

FESTSKRIFT TILL
ANN NUMHAUSER-HENNING

OFFPRINT

Juristförlaget i Lund
2017

KERSTIN AHLBERG
OCH
NIKLAS BRUUN

HAR DET BÄSTA BLIVIT DET GODAS FIENDE? OM FÖRSVARET AV DEN SVENSKA MODELLEN

1 Inledning

Fackföreningar, arbetsgivarorganisationer och politiker av skiftande kulör – alla älskar den svenska modellen. Ett genomgående tema, närmast ett mantra, i utredningsdirektiv och lagstiftningsärenden som rör arbetslivet är följaktligen att denna modell måste försvaras så långt som möjligt.

Själva varma anhängare av den svenska modellen vill vi inte ifrågasätta det. Det vi vill göra med det här bidraget är en försvarspolitisk analys av några aktuella lagförslag och remissinstansernas reaktioner på dessa, där vi frågar oss om inte det bästa har blivit det godas fiende.

Vår tes är att man i själva verket riskerar att underminera det som är den svenska modellens kärna och fundament, om man slåss för att allt ska vara som det alltid har varit när reglerna ska fungera i en ny verklighet och inom ramen för en övernationell rättsordning. Och att det är arbetsmarknadens parter som gemensamt måste ta ansvar för de jämkningar som blir nödvändiga. Det är ju det som är hela poängen med den svenska modellen.

Som det nu är, riskerar talet om värnandet av den svenska modellen i vissa fall att klinga falskt.

2 Problemet

När utstationeringsdirektivet skulle genomföras i Sverige 1998 uttryckte både Byggnadsarbetareförbundet och dåvarande Byggentreprenörerna stark tilltro till sin förmåga att få utstationerande arbetsgivare att tillämpa svenska kollektivavtal. Social dumpning kan förhindras och utstationerande företag kan förutse vilka villkor som gäller här, konstaterade den utredning som föregick genomförandet.¹ I efterhand kan det tyckas en aning blåögt, men det

¹ SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare s. 89.

var ändå begripligt med tanke på debatten inför folkomröstningen om EU-medlemskapet och på att EU-utvidgningen vid den tiden närmast var hypotetisk.

Tyngdpunkten i lagförslaget låg på att förhindra social dumpning med så få ingrepp som möjligt i den svenska modellen. Av remissinstanserna var det bara en, Arbetslivsinstitutet, som påpekade att direktivet även syftade till att garantera de utstationerade arbetstagarna vissa anställningsvillkor, och att utredningsförslaget inte riktigt tillgodosåg detta syfte.²

Efter hand blev det allt mer uppenbart att den svenska modellen har luckor. De erfarenheter från 1980-talet och början av 1990-talet som parterna i byggnadsbranschen förlitade sig på är inte giltiga längre; den verklighet i vilken den ska fungera är en annan.

Det ökade inflödet av utstationerad arbetskraft är dessutom bara en del av förändringen. En annan del är att verksamheter som traditionellt har drivits av det offentliga ”konkurrensutsatts” i allt högre grad och tjänsterna upphandlas av privata leverantörer. Och konkurrensen om de offentliga kontraktet medför en ökande press på arbets- och anställningsvillkor, om inte upphandlande myndigheter ställer krav som kan motverka detta.

Denna nya verklighet ska dessutom hanteras inom ramen för en rättsordning, EU-rätten, med delvis andra utgångspunkter än den svenska modellen.

Det kännetecknen som gör den svenska modellen komplicerad att jämkas ihop med EU-rätten är detsamma som är dess styrka i en inhemsk kontext, nämligen dess utpräglat privaträttsliga karaktär. Arbetsmarknadens parter förhandlar enkom på sina medlemmars uppdrag och kollektivavtalens normativa regler blir bindande enbart för dessa. Det är också parterna som är kollektivavtalens herrar; det är deras tolkning som gäller, och det är de själva som avgör om avtalen ska göras tillgängliga utanför organisationerna. I konsekvensens namn är det parterna själva som också ser till att kollektivavtalen efterlevs. Någon statlig inspektion som ser till att arbetstagare får rätt lön finns inte.

