

---

# VAD ÄR ”BESTÄMMELSER SOM RÖR *ORDRE PUBLIC*”?

## En kommentar till domen i målet C-319/06 Kommissionen mot Luxemburg

Kerstin Ahlberg\*

---

Sedan EG-domstolen i målen Laval och Rüffert<sup>1</sup> dragit upp strikta gränser för vad medlemsstaterna får kräva av utländska företag enligt utstationeringsdirektivets huvudregel, riktas uppmärksamheten på vad som ligger i möjligheten att göra förbehåll för regler som rör *ordre public*. Med domen den 19 juni 2008 i målet C-319/06, Kommissionen mot Luxemburg, hade EG-domstolen för första gången anledning att mer utförligt uttala sig om bestämmelsens innebörd – eller kanske snarare om vad den *inte* innebär.

### BAKGRUND

Enligt artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet (96/71/EG) är medlemsstaterna skyldiga att se till att utländska företag garanterar sina utstationerade arbetstagare de arbets- och anställningsvillkor som gäller i värdstaten på sju områden som räknas upp i artikeln. Därutöver får medlemsstaterna enligt artikel 3.10 kräva att de utländska företagen följer landets regler på andra områden än de som hör till den s.k. hårda kärnan i artikel 3.1, ”om bestämmelserna rör *ordre public*”.

Luxemburg har ålagt utländska företag att följa samma regler som de inhemska på betydligt fler områden än den hårda kärnan, och lagen innehåller en lista på 14 punkter med bestämmelser som alla sägs utgöra ”tvingande regler som rör

---

\* Jur. dr, forskningsredaktör vid Institutet för Social Civilrätt, juridiska institutionen, Stockholms universitet.

<sup>1</sup> C-341/05 och C-346/06.

grunderna för den nationella rättsordningen”, dvs. *ordre public*. Av intresse här är sju av dessa kategorier, nämligen regler om

- det skriftliga anställningsavtalet eller anställningsbeviset enligt direktivet om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningen
- minimilön och den automatiska justeringen av lönerna till utvecklingen av levnadsomkostnaderna
- lagstadgade helgdagar
- deltidsarbete och tidsbegränsade anställningsavtal
- kollektivavtal
- obligatoriskt arbetsuppehåll i enlighet med lagstiftningen om arbetsinställelse på grund av otjänlig väderlek eller tekniska omständigheter
- regler om svartarbete eller illegalt arbete samt bestämmelserna om arbetstillstånd för arbetstagare från tredje länder.

Europeiska kommissionen menade att fyra av dessa kategorier varken rör den hårda kärna av arbets- och anställningsvillkor som medlemsstaterna är skyldiga att utsträcka till utländska tillhandahållare av tjänster (3.1) eller kunde anses röra Luxemburgs *ordre public* (3.10). Följaktligen väckte Kommissionen talan om fördragsbrott.

Luxemburg invände att uttrycket ”bestämmelser som rör *ordre public*” omfattar alla bestämmelser som enligt värdstaten svarar mot ett tvingande krav av allmänintresse. Avgörandet skulle med andra ord ligga i medlemsstatens egna händer.

Den invändningen tillbakavisas omgående av EG-domstolen. Undantaget för *ordre public* är en avvikelse från den grundläggande principen om frihet att tillhandahålla tjänster som skall tolkas restriktivt, och vars räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat, skriver domstolen. Den hänvisar också till de uttalanden om innebörden av vissa artiklar som Kommissionen och Rådet gjorde då utstationeringsdirektivet antogs, och där det sägs att uttrycket ”bestämmelser som rör *ordre public*” ska anses omfatta ”de tvingande regler från vilka inga undantag kan göras och vilka, genom sin art och sitt syfte, uppfyller tvingande krav av allmänintresse”.

Därefter underkänner domstolen på punkt efter punkt Luxemburgs lagstiftning.

## SKRIFTLIGA ANSTÄLLNINGSAVTAL ELLER ANSTÄLLNINGSBEVIS, DELTIDSARBETE OCH TIDSBEGRÄNSADE ANSTÄLLNINGAR

Bland de bestämmelser som Kommissionen ifrågasatte var kravet att utländska företag skulle följa Luxemburgs regler om skriftliga anställningsavtal/anställningsbevis och om deltidarbete och tidsbegränsade anställningar. På alla tre områdena har EU antagit direktiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning,<sup>2</sup> vilket är skälet till att EG-domstolen inte godtar den ifrågasatta regeringen på de här punkterna. De skyldigheter som följer av direktiven gäller redan för alla arbetsgivare, inklusive dem som utstationerar arbetstagare, i de länder där de är etablerade, och det är dessa som ska se till att kraven uppfylls. Därmed ålägger Luxemburg de utländska företagen skyldigheter som de redan har i etableringslandet, vilket är mer än överflödigt, resonerar domstolen.

