
EUROPARÄTTSLIG TIDSKRIFT

Särtryck ur ERT 2018 1

Näringsfriheten förtydligad.
Kommentar till C-201/15 AGET
Iraklis

Av Erik Sjödin

NÄRINGSFRIHETEN FÖRTYDLIGAD

Kommentar till C-201/15 AGET Iraklis

Erik Sjödin*

1. INLEDNING

Ove Thörnkvists ”Varm korv boogie” handlar om en korvgubbe på Fyrstorg som ”[...] hade lådan på magen. Det gillas inte av lagen”. Sången har samband med införandet av ett förbud mot försäljning av livsmedel ur en ”låda på magen”. Av sången förstår en att förbudet fick korvgubben att söka en alternativ karriär: Musiken. Thörnkvists ”Varm korv boogie” illustrerar att statsmakten kan inskränka drivande av näring av olika skäl – gällande lådan var det hygien – och således att det inte är fritt att utöva näring. *Näringsfriheten* kan inskränkas.

Näringsfriheten har även en särskild plats i svenskt arbetsrätt som en yttersta normativ grund för företagsledningsrätten, dvs. att arbetsgivaren bestämmer över om verksamhet ska bedrivas och på vilket sätt.¹ I Sverige innebar 1864 års näringsfrihetsförordning inte bara avskaffande av den merkantilistiska ekonomin och därigenom också skräväsandet utan den möjliggjorde även organisering på arbetstagarsidan.² I tiden är den svenska näringsfrihetsförordningen samtida med framväxten av de moderna fackföreningsrörelserna och deras mot-svarighet på arbetsgivarsidan.

Näringsfriheten är sedan 1994 upptagen i den svenska grundlagen (2 kap. 17 § regeringsformen).³ Även i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EU-stadgan), som formulerades år 2000 och som sedan

* Universitetslektor i civilrätt, särskilt arbetsrätt, Institutet för social forskning, Stockholms universitet. Tack till kommentarer från Caroline Johansson, Erik Sinander och Magnus Strand. Återstående brister står jag ensam för.

¹ Jfr Glavå, M. (1999). Arbetsbrist och kravet på saklig grund: en alternativrealistisk arbetsrättslig studie. Diss s. 597 ff.

² Sigeman, T. Från Legostadgan till medbestämmandelagen, SvJT 1984 s. 875 ff. och Lundh, C. Spelets regler: Institutioner och lönebildning på den svenska arbetsmarknaden 1850–2010, 2010 2. Uppl. s. 43 ff.

³ Se Holmberg N. (m.fl.) Grundlagarna (1 januari 2015 Zeteo), kommenteraren till 2 kap. 17 § regeringsformen.

2009 har samma rättsliga värde som övriga fördrag, finns näringsfriheten upptagen: Artikel 16 i avdelning 2 Friheter har följande lydelse:

Artikel 16

Näringsfrihet

Näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.⁴

Under tidsperioden då arbetsrätten beskrevs som ett ”rättssystem i harmoni”⁵ från 1938 och fram till den ”nya” arbetsrätten som sjösattes i och med sjuttio-talets reformer har näringsfriheten varit av underordnad betydelse, på sätt att den inte uttryckligen diskuterats i svensk rättspraxis. För mig har det varit något förvånade att denna, av alla artiklar i EU-stadgan, kommit att bli den artikel som hittills har ådragit sig mest uppmärksamhet i EU-domstolens praxis med relevans för arbetsrätten.⁶

EU-domstolens Stora avdelning meddelade den 21 december 2016 dom i mål C-201/15 *AGET Iraklis* som rör en tvist med bakgrund i en större driftin-skränkning vid en cementfabrik i Grekland. Det finns ett samband med den dramatiska ekonomiska kris som kom att drabba Grekland med anledning av 2008 års finanskris och den efterföljande eurokrisen. En kris som hade dramatiska följder för bl.a. stora löntagargrupper och som föranlett ett stort antal åtgärder från den s.k. Trojkan (Europeiska centralbanken, EU-kommissionen och Internationella valutafonden IMF). Just förfarandet vid kollektiva uppsägningar var något som Trojkan särskilt ifrågasatte.⁷ Här kommer dessa åtgärder inte närmare beröras men det bör sägas att de har varit omdiskuterade.

Stora avdelningens dom klargör och nyanserar i någon mån vilken roll som näringsfriheten har vid prövning av en nationell ordnings förenlighet med EU-rätten. Av domen blir det tydligare var och även hur näringsfriheten påverkar bedömningen av om något utgör ett hinder för den fria rörligheten. Domen kan även ses som ett svar på den kritik som riktats mot den vikt som EU-domstolen tidigare tillmätt näringsfriheten.⁸ Domen har uppmärksammat i litte-

⁴ Om näringsfrihet enligt EU-stadgan i allmänhet se t.ex. Everson, M. och Correia Gonçalves, R. i Peers, S., Hervey, T., Kenner, J. & Ward, A. (red.) (2014). *The EU Charter of fundamental rights: a commentary*. Oxford: Hart Pub Ltd., s. 437 ff.

⁵ Schmidt, F. Från socialism till löntagarmakt, SvJT 1976, s. 513 ff. Schmidt avsåg därmed att arbetsmarknadens parter accepterade hur arbetsrättens reglerade dvs. från 1938 året då Saltsjöbadsavtalet ingicks och fram till sjuttioalets lagreformer.

⁶ Nu senast i den uppmärksammande domen rörande diskriminering på grund av religion, se C-157/15 *G4S Secure Solutions*, EU:C:2017:203, p. 38. Se Busschaert G. och De Somer, S., 2017 33 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Issue 4, pp. 553–572, jfr även Nääv M, *Sløjans juridik*, Bang 2/2017.

⁷ Se Countoris, N. och Koukiadki, A. The glass half full: collective redundancies, public interest and the (unfulfilled) potential of Europe’s ”highly competitive social market economy”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2017 s. 193–201.