Ur EU-rättsligt perspektiv har ett sådant system två svagheter: Bristen på transparens för utomstående, och det svaga rättsskyddet för utstationerade arbetstagare som inte är medlemmar i svenska fackföreningar. När det gäller arbetstagares rättigheter gör EU-rätten ingen skillnad mellan organiserade och oorganiserade.

² K Ahlberg, ”The Age of innocence – and beyond” i Evju (red) *Cross-Border Services, Posting of Workers, and Multilevel Governance* (Department of Private Law, Skriftserie 193:2013, Oslo 2013).

2.1 Kravet på transparens

Kravet på transparens (öppenhet) är aktuellt i två sammanhang.

För det första ska utländska tjänsteleverantörer som vill utstationera arbetstagare till Sverige redan i förväg kunna få reda på vilka arbetsvillkor de förväntas tillämpa här. Enligt 1999 års utstationeringslag i dess ursprungliga lydelse skulle det ske genom att Arbetsmiljöverket, som utsågs till förbindelsekontor, hänvisade företagen till berörda kollektivavtalsparter. Lavalutredningen från år 2008 menade dock att det krävdes större förutsebarhet för dem som planerar att tillhandahålla tjänster i landet. För att fortsätta reglera villkoren för utstationerade arbetstagare inom ramen för vårt kollektivavtalssystem måste Sverige kunna peka på att förutsebarheten är lika god här som i länder med reglering i lag eller allmängiltiga kollektivavtal, resonerade den.³ Lösningen blev att de fackliga organisationerna skulle ge in de minimivillkor som de kunde komma att kräva med stöd av stridsåtgärder till Arbetsmiljöverket. Utredaren förutsatte att facken då också skulle samråda med arbetsgivarsidan innan de skickade in sina villkor.

Förslaget genomfördes genom en ny paragraf, 9 a §, i utstationeringslagen. I skrivande stund gäller detta fortfarande, men det är ingen hemlighet att det inte alls har fungerat som utredningen hade föreställt sig.⁴ Ytterst få fackförbund har gett in sådana villkor. På grund av oenighet om vad som ingår i begreppet minimilön är parterna inte heller alltid ense om vad som är möjligt att kräva.

Den andra situation då bristen på transparens blir ett problem är när myndigheter vid offentlig upphandling vill ställa som kontraktsvillkor att leverantörerna ger sina anställda lön och andra villkor enligt kollektivavtal. Om en upphandlande myndighet ska göra det måste den beakta EU-rättens öppenhetsprincip. Då räcker det inte att den bara hänvisar till något kollektivavtal och låter presumtiva leverantörer själva ta reda på vad det säger.

2.2 Försvaret av de utstationerade arbetstagarnas rättigheter

Som Arbetslivsinstitutet alltså uppmärksammade redan i sitt remissvar på 1998 års utredningsbetänkande lägger utstationeringsdirektivet större vikt vid skyddet för de utstationerade arbetstagarnas rättigheter än utredningen hade

³ SOU 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen s. 326.

⁴ Se t.ex. SOU 2015:38 Översyn av lex Laval s. 68 f. och SOU 2015:83 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II s.341.

gjort. Enligt direktivet ska medlemsstaterna ”i synnerhet” sölja för att arbetstagarna och/eller deras representanter har tillgång till lämpliga förfaranden för att säkerställa de skyldigheter som läggs fast i detta. Där sägs också att det ska vara möjligt att väcka talan i värdestaten för att ta tillvara rättigheterna.

För att det ska gå att väcka talan behöver man emellertid ha ett rättsligt anspråk. Den förutsättningen är uppfylld när det gäller de lagstadgade rättigheter som utstationerade arbetstagare ska ha i Sverige. Men när det gäller det kanske mest centrala villkoret – lönen – och andra villkor som regleras i kollektivavtal är det mer komplicerat.