Något som kan förvåna är att domstolen, när det gäller reglerna om deltidarbete och tidsbegränsade anställningar, utan vidare spisning slår fast att dessa inte nämns i förteckningen i direktivets artikel 3.1 över arbets- och anställningsvillkor som värdstaten är skyldiga att utsträcka till utstationerade arbetstagare. Här hade onekligen en utförligare motivering varit på sin plats. Till de regler som värdstaten ska tillämpa även på utländska företag hör nämligen, enligt punkt g, i förteckningen, regler om lika behandling av kvinnor och män "samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling". Och de centrala bestämmelserna i direktiven om deltidarbete respektive tidsbegränsade anställningar – och de som Luxemburgs regering framhöll – är just regler om icke-diskriminering. Således föreskriver även den svenska utstationeringslagen att arbetsgivare som utstationerar arbetstagare hit ska följa svenska regler om förbud mot diskriminering av deltidarbete och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.<sup>3</sup> Här skulle alltså även Sverige ha genomfört direktivet felaktigt.

---

<sup>2</sup> Rådets 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. Rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS. Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP.

<sup>3</sup> Regeln infördes i utstationeringslagen på Riksdagens initiativ i samband med att den antog propositionen om lagen med förbud mot diskriminering av deltidarbete och arbetstagare med tidsbegränsad anställning (prop. 2001/02:97). Propositionen berör överhuvudtaget inte frågan om dessa diskrimineringsförbud bör föras in i utstationeringslagen.

## AUTOMATISK UPPRÄKNING AV LÖNERNA

Kommissionen vände sig också mot den regel som innebär att lönerna automatiskt ska justeras efter levnadsomkostnadernas utveckling. Den underströk att den inte har något emot att minimilönerna är indexerade, bara mot att även lön utöver minimilönen ska räknas upp – utstationeringsdirektivet talar ju bara om minimilön. Luxemburgs regering svarade att syftet med regeln är att säkerställa arbetsfreden i landet genom att den skyddar arbetstagarna mot inflationens effekter.

Utan att EG-domstolen säger det uttryckligen, godtar den uppenbarligen ett sådant syfte som ett tänkbart motiv för att inskränka friheten att tillhandahålla tjänster. Likafullt dömer den ut den aktuella regeln, då Luxemburg inte lyckats bevisa att indexeringen av lönerna är en lämplig och nödvändig åtgärd för att uppnå syftet.

Domstolen skriver: Även om det i huvudsak står medlemsstaterna fritt att bestämma vad som är nödvändigt med hänsyn till *ordre public* för landet i fråga, kan de inte, när det gäller gemenskapsrätten, ensidigt och utan kontroll från EG:s institutioner bestämma vad begreppet innebär. Särskilt när det används för att motivera inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster måste undantaget för *ordre public* tolkas restriktivt och det kan åberopas endast då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

Men det är inte tillräckligt. De skäl som en medlemsstat kan åberopa för ett sådant undantag ska dessutom, enligt domstolen, åtföljas av en bedömning av lämpligheten och proportionaliteten av den inskränkande åtgärden och närmare uppgifter till stöd för dess argument. Luxemburg borde därför ha lagt fram fakta som hade gjort det möjligt för EG-domstolen att bedöma om, och i så fall i vilken mån, indexeringen av lönerna kan antas bidra till att säkra arbetsfreden. Men någon sådan bevisning hade Luxemburg alltså inte lagt fram.

## BESTÄMMELSER OM KOLLEKTIVAVTAL

Inte heller kravet att utländska företag ska följa alla Luxemburgs regler om kollektivavtal fann nåd inför EG-domstolen.

För det första finns det inget som motiverar att bestämmelser som anger ramarna för hur kollektivavtal ska ingås och verkställas i sig och utan närmare precisering ska anses ingå i begreppet *ordre public*. För det andra kan inte heller samtliga bestämmelser i kollektivavtalen omfattas av *ordre public* enbart av det skälet att de har sin grund i denna typ av rättsakter, skriver domstolen.

## SLUTSATSER: VAD LIGGER I BEGREPPET ORDRE PUBLIC I UTSTATIONERINGSDIREKTIVET?

Genom Laval-domen och domen i målet C-319/06 Kommissionen mot Luxemburg vet vi nu en hel del om vad som *inte* omfattas av begreppet *ordre public* i utstationeringsdirektivet.

Efter Laval (stycke 84) står det klart att det bara är offentlighetsrättsliga organ som kan stödja sig på bestämmelsen om *ordre public*, inte privaträttsliga subjekt som arbetsmarknadens parter.

I och med den senaste domen förefaller också klart att medlemsstaterna inte kan åberopa *ordre public* för att genomdriva sina egna regler på områden som varit föremål för harmonisering på EU-nivå (däremot ingår flera kategorier av sådana regler i den hårda kärnan, t.ex. regler om arbetstider och likabehandling mellan könen).

Inte heller kan alla regler *om* kollektivavtal eller *i* kollektivavtal urskillningslöst omfattas av ett lands *ordre public*.

Vill man veta vad som faktiskt omfattas får man mindre ledning av EG-domstolen. För att en stat skall kunna åberopa artikel 3.10 med framgång måste det finnas "ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse". Domstolen hänvisar här till sin praxis när det gäller inskränkningar i den fria rörligheten av hänsyn till allmän ordning, t.ex. enligt artikel 58 i EG-fördraget.<sup>4</sup> På ett annat ställe skriver domstolen att det rör sig om tvingande bestämmelser från vilka inga undantag kan göras och vilka "genom sin art och sitt syfte" uppfyller tvingande krav av allmänintresse. Att tvingande hänsyn till allmänintresset kan vara ett legitimt skäl för att vidta åtgärder som begränsar den fria rörligheten för tjänster är fastslaget i praxis sedan decennier. Och domstolen ställer i den aktuella domen upp samma krav som i denna praxis för att godkänna de åtgärder som vidtas med hänsyn till *ordre public*. Det räcker inte att syftet är legitimt, åtgärderna måste också vara ändamålsenliga och proportionella.

För att få mer konkreta förslag på vad som kan omfattas av utstationeringsdirektivets förbehåll för *ordre public* får man gå till andra källor.

Ett par exempel finns i det uttalande som Kommissionen och Rådet gjorde då direktivet antogs och som domstolen hänvisade till, men inte citerade i dess

---

<sup>4</sup> I de franska, tyska, engelska, italienska, spanska och portugisiska språkversionerna använder man samma uttryck i utstationeringsdirektivets artikel 3.10 som i artikel 46 och 58 EG m.fl (ordre public, öffentlichen Ordnung, public policy, ordine pubblico, orden público, ordem pública). Den svenska, liksom den danska och den finska, versionen skiljer sig från mängden genom att använda uttryck som tydligt markerar en skillnad (på svenska: "allmän ordning" respektive "ordre public", på danska: "den offentlige orden" respektive "grundlaeggende retsprincipper (ordre public)" och på finska: "yleisen järjestykseen" respektive "yleisen järjestykseen (ordre public)").

helhet. Där sägs att den typ av bestämmelser som åsyftas i artikel 3.10 ” may include, in particular, the prohibition of forced labour or the involvement of public authorities in monitoring compliance with legislation on working conditions”.<sup>5</sup>

Fler exempel nämns i Kommissionens meddelande om medlemsstaternas genomförande av direktivet.<sup>6</sup> Kommissionen påminner där om att den expertgrupp som förberedde införlivandet av direktivet ansåg att begreppet omfattade ”bestämmelser om grundläggande rättigheter och friheter som stadfästs i den berörda medlemsstatens lagstiftning eller i internationell rätt, bl.a. följande: föreningsfrihet och förhandlingsrätt, förbud mot tvångsarbete, principen om icke-diskriminering och avskaffande av barnarbete när det utgör en form av exploatering, uppgiftsskydd och rätten till respekt för privatlivet”.

Därmed vågar man nog också motsatsvis göra några antaganden utifrån domen i målet C-319/06.

Även om inte alla regler om kollektivavtal kan anses röra *ordre public*, så kan några göra det. Och starka kandidater är väl då just regler om förenings- och förhandlingsrätt. Den svenska lagstiftaren har t.ex. stött sig på direktivets regel om *ordre public* för att i utstationeringslagens 7 § föreskriva att MBL:s regler om förenings- och förhandlingsrätt ska gälla vid utstationering.

Och även om inte alla regler i kollektivavtal kan anses röra *ordre public* bara för att de finns i just kollektivavtal, så kan kanske vissa regler i kollektivavtal göra det, förutsatt att staten beslutar att de ska vara tvingande för alla. Bruun och Malmberg har t.ex. föreslagit att kollektivavtalsregler om arbetsskadeförsäkring för olycksfall som inträffar i Sverige på detta sätt skulle kunna bli en del av svensk *ordre public*.<sup>7</sup>

Till sist får man inte glömma att kommissionen bara ifrågasatte fyra av de sju punkter i Luxemburgs lagstiftning som inte har någon tydlig motsvarighet i förteckningen i artikel 3.1. Företag som utstationerar arbetstagare måste alltså även i fortsättningen följa Luxemburgs regler

- om lagstadgade helgdagar
- om obligatoriskt arbetsuppehåll i enlighet med lagstiftningen om arbetsinställelse på grund av otjänlig väderlek eller tekniska omständigheter
- om svartarbete eller illegalt arbete samt bestämmelserna om arbetstillstånd för arbetstagare från tredje länder.

---

<sup>5</sup> European Union The Council 9916/96 ADD 1 ADDENDUM to the DRAFT MINUTES of the 1948th Council meeting (Labour and Social Affairs) held in Brussels on 24 September 1996.

<sup>6</sup> KOM(2003) 458 slutlig.

<sup>7</sup> Niklas Bruun & Jonas Malmberg: Anställningsvillkor för utstationerade arbetstagare i ljuset av Laval och Rüffert Rapport till Facken inom industrin 2008-06-04, s. 34 f.

Nu vet man inte varför kommissionen inte invände på de här punkterna. Den mest sannolika förklaringen är kanske att den helt enkelt har betraktat dessa bestämmelser som rent offentlighetsrättsliga regleringar, så att frågan om *ordre public* aldrig har aktualiserats. Världens offentlighetsrättsliga reglering ska ju alltid tillämpas även på företag som tillfälligt utför arbete i landet (så länge den är förenlig med gemenskapsrätten).

Men att Kommissionen såg det så, vet vi alltså inte säkert. Gränsen mellan privat och offentlig rätt är inte alltid klar, och den dras på olika sätt i olika länder. En alternativ förklaring är därför att Kommissionen ansåg att reglerna om svartarbete och illegalt arbete rör Luxemburgs *ordre public*. Och bestämmelserna om obligatoriskt arbetsuppehåll hör möjligtvis till kategorin arbetsmiljöregler, och är i så fall bland de regler som medlemsstaterna är skyldiga att utsträcka till de utstationerade arbetstagarna enligt artikel 3.1.

Men de lagstadgade helgdagarna? I realiteten handlar regler om lagstadgade helgdagar naturligtvis om arbetstid – man får inte, eller ska i varje fall inte vara tvungen att, arbeta då. Men de handlar inte om längsta arbetstid eller kortaste vilotid, då hade de omfattats av förteckningen i artikel 3.1. I konsekvens med domen i målet Förenade kungariket mot Rådet (C-84/94) kan de inte heller betraktas som arbetsmiljöregler.<sup>8</sup> Om kommissionen inte såg reglerna om lagstadgade helgdagar som rent offentlighetsrättsliga regler återstår alltså såvitt jag kan se bara att de anses röra *ordre public*.

För den som lever i ett sekulariserat samhälle som det svenska är det en främmande tanke att det skulle vara "ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse" om några utländska företag inte respekterade de allmänna helgdagarna. Klart är att många frågor återstår om innebörden av utstationeringsdirektivets bestämmelse om *ordre public*.

---

<sup>8</sup> I målet hade den brittiska regeringen väckt talan mot Rådet och yrkat att det då nyligen antagna arbetstidsdirektivet (93/104/EG) skulle ogiltigförklaras med motiveringen att det inte rörde arbetstagares hälsa och säkerhet och att det därför inte kunde antas med EG-fördragets artikel 118a som grund. I huvudsak ogillade EG-domstolen talan, men ogiltigförklarade den artikel som angav att veckovilan "i princip" skulle innefatta söndag. Vila på söndagar hade, enligt domstolen, inget närmare samband med arbetstagarnas hälsa och säkerhet än vila på andra veckodagar.