⁸ Kritiken har rört C-426/11 *Alemo-Herron* EU:C:2013:521, se Weatherhill, S. Use and Abuse of the EU’s Charter of Fundamental Rights: on improper veneration of ’freedom of contract’,

raturen för att den utgör en nyansering/nydaning av hur avvägningen mellan ekonomiska och sociala mål ska göras.⁹ Att näringsfriheten inte är absolut, dvs. kan inskränkas har framgått tydligt av tidigare praxis.¹⁰

I denna artikel kommer jag att redogöra för och kommentera domen C-201/15 *AGET Iraklis* och försöka se vilka möjliga konsekvenser den kan ha för svensk arbetsrätt. I detta fall är det förhållandevis stor skillnad mellan Generaladvokatens förslag och Stora avdelningens dom. Skillnaden visar utrymmet i gällande rätt inom EU-rätten också i perspektivet hur en domare ska, får och bör döma.¹¹ Generaladvokatens förslag är betydligt friare argumenterat än EU-domstolens avgörande och ett skäl kan vara att dissens inte är tillåtet och det är således att nödvändigt med enighet i alla delar i förhandsavgörandet.

2. OMSTÄNDIGHETERNA OCH FRÅGORNA TILL EU-DOMSTOLEN

Twisten i målet C-201/15 *AGET Iraklis* har som nämnts samband med den ekonomiska krisen som drabbade Grekland under den globala finanskrisen som avlöstes av "euro-krisen".¹² *AGET Iraklis* (bolaget/arbetsgivaren) tillverkade cement vid tre skilda anläggningar i Grekland. Bolagets huvudägare var ett franskt bolag. Med anledning av krisen och därpå sjunkande efterfrågan uppstod ett behov av att vidta besparingsåtgärder. Under senhösten 2011 fördes överläggningar med arbetstagarerna vid en av anläggningarna (i Chaklida) om hur tillverkningen skulle anpassas till den nya situationen. Därefter under 2013 fattade styrelsen, för att säkra bolagets fortlevnad, beslut om att lägga ned

European Review of Contract Law 2014, s. 167–182 och Prassl, J. Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*, *Industrial Law Journal*, 2013 s. 434 – 446. EU-domstolen har det efterföljande målet C-680/15 *Asklepios Kliniken* EU:C:2017:317 mildrat effekterna av den nämnda domen *Alemo-Herron*.

⁹ Se t.ex. Antonaki, I. Collective redundancies in Greece: *AGET Iraklis*, *Common Market Law Review*, 2017, vol 54 s. 1513–1534, Markakis, M. Can Governments Control Mass Layoffs by Employers? Economic Freedoms vs. Labour Rights, *European Constitutional Law Review*, 2017 s. 1–20 och Polomarkakis, K.A. A tale of two approaches to Social Europe: The CJEU and the Advocate General drifting apart in Case C-201/15 *AGET Iraklis*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, Vol. 24(3) s. 424–537.

¹⁰ C-283/11 *Sky Österreich GmbH* EU:C:2017:102.

¹¹ Jfr Jareborg, N. Rättsdogmatiken som vetenskap, SvJT 2004 s. 1 ff. och även Nielsen, R. Towards an Interactive Comparative Method for Studying the Multi-Layered EU Legal order, i Neergard, U & Nielsen, R. (2012) *European Legal Method*.

¹² Om det sambandet se Countoris, N. och Koukiadaki, A. The glass half full: collective redundancies, public interest and the (unfulfilled) potential of Europe's "highly competitive social market economy", *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2017 s. 193–201. Just reglerna vid kollektiva uppsägningar var något som var föremål för granskning i samband med åtgärderna.

produktionen vid anläggningen i Chaklida som vid den tidpunkten sysselsatte 236 personer.

Bolaget kallade ”arbetstagarsammanslutningen”¹³ till möten för att redogöra hur uppsägningarna skulle gå till och även om det fanns möjligheter att undvika uppsägningar eller lindra verkningarna av dessa. Arbetstagarsammanslutningen infann sig inte till de möten till vilka bolaget kallat.

Av grekisk rätt framgick att vid avsaknad av överenskommelse med arbetstagarna hade arbetsgivaren att ansöka hos ett offentligt organ (”Ministern”) som då kunde godkänna de planerade uppsägningarna. Beslutet skulle grundas på en bedömning av *förhållandet på arbetsmarknaden, företagets situation* och den *nationella ekonomins intressen*. Bolaget ansökte om tillstånd att genomföra de planerade uppsägningarna.

Högsta sysselsättningsrådet hade lämnat ett yttrande till ”Ministern”. I det förordade rådet att begäran om att få vidta uppsägningarna skulle avslås, främst eftersom motiveringen var bristfällig. Sysselsättningsrådet menade att bolaget inte ”bevisat” att uppsägningarna var verkligt motiverade. Med hänvisning till det yttrandet beslutade ”Ministern” att inte godkänna uppsägningarna.

Bolaget överklagade beslutet till den Högsta förvaltningsdomstolen som beslöt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Domstolen ansåg att det fanns vissa oklarheter rörande den grekiska ordningens förenlighet med EU-rätten och ställde två frågor till EU-domstolen.

Den första frågan var om en sådan nationell bestämmelse [...] enligt vilken det för att kollektiva uppsägningar ska få vidtas vid ett visst företag krävs tillstånd från myndigheterna, som meddelas på grundval av en bedömning av kriterier avseende a) förhållandena på arbetsmarknaden, b) företagets situation och c) den nationella ekonomins intressen, är förenlig med direktiv 98/59/EG om kollektiva uppsägningar (övertalighetsdirektivet) och, mer allmänt, med artiklarna 49 FEUF om fri etableringsrätt och 63 FEUF om fri rörlighet av kapital?

Om den första frågan ska besvaras nekande: är en nationell bestämmelse med den ovannämnda innebörden förenlig med övertalighetsdirektivet och mer allmänt, med artiklarna 49 FEUF och 63 FEUF, om det föreligger tungt vägande sociala skäl såsom en allvarlig ekonomisk kris och mycket hög arbetslöshet?”

Det finns anledning att redogöra Generaladvokatens yttranden innan Stora avdelningens dom presenteras.

¹³ Det är inte av vare sig domen eller förslaget till avgörande klart i vilken form arbetstagarna var representerade, dvs. om det var en fackförening eller annat organ som representerade arbetstagarna.

3. GENERALADVOKAT WAHLS FÖRSLAG

3.1 Inledning

Generaladvokat Wahl hade inte mycket till övers för reglering av den sort som den grekiska vilken var föremål för prövning i denna tvist.¹⁴ Han inleder – utan hänvisning till fördrag – med att slå fast att EU bygger på en fri marknadsekonomi, vilket innebär att det måste stå företagen fritt att bedriva sin verksamhet som de finner lämpligt (p. 1). Hans inställning framkommer tydligt när han senare uttrycker att han inte anser det lämpligt att skydda arbetstagarna genom att låta myndighet överpröva affärsbeslut som ytterst har att fattas av det företag där de är anställda (p. 70). Vidare skriver han; ”Att på konstlad väg vidmakthålla anställningsförhållanden trots en i grunden osund ekonomi är, som historien lär oss, något som har prövats och fullständigt misslyckats i vissa tidigare politiska system (p. 73).” Generaladvokaten synes mena att den grekiska regleringen har drag av planekonomi, vilket prövats i de tidigare europeiska kommunistiska diktaturerna med känt resultat avseende ekonomin. Generaladvokatens slutsats var att den grekiska regleringen inte var förenlig med EU-rätten.

Såvitt gäller den närmare argumentationen valde Generaladvokaten besvara frågorna gemensamt utifrån först övertalighetsdirektivet och därefter utifrån fördragets reglering av fri rörlighet.

3.2 Förenlighet med övertalighetsdirektivet

Generaladvokaten inledde sin bedömning med ett uttalande om syftet med harmonisering av reglerna för kollektiva uppsägningar. Den syftar både till att garantera ett jämförbart skydd för arbetstagarna och till att harmonisera kostnaderna sammankopplade med sådant skydd (p. 23.). Övertalighetsdirektivet inskränker emellertid inte arbetsgivares möjlighet att vidta kollektiva uppsägningar utan dess syfte är säkra information och samråd med arbetstagarrepresentanterna samt att behöriga myndigheter informeras (p. 27). Arbetsgivarens möjlighet att vidta kollektiva uppsägningar styrs av nationell rätt.

En regel som den grekiska – varigenom en myndighet kan hindra uppsägningar – som inskränker arbetsgivarens möjlighet till kollektiva uppsägningar ligger således utanför direktivet. Det kan heller inte ses som exempel på överimplementering eller en regel som är mer förmånlig för arbetstagarna enligt

¹⁴ Se även Wahl, N. *Näringsfriheten: En rättighet av grundläggande betydelse för EU:s framtid*, i Festskrift till Lars Pehrsson, 2016, Han skriver att det är dags att återvända till ursprungstanken med EU och det är ”kring [den inre marknaden] som EU har möjlighet att ge sina medborgare ett mervärde” och avslutar med att ”Varje inskränkning av näringsfriheten har ett pris och [...] utan ekonomiska friheter blir övriga fri- och rättigheter endast skenbara.” Citaten återfinns på sidorna 399 respektive 410.

artikel 5 övertalighetsdirektivet. Förekomsten av den ekonomiska krisen påverkar inte den bedömningen.

3.3 Förenlighet med fördraget

Den grekiska domstolens fråga om förenlighet med fördraget gällde den fria rörligheten för etablering (artikel 49) och den fria rörligheten för kapital (artikel 63). Generaladvokaten inleder sin prövning om förenlighet med fördraget med att avgöra enligt vilken av de grundläggande friheterna som situationen ska bedömas. Den grekiska regeln rörde anställningsförhållandet eftersom den i likhet med övertalighetsdirektivet avser förfarandet vid kollektiva uppsägningar. Innehavet av en aktiemajoritet ger ägaren möjlighet att agera som ”slutlig arbetsgivare”.¹⁵ Generaladvokaten menade, med anledning av det anförda, att den grekiska regleringen skulle prövas mot den fria etableringsrätten.

Nästa steg i bedömningen är om den nationella regleringen utgör en inskränkning (hinder) för etableringsfriheten. Tröskeln för vad som kan utgöra en inskränkning är låg; att det blir mindre attraktivt att utöva den etableringsfriheten. En nationell regel som begränsar möjlighet till kollektiva uppsägningar och vars överträdelse kan medföra att uppsägningarna är ogiltiga är i princip en sådan inskränkning i den fria rörligheten. Etableringsfriheten måste även tolkas i förenlighet med EU-stadgan. Artikel 16 om näringsfrihet innefattar bl.a. frihet att bedriva ekonomisk eller kommersiell verksamhet, avtalsfrihet och fri konkurrens. Den nationella regeln utgör även en inskränkning av näringsfriheten.

När det slagits fast att den grekiska ordningen var en inskränkning övergår prövningen till om den kan rättfärdigas. Generaladvokatens syn på åtgärden blir tydlig när han bedömer om den kan rättfärdigas. Skyddet för arbetstagare är ett tvingande hänsyn till allmän intresset som kan berättiga inskränkningar i den fria rörligheten.

Under en rubrik om hur olika intressen ska vägas mot varandra inleder Generaladvokaten med att slå fast att artikel 27 EU-stadgan om information och samråd inte är relevant i detta fall. Anledningen är att den aktuella nationella bestämmelsen inte rör övertalighetsdirektivet vilken gett innehåll till artikel 27. Gränsen för när en arbetsgivare kan säga upp arbetstagare kan heller inte med beaktande av artikel 30 EU-stadgan om skydd för uppsägning utan saklig

¹⁵ I engelsk språkversion ”ultimate employer”. Att ägaren kan utöva inflytande över verksamhet i ett dotterbolag är klart, men utifrån svensk arbetsrätt framstår det som främmande att benämna denne som ”arbetsgivare” då det även skulle innefatta att denne skulle kunna göras ansvariga som arbetsgivare. Om det jfr Selberg, N. (2017). Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: en studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö. Diss. Lund: Lunds universitet. Lund. I avhandlingen behandlar Selberg koncerner som en särskild form av komplexa arbetsorganisationer, s. 57 och därefter om frågorna anställningsskydd, diskrimineringsskydd och arbetsmiljö.

grund inte sättas allt för högt. Anledningen är att det skulle innebära att arbetsgivare behöver skjuta upp nödvändiga rationaliseringar och därmed riskera att bli ineffektiva. Avslutningsvis anger han med visst eftertryck att etableringsfriheten inte enbart kan innebära rätt att etablera sig utan även en rätt att lämna en medlemsstat, om så sker enbart för att det är mer lönsamt i annan medlemsstat.

Efter de allmänna uttalandena prövar Generaladvokaten de kriterierna, dvs. den nationella ekonomin, företagets situation och förhållandena på arbetsmarknaden som ska beaktas vid bedömningen av om uppsägningen ska tillåtas. Den nationella ekonomin kan inte motivera inskränkningar i den fria etableringsrätten eller näringsfriheten då det är ett rent ekonomiskt mål. Företagets situation och förhållandena på arbetsmarknaden är inte rent ekonomiska mål. Men de syftar inte till att skydda arbetstagarna och åtgärderna var i det här fallet inte heller proportionella. Anledningen till att de inte var lämpliga var att myndighetens avslag även kunde riskera andra arbetstagares intressen. Historien har enligt Generaladvokaten lärt oss att arbetstagarna skyddas bäst av en ekonomisk miljö som främjar en stabil sysselsättning och att på konstlad väg vidmakthålla anställningsförhållanden har som historien visat misslyckats.

Den grekiska lagstiftningen var således inte förenlig med EU-rätten.

4. STORA AVDELNINGENS DOM

4.1 Inledning

Sättet som Stora avdelningens dom är skriven skiljer sig från Generaladvokatens förslag och är tydligare förankrad i de EU-rättsliga källorna. Även domstolen har valt att besvara den första frågan först utifrån övertalighetsdirektivet och därefter enligt fördragen. Domstolens dom framstår som präglad av de fördragssändringar enligt vilken EU är en *social* marknadsekonomi. Även om EU-domstolen kom fram till samma slutsats som Generaladvokaten skiljer sig skälen (argumenten för) den på många punkter.

4.2 Förenlighet med övertalighetsdirektivet

Med hänvisning till tidigare praxis inleder EU-domstolen med att konstatera att övertalighetsdirektivet endast *partiellt* harmoniserar skyddet för arbetstagarna vid kollektiva uppsägningar. Direktivet inskränker inte arbetsgivarens möjlighet att vidta kollektiva uppsägningar. Utan dess syfte är att inrätta en minsta skyddsnivå gällande information och samråd inför sådana uppsägningar och medlemsstaterna behåller möjlighet att anta för arbetstagarna mer förmånliga regler. De grekiska reglerna som uppställs avseende arbetsgivarens möjlighet att genomföra kollektiva uppsägningar faller således inte inom övertalighetsdi-

rektivets tillämpningsområde och är i princip något för medlemsstaterna att bestämma över.

De nationella åtgärderna får emellertid inte vara sådana att de leder till att direktivet förlorar sin ändamålsenliga verkan, dvs. att arbetsgivaren genomför information och samråd med arbetstagarrepresentanterna. Den nationella lagstiftningen får heller inte leda till att en arbetsgivare i praktiken saknar möjlighet att genomföra kollektiva uppsägningar.

Arbetsgivaren hävdade att de grekiska myndigheterna systematiskt vägrade tillstånd för kollektiva uppsägningar. Det hade lett till att arbetstagarna avstod från att delta i förhandlingar om hur antalet uppsagda kan minskas samt hur konsekvenserna kunde lindras. EU-domstolen säger det inte uttryckligen men jag antar att skälet till att arbetstagarna inte deltar är att därigenom förmå arbetsgivaren att vända sig till myndigheten som då väntas neka uppsägningarna. Enligt Domstolen är det den nationella domstolen som ska kontrollera hur den nationella myndigheten tillämpar reglerna och att dess tillämpning inte leder till att direktivet förlorar sin ändamålsenliga verkan.

4.3 Förenlighet med fördragen

Prövningen av den nationella regleringen sker under ett antal olika rubriker. Jag antar att de är ämnade att åskådliggöra hur prövningen gjorts. Rubrikerna är följande: Artikel 49 och 63, Frågan huruvida åtgärden kan motiveras, Tvingande skäl av allmänintresse och Prövning av proportionaliteten. Den största vikten ligger i det sista steget.

Inledningsvis slår domstolen fast att frågorna ska bedömas utifrån etableringsfriheten och inte den fria rörligheten för kapital. Etableringsfriheten ger möjlighet att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat. Etableringsfriheten förutsätter att dotterbolag eller filialer kan anställa personer som behövs i det landet. Men utövandet av etableringsfriheten omfattar även rätten att lägga ned verksamheten. Att besluta om kollektiva uppsägningar är grundläggande för driften av ett företag. Nationell reglering enligt vilken sådan kan nekas är ett ingrepp i rätten att sluta avtal. EU-domstolen slår fast att den grekiska regleringen utgör ett ”allvarligt hinder för utövandet av etableringsfriheten” (p. 57).

Nästa rubrik är om åtgärden kan motiveras. Inskränkningar i en grundläggande frihet som den fria etableringsrätten kan rättfärdigas om de är motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset. Därutöver är EU-stadgan tillämplig i samtliga fall som regleras av unionsrätten. En inskränkning i den fria rörligheten kan emellertid enbart vara rättfärdigad med hänsyn till tvingande hänsyn till allmän intresset om den är förenlig med de grundläggande rättigheterna. Den nationella regleringen utgör en inskränkning av utövandet av näringsfrihe-

ten. Särskilt den del av näringsfriheten som omfattar frihet att ingå avtal. Enligt artikel 52.1 EU-stadgan kan rättigheterna begränsas om begränsningarna *föreskrivs i lag*, är förenliga med fri- och rättigheternas *väsentliga innehåll* och är *proportionerliga* (p. 70).

Därefter följer rubriken tvingande skäl av allmänintresse. Skydd för arbetstagare och så även främjande av sysselsättning och anställning är sådana tvingande hänsyn till allmänintresset. EU har inte enbart skapat en inre marknad utan verkar även för en hållbar utveckling ”vilken grundas i en social marknadsekonomi”. EU har inte bara ekonomiskt ändamål utan även sociala ändamål och följaktligen ska fri rörlighet vägas mot de mål som eftersträvas med socialpolitiken. EU ska enligt artikel 147.1 bidra till en hög sysselsättningsnivå och när det är nödvändigt att komplettera nationella åtgärder varvid medlemsstaternas befogenheter ska respekteras.

Huvudsaken i domen är prövningen av huruvida inskränkningarna är proportionella, alltså ägnade att säkerställa målet – skydd för arbetstagare och bevarande av sysselsättning – och att de inte går utöver vad som är nödvändigt. EU-domstolen inleder denna proportionalitetsprövning med att pröva hur den grekiska förhåller sig till näringsfrihetens *väsentliga innehåll*. EU-domstolens skäl är här något upprepande. Att kollektiva uppsägningar ska anmälas till en myndighet som har befogenhet stoppa dem med hänvisning till skydd för arbetstagare och bevarande av sysselsättning strider inte ”i sig” mot etableringsfriheten eller näringsfriheten (p. 83). En sådan mekanism ”framstår nämligen inte principiellt som något som kan påverka” näringsfrihetens väsentliga innehåll (p. 84). Den nationella regleringen utesluter inte ett företags möjlighet att vidta kollektiva uppsägningar, utan reglerar bara förutsättningarna för sådana uppsägningarna. ”Regelverket kan således inte anses påverka näringsfrihetens grundläggande innehåll (p. 88)”.

Näringsfriheten kan enligt 52.1 begränsas med beaktande av proportionalitetsprincipen *eller* behovet av skydd för andra människors rättigheter. Artikel 30 EU-stadgan föreskriver att varje arbetstagare har rätt till skydd mot uppsägning utan saklig grund (p. 89). Den nationella ordningen syftar till en ”avvägning och en rättvis balans” mellan intressen knutna till skyddet för arbetstagare och bevarande och sysselsättningen och intressen knutna till näringsidkares etableringsfrihet och näringsfrihet (p. 90). Beslut om kollektiva uppsägningar har återverkningar på ett stort antal anställda. Den frågan är inte harmoniserad. En administrativ mekanism som den grekiska kan bidra till att höja skyddsnivån för arbetstagarna. Därmed är den också ägnad att säkerställa skyddet för arbetstagare och bevarandet av sysselsättningen. På socialpolitikens område har medlemsstaterna ett betydande utrymme att fatta de beslut som de ser bäst. Medlemsstaterna kan således ”i princip” ha grund för att en sådan åtgärd är nödvändig för att skydda arbetstagarna. ”Rent principiellt” är det grekiska sys-

temet ägnat att uppfylla proportionalitetsprincipen och således förenligt med etableringsfriheten och näringsfriheten.

EU-domstolens avslutande steg i prövningen är en granskning av den konkreta utformningen av den grekiska regleringen. Hänsyn till den nationella ekonomin utgör inte ett skäl som kan motivera inskränkningar i den fria etableringsrätten. Företagets situation och förhållandena på arbetsmarknaden utgör emellertid i princip sådana legitima mål av allmänintresse. Kriterierna är emellertid mycket allmänna och vaga. Då det inte närmre preciserats när myndigheten har befogenheten att stoppa beslut om kollektiva uppsägningar är det inte förenligt med proportionalitetsprincipen. Antalet situationer när befogenheten kan utövas är obestämt och myndigheten har därmed ett stort skön. Inte heller kan nationell domstol kontrollera kriterierna då de inte är tillräckligt precisa.

I sin konkreta utformning är således den grekiska regleringen inte förenlig med etableringsfriheten. Den strider även mot den i artikel 52.1 stadfästa proportionalitetsprincipen och då även mot näringsfriheten.

Att det råder en ekonomisk kris med stor arbetslöshet som följd påverkar inte den slutsatsen.

5. KOMMENTARER TILL FÖRSLAG OCH DOM

Jag kommer här begränsa mina kommentarer till tre teman; skillnaden mellan Generaladvokatens förslag och Stora avdelningens dom, omfattningen av vad som kan prövas mot etableringsfriheten och avslutningsvis proportionalitetsprövningen. I nästföljande avsnitt redogör jag för hur domen kan appliceras på svensk arbetsrätt.

Även om slutet som EU-domstolen kommer till är detsamma som Generaladvokaten är skälen vitt skilda från varandra. En inledande skillnad gäller uppfattningen om övertalighetsdirektivet. Generaladvokaten uttrycker i sitt förslag att övertalighetsdirektivet harmoniserar reglerna för kollektiva uppsägningar (se p. 23 och 27 förslaget). EU-domstolen å sin sida uttrycker med hänvisning till den förhållandevis omfattande praxis som finns rörande det direktivet att det utgör en partiell harmonisering av reglerna (se p. 29 domen). Kommissionens ursprungliga förslag innehöll en möjlighet att vägra kollektiva uppsägningar.¹⁶ Det slutligt antagna förslaget innehåller visserligen inte något sådant, men samtidigt är det ett minimidirektiv och inte en harmonisering. Det nationella handlingsutrymmet torde vara större när harmoniseringen endast är partiell och att EU då avstått från en viss sak innebär inte att medlemsstaterna är förhindrade att genomföra den.

¹⁶ Se Generaladvokatens förslag fotnot 9 med hänvisning till COM (72) 1400. Det kan nämnas att ett sådant förslag fanns med också i kommissionens förslag till samrådsdirektiv (2002/14/EG).

Generaladvokaten kom som nämnts fram till att åtgärderna inte ens var ägnade att förverkliga målet att skydda arbetstagarna (p. 74.) EU-domstolen gör i denna del en annan bedömning då den slår fast att åtgärder som den grekiska syftar till att uppnå skydd av arbetstagare och främjande av sysselsättning. I och med den slutsatsen går prövningen av proportionalitet vidare. Statlig inblandning vid kollektiva uppsägningar förekommer på olika sätt även i andra EU-länder.¹⁷ EU-domstolens dom tydliggör att det är möjligt att rättfärdiga sådana åtgärder med hänsyn till tvingande hänsyn till allmänintresset som skyddet för arbetstagare och främjandet av sysselsättningen.

EU-domstolen synes ha varit mån om att beakta de fördragsändringar som medfört att EU har även andra mål än skapandet av en inre marknad. Låt vara att en kan ha synpunkter på det lämpliga i domskrivnings sättet att upprepa uttrycka att något ”i princip” är förenligt för att därefter underkänna det. Det sagt framstår Stora avdelningens dom som en markering av att inte enbart unionens ekonomiska mål ska betonas.¹⁸ I jämförelse därmed framstår Generaladvokatens förslag – med dess kraftuttryck – som inte lika tydligt förankrat i primärrätten och som ett exempel friare argumentation.

Min andra kommentar rör när nationella regler kan prövas mot etableringsfriheten. Som inledningsvis nämndes har domen kommenterats i litteraturen som en nyansering och mer tydligt beaktanden av de förskjutningarna i balansen mellan fri rörlighet och sociala mål som Lissabonfördraget innebär. Det framstår dock som domen tydliggör och även förstärker de möjligheter som finns att ifrågasätta nationell lagstiftning utifrån den fria etableringsrätten. Utländskt ägande aktualiserar den fria etableringsrätten och inskränkningar i avtalsfriheten kan göra det mindre attraktivt att utöva den fria etableringsrätten. Det sätt på vilket EU-domstolen har formulerat vad som kan utgöra ett hinder för den fria etableringsrätten öppnar för ifrågasättande på EU-rättslig grund av mycket nationell lagstiftning som kan anses som inskränkningar i den fria etableringsrätten. Potentiellt kan mycket rättfärdigas, men det kan vara svårt att på förhand veta med säkerhet vilken utgången kommer att bli. Det medför en viss rättsosäkerhet gällande en nationell ordnings förenlighet EU-rätten. Nedan kommer jag testa med ett exempel från svensk lagstiftning,

Min avslutande kommentar rör det sätt på vilket domstolen förhåller sig till EU-stadgan i proportionalitetsprövningen. EU-domstolen sammanjämför här den proportionalitetsprövning som ska göras i samband med rättfärdigandet av hinder av frirörlighet med den som ska göras vid prövning av inskränkning av rättigheter enligt stadgan (artikel 52 EU-stadgan).¹⁹ Det första steget i denna

¹⁷ Se Jacobs, A. (2011) *Labour and the Law in Europe*, s. 86 ff. och även van Peijpe, i Malmberg, J. (2003) *Effective Enforcement of EC Labour Law*, s. 169 ff.

¹⁸ Jfr Generaladvokat Cruz Villalóns förslag i mål C- 515/08 dos Santos Palhota EU:C:2010:245.

¹⁹ Se t.ex. Barnard, C. (2013) *The substantive law of the EU: the four freedoms*. 4. ed, s. 249 ff. och Strand, M. (2015) *The passing-on problem in EU law damages and restitution*, diss, s. 69 ff.

prövning rör artikel 52.1 EU-stadgan. Som ovan angetts framgår av artikel 52.1 att inskränkningar i EU-stadgans rättigheter ska var föreskrivna i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i rättigheterna. Med beaktandet av proportionalitetsprincipen får begräsningar endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot ett mål av allmänt samhällsintresse eller av behovet av skydd för andra människors rättigheter och principer enligt EU-stadgan.²⁰

EU-domstolen inleder sin proportionalitetsbedömning med att pröva om den grekiska regleringen inskränker näringsfrihetens väsentliga innehåll. Följden av att inte vara förenligt med det väsentliga innehållet får antas vara att inskränkningen inte kan godtas. Överträdelsen av gränsen för det väsentliga innehållet är inte kopplat till att det rör ett visst mål. Möjligen hade det varit tydligare att diskutera detta under en självständig rubrik då det inte framstår som kopplat till hur mål och medel förhåller sig till varandra, dvs. en proportionalitetsbedömning. Prövningen av om hur det förhåller sig till det väsentliga innehållet hade således med fördel kunnat förläggas utanför proportionalitetsbedömningen.

En annan synpunkt rörande väsentligt innehåll rör här EU-domstolens hänvisning till domen *Alemo Herron*. I den domen underkändes den nationella lagstiftningen då den inkräktade på ”näringsfrihetens kärna”.²¹ Det torde vara möjligt att sätta likhetstecken mellan ”kärnan” och ”väsentliga innehållet”, då konsekvensen är att om det innebär ett intrång i det väsentliga innehållet respektive kärnan så är inskränkningen inte möjlig att rättfärdiga.

EU-domstolen uttrycker vid flera tillfällen att den nationella regleringen *i princip* är förenlig med EU-rätten. Det är i dessa ställningstaganden som EU-domstolen visar lyhördhet mot att EU inte enbart syftar till att skapa en inre marknad. Den Stora avdelningen, till skillnad från Generaladvokaten, ansåg att regleringen som den grekiska var åtgärder som kunde motiveras utifrån de tvingande hänsynen skyddet av arbetstagare och främjandet av samsättningen. Såvitt gäller den grekiska regleringen framstår det som möjligt att läka oförenligheten med EU-rätten genom att förtydliga de kriterier enligt vilka uppsägningar kan godkännas.

6. ETT NEDSLAG AVSEENDE BETYDELSEN FÖR SVENSKA FÖRHÅLLANDEN

I detta avsnitt kommer jag med ett exempel tydliggöra hur det är möjligt att argumentera utifrån domen *AGET Iraklis* gällande svenska förhållanden. Ett

²⁰ Huruvida det i denna del ska göras skillnad mellan rättigheter och principer är oklart, jfr Generaladvokatens förslag i C-176/12 *Association de médiation sociale* EU:C:2013:491.

²¹ C-426/11 *Alemo-Herron m.fl.* EU:C:2013:521, p. 36. Se även C-271/08 *Kommissionen mot Tyskland* EU:C:2010:426, p. 49.

företag som ägs av någon i en annan medlemsstat kan återropa den fria etableringsrätten. Inskränkningar i den fria etableringsrätten kan rättfärdigas om de kan motiveras med hänsyn till tvingande hänsyn till allmän intresset och är proportionerliga. Inskränkningarna ska även – som beskrivits ovan – vara förenliga med EU-stadgan.

Medbestämmandelagens regler om arbetstagarinflytande har 2017 varit ikraft i 40 år och de reglerna var de huvudsakliga nyheterna med den reformen som syftade till att demokratisera arbetslivet.²² En del av medbestämmandelagens regler om arbetstagarinflytande är det *fackliga vetot* som ger facklig organisation med kollektivavtal möjlighet att lägga ett veto mot vissa beslut. Av 38 § MBL framgår att arbetsgivare med kollektivavtal ska förhandla innan han eller hon beslutar att låta annan utföra visst arbete för arbetsgivarens räkning utan att personen ska vara arbetstagare hos denne. 38 § MBL omfattar numera inhyrning av arbetskraft från bemanningsföretag men också andra former av utläggande av arbete på entreprenad. Av 39 § MBL följer att om förhandling ägt rum och det kan antas att den tilltänkta åtgärden medför att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts så får åtgärden inte beslutas eller verkställas. Det fackliga vetot innebär således ett ”verkligt medbestämmande” för arbetstagarorganisationen.²³

38–39 §§ MBL innebär alltså att en svensk arbetsgivare under vissa förutsättningar kan hindras att ingå avtal med exempelvis det bemanningsföretag som denne anser mest lämpligt. MBL hindrar arbetsgivaren från att organisera sin verksamhet på bästa sätt som denne anser lämpligt.

Det fackliga vetots förenlighet med EU-rätten diskuterades i samband med genomförandet av bemanningsdirektivet. Då ansåg man att det inte fanns några hinder mot att behålla det fackliga vetot då det inte ansågs strida mot EU-rätten. Behandlingen i förarbetena skedde främst utifrån den fria rörligheten för tjänster och själva direktivet.²⁴ I samband med genomförandet diskuterades inte etableringsfriheten och inte heller näringsfriheten särskilt.

För mig framstår det som uppenbart att ett företag ägt av någon i en annan medlemsstat med framgång kan argumentera för att det fackliga vetot utgör en inskränkning av etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF. Då etableringsfriheten aktualiseras faller frågan även in under EU-stadgans område och det framstår som lika möjligt att argumentera för att det utgör en inskränkning av den avtalsfrihet som följer av artikel 16 om näringsfrihet.

Det osäkert vilket utgången blir av huruvida inskränkningen går att rättfärdiga, vid en slutgiltig prövning i EU-domstolen. Men jag tänker här peka på

²² Se Prop. 1975/76:105 och SOU 1975:1 Demokrati i arbetslivet.

²³ Jfr Sjödin, E. (2015). *Ett europeiserat arbetstagarinflytande: en rättslig studie av inflytandedirektivens genomförande i Sverige*, Diss, s. 96 ff. om där presenterad taxonomi över arbetstagarinflytande.

²⁴ Se SOU 2011:5 Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige, s. 122 ff. och Prop. 2011/12:178 Lag om uthyrning av arbetstagare, s. 69 ff.

ett antal olika steg i bedömningen och även i vilken ordning som det kan vara lämpligt att behandla dem i prövning. Diskussionen nedan är allmän, det kan finnas vissa argument som är förbehållna det allmänna.

Det första steget är om de i lag föreskrivna 38–39 §§ inskränker på näringsfrihetens väsentliga innehåll. I likhet med den grekiska regleringen prövad i *AGET Iraklis* utgör inte 38–39 §§ ett totalt hinder mot anlitaandet av bemanningsföretag eller att lägga ut arbete på entreprenad. Bestämmelserna införlivar istället sådana beslut i ett förfarande där en facklig organisation med kollektivavtal under vissa förutsättningar kan motsätta sig ett sådant beslut. Det kan således inte sägas inkräkta på näringsfrihetens *väsentliga innehåll*.

Den andra steget är vilka skäl som kan anföras för att rättfärdiga en inskränkning av nu nämnt slag. En inskränkning som 38–39 §§ MBL kan först och främst rättfärdigas av *skyddet för arbetstagare* som utgör ett tvingande hänsyn till allmän intresset.²⁵ De arbetstagare som skyddas är alltså de som anlitas, dvs. de bemanningsanställda. Att personer i bemanningsarbete är särskilt utsatta är numera oomtvistat. Vidare kan även det fackliga vetot rättfärdigas med att det *motverkar illojal konkurrens*.²⁶ De fackliga organisationerna brukas sägas utföra en form av kvasi-offentligt uppdrag. Iakttagandet av kollektivavtalsbestämmelser, men även åligganden att betala skatter och sociala avgifter är en del av lojal konkurrens. Kontroll av efterlevnad av sådana bestämmelser synes således motverka illojal konkurrens.

Vidare blir det i detta fall frågan om en avvägning av motstående rättigheter. Av artikel 27 EU-stadgan framgår att arbetstagarna och eller deras representanter ska på lämplig nivå garanteras information och samråd vid en lämplig tidpunkt, i de fall och på de villkor som föreskrivs i unionsrätten samt i nationell lagstiftning. 38–39 §§ MBL är nationell reglering av rätten till information och samråd. Det är således tydligt att en prövning av det fackliga vetots förenlighet med EU-rätten innefattar en avvägning mellan artikel 16 och artikel 27.

Det sista steget handlar om proportionalitet. Åtgärder som det fackliga vetot – i varje fall i en arbetsmarknadsmodell som den svenska där andra kontrollmekanismer saknas – kan syfta till att uppfylla de tvingande hänsynen till allmänintresset skyddet för arbetstagare och även motverkandet av illojal konkurrens. Huruvida åtgärden är nödvändig och lämplig avstår jag här från att ta ställning till men i den prövningen bör följande beaktas. EU har delvis reglerat frågan om information och samråd i samband anlitaandet av bemanningsföretag och även skyddet för sådana arbetstagare.²⁷ Det direktivet är antaget med artikel 153

²⁵ Det är här tillräckligt att hänvisa till punkt 73 i *Aget Iraklis*.

²⁶ C-60/03 Wolff & Müller EU:C:2004:610 och Jfr C-341/05 Laval un Partneri EU:C:2007:809, p. 103 och vidare Sigeman, T. *Fackliga stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag — EG-rätten förtydligad*, SvJT 2008, s. 583 ff.

²⁷ Se direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag, artikel 5 om likabehandling av bemanningsanställda och direkt anställda och artikel 8 om information till arbetstagarrepresentanter.

om socialpolitik som rättslig grund innehåller även en social progressionklausul vilken anger att det är ett minimidirektiv som inte hindrar medlemsstaternas antagande av mer förmånliga regler.²⁸ Vidare får den konkreta utformningen av 38–39 och framförallt i vilken utsträckning som 38–39 §§ rymmer ett skön för de fackliga organisationerna att lägga veto prövas.

På samma sätt som jag argumenterat ovan torde det kunna vara möjligt att argumentera gällande flertalet regler som ingår i den svenska arbetsrätten. Där kan till exempel arbetstagarans rätt till styrelserepresentation, företrädesrätt till återanställning men även reglerna om aktiva åtgärder för att motverka diskriminering nämnas.

7. AVSLUTNING

Det kan avslutningsvis sägas att en reglering som den grekiska är främmande utifrån svensk arbetsrätt. Den svenska regleringen är tillåtande avseende kollektiva uppsägningar. Att ”arbetsbrist utgör saklig grund” och således skäl för uppsägning bygger på uppfattningen att företagen själva anses som bäst lämpade att avgöra behov av rationalisering.²⁹ Svensk arbetsrätt är inte tänkt att stå i vägen för de åtgärder som en arbetsgivare anser nödvändiga för att behålla konkurrenskraften. I det kan Generaladvokatens synsätt sägas till viss del stämma överens med svensk arbetsrätt.

EU-domstolen har tydligt vinnlagt sig om att göra Lissabonfördragets ändringar, att EU har ekonomiska och sociala målsättningar, rättvisa. Det sagt återstår det att *AGET Iraklis* återigen tydliggör möjligheterna att ifrågasätta nationell reglering utifrån fri rörlighetshänsyn. Domen nyanserar visserligen prövningen av inskränkningar i den fria rörligheten. Men då tröskeln för vad som kan anses utgöra inskränkningar är låg skiftas därefter förklaringsbördan till den som anser att den nationella regleringen är förenlig med EU-rätten.

Av C-176/12 *Association de médiation* följer att artikel 27 om information och samråd inte medför att en nationell domstol i en tvist mellan enskilda kan åsidosätta en nationell regel för att den strider den artikel i EU-stadgan.³⁰ Av den domen synes klart att andra artiklar i EU-stadgan kan ha den betydelsen. Det är oklart och således en återstående fråga om artikel 16 kan åberopas i en tvist mellan enskilda för att åsidosätta en nationell regel.

²⁸ Se vidare Sjödin, E. (2015). *Ett europeiserat arbetstagarinflytande: en rättslig studie av inflytandenedirektivens genomförande i Sverige*. Diss. Uppsala, s. 85 ff. om social progressionklausuler och befogenhetskonform tolkning.

²⁹ Se förarbetena till lagen om anställningsskydd. Prop. 1973: 129 s. 123 och vidare till exempel Källström, K. & Malmberg, J. (2016). *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*. (4., [rev.] uppl.), s. 135 ff.

³⁰ C-176/12 *Association de médiation sociale* EU:C:2014:2.

För att återknyta till varmkorv-boogie kan en säga att inskränkningar i näringsfriheten kan vara av godo. Det fick korgubben att välja en annan karriär och kan även t.ex. bidra till att människans påverkan på miljön minskar. Det kan också bidra till att EU inte förlorar stöd från dem som inte upplever sig som vinnare i den globala ekonomin.³¹ Ett förslag som lyfts fram är att istället för att se arbetsrättslig reglering som en marknadsintervention är att betrakta dessa regler som ett sätt på vilket marknaden är konstitutionellt villkorad.³²

³¹ Jfr Shanks, M. uttalande: ”The Community has to be seen as more than a device to enable capitalists to exploit the common market; otherwise it might not be possible to persuade the people of the Community to accept the discipline of the market.”. Se Bercusson, B. (1996) *European Labour law*, s. 50. Uttalandet är hämtat från Shanks, M., (1977) *European social policy, today and tomorrow*. Oxford, Jfr nutida diskussion om ”social pillar” och det toppmöte som arrangerades i Göteborg i november 2017.

³² Schiek D. *Towards More Resilience for a Social EU – the Constitutionally Conditioned Internal Market*, *European Constitutional Law Review*, 2017, s. 1–30.