU 2015:83)”, Svenskt Näringsliv, publicerad 2016-02-03, hämtad från: <https://www.svensktnaringsliv.se/material/remissvar/?published=&subject=&person=&archi=sou+2015%3A83>, besökt 2018-01-02.

- ”Översyn av lex Laval”, Sveriges advokatsamfund, publicerad 2016-02-01, hämtad från: [<https://www.advokatsamfundet.se/Advokatsamfundet/Remissvar1/Remissvar-2016/>](https://www.advokatsamfundet.se/Advokatsamfundet/Remissvar1/Remissvar-2016/), besökt 2018-01-02.

Elektroniska källor

- Brev till kommissionär Thyssen från arbetsmarknadsministrarna i Sverige, Belgien, Nederländerna, Frankrike, Tyskland och Luxemburg, 2015-06-18. Hämtad från: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/15-03/04.asp>, besökt 2018-01-02.
- Brev till kommissionär Thyssen från regeringarna i Bulgarien, Tjeckien, Estland, Ungern, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien och Slovakien. Hämtad från: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/15-03/04.asp>, besökt 2018-01-02.
- ”Commission presents the European Pillar of Social Rights”, EU-kommissionen, publicerad 2017-04-26, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=1226&newsId=2786&furtherNews=yes>, besökt 2017-11-25.
- ”Sverige i EU”, EU-kommissionen, https://ec.europa.eu/sweden/about-us/eu-presence_sv, besökt 2017-12-22.
- ”The Commission presents reform of posting of workers – towards a fair and truly European Labour Market”, EU-kommissionen, publicerad 2016-08-03, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=89&newsId=2488&furtherNews=yes>, besökt 2017-12-09.
- ”The European Pillar of Social Rights is now signed”, Social Summit for Fair Jobs and Growth, publicerad 2017-11-17, <http://www.socialsummit17.se/2017/11/17/the-european-pillar-of-social-rights-is-now-signed/>, besökt 2017-11-25.

LITTERATUR

- Bernitz, Ulf, ’Epilogue’, i: Freedland, Mark, Prassl, Jeremias (red.), *Viking, Laval and Beyond*. London 2014, s. 339–342, hämtad från www.bloomsburycollections.com, besökt 2018-01-02.

- Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*. Stockholm 2014.
- Countouris, Nicola, Engblom, Samuel, 'Civilising the European Posted Workers Directive', i: Freedland, Mark, Prassl, Jeremias (red.), *Viking, Laval and Beyond*. London 2014, s. 279–294, hämtad från <www.bloomsburycollections.com>, besökt 2018-01-02.
- Holke, Dan, Jonsson, Claes-Michael, 'Negativ och positiv integration på den kollektiva arbetsrättens område – tankar och reflektioner med anledning av fyra domar från EG-domstolen', i: Ahlberg, Kerstin (red.), *Vänbok till Ronnie Eklund*. Uppsala 2010, s. 311–339.
- Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Lund 2013, s. 21–45.
- Källström, Kent, Malmberg, Jonas, Öman, Sören, *Den kollektiva arbetsrätten – en lärobok*. Uppsala 2016.
- Leczykiewicz, Dorota, 'Conceptualising Conflict between the Economic and the Social in EU Law after Viking and Laval', i: Freedland, Mark, Prassl, Jeremias (red.), *Viking, Laval and Beyond*. London 2014, s. 307–322, hämtad från <www.bloomsburycollections.com>, besökt 2018-01-02.
- Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*. Stockholm 2017.
- Pecinovsky, Pieter, 'Evolutions in the social case law of the Court of Justice. The follow-up cases of the Laval Quartet: ESA and RegioPost'. *European Labour Law Journal*, vol 7, no. 2 2016, s. 294–309, hämtad från <<http://journals.sagepub.com>>, besökt 2018-01-02.
- Rönnmar, Mia, 'Sweden', i: Freedland, Mark, Prassl, Jeremias (red.), *Viking, Laval and Beyond*. London 2014, s. 241–260, hämtad från <www.bloomsburycollections.com>, besökt 2018-01-02.
- Sigeman, Tore, 'Fackliga stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag – EG-rätten förtydligad'. *SvJT* 2008, s. 553–570.

- Šmejkal, Václav, 'Ten Years after the Viking Judgment: EU Court of Justice Still in Search of Balance between Market Freedoms and Social Rights'. Prague Law Working Papers Series No. 2017/II/1, hämtad från <<https://www.prf.cuni.cz/en/2017-ii-1404055907.html>>, besökt 2018-01-02.
- Weatherill, Steve, 'Viking and Laval: The EU Internal Market Perspective', i: Freedland, Mark, Prassl, Jeremias (red.), *Viking, Laval and Beyond*. London 2014, s. 23–40, hämtad från <www.bloomsburycollections.com>, besökt 2018-01-02.

Rättsfallsförteckning

- dom av den 27 mars 1990 i mål C-113/89, *Rush Portuguesa Ld^a mot Office national d'immigration*, (EU:C:1990:142).
- dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94, *Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, (EU:C:1995:411).
- dom av den 11 december 2007 i mål C-438/05, *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*, (EU:C:2007:772).
- dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, (EU:C:2007:809).
- dom av den 3 april 2008 i mål C-346/06, *Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen*, (EU:C:2008:189).
- dom av den 19 juni 2008 i mål C-319/06, *Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg*, (EU:C:2008:350).
- dom av den 12 februari 2015 i mål C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry mot Elektrobudowa Spolka Akcyjna (ESA)*, (EU:C:2015:86).
- dom av den 21 december 2016 i mål C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, (EU:C:2016:972).