
EUROPARÄTTSLIG TIDSKRIFT

Särtryck ur ERT 2021 3

Europeisk minimilön. Tankar om
överlåten befogenhet med anledning
av ett direktivförslag

Av Erik Sjödin

EUROPEISK MINIMILÖN

Tankar om överlåten befogenhet med anledning av ett direktivförslag

Erik Sjödin*

1. INLEDNING

Om det kan, får och bör finnas ett lägsta pris för arbete utfört av en människa kan diskuteras utifrån olika perspektiv.¹ *Teologiska*: Om det ur skriften går att utläsa skäl för minimilöner.² *Filosofiska*: Hur uppfattningar om människovärdet förhåller sig till ett lägsta pris för arbete.³ *Ekonomiska*: Vilka effekter som införandet av, samt nivån på, minimilön har för sysselsättningen och arbetsmarknadens funktionsätt.⁴ *Juridiska*: Vad som är ett skäligt pris och hur det ska bestämmas – samt hur en reglering av skydd för minimilöner kan konstrueras.⁵ Dessa olika perspektiv överlappar givetvis, och huruvida vetenskaparen vill anlägga ett tvärvetenskapligt perspektiv är upp till denna att avgöra. Vem som ska bestämma, och i så fall hur, det lägsta priset för arbete är ett spørsmål om vilket det finns olika uppfattningar och perspektiv.

* Docent i civilrätt och lektor vid Institutet för social forskning, Stockholms universitet. Arbetet med artikeln har utförts inom ramen för projektet *An inclusive and sustainable Swedish labour law – the ways ahead* finansierat av Vetenskapsrådet. Ett utkast har diskuterats på ett seminarium arrangerat i samarbete med Institutet för europeisk rätt vid Stockholms universitet. Jag är tacksam för synpunkterna jag då fick. Återstående brister ansvarar jag ensam för.

¹ Jfr även om arbete Polanyi K (1989) *Den stora omdaning*, Arikiv förlag, s. 82 ff. och även Sinzheimer H (1927) *Grundzüge des Arbeitsrecht*, Verlag von Gustav Fischer, s. 7 ff. och Adams Z (2020) *Labour and the Wage*, Oxford University Press. Vidare finns mycket arbete som inte är ersatt på sätt som bestäms på arbetsmarknaden och som alltså i den meningen är obetalt.

² Se tex. Levine A (2008) The Living Wage and Jewish Law. *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought* 41(4): 8–32. och Påven Leo XIII *Rerum Novarum* från 1892.

³ Gilabert P (2018) Dignity at Work i Collins H, Lester G och Mantouvalou V (red.) *Philosophical Foundations of Labour law*, Oxford University Press.

⁴ Se t.ex. Belman D and Wolfson PJ (2014) *What does the minimum wage do?*, W.E. Upjohn Institute och så även Lars Calmfors m.fl. (2018) *Hur ska fler komma in på arbetsmarknaden?*, Dialogs.

⁵ Se t.ex. Davidov G (2016) *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, s. 73 ff.

Utifrån ett arbetsmarknadsperspektiv är frågan om lörens storlek den mest utpräglade *intressetvisten*.⁶ I Sverige, men också i andra länder, styrs lönebildningen av avancerande system. Lönen och storleken på de återkommande löneökningarna bestäms av parterna på arbetsmarknaden genom överenskommelser i kollektivavtal.⁷ Dessa avtal sluts utifrån parternas respektive bedömningar om hur bl.a. världsekonomin kommer att utvecklas de närmste åren.⁸

Ordföranden för Europeiska kommissionen Ursula von der Leyen har med tydlighet klargjort att EU ska vidta åtgärder om minimilöner. EU är alltsedan 2009 års Lissabonfördrag en *social marknadsekonomi* (artikel 3.3 FEU). Det är tydligt att EU efter eurokrisen svängt och agerar mer offensivt på socialpolitikens område.⁹ Den år 2017 antagna Sociala pelaren kan ses som symbol för denna omsvängning.¹⁰ I sina riktlinjer för Kommissionen åren 2019–2024 angav von der Leyen att:

The dignity of work is sacred. Within the first 100 days of my mandate, I will propose a legal instrument to ensure that every worker in our Union has a fair minimum wage.¹¹

Lite mer än 100 dagar efter hon tillträtt, den 28 oktober 2020, presenterade Kommissionen ett förslag till direktiv om tillräckliga minimilöner i Europeiska unionen.¹² Någon tidigare motsvarighet finns inte på EU-nivå. Förslaget lades fram efter att det konstaterats att de europeiska arbetsmarknadsparterna genom förhandlingar inom ramen för den sociala dialogen inte skulle nå en lösning.¹³ Den europeiska fackföreningsrörelsens centralorganisation (ETUC) välkomnade förslaget medan dess motsvarighet på arbetsgivarsidan kallade det för ett juridiskt monster. Tvivelsutan är förslaget omdiskuterat, särskilt i Norden, och

⁶ I svensk arbetsrätt skiljer man mellan intressetvister och rättstvister. Intressetvister är sådana om vilket man kollektivt förhandlar och enas om i kollektivavtal. Rättstvister är sådana som kan lösas i domstol, se t.ex. Källström K m.fl. (2019) *Den kollektiva arbetsrätten: en lärobok*, Iustus, kapitel 2.

⁷ Se t.ex. Jacobs A (2009) Collective Labour Relations i Hepple B och Veneziani B (red) *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart.

⁸ Se vidare årsrapporterna från Medlingsinstitutet där den svenska lönebildningen beskrivs.

⁹ Barnard C (2014) EU Employment Law and the European Social Model: The Past, the Present and the Future. *Current Legal Problems* 67: 199–237.

¹⁰ Se https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_sv senast besökt 29 mars 2021. Se vidare Garben S (2018) The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement? *European Constitutional Law Review* 14: 210–230.

¹¹ A Union that strives for more, My agenda for Europe: political guidelines for the next European Commission 2019–2024, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf, senast besökt 23 november 2020.

¹² COM(2020) 682 final Den svenska översättningen innehåller en del brister och är inte begriplig utan att andra språkversioner också används.

¹³ Se artikel 155 FEUF.

de svenska arbetsmarknadsparterna är uttalade motståndare till förslaget.¹⁴ Det kan redan här nämnas att den föreslagna regleringen inte innehåller siffror i euro och cent för hur hög minimilönen ska vara.

Förslaget bereds när detta skrivs (våren 2021), och den här artikeln innehåller inte någon detaljerad analys av förslagets materiella innehåll. Istället kommer jag att fokusera på förslagets rättsliga grund, och frågan om Sverige överlåtit befogenhet till EU att anta reglering om minimilöner.

Artikeln är upplagd på följande sätt. Den inleds med en kort beskrivning av förslagets tillkomsthistoria, en kortfattad presentation av det materiella innehållet i förslaget. Därefter följer en diskussion om den anförda rättsliga grunden och om EU har befogenhet att anta förslaget. Vidare analyserar jag hur det kan avgöras om Sverige överlåtit befogenhet till EU om att anta lagstiftningsakter om minimilöner. Artikeln avslutas med ett antal kommentarer om den framtida utvecklingen med anledning av förslaget.

2. FÖRSLAGETS TILDKOMSTHISTORIA

En av slutsatserna i den s.k. *Ohlin-rapporten* som föregick bildandet av EU var att det inte för skapandet av den gemensamma marknaden var nödvändigt att harmonisera socialpolitiken, inbegripet minimilöner.¹⁵ Ursprungligen saknade EU tydlig befogenhet på socialpolitikens område. EU har därefter successivt tillförts befogenhet på detta område.¹⁶ Det har funnits en diskussion om EU-reglering av minimilöner, och redan Jacques Delors – som var ordförande för Kommissionen 1985–1995 – ska ha diskuterat saken.¹⁷ Minimilönefrågan fick förnyad aktualitet efter utvidgningen med länder från Öst- och Central-europa, och krisen för euron som medförde dramatiska ekonomiska konsekvenser för många av EU:s medlemsstater, främst de i södra Europa.¹⁸

¹⁴ Jfr Företrädare för LO, PTK och Svensk näringslivs debattartikel, Regeringen måste stoppa EU-förslaget om minimilön” publicerad 11 november 2019 på DN debatt.

¹⁵ (1956) Social Aspects of European Economic Co-operation (Ohlin-rapporten). Det kan vidare nämnas att minimilöner också diskuteras inom ramen för ILO sedan organisationen bildades. Se t.ex. Konrad G (2018) Mindestlöhne im Internationalen Arbeitsrecht. *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*.(2) s. 143–154.

¹⁶ Se t.ex. Kenner J (2003) *EU employment law: from Rome to Amsterdam and beyond*. Oxford: Hart. och Nielsen R (2019) *EU-arbejdsret*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

¹⁷ Wilson GR (2018) *Investigating the idea of a European Union minimum wage policy: a socio-legal perspective*. Leeds University, jfr Thorsten Schulten, Claus Schäfer and Bispinck R (2005) Theses for a European minimum wage policy. *Transfer: European Review of Labour and Research*. DOI: <https://doi.org/10.1177/102425890501100213>. Se även Alsos K och Eldring L (2012) European Minimum Wage: A Nordic outlook, Fafo.

¹⁸ Se tex. Bruun N (2012) Economic Governance of the EU Crisis and its Social Implications i Bruun N, Schömann I and Lörcher K (red) *The Lisbon Treaty and Social Europe*. Oxford: Hart. och Countouris N and Freedland MR (2013) *Resocialising Europe in a time of crisis*. Cambridge: Cambridge University Press.

Von der Leyens företrädare som ordförande för Kommissionen Jean-Claude Juncker ska ha uttalat att europeiska minimilöner var ett sätt att återupprätta den europeiska sociala marknadsekonomin.¹⁹ Med von der Leyens kommission fick frågan emellertid förnyat och mer konkret fokus. Även Europaparlamentet har uppmanat Kommissionen att lägga fram förslag om minimilön.²⁰

Det förslag till direktiv som presenterades den 28 oktober 2020 föregicks av en konsultation med parterna på den europeiska arbetsmarknaden.²¹ Konsultationens första steg inleddes den 14 januari 2020 och Kommissionen ville främst ha parternas synpunkter på om de ansåg att ett EU-initiativ var nödvändigt, och om de var villiga att inleda förhandlingar.²² Konsultationsdokumentet innehåller flera hänvisningar till den Sociala pelaren, och är något motsägelsefullt. Det anges att tillräckliga löner är nyckeln för att säkra anständiga levnadsförhållanden och att von der Leyen meddelat att hon kommer att presentera ett förslag som säkerställer att *alla* arbetstagare erhåller minimilön. Samtidigt anges i konsultationsdokumentet att förslaget från Kommissionen *inte* direkt harmoniserar minimilönenivåerna i EU, *inte* inför ett enhetligt förfarande för att bestämma minimilöner och att det *inte* heller ska införa lönenivåer som inkräktar på avtalsfriheten för arbetsmarknadens parter och att *inga* minimilöner ska införas i länder med hög kollektivavtalsäckning.

De europeiska arbetsmarknadsparterna yttrade sig om förslaget. Något förenklat kan man sammanfatta det som att arbetsgivarna motsatte sig att inleda förhandlingar medan i varje fall Europafacket var villiga att inleda förhandlingar. Det kan nämnas att Kommissionens konsultation lett till meningsskiljaktigheter inom Europafacket.²³ De svenska, danska, norska och isländska facken lämnade in ett från ETUC avvikande svar i vilket de motsätter sig inledande av förhandlingar.²⁴

Den 3 juni 2020 inledde Kommissionen andra fasen i konsultationsförfarandet. Kommission var då betydligt mer konkret avseende vad som skulle upp-

¹⁹ Se t.ex. Bertola G (2011) *Är EU en social marknadsekonomi?: sociala Europa – en antologi*. Stockholm: Svenska institutet för europapolitiska studier (SIEPS).

²⁰ Klocke DM and Hautkappe C (2021) Europäischer Mindestlohn ante portas? *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*. 63–68.

²¹ Jfr artikel 3 FEU.

²² C(2020) 83 final First phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages.

²³ En ovanlig debatt har förts i Dagens nyheter, se, Karl-Petter Torvaldsson, ”Regeringen måste stoppa EU-förslaget om minimilön” 11 november 2019, Luca Visentini generalsekreterare för EFS, ”Fel information om EU-förslaget om minimilöner”, DN debatt 14 november 2019 och Ursula von der Leyen, ”EU kommer inte att tvinga Sverige att införa minimilöner” 14 september 2020.

²⁴ Brevet finns tillgängligt på Arbetsrättsportalen, se <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/20-01/Art.%204%20200225%20Trade%20union%20Letter%20to%20COM%20on%20diverging%20views%20on%20minimum%20wages%20from%20Sweden%20Denmark%20Norway%20Iceland.pdf> senast besökt den 23 november 2020.

nås och hur.²⁵ I konsultationsdokumentet beskrevs policymålsättningarna med ett EU-instrument om minimilöner. För det första är målsättningen att alla arbetstagare i EU ska skyddas av en rättvis minimilön som säkrar ett anständigt liv oavsett var arbetet utförs. Adekvata minimilöner är en viktig del av rättvisa anställningsvillkor och skyddar särskilt lågavlönade. Vidare kan ett EU-initiativ bidra till att utjämna spelplanen för företagare på den inre marknaden. Dessa målsättningar ansågs inte kunna uppnås av medlemsstaterna. EU-initiativet säkerställer att minimilönerna bestäms på adekvata nivåer av lagstiftaren och/eller arbetsmarknadsparterna, och att minimilönerna skyddar alla arbetstagare, särskilt de i en utsatt situation.

I det andra konsultationsdokumentet angav Kommissionen två alternativ för initiativet: antingen ett direktiv eller en rekommendation.

3. DIREKTIVFÖRSLAGETS INNEHÅLL I KORTHET

Den 28 oktober 2020 presenterade Kommissionen ett förslag till direktiv om tillräckliga minimilöner i EU. Det föreslagna direktivet innehåller fyra kapitel och den materiella regleringen är olika för länder som har lagstadgad minimilön och för länder där lön bestäms i kollektivavtal. Regleringen är mer omfattande och innehåller mer långtgående skyldigheter för de länder som har lagstadgad minimilön. Följande beskrivning syftar till att ge en översiktlig bild av förslaget materiella innehåll. Som nämnts återfinns i direktivet inga siffror för vad som är en tillräcklig minimilön.

I förslaget finns hänvisningar till EU-stadgan om grundläggande rättigheter och dess artikel 31 om värdiga arbetsförhållanden. Vidare hänvisas också till den nämnda Sociala pelaren och till Europarådets Sociala stadga.

Kapitel I (artikel 1–4) innehåller allmänna bestämmelser och anger att i syfte att förbättra arbets- och levnadsvillkoren i EU fastställer direktivet en ram för sättandet av minimilöner och arbetstagarnas tillgång till minimilöneskydd oavsett om lönen bestäms i lag eller kollektivavtal (artikel 1). Vidare framgår av samma artikel ett antal olika saker som direktivet *inte* ska göra: Det ska inte påverka arbetsmarknadsparternas fullständiga självständighet. Det ska inte påverka medlemsstaternas val att bestämma om skydd för minimilön ska bestämmas i lag eller kollektivavtal. Ingenting i förslaget ska tolkas som en skyldighet att införa lagstadgade minimilöner. I artikel 2 anges att direktivet är tillämpligt på arbetstagare. I artikel 3 finns ett antal definitioner av för direktivet relevanta begrepp som minimilön, lagstadgad minimilön, kollektiva förhandlingar, kollektivavtal och kollektivavtalens täckningsgrad.

²⁵ Se vidare för det följande, C(2020) 3570 final Second phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on a possible action addressing the challenges related to fair minimum wages.

Artikel 4 handlar om främjande av kollektiva förhandlingar och lönesättning. Artikels syfte är att öka täckningsgraden av de kollektiva förhandlingarna och anger att medlemsstaterna ska vidta åtminstone följande åtgärder. De ska främja uppbyggnad och stärkande av arbetsmarknadsparternas kapacitet att bedriva kollektiva förhandlingar om lönesättning på bransch- eller branschövergripande nivå, och främja meningsfulla och välunderbyggda löneförhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Om kollektivavtalens täckningsgrad är lägre än 70 % ska medlemsstaterna utarbeta en handlingsplan för att främja kollektiva förhandlingar.

Kapitel II (artikel 5–8) berör medlemsstater med lagstadgad minimilön. Medlemsstaterna ska enligt artikel 5 se till att sättandet och uppdatering av lagstadgade minimilöner ska styras av kriterier som främjar tillräcklighet. Kriterierna ska minst innehålla de lagstadgade minimilönernas köpkraft, med hänsyn tagen till levnadskostnader, bruttolönernas allmänna nivå och fördelning samt bruttolönens ökningstakt och arbetsproduktivitets utveckling. Artikel 6 stadgar att minimilönen får variera mellan olika grupper av arbetstagare och att dessa variationer ska vara små. Avdrag kan tillåtas men dessa ska vara proportionella. Medlemsstaterna ska även se till att arbetsmarknadens parter är inblandade i lönesättningen (artikel 7). Avslutningsvis finns i artikel 8 en bestämmelse som syftar till att säkra arbetstagarnas faktiska tillgång till minimilön enligt lag.

Kapitel III har titeln övergripande bestämmelser och artikel 9–12 rör ett antal skilda ämnen. Artikel 9 handlar om offentlig upphandling, och av den följer att medlemsstaterna ska vidta åtgärder för att säkerställa att entreprenörer följer löner fastställda i lag eller kollektivavtal vid fullgörandet av offentliga kontrakt. Artikel 10 ålägger medlemsstaterna omfattande skyldigheter att samlas in olika former av data för att övervaka minimilönernas täckning och tillräcklighet. Åliggandena skiljer sig åt beroende av om minimilönen bestäms i lag eller kollektivavtal. Medlemsstater som har minimilöneskydd enbart i kollektivavtal ska bl.a. årligen lämna uppgifter om lönenivån för arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal och hur denna förhåller sig till nivån i kollektivavtal.

Av artikel 11 framgår att medlemsstaterna ska säkerställa att arbetstagare, oavsett om lön bestäms i lag eller kollektivavtal, ska ges tillgång till opartisk tvistelösning och rätt till prövning, inbegripet skälig kompensation om minimilöneskyddet åsidosätts. Av andra stycket framgår att medlemsstaterna ska införa någon form av repressalieförbud gentemot den som hävdar sin rätt till minimilön.

Kapitel IV innehåller slutbestämmelser om främst direktivets genomförande. Av artikel 13 följer att medlemsstaterna kan överlåta till arbetsmarknadens parter att genomföra direktivet. Vidare ska medlemsstaterna enligt artikel 11 informera arbetsgivare och arbetstagare om de åtgärder som vidtagits för att genomföra direktivet. Direktivet ska inte heller utgöra skäl att sänka skyddsnivån, och det påverkar inte heller medlemsstaternas rätt att tillämpa eller införa lagar som

är mer förmånliga för arbetstagarna, eller att tillåta tillämpning av kollektivavtal som är mer förmånliga för arbetstagarna.

Det är tydligt redan av denna kortfattade genomgång att ett antal olikartade frågor aktualiseras om hur ett direktiv med ovanstående innehåll skulle kunna genomföras i Sverige. Vidare framgår inte av direktivet vad som ska ske med den data som ska lämnas in och vilka konsekvenserna ska bli om någon sådan data inte lämnas in. Att många för den svenska lönebildningen centrala frågor skulle kunna underställas EU-domstolens prövning är uppenbart, redan eftersom förslaget bl.a. innehåller definitioner av kollektivavtal. Det är också klart att det finns kopplingar till annan primärrätt, och då särskilt EU:s stadga om grundläggande rättigheter, främst artikel 31.2 om värdiga arbetsförhållanden.

4. FÖRSLAGETS RÄTTSLIGA GRUND OCH MOTIVERINGEN AV VALET AV GRUND

Den rättsliga grunden för Kommissionens förslag är artikel 153.1 b och 151.2 FEUF. Av nämnda bestämmelser i funktionsfördraget framgår att EU kan anta *minimidirektiv* om *arbetsvillkor*. Sådana direktiv ska antas enligt det ordinarie lagstiftningsförfarandet. Det ordinarie lagstiftningsförfarandet bygger på involverande av Europaparlamentet genom en första och andra behandling och att rådet fattar beslut med kvalificerad majoritet (artikel 294 FEUF).

Kommissionen kommenterar den rättsliga grunden i förslaget och menar att detta är förenligt med den begränsning som finns intagen i artikel 153.5 FEUF – eftersom det ”inte innehåller några åtgärder som direkt påverkar lönenivån”.²⁶

Under rubriken ”Subsidiaritetsprincipen” anger Kommissionen först att löner på nationell nivå otvetydigt omfattas av medlemsstaternas behörighet. Skiftande tillgång till tillräckliga minimilöner mellan medlemsstaterna skapar skillnader på den gemensamma marknaden, och detta hanteras bäst på EU-nivån. Arbetstagare i en majoritet av medlemsstaterna påverkas av ett otillräckligt skydd av minimilöner. Andelen arbetstagare som saknar skydd antas öka då de kollektiva förhandlingarna minskar i omfattning, och därför blir det svårare att åstadkomma en jämn spelplan mellan medlemsstaterna. Inom ramen för den europeiska planeringsterminen har frågan övervakats, men de nationella åtgärderna har varit otillräckliga. Åtgärder på EU-nivå kommer att vara mer verkningsfulla ifråga om att stärka systemen för fastställande av minimilöner. Vidare kommer de skapa tydligare förväntningar på en tillräcklig minimilön. Åtgärderna kommer att bidra till att säkerställa lika villkor på den inre marknaden. Förslaget anger en ram för minimistandarder och medlemsstaterna kan fastställa högre standarder.

²⁶ Förslaget s. 6.

Under rubriken ”Proportionalitet” upprepar Kommissionen att det är fråga om just ett minimidirektiv, och att medlemsstater som har mer förmånliga bestämmelser inte behöver ändra dessa. Medlemsstaterna kan vidare välja att genomföra direktivet genom kollektivavtal. Förslaget lämnar således, enligt Kommissionen, ett betydande utrymme till medlemsstaterna emedan det bidrar till målsättningen att förbättra arbetsvillkoren genom att införa ett ramverk inom vilket arbetstagare i EU får tillgång till minimilöneskydd.

5. KAN DIREKTIVFÖRSLAGETS ANTAS MED ARTIKEL 153 SOM RÄTTSLIG GRUND?

5.1 Inledning

Att direktiv och andra lagstiftningsakter måste ha rättslig grund i fördragen är ett uttryck för att EU enbart får lagstifta om sådant som medlemsstaterna överlåtit befogenhet om (artikel 5.2 FEU).²⁷ Den rättsliga grunden definierar genom vilket förfarande en lagstiftningsakt ska antas, vilken typ av lagstiftningsakt som kan antas och även med vilken majoritet rådet ska fatta beslut. Gränserna mellan respektive rättslig grund områden är inte helt tydliga, och dessa områden kan överlappa varandra. Eftersom vissa artiklar i fördraget innehåller förhållandevis öppna formuleringar (artiklarna 115 och 352 FEUF) är den yttersta gränsen för EU:s befogenhet inte alldeles väldefinierad. Utöver detta får åtgärder vidtas endast om målen inte kan uppnås på medlemsstatsnivå (subsidiaritet) och åtgärderna ska vara proportionella i förhållande till unionens målsättning (artikel 5.3 och 5.4 FEUF). Frågorna om subsidiaritet och proportionalitet kommer inte diskuteras närmare här.²⁸

Av praxis från EU-domstolen framgår att valet av rättslig grund ska ske med stöd av objektiva faktorer och att det är möjligt att pröva dessa i domstol.²⁹ EU-domstolen avgör om en viss åtgärd antagits med korrekt rättslig grund. Vid en sådan prövning brukar domstolen tillämpa ett test för att avgöra vad som är lagstiftningsaktens huvudsakliga tyngdpunkt (centre of gravity).³⁰

²⁷ Se vidare t.ex. Craig P och Búrca Gd (2020) *EU Law: Text, Cases and Materials*. Oxford University Press, s. 102 ff.

²⁸ Det svenska arbetsmarknadsutskottet menar att förslaget strider mot subsidiaritetsprincipen; se Arbetsmarknadsutskottets utlåtande 2020/21:AU6.

²⁹ Se t.ex. 45/86 Kommissionen mot Rådet EU:C 1987:163 p. 11, C-300/89 Kommissionen mot Rådet (titandioxid) EU:C1991:244 och C-620/18 Ungern mot Parlamentet EU:C:2020:1001 och C-626/18 C-626/18 Polen mot Europaparlamentet och Rådet EU:C:2020:1000.

³⁰ Engel A (2018) *The Choice of Legal Basis for Acts of the European Union*, Springer, s. 13 ff.

5.2 Artikel 153 och undantaget för lön

Den rättsliga grunden för förslaget är artikel 153.1 b om anställningsvillkor.³¹ Artikel 153 innehåller ett antal olika punkter, och för vissa gäller det allmänna och för andra det särskilda lagstiftningsförfarandet. Såvitt gäller punkten b om anställningsvillkor gäller det ordinarie lagstiftningsförfarandet, och rådet fattar då beslut med kvalificerad majoritet. Att lön i och för sig är ett anställningsvillkor, och dessutom ett avgörande sådant, är uppenbart. I 1991 års upplysningsdirektiv anges att arbetsgivare ska upplysa om begynnelselönen och andra avlöningsförmåner.³² En likartad bestämmelse återfinns även i det reviderade direktivet från 2018, som benämns just villkorsdirektivet.³³ Det är klart att lön omfattas av artikel 153.1 b anställningsvillkor.

Det avgörande för bedömningen av om förslaget kan antas med angiven rättslig grund är emellertid hur undantaget i artikel 153.5 ska tolkas. Undantaget har följande formulering:

Bestämmelserna i denna artikel ska inte tillämpas på löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout.³⁴

Samarbete om socialpolitiken skedde först i mellanstatliga former med stöd av det sociala avtalet. Formuleringarna i detta avtal kom genom Amsterdamfördraget sedermera att överföras till primärrätten.³⁵ Det aktuella undantaget fanns också i det sociala avtalet och har därmed alltid förekommit i EU-samarbetet, och var motiverat främst av subsidiaritets-skäl, dvs. att det var lämpligare att bestämma lönefrågor på medlemsstatsnivå. Lön bestämdes av arbetsmarknadens parter.³⁶

EU-domstolens praxis har berört artikel 153.5. Det här behandlade direktivförslaget är det första i sitt slag, och i den befintliga rättspraxisen har kopplingen till artikelns undantag varit av mer indirekt karaktär.

De första uttalandena görs i domen *Del Cerro Alonso* från 2007, i vilken EU-domstolen besvarade ett antal frågor rörande visstidsdirektivet.³⁷ Den spanska domstolen begärde förhandsavgörande bl.a. om huruvida direktivets krav

³¹ Se om artikeln och dess historik Edoardo A m.fl. (2018) *International and European Labour Law: Article-by-Article-Commentary*, Nomos, s. 155 ff.

³² Artikel 2.1 h Direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet, OJ. Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 288, 18/10/1991 s. 0032–0035.

³³ Artikel 4.2 k Direktiv 2019/1152 av den 20 juni 2019 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen. Se Ds 2020:14 om genomförandeåtgärder.

³⁴ I andra språkversioner: engelska pay, tyska das Arbeitsentgelt och franska rémunérations.

³⁵ Se t.ex. Bercusson B (2009) *European Labour Law*, Cambridge University Press, s. 141 ff.

³⁶ Se vidare Ryan B (1997) Pay, Trade Unions Rights and European Community Law. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relation* 13(4): 305–325.

³⁷ C-307/05 *Del Cerro Alonso* EU:C:2007:509.

att visstidsanställda inte skulle behandlas mindre fördelaktigt än tillsvidareanställda också inbegrep ekonomiska villkor. Efter att EU-domstolen uttalat att den princip om icke-diskriminering som kommer till uttryck i direktivet inte får tolkas restriktivt, gör domstolen en utläggning av artikel 153.5. För det första ska undantaget tolkas restriktivt så att tillämpningsområdet för artikeln inte otillbörligt begränsas och de socialpolitiska målen enligt artikel 153 undergrävs.³⁸ Undantaget för löner är enligt domstolen motiverat av att bestämmandet av lön omfattas av fack och arbetsgivares avtalsfrihet, och även av medlemsstaternas befogenhet.³⁹ Undantaget för lön kan emellertid inte tolkas så att det utesluter varje åtgärd med koppling till lön som omfattas av artikeln, eftersom detta skulle minska området för punkterna 1–4 i alltför stor utsträckning.⁴⁰ Svaret till den spanska domstolen blev att också det omtvistade tjänsteårstillägget skulle anses som omfattat av begreppet anställningsvillkor i artikel 4 visstidsdirektivet.

I det efterföljande storkammaravgörandet *Impact*, som också det avsåg visstidsdirektivet, berörde domstolen undantaget igen.⁴¹ Den för denna framställning relevanta frågan gällde om klausul 4 om icke-diskriminering av visstidsanställda också skulle anses omfatta anställningsvillkor om lön. I storkammaravgörandet upprepade domstolen det som slogs fast i *del Cerro Alonso* och tillade angående undantaget i artikel 153.5 att det omfattar åtgärder ”såsom likriktning av vissa eller samtliga delar av lönerna och/eller deras nivå i medlemsstaterna eller införandet av en minimilön på gemenskapsnivå, innebär att gemenskapsrätten *direkt blandar sig i fastställandet av löner* inom gemenskapen” (min kursivering).⁴² Svaret till den nationella domstolen var att klausul 4 om icke-diskriminering av visstidsanställda omfattade löner.

EU-domstolen har upprepat dessa ställningstaganden i domar rörande andra frågor, t.ex. gällande åldersdiskriminering av tjänstemän i Berlin i domen *Specht*.⁴³ I domen *Matzak* gällande arbetstid har EU-domstolen uttalat att lön inte omfattas av EU:s befogenhet.⁴⁴ Vidare har EU-domstolen i *Laval* anfört att artikel 153.5 i sig inte hindrar prövning av om stridsåtgärder kan utgöra hinder mot den fria rörligheten.⁴⁵

Av befintlig praxis från EU-domstolen, som visserligen avser delvis andra frågor, framgår att undantaget ska tolkas restriktivt. Det hindrar inte varje åtgärd

³⁸ A. dom punkt 39.

³⁹ A. dom punkt 40.

⁴⁰ A. dom p. 41.

⁴¹ C-286/06 *Impact* EU:C:2008:223.

⁴² A. dom p. 124.

⁴³ De förenade målen C-501/12, C-506/12, C-540/12 och C-541/12 *Specht* EU:C:2014:2005, p. 32–34.

⁴⁴ C-518/15 *Matzak* EU:C:2018:82.

⁴⁵ C-341/05 *Laval* EU:C:2007:809, p. 86–88. Se även C-438/05 *Viking Line* EU:C:2007:772, p. 39–41.

med koppling till lön. Klart är emellertid att undantaget i artikel 153.5 omfattar likriktning av vissa eller samtliga delar av lönen och/eller deras nivå, eller införandet av en minimilön på gemenskapsnivå. Detta utgör alltså åtgärder som innebär en direkt inblandning i fastställandet av löner. Avgörande är därför om det aktuella direktivförslaget kan anses som en sådan direkt inblandning.

5.3 Artikel 153.5 FEUF: möjliga tolkningsalternativ

Rådets rättstjänst har analyserat förslaget utifrån frågeställningen om det är förenligt med den anförda rättsliga grunden. Rättstjänsten fann att merparten av förslaget kunde antas med den anförda rättsliga grunden. Rättstjänsten slog emellertid ned på förslagens artikel 6 om möjligheten till avdrag från minimilönen. Rättstjänsten menade att såsom artikel 6 kommit att formuleras ger den intryck av att EU har rätt att bestämma lönenivåer. Denna brist kan emellertid, enligt rättstjänsten, läkas genom att artikeln omformuleras. Rättstjänsten framförde vidare viss annan kritik mot förslaget, särskilt om att det är oklart hur de angivna målen ska kunna uppnås genom de föreslagna åtgärderna. Rättstjänstens sammantagna bedömning blev att förslaget befinner sig inom den överförda befogenheten.⁴⁶

Det är oomtvistat att förslaget inte bestämmer exakt hur många euro och cent en gemensam minimilön inom EU ska vara. Det avgörande enligt den befintliga rättspraxisen från EU-domstolen för om förslaget ska anses omfattat av undantaget i artikel 153.5 är om det kan anses utgöra en direkt inblandning i fastställandet av lön.

Viss försiktighet brukar vara påbjuden ifråga om *e contrario*-tolkning av domskäl, men innebörden av den ovan återgivna rättspraxisen från EU-domstolen förefaller vara att indirekt inblandning inte skulle vara omfattad av undantaget i artikel 153.5. Det betyder att sådan reglering kan antas med stöd av artikel 153. Någon ytterligare vägledning ifråga om vad som avses med direkt eller indirekt inblandning i bestämmande av löner framgår inte av EU-domstolens rättspraxis.

Direkt brukar skiljas från indirekt. Begreppsparet direkt och indirekt förekommer även på andra ställen i rättssystemet. I EU-rätten brukar man skilja mellan direkt och indirekt effekt.⁴⁷ I diskrimineringsrätten är direkt diskriminering skild från indirekt diskriminering.⁴⁸ Köplagens skadestandsregler skiljer mellan direkt och indirekt förlust.⁴⁹

⁴⁶ Se Interinstitutional File: 2020/0310 (COD) av den 9 mars 2021.

⁴⁷ Se t.ex. Bergström CF och Hettne J (2014) *Introduktion till EU-rätten*, Studentlitteratur, s. 399 ff.

⁴⁸ Se 1 kap. 4 § diskrimineringslagen.

⁴⁹ Se 67 § köplagen.

Även med beaktande av utgångspunkten att undantaget ska tolkas restriktivt framstår det som svårt att avgöra vad som ska anses utgöra direkt respektive indirekt inblandning i lönebildningen. Åtgärder av olika slag kan indirekt påverka lönerna, eftersom de påverkar kostnaderna. Uppfattningen om vad som är en direkt inblandning i bestämmande av löner kan växla beroende på från vilket perspektiv regleringen betraktas. Rättstjänstens utlåtande framstår som författat från ett ovanifrån- eller utifrånperspektiv på arbetsmarknaden och förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Om saken på detta sätt betraktas ovanifrån är det möjligt att som rättstjänsten gjort komma till slutsatsen att förslaget inte innebär en direkt inblandning.

I artikel 5 finns bestämmelser om den lagstadgade minimilönens tillräcklighet. Artikeln anger att medlemsstater med lagstadgad minimilön ska införa kriterier som ska definieras på ett ”stabilt och tydligt sätt”.⁵⁰ Av artikel 5 andra stycket framgår vad kriterierna minst ska omfatta: minimilönernas köpkraft, den allmänna nivån för bruttolönerna och deras fördelning och tillväxttakt samt arbetsproduktivitetens utveckling. Vidare är medlemsstaterna enligt artikel 5.3 skyldiga att använda vägledande referensvärden (t.ex. de som vanligen används på internationell nivå) som ledning vid bedömning av minimilönernas nivå. Ytterligare förtydliganden framgår av ingressens stycke 21, där det framgår att minimilönen ska anses vara tillräcklig om den är ”rimlig i förhållande till lönefördelningen i landet” och vidare att minimilönens tillräcklighet bör bedömas åtminstone:

”med avseende på köpkraft, produktivitetens utveckling och förhållandet till bruttolönernas storlek, fördelning och tillväxt. Vanligt förekommande internationella indikatorer, exempelvis 60 % av bruttomedianlönen och 50 % av bruttomedel lönen, kan användas som vägledning vid bedömningen av minimilönernas tillräcklighet i förhållande till bruttolönenivåerna.”

Det är tydligt att direktivet ålägger medlemsstater med lagstadgad minimilön ett antal kriterier att förhålla sig till. Utrymmet för avsteg och därmed en annan tolkning framstår som begränsat. Detta synes innebära att direktivförslaget genom dess angivande av kriterier för minimilönen faktiskt direkt kommer att påverka minimilönens bestämmande för de medlemsstater som har lagstadgad minimilön. Det är svårt att se hur det annars skulle få de effekter som Kommissionen föreställer sig att direktivet ska ha, dvs. att minimilönerna höjs i hälften av medlemsstaterna.⁵¹ Vad som ska gälla för länder där minimilönen bestäms i kollektivavtal är dock mer osäkert.

Om man betraktar förslaget utifrån förhållandet mellan en enskild arbetstagare och dennas arbetsgivare uppkommer en del andra frågor. Av artikel 11

⁵⁰ Jfr för det följande Franzen M (2021) *Europäischer Regelungsrahmen für Mindestlöhne?* *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*.(1): 1–2.

⁵¹ SWD (2020) 246 final, s. 2.

framgår att medlemsstaterna ska säkerställa att arbetstagare ges tillgång till ändamålsenlig och opartisk tvistelösning och rätt till prövning, inbegripet skälig kompensation för den händelsen att deras rätt till minimilön enligt lag eller avtal åsidosatts. För svenskt vidkommande bestäms minimilönen i flera branscher genom kollektivavtal. En första förutsättning för rätt till minimilön är således att arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal. En andra förutsättning för att en enskild arbetstagare ska kunna åberopa kollektivavtalet och dess bestämmelser är normalt att denne är medlem i den kollektivavtalslutande organisationen. Den som inte är medlem (s.k. utanförstående arbetstagare) har i princip inte denna rätt. Det finns vidare ingen automatisk rätt till kollektivavtalsenliga löner på arbetsplatser utan kollektivavtal.

För att genomföra artikeln – i dess föreslagna lydelse – måste således svensk rätt ändras. Direktivet kommer därmed att påverka enskildas rätt till lön enligt kollektivavtal. Detta menar jag är en ”direkt” inblandning i fastställandet av löner, även om det alltså inte handlar om kronor och ören eller euron och cent.

En invändning mot detta resonemang kan vara att vi redan fått sådana regler med anledning av genomförande av andra EU-direktiv. Det gäller t.ex. för utstationerade arbetstagare och sådana arbetstagare som arbetar utan erforderliga arbets- och uppehållstillstånd.⁵² Inget av dessa direktiv är emellertid antaget med stöd av artikel 153 om socialpolitik. Det föreligger även reglering av innebörd att olika typer av arbetstagare i en utsatt situation i lönehänseende ska behandlas lika med vissa andra arbetstagare.⁵³

EU:s primärrätt kan tolkas på olika sätt; skillnad kan göras mellan ordalydelseorienterad, systematisk, teleologisk och historisk tolkning.⁵⁴ Den tolkning av artikel 153.5 som EU-domstolen hittills gjort framstår närmast som en form av systematisk tolkning. Domstolen hade kunnat välja annorlunda här, och det är inte uppenbart att utgången då skulle ha blivit densamma. Vid historisk tolkning kan skälet för undantaget beaktas, dvs. att lön är för arbetsmarknadens parter att bestämma.

Köpsläendet inom ramen för de kollektiva förhandlingarna ser olika ut på olika platser och förutsättningarna varierar mellan medlemsländerna. Skälet för att undanta minimilöner är att reglering kan störa balansen mellan arbetsmarknadsparterna och därmed påverka deras förhandlingar. En sådan tolkning skulle dessutom vara avsevärt mera närliggande ändamålet med bestämmelsen. Den historiskt orienterade tolkningen skulle ha lika stort fog för sig som den systematiska, och ställningstagandet att välja den förstnämnda snarare än den

⁵² Se 21 § utstationeringslagen och 5 § lagen (2013:644) om rätt till lön och annan ersättning för arbete utfört av en utlänning som inte har rätt att vistas i Sverige.

⁵³ Se artikel 5 direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag.

⁵⁴ Se t.ex. Streinz R (2017) Interpretation and development of EU primary law, i Riesenhuber K (red) *Europam Legal Methodology*, Intersentia. Det är inte helt enkelt att skilja dem från varandra och de kan sägas vara i varje fall delvis överlappande.

sistnämnda tolkningsstilen låter sig enkelt motiveras med att fråga nu är om ett direktiv som uttryckligen rör just löner, och inte som tidigare om en följdfråga till diskriminering (jfr avsnitt 5.4).

Som anfördes inledningsvis kan tillämpningsområdena för de olika rättsliga grunderna överlappa. Min uppfattning är att direktivet, mot ovanstående bakgrund, utgör en direkt inblandning i fastställandet av löner, och att det därmed även vid en restriktiv tolkning är omfattat av undantaget i artikel 153.5.

Att Kommissionen valt att lägga fram förslaget med stöd av artikel 153 kan vara resultatet av erfarenheterna av den s.k. *Monti II-förordningen* som föreslogs efter Lavalkvartetten och som kom att stoppas innan den hann antas.⁵⁵ Vidare var, och är alltså, de nordiska ländernas motstånd mot förslaget känt, och detta utesluter återopandandet av rättsliga grunder som fordrar enhällighet i rådet.⁵⁶ Med beaktande av dessa omständigheter antar jag att Kommissionen gjort bedömningen att utsikterna att få till stånd det eftersträvade direktivet varit bäst om artikel 153 återopades som rättslig grund.

Min uppfattning är alltså att direktivförslaget avser ett sådant ämne som omfattas av undantaget från den genom artikel 153 överförda befogenheten, och förslaget bör därför inte antas med stöd av artikel 153. Redan år 2000 skrev Lena Maier att undantaget i artikel 153 inte gällde för andra rättsliga grunder.⁵⁷ Det är självfallet inte uteslutet att den rättsliga grunden och det materiella innehållet i direktivförslaget kan komma att ändras, då kan även min bedömning bli en annan.

Alternativa rättsliga grunder kan tänkas, t.ex. artikel 46 om fri rörlighet för arbetstagare, artiklarna 114 och 115 FEUF om tillnärmning av den inre marknaden, artikel 175 FEUF om ekonomisk och social sammanhållning och artikel 352 FEUF med den s.k. flexibilitetsklausulen.⁵⁸

5.4 Artikel 153.5 ur ett arbetsmarknadsperspektiv

Betraktad ur arbetsmarknadsperspektiv är det tydligt att det som räknas upp i artikel 153.5 motsvarar de centrala beståndsdelarna i ett autonomt system för

⁵⁵ Om det se t.ex. "The adoptive Parents" (2016) *The Life of a Death Foretold: The Proposal for a Monti II Regulation*, i Freedland MR och Adams-Prassl J (red.) *Viking, Laval and Beyond*. Hart. Se även Malmberg J och Johansson C (2012) *The Commissions Posting Package (2012:8epa)*. Sieps.

⁵⁶ Det kan i detta sammanhang erinras om att anledningen till att socialpolitik inte infördes i fördragen inledningsvis var på grund av Förenade konungarikets motstånd. Det talades då om en parallell utveckling där vissa medlemsstater gick före på socialpolitikens område.

⁵⁷ Maier L (2000) *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten: en rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningsutrymmen*, Jure, s. 276.

⁵⁸ Jfr Aranguiz, A och Garben, S (2019) *Confronting the Competence Conundrum of an EU Directive on Minimum Wage: In Search of a Legal Basis*, *CEPOB Collage of Europe Policy Brief*(9).

regleringen av förhållandet mellan parterna på arbetsmarknaden.⁵⁹ Föreningsfrihet möjliggör för både arbetsgivare och arbetstagare att sluta sig samman i fackförbund och arbetsgivareföreningar. Förhandlingar mellan dessa parter är särpräglade; åtgärder som inte är tillåtna i andra avtalsförhandlingar är här tillåtna, t.ex. att vidta stridsåtgärder – strejk respektive lockout – i uttryckligt syfte att åsamka motparten ekonomisk skada. Dessa säregna kollektiva förhandlingar är framförallt till för att reglera löneförhållanden genom kollektivavtal. Även om de olika beståndsdelarna i artikel 153 i princip kan och bör skiljas från varandra är de sammanlänkade på ett intrikat sätt. Betraktade som en helhet utgör de olika reglerna i artikel 153 grunden för ett autopoietiskt system för regleringen av arbetsmarknaden.⁶⁰

Utrymmet för självreglering kan variera mellan olika länder. Det är en omtvistad fråga om det existerar en gyllene medelväg mellan självreglering och intervention från lagstiftare, myndigheter och domstolar.⁶¹ Genom att ta fasta på att artikel 153 speglar den mest grundläggande indelningen av arbetsmarknadsregleringen i rättsfrågor och intressefrågor fördjupas förståelsen av de motiven till att införa ett särskilt undantag i artikel 153.5.

6. HAR SVERIGE ÖVERLÅTT BEFOGENHET TILL EU ATT REGLERA MINIMILÖNER?

Frågan om befogenhet överhuvudtaget överlämnats till EU, och i så fall vilka förutsättningarna är för EU att utöva denna, kan generera tvister i medlemsländernas högsta domstolar. Inte minst den tyska *Bundesverfassungsgericht* har återkommande prövat sådana frågor.⁶² Även i vårt nordiska grannland Danmark har sådana mål förekommit.⁶³ Resonemangen här kan inte slutligt lösa denna problematik, utan istället vill jag endast peka på att diskussionen om befogenhet också har en nationell dimension. Av EU-domstolens praxis följer att nationella domstolar inte kan ogiltigförklara EU:s rättsakter – det kan endast EU-domstolen göra.⁶⁴

⁵⁹ Se t.ex. Jacobs A (2010) Collective Self-regulation i Hepple B (red) *The making of Labour law*, Hart, Jacobs A (2009) Collective Labour Relations i Hepple B och Veneziani B (red) *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*. Hart och jfr även Dukes R (2014) *The labour constitution: the enduring idea of labour law*, Oxford University Press.

⁶⁰ Rogowski R (2013) *Reflexive labour law in the world society*, Edward Elgar.

⁶¹ Acemoglu D and Robinson JA (2019) *The narrow corridor: states, societies, and the fate of liberty*, Penguin Press.

⁶² Solange I (BVerfGE 70, 11), Solange II (BVerfGE 73, 339), Maastrichurteil (BVerfGE 89, 155) och Lissabonurteil (BVerfGE 123, 267).

⁶³ Se Sag 15/2014, dom den 6 december 2016, Danska Højesteret avgörande i Ajos sagan.

⁶⁴ Se 314/85 Foto-Fost EU:C:1987:452.

Sverige blev, efter folkomröstningen 1994, medlem i EU 1995. I samband med det stundande medlemskapet diskuterades hur inträdet i gemenskapen skulle kunna påverka den svenska arbetsmarknadsmodellen.⁶⁵ EU:s befogenhet på det socialpolitiska området har förtydligats och utvidgats, och 1995 års EU var på många sätt ett annat än 2021 års version. Konsekvenserna av medlemskapet har nu, efter 25 år, klarnat och det är tydligt att EU-rätten har haft en betydande inverkan på regleringen av den svenska arbetsmarknaden.⁶⁶

Medlemskapet föregicks av en brevväxling mellan den svenska regeringen och Kommissionen rörande socialpolitik och den svenska arbetsmarknadsmodellen. Att bevarandet av den svenska modellen för arbetsrättslig reglering var en viktig förutsättning för den svenska lagstiftaren i samband med riksdagsbesluten om EU-medlemskap framträder tydligt av att kommissionär Flynn's brev *in extenso* infogades i den proposition (de s.k. *Flynnbreven*) som Riksdagen tog ställning till och röstade om.⁶⁷ Att dessa brev av många uppfattades som garantier står klart, och även på 2020-talet återkommer bl.a. fackliga företrädare till de ”garantier” till Sverige som en gång tiden lämnades från EU:s sida.⁶⁸ Sammanfattningsvis synes Riksdagen ha haft uppfattningen att den i samband med medlemskapet erhållit garantier för att EU-medlemskapet inte skulle påverka grunderna för den svenska arbetsmarknadsmodellen. I efterhand kan riktigheten i denna uppfattning ifrågasättas på formella grunder, men det kan inte bortses ifrån att det svenska parlamentet tillmätte dessa garantier och försäkringar avgörande betydelse, och att de tillsammans med andra faktorer utgjort förutsättningar för medlemskapet.⁶⁹

EU har sedan Sveriges medlemskap genomgått en omfattande utvidgning med ett stort antal nya medlemsstater. Fördragen har ändrats ett flertal gånger, och Brexit innebar att en medlemsstat för första gången lämnade unionen. I samband med dessa olika fördragsändringar har Riksdagen fattat nya beslut om överlåtelse av befogenhet till EU, och några brev eller garantier om arbets-

⁶⁵ Se tex. Bergh L (1995) *Arbetsrätten i det nya Europa* Stockholm: Tiden.

⁶⁶ Se Ahlberg K (2005) *Tio år med EU: effekter på arbetsrätt, partsrelationer, arbetsmarknad och social trygghet*. Stockholm: Arbetslivsinstitutet, Malmberg J (2011) *Arbetsrätten efter EU-inträdet*. *SvJT*. 430–439, Rönnmar M (2015) *Det svenska arbetsrätts- och arbetsmarknadssystemet i EU – samspel och konflikt under 20 år*, *Europarättslig tidskrift*.(2): 267–291 och Selberg N and Sjödin E (2019) *Den polycentriska arbetsrätten: Arbetsmarknaden och arbetsrätt på 2010-talet* i Selberg N och Sjödin E (red) *Lavalgenerationen: 2010-talets doktorsavhandlingar i arbetsrätt*. Iustus.

⁶⁷ Prop. 1994/95:19 Bilaga 12. Av brevet framgår följande slutsats på sidan 9: ”[...] provide you with full assurances that the Maastricht Protocol would in no way require a change of existing practice in the labour market.”

⁶⁸ Se Sjödin E och Wadensjö E (2020) *25 år med utstationering av arbetstagare till och från Sverige – Reglering, omfattning och arbetsmarknadseffekter*. Svenska institutet för europapolitiska studier (Sieps) s. 30 och Johan Lindholms (ordförande Byggnadsarbetarförbundet) debattartikel i tidningen *Arbetet* publicerad 1 april 2021 med titeln ”Sitt inte på läktaren Löfven”.

⁶⁹ Prop. 1994/95:19, s. 218 där det uttryckligen anges att Sverige erhållit försäkringar för det svenska arbetsmarknadssystemet och då särskilt villkor för arbetslivet fastställs i kollektivavtal.

marknadsregleringen från EU:s sida har inte legat till grund för det svenska parlamentets beslut.⁷⁰ De nyare förarbetena innehåller alltså inte några dokument som motsvarar *Flynnbreven*. På senare år har även vissa fackliga centralorganisationer valt att verka för lagändringar genom att utöva påtryckningar på EU-kommissionen på sådana punkter där lagstiftningen är semidispositiv och således kan disponeras över i kollektivavtal.⁷¹

Det står klart att den inhemska betydelse som en gång i tiden möjligen skulle kunna tillskrivas de här beskrivna ”garantierna” inte längre kan göras gällande, eftersom de inte följts upp i de efterföljande besluten om överlåtelse av befogenhet till EU. Vid varje överlåtelse av befogenhet från nationell nivå till EU får EU-rättens innebörd vid den aktuella tidpunkten sägas ha accepterats. Det är i besluten att överlåta befogenhet som fattats efter medlemskapet som EU tillförts befogenhet på socialpolitikens område.⁷²

En formulering som emellertid återkommer i förarbetena tar sikte på hur sådant som ligger utanför den överlåtna befogenheten ska klassificeras i Sverige (min kursivering).⁷³ KU uttalade följande:

Om en regel i en förordning eller ett direktiv från svensk sida framstår som konstitutionellt oacceptabel, bör enligt utskottet den svenska hållningen inte vara att tala om en konflikt mellan EG-rätt och nationell rätt. Vad frågan i stället bör gälla är om EG-organet haft rätt att med verkan för Sverige fatta ett sådant beslut som det fattat. Ligger med andra ord den beslutade rättsakten inom det område där beslutanderätten överlåtits? Blir svaret att den ligger utanför detta område, *är den inte giltig EG-rätt i Sverige*.⁷⁴

Uttalandet har upprepats också i samband med riksdagsbeslut om befogenhetsöverföring i samband med Lissabonfördraget.⁷⁵ Jag menar att två saker följer av uttalandet. Prövning kan ske på den nationella nivån om huruvida en viss antagen lagstiftningsåtgärd befinner sig inom den från Sverige till EU överlåtna befogenheten. Om denna prövning utmynnar i att Sverige inte överlåtit befogenhet är den aktuella lagstiftningsakten inte giltig EU-rätt i Sverige.

⁷⁰ Se prop. 1997/98:58 Om Amsterdamfördraget och även utskottsbehandlingen UU 1997/98:UU13, prop. 2001/02:8 Om Nicefördraget behandlat av riksdagens utskott i 2001/02:KUU1, och prop. 2007/08:168 angående Lissabonfördraget samt utskottsbehandlingen i 2008/09:UU8. I utskottet diskuterades frågan om ett särskilt socialt protokoll för att balansera fri rörlighet och sociala rättigheter.

⁷¹ Se nya 5 a § anställningsskyddslagen och förarbetena till den bestämmelsen. Jfr även {Selberg, 2019 #891}

⁷² Jfr den skiljaktige i Sag 15/2014, dom den 6 december 2016, Danska Højesterets avgörande i Ajos sagan.

⁷³ Se vidare Gustafsson S (2011) Unionsmedlemsskapet som grundlagsproblem. *Statsvetenskaplig Tidskrift* 113(3): 351–374.

⁷⁴ KU 1993/94:21, s. 29.

⁷⁵ Se 2008/09:UU8 Bilaga 3 s. 122 f. vari den uppfattning som ovan citeras bekräftas. Det återges även i Isbergs och Eliasson lagkommentar till bestämmelsen. Isberg M and Eliason M (2019) *Grundlagarna Nordstedt juridik*. se kommentaren till 10 kap. 6 § regeringsformen.

Det som emellertid *inte framgår* är vem som ska utföra den här prövningen och med stöd av vilka regler frågan ska avgöras. Att det aktuella förarbetsutskottet inte närmare klargör hur och på vilket sätt invändningar om att EU lagstiftat utanför den överlåtna befogenheten ska hanteras medför betydande osäkerheter om rättsläget. Om någon vid ett framtida genomförande av ett direktiv, motsvarande det föreslagna om minimilöner gör gällandet att detta direktiv ligger utanför den överförda befogenheten står det klart att denna fråga ska avgöras rättsligt, men det är inte klart av vem och på vilka grunder. Om en viss åtgärd inte ska anses som giltig EU-rätt i Sverige följer att Sverige inte är skyldig att vidta några nationella genomförandeåtgärder.

Vilka befogenheter Sverige överfört till EU framgår av lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen. Enligt lagens 3 § får EU fatta beslut i den omfattning och med den verkan som följer av fördragen. En gräns för vilka befogenheter som kan överlåtas finns i svensk grundlag. Av 10 kap. 6 § regeringsformen framgår att beslutanderätt kan överlåtas till EU så länge detta inte rör principerna för statsskicket och fri- och rättighetsskyddet motsvarar det som följer av regeringsformen och Europakonventionen.⁷⁶

Ett tentativt svar på den i avsnittsrubriken ställda frågan är följande. Huruvida Sverige överlåtit befogenhet till EU ska avgöras med stöd av en tolkning av fördragen. EU-domstolen är den yttersta uttolkaren av fördragen och om den anser att en viss åtgärd ligger inom den enligt fördragen överlåtna befogenheten ska det anses vara på det sättet. Den av Sverige uppställda gränsen för överlåtelse av befogenhet avser sådant som rör statsskickets grunder. Dessa framgår av regeringsformens första kapitel – sammanfattningsvis framförallt principerna om demokrati, det representativa statsskicket, parlamentarismen, den kommunala självstyrelsen och maktutövningens lagbundenhet.⁷⁷ Minimilönereglering kan inte sägas handla om principerna för statsskicket och det finns således i Sverige inga nationella värn som kan åberopas om någon skulle anse att en viss lagstiftningsåtgärd från EU ligger utanför den överlåtna befogenheten.

1994 års EU-lag samt EU-paragrafen i regeringsformen synes inte möjliggöra inhemsk prövning av om en lagstiftningsåtgärd ligger utanför den överlåtna befogenheten på det sätt som förespeglas i Konstitutionsutskottets ovan citerade uttalande. Den modell för ifrågasättande som ges i 10 kap. 6 § regeringsformen handlar om prövning i relation till statsskickets grunder. Några andra nationella garantier föreligger inte. Tvärtom är innebörden av 1994 års EU-lag att det är EU-domstolen som är behörig att avgöra vilken befogenhet

⁷⁶ Se tex. Lebeck C (2019) *De konstitutionella gränserna för tillämpning av överstatlig rätt: en komparativ studie*. Stockholm: Jure. s. 258 ff., samt bidragen av Mats Melin, Ulf Bernitz och Nils Wahl i ERT 2004 nr 1.

⁷⁷ Se Joachim Å (2015) *Överlåtelse av beslutanderätt: En rättsvetenskaplig studie av den i 10 kap. regeringsformen reglerade möjligheten att överlåta beslutande rätt till icke svenskt organ*. Uppsala: Iustus. S. 355 ff. se även Åhman J (2016) Beslutanderätt som inte får överlåtas inom EU-samarbetet. *Europarättslig tidskrift*.(2): 179–193.

som Sverige överlätit. Ordalydelsen i 1994 års lag är att EU har rätt att fatta beslut i den omfattning och med den verkan som följer av fördragen, och av fördragen följer ju att EU-domstolen är den yttersta uttolkaren av fördragen.

En medlemsstat som anser att fördraget åsidosatts vid antagandet av en lagstiftningsakt kan väcka en ogiltighetstalan i EU-domstolen enligt artikel 263 FEUF.⁷⁸ Det finns sådana exempel också gällande direktiv på socialpolitikens område. År 1994 väckte Förenade konungariket ogiltighetstalan om arbetstidsdirektivet under påstående bl.a. att det antagits på fel rättslig grund. Talan avslogs av EU-domstolen.⁷⁹ Ungern och Polen väckte nyligen ogiltighetstalan gällande 2018 års ändringsdirektiv till utstationeringsdirektivet och gjorde gällande att det rätteligen skulle ha antagits med stöd av artikel 153, och inte som skett med stöd av artiklarna om fri rörlighet för tjänster. EU-domstolen avslog talan och menade att detta direktiv inte kunde antas med stöd av artikel 153 FEUF eftersom det främst syftade till att främja den fria rörligheten.⁸⁰

Om direktivet om minimilöner skulle antas med stöd av artikel 153 finns det anledning att pröva hur undantaget i artikel 153.5 ska tolkas. Utgången av denna prövning är självfallet avhängig exakt vilket innehåll direktivet slutligen får. Som nämnts kan det vid en sådan prövning finnas skäl att avvika från tidigare praxis och utgången framstår inte som självklar.

7. KAN ETT DIREKTIV OM MINIMILÖN UTFORMAS PÅ ETT SÄTT SOM RESPEKTERAR DEN NORDISKA MODELLEN?

Med hänsyn till Kommissionen entydiga och kraftfulla uttalanden står det klart att någon form av EU-reglering om minimilöner kommer att föreslås, trots att jag och många med mig menar att den återopade rättsliga grunden inte kan ligga till grund för ett direktiv på detta område.⁸¹ På europeisk nivå är fler som är för någon form av reglering av europeisk minimilön än som är emot.

I förslagets artikel 1 räknas ett antal olika saker upp som direktivet inte ska innebära. Det är uppenbart att dessa *försäkringar* inte har blidkat kritikerna och utifrån ett nordiskt (i varje fall danskt och svenskt) perspektiv är det intressant

⁷⁸ Se t.ex. Bergström CF and Hettne J (2014) *Introduktion till EU-rätten*. Lund: Studentlitteratur. s. 343 ff.

⁷⁹ C-84/94 Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europeiska unionens råd EU:C:1996:431.

⁸⁰ C-620/18 Ungern mot Europaparlamentet EU:C:2020:1001 och C-626/18 Polen mot Europaparlamentet EU:C:2020:1000.

⁸¹ Thüsing G och Hütter-Brungs G (2021) Soziale Gerechtigkeit ultra vires – Kritische Anmerkungen zum Entwurf enier Mindestlohnrichtlinie. *NZA*.(3): 170–175. Eduardo G-P (2020) The Commission's proposal for a European Minimum Wage – another ultra vires challenge for the EU? In: EUROPEAN LAW BLOG NEWS AND COMMENTS ON EU LAW.

att analysera om ett direktiv skulle kunna utformas på ett sätt som värnar den av många så omhuldade nordiska modellen. Även om jag alltså som framgått i och för sig anser att EU-rättslig reglering om minimilöner inte kan genomföras med den åberopade fördragsgrunden vill jag något diskutera frågan om det är möjligt att sammanjämka den obevekligen kommande regleringen med den nordiska arbetsmarknadsmodellen.

En tänkbar lösning är att i direktivet ange att det inte gäller vissa länder. Detta kan utformas antingen som ett direkt utpekande av att exempelvis Sverige och Danmark inte omfattas eller genom att ange att länder vars kollektivavtalsstäckning överstiger en viss andel inte omfattas av direktivet. Det bör då klargöras hur detta ska beräknas, och därtill bör en säkerhetsmarginal mot nuvarande täckningsgrad tas in.

Ett annat alternativ är att ange att direktivet enbart gäller de länder som redan har en lagstadgad minimilön. Det skulle medföra att länder som saknar sådan, t.ex. Sverige och Danmark, inte skulle omfattas av direktivet.

Ett tredje sätt är att knyta direktivet till valutan Euro. Även då skulle Sverige och Danmark inte komma att beröras av ett kommande direktiv. Ett motiv för detta alternativ är dessutom att det främst är i dessa länder som åtgärder med anledning av eurokrisen haft störst återverkningar.

Dessa tre alternativ visar att det är möjligt att utforma också ett direktiv om tillräcklig minimilön på ett sätt som inte skulle få återverkningar på den nordiska modellen.

8. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Om det är av teologiska eller filosofiska skäl som Kommissionen hösten 2020 valde att lägga fram ett förslag om tillräckliga minimilöner är kanske inte nödvändigt att besvara. Det verkar emellertid som att Kommissionen delvis tänker i dessa banor när den i sin argumentation för det presenterade förslaget poängterar att ”The dignity of work is sacred”⁸² och att ”i EU är värdet av att ha ett arbete heligt”.⁸³

Att EU-reglering om minimilöner kommer att få ekonomiska effekter står klart. Kommissionen menar att det aktuella förslaget kommer leda till högre löner i hälften av medlemsstaterna, och att i vissa medlemsstater kommer lönehöjningen överstiga tjugo procent.⁸⁴ Även den med begränsade kunskaper i nationalekonomi känner till den omdiskuterade frågan om höjda minimilöner kan påverka arbetslösheten. Om förslaget antas kommer det sannolikt komma att utvärderas vilka effekter det haft på sysselsättningen i EU:s medlemsstater.

⁸² https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_en_0.pdf.

⁸³ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/soteu-2020-brochure_sv.pdf.

⁸⁴ SWD (2020) 246 final.

Vilken åtgärd som är mest lämpad för att utjämna inkomstskillnader och lyfta människor ur armod är en fråga på vilket det finns olika svar. Vissa menar att minimilönereglering inte hjälper de mest utsatta – eftersom de mest utsatta ju inte har någon anställning överhuvudtaget.⁸⁵

Den juridiska fråga som diskuterats i artikeln har rört om huruvida direktivet kan antas med den förslagna rättsliga grunden i artikel 153 FEUF. Det är i och för sig inte otroligt att den rättsliga grunden kommer att växla. Den grund som sist och slutligen kommer att ligga till grund för antagandet kommer att påverka syftet med den aktuella harmoniseringsåtgärden. Syftar direktivet till att höja minimilönerna, för att utjämna spelplanen mellan medlemsländerna eller för att uppnå mer jämställda löner? En reglering av minimilöner kan ha alla dessa syften men EU-rätten kräver att ett prioriteras framför de andra; det ska finnas en rättslig grund som avgör vilket förförande som ska följas vid det formella politiska beslutsfattandet på EU-nivån.

Att ett direktiv om minimilöner har effekter på medlemsstaternas lönebildningssystem är uppenbart. Exakt vilka dessa effekter kommer att bli är givetvis beroende av vilket innehåll direktivet slutligen får. Även med stöd av viss förtrogenhet med både EU-rätt och nationell rätt föreligger ett betydande mått av osäkerhet om hur ett direktiv kommer att påverka den svenska arbetsmarknaden. Denna osäkerhet förstärks av att direktivet om minimilöner gör kopplingar till EU-stadgan och dess artikel 31. Praxis från EU-domstolen har bjudit på en händelserik utveckling alltsedan stadgan blev rättsligt bindande.⁸⁶ Den här utvecklingen har haft överraskande inslag, såsom t.ex. en skyldighet för arbetsgivare att registrera arbetstid. Med det aktuella direktivförslaget lydelse och de där intagna definitionerna blir EU-domstolen den yttersta uttolkaren av vad som utgör ett kollektivavtal enligt direktivet och om kollektivavtalsäckningsgraden ska anses uppgå till 70 %. Vidare innehåller förslaget om minimilöner i EU individuella rättigheter som sedda i ljuset av EU-stadgan öppnar upp för osäkerhet hur rättsläget framgent kommer att utvecklas, inte minst i EU-domstolens tolkningar.

Med det aktuella förslaget tar EU ett nytt och långtgående initiativ på socialpolitikens område. Medlemsstaterna utmanas därmed ifråga om hur långt de faktiskt är villiga att gå för skapandet av en gemensam socialpolitik och därmed också en social marknadsekonomi. Det blir intressant att följa vad nästa steg kommer att bli, och om det som en följd av minimilöneregleringen kommer att resas krav på ytterligare sociala reformer, såsom t.ex. en gemensam skattefinansierad socialförsäkring på EU-nivå.

⁸⁵ Skedinger P (2020) Reglering av minimilöner på EU-nivå – rätt väg att gå? (Sieps).

⁸⁶ Se C-426/11 *Alemo-Herron* EU:C:2013:521, C-176/12 *Association de médiation sociale* EU:C:2014:2, C-157/15 *G4S Secure Solutions* EU:C:2017:203, C-193/17 – *Cresco Investigation* EU:C:2019:43 och C-55/18 *CCOO* EU:C:2019:402.