För att själv kunna åberopa kollektivavtalet inför domstol måste arbetstagaren vara medlem i den fackliga organisation som har slutit det. Också det är en grundläggande princip i det svenska kollektivavtalssystemet. På svenska arbetsplatser ser dock facket till att arbetsgivaren tillämpar avtalets minimiregler även på eventuella oorganiserade arbetstagare, ytterst genom att yrka skadestånd för egen del för kollektivavtalsbrott. Även om facket då handlar i sitt eget intresse hjälper det samtidigt indirekt dem som inte är medlemmar. Utstationeringslagen utgår följaktligen från att de fackliga organisationerna på samma sätt ska bevaka att kollektivavtalen efterlevs när det gäller utstationerade arbetstagare. Skillnaden är att det då handlar om arbetsplatser där de oftast inte har en enda medlem och arbetsgivare som kanske inte tillämpar kollektivavtalet över huvud taget.⁵

Även denna fråga uppmärksammades av 2008 års Lavalutredning som menade att det var tveksamt om den svenska regleringen är i full överensstämmelse med utstationeringsdirektivets krav. Den föreslog därför att utstationerade arbetstagare skulle få rätt att åberopa arbets- och anställningsvillkoren i det kollektivavtal som deras arbetsgivare tecknat, även om de inte är medlemmar i den avtalslutande fackliga organisationen.⁶ De flesta remissinstanser accepterade förslaget. Dit hörde även LO, TCO och Saco, även om de påpekade att det var systemfrämmande. Regeringen lyssnade dock mer på Arbetsdomstolen och Teknikföretagen som avstyrkte förslaget med argument som talade om ett tydligt brott mot en grundläggande princip och en påtaglig avvikelse från vad som sedan länge gällt enligt svensk arbetsrätt. Enligt regeringen saknades det anledning att anta annat än att de fackliga organisationerna skulle bevaka att utstationerande arbetsgivare tillämpar kollektiv-

⁵ Om kollektivavtalet inte alls tillämpas på arbetsplatsen torde den oorganiserade arbetstagaren som regel inte heller kunna åberopa dess normerande verkan, det vill säga att villkoren blivit en del av hans eller hennes enskilda anställningsavtal.

⁶ SOU 2008:123 s. 319 f.

avtalets villkor. Regeringen instämde också i arbetsgivarsidans bedömning att utredningens förslag skulle innebära en viss diskriminering av utländska företag. Förslaget genomfördes följaktligen inte.⁷

Efter att EU år 2014 antagit ett direktiv med detaljerade bestämmelser om hur utstationeringsdirektivet ska tillämpas ("tillämpningsdirektiv") har frågan blivit aktuell på nytt.⁸

3 Tre aktuella utredningar

Under 2015 avslutades inte mindre än tre offentliga utredningar som på olika sätt hade att ta ställning till de problem som vi har beskrivit ovanför.

Först ut var Utredningen om nya utstationeringsregler som lade fram två betänkanden med förslag om hur 2014 års direktiv om tillämpningen av utstationeringsdirektivet skulle genomföras i svensk rätt.⁹

Därnäst kom Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal med ett delbetänkande. Den hade haft i uppdrag att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal skulle kunna föras in i de nya upphandlingslagar som förbereddes i regeringskansliet.¹⁰

Till sist lade den parlamentariska Utstationeringskommittén fram resultatet av tre års arbete med att utvärdera den så kallade lex Laval.¹¹

Utredningsbetänkandena är omfattande och frågan om hur EU-rättens krav kan jämkas samman med den svenska modellen ligger givetvis under alla förslag i betänkandena. Vi kommer dock enbart att behandla de delar som rör frågan om transparens och försvaret av de utstationerade arbetstagarnas rättigheter. Vi börjar med de tre betänkanden som rör utstationeringslagen.

3.1 Genomförande av tillämpningsdirektivet

Ett av målen med tillämpningsdirektivet är att informationen till tjänsteleverantörer och deras anställda om vilka villkor som gäller i värdstaten ska förbättras; med andra ord att öka transparensen och förutsebarheten. Ett annat är att stärka utstationerade arbetstagares möjligheter att försvara sina rättigheter.

⁷ Prop. 2009/10:48 s. 50.

⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen).

⁹ SOU 2015:13 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del I och SOU 2015:38 Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II.

¹⁰ SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

¹¹ SOU 2015:83.

3.1.1 *Transparens och förutsebarhet*

Enligt tillämpningsdirektivets artikel 5.1 ska medlemsstaterna vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att information om de minimivillkor inom utstationeringsdirektivets så kallade hårda kärna som utländska tjänsteleverantörer ska tillämpa ”finns allmänt tillgänglig utan kostnad och på ett tydligt, öppet, fullständigt och lättillgängligt sätt på distans och på elektronisk väg”. Artikel 5.4 innehåller en särskild regel som rör information om kollektivavtalsvillkor. När minimivillkoren är reglerade i kollektivavtal ska medlemsstaterna se till att dessa tillhandahålls ”på ett öppet och tillgängligt sätt”. Framförallt ska informationen omfatta de olika minimilönerna och de komponenter som ingår i dem, metoden för att beräkna den lön som ska betalas ut och kriterierna för att ingå i olika lönekategorier, ifall det finns sådana.

Utredningen om nya utstationeringsregler konstaterade att det behövdes ytterligare reglering för att genomföra artikel 5.4 eftersom utstationeringslagens 9 a § inte hade haft avsedd effekt när det gäller transparens och förutsebarhet.¹² Endast tre av de avtal som hade lämnats in och fanns på Arbetsmiljöverkets webbplats var egentliga ”utstationeringsavtal”, där den fackliga organisationen hade plockat ut de minimivillkor i det centrala avtalet som skulle gälla för utstationerade arbetstagare. Därtill hade två förbund skickat in de fullständiga centrala kollektivavtalen, utan att ange vilka av alla villkor i dessa som utländska tjänsteleverantörer förväntades följa. Särskilt anmärkningsvärt är att Byggnadsarbetareförbundet, på vars område de flesta utstationerade finns, inte har gett in sina kollektivavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket.¹³

Det framgår av betänkandet att utredningen förgäves hade försökt få arbetsgivar- och arbetstagsidan att komma fram till en samförstånds lösning på problemet med transparens och förutsägbarhet. De var oense både i sak, till exempel om vad som ingår i begreppet minimilön i utstationeringsdirektivets mening, och om vilka lösningar som vore tänkbara.¹⁴

Enligt arbetstagsidan borde 9 a § avskaffas eftersom det strider mot den svenska arbetsmarknadsmodellen att kräva att de fackliga organisationerna ska ge in villkoren i den hårda kärnan till Arbetsmiljöverket.¹⁵ Det skulle räcka med att kollektivavtalsparterna får en skyldighet att anmäla en kontaktperson

¹² SOU 2015:38 s. 68 f.

¹³ SOU 2015:38 s. 60 f.

¹⁴ SOU 2015:38 s. 62 f.

¹⁵ SOU 2015:38 s. 63 f.

till Arbetsmiljöverket. Den information som artikel 5.4 i tillämpningsdirektivet föreskriver skulle då lämnas av kontaktpersonen.¹⁶

Arbetsgivarsidan förespråkade tvärtom att 9 a § skulle skärpas genom att någon form av sanktion eller annat påtryckningsmedel kopplades till skyldigheten att ge in avtalsvillkoren till Arbetsmiljöverket. Ett system med kontaktpersoner skulle inte uppfylla det EU-rättsliga kravet på transparens och förutsägbarhet så länge inte båda parter är överens om vilka villkor som ingår i ”den hårda kärnan”, menade arbetsgivarna. Även Kommerskollegium, som ingick i utredningens expertgrupp, framförde liknande synpunkter. Myndigheten misstrodde uppenbarligen de fackliga organisationernas vilja att begränsa sig till minimivillkoren.¹⁷

De farhågor som arbetsgivarsidan och Kommerskollegium hade anfört delades av utredningen. Det är möjligt att det krävs att arbetsmarknadens parter når enighet om innehållet i den hårda kärnan för att de EU-rättsliga kraven på förutsebarhet, tillgänglighet och transparens med säkerhet ska vara uppfyllda, och någon sådan enighet finns inte för närvarande, heter det i betänkandet. Utredarens förslag blev därför att utstationeringslagens 9 a § skulle behållas och kompletteras på två sätt. Så länge skyldigheten att ge in kollektivavtalsvillkoren till Arbetsmiljöverket finns kvar skulle de fackliga organisationerna också vara skyldiga att utse en kontaktperson, vilket skulle kunna öka transparensen och förutsägbarheten, enligt utredningen. Samtidigt bör lagregeln förtydligas så att det inte råder något tvivel om att skyldigheten att ge in villkoren till myndigheten gäller även om det inte är aktuellt att vidta några stridsåtgärder.¹⁸

Utredaren tillägger: På sikt skulle 9 a § kunna avskaffas och ersättas helt med ett system med kontaktpersoner. ”En förutsättning är dock att arbetsmarknadens parter tar ett gemensamt ansvar för frågorna.” Regeringen borde därför överväga att tillsätta medlare eller en arbetsgrupp för vissa utvalda branscher med uppdrag att underlätta parternas arbete med att nå en överenskommelse, ansåg utredningen.

3.1.2 Försvar av arbetstagarnas rättigheter

Artikel 11 i tillämpningsdirektivet preciserar vilka åtgärder medlemsstaterna måste vidta för att de utstationerade arbetstagarna ska kunna försvara sina rättigheter. Bland annat ska de se till att det finns ”effektiva sätt för

¹⁶ SOU 2015:38 s. 68 f.

¹⁷ SOU 2015:38 s. 66 f.

¹⁸ SOU 2015:38 s. 71 f.

utstationerade arbetstagare att lämna in klagomål mot arbetsgivarna direkt samt rätt att inleda rättsliga och administrativa förfaranden”.

Redan 2008 års Lavalutredning menade som nämnts att Sverige inte uppfyllde EU-rättens krav på att de utstationerade arbetstagarna ska ha möjlighet att hävda sina rättigheter enligt utstationeringsdirektivet. I tillämpningsdirektivet betonas detta krav ytterligare. Utredningen om nya utstationeringsregler återupplivade därför Lavalutredningens förslag om att en utstationerad arbetstagare ska ha rätt att åberopa arbets- och anställningsvillkor inom den hårda kärnan enligt kollektivavtal som arbetsgivaren är bunden av, även om han eller hon inte är medlem i den avtalslutande fackliga organisationen.¹⁹

Argumentet att detta skulle kunna innebära en otillåten negativ särbehandling av utländska arbetsgivare avfärdades av utredningen. Eftersom syftet med regeln skulle vara att skydda utstationerade arbetstagare som ansetts särskilt skyddsvärda enligt EU-rätten är den motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. Utredningen kunde följaktligen inte se att det finns några EU-rättsliga hinder mot en sådan bestämmelse.²⁰

3.2 Översynen av *lex Laval*

Den parlamentariska utstationeringskommittén hade i uppdrag att utvärdera de lagändringar som gjordes i utstationeringslagen med anledning av Laval domen. Bland annat skulle den se om lagen fungerar så att skyddet för de utstationerade arbetstagarnas grundläggande arbets- och anställningsvillkor säkerställs och vilka lagändringar som krävs för att värna den svenska modellen i internationellt perspektiv.²¹ Efter regeringsskiftet 2014 fick den ett vidgat uppdrag och skulle nu även överväga vilka åtgärder som krävs för att stärka kollektivavtalens ställning i utstationeringssituationer.²²

3.2.1 *Transparens och förutsebarhet*

Från början hade utredningen också i uppdrag att utvärdera hur bestämmelserna i utstationeringslagen 9 a § hade fungerat ”ur ett förutsebarhetsperspektiv”. Den delen av uppdraget överfördes senare till Utredningen om nya utstationeringsregler (se ovan). Den parlamentariska kommittén skulle alltså inte lägga fram några förslag om den frågan.

¹⁹ SOU 2015:13 s. 211 f.

²⁰ SOU 2015:13 s. 213.

²¹ Kommittédirektiv 2012:92.

²² Kommittédirektiv 2014:149.

Det hindrade den emellertid inte från att göra det (vilket väckte stor uppbragthet på arbetsgivarsidan för att utredningen hade frångått sina direktiv²³). Med adress till den föregående utredningen skriver kommittén att det förslag till förtydligande som presenterades i betänkandet SOU 2015:38 är klart otillräckligt.²⁴

Kommitténs eget förslag är att Arbetsmiljöverket själv ska analysera vilka villkor i centrala kollektivavtal som de fackliga organisationerna får kräva med stöd av stridsåtgärder om inte dessa lämnar in villkoren. Arbetsmiljöverkets analys ska alltså vara subsidiär, åtminstone i normala fall. Även i fall då den fackliga organisationen skickar in hela det centrala avtalet utan att rensa bort de bestämmelser som faller utanför den hårda kärnan, vilket det alltså finns exempel på, ska Arbetsmiljöverket göra en egen analys. Kommittén framhåller att det kommer att vara ”en ren textanalys” som inte tar hänsyn till avtalsparternas avsikter och följaktligen inte innebär någon avtalsstolkning i traditionell mening. Myndighetens analys ska inte heller vara bindande.

3.2.2 Försvar av arbetstagarnas rättigheter

Utifrån sitt uppdrag att stärka kollektivavtalens ställning i utstationerings-situationer inriktade sig Utstationeringskommittén i första hand på arbetstagarorganisationernas möjligheter att bevaka de utstationerade arbetstagarnas rättigheter. Den föreslog att det skulle bli möjligt att vidta stridsåtgärder för att uppnå en ny typ av kollektivavtal, utstationerings-kollektivavtal med minimivillkor, med särskilda ”EU-anpassade” rätts-verkningar.²⁵ I likhet med utredningen om genomförande av tillämpnings-direktivet föreslog kommittén också att de utstationerade arbetstagarna skulle ges en självständig rätt att utkräva dessa minimivillkor, ytterst genom domstol och exekutiv myndighet, även om de inte är medlemmar i den avtalslutande fackliga organisationen. Kommittén övervägde dessutom om de till och med borde få rätt att utkräva fulla villkor enligt ett kollektivavtal som deras arbetsgivare slutit frivilligt, men kom fram till att vore ett för stort avsteg från den svenska modellen.²⁶

²³ Svenskt Näringsliv Remissvar Översyn av lex Laval (SOU 2015:83) den 1 februari 2016.

²⁴ SOU 2015:83 s. 341.

²⁵ SOU 2015:83 s. 272 f.

²⁶ SOU 2015:83 s. 297 f.

3.3 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal hade att ta ställning till hur krav på kollektivavtalsenliga villkor i de offentliga kontrakten skulle kunna utformas för att uppfylla upphandlingsregleringens höga krav på transparens.²⁷

Vad öppenhetsprincipen innebär i upphandlingssammanhang har klargjorts av EU-domstolen bland annat i det så kallade Max Havelaar-målet. Där konstaterar domstolen dels att villkoren ska uttryckas ”så klart, precist och otvetydigt att det är möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt”²⁸, dels att de måste vara kända för presumtiva leverantörer redan när dessa utformar sina anbud. Därför ska de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, det vill säga i handlingar som myndigheten själv upprättar.²⁹

En upphandlande myndighet som vill ställa som villkor att leverantören ska betala sina anställda lön enligt kollektivavtal kan alltså inte nöja sig med att bara hänvisa anbudsgivarna till parterna. Den måste själv ta ansvar för de kontraktsvillkor som den ställer upp. Det betyder att den på något sätt behöver få reda på vad den avtalsenliga lönen är och infoga siffrorna i sitt eget förfrågningsunderlag. I fall då kontraktet kan komma att utföras med utstationerade arbetstagare måste den dessutom ha hjälp med att identifiera vad som är avtalets minimivillkor; något utöver det kan den ju inte kräva i sådana fall.

Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal utgick från att det i vissa upphandlingar skulle vara obligatoriskt, och i andra fall frivilligt, för de upphandlande myndigheterna att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Dessa skulle bygga på villkoren i tillämpliga riksavtal, men ytterst skulle myndigheterna själva – efter att ha samrått med kollektivavtalsparterna – fastställa vilka löner och andra anställningsvillkor som anbudsgivarna i den enskilda upphandlingen skulle vara skyldiga att tillämpa. För de obligatoriska fallen skulle denna uppgift ligga på den upphandlingsstödjande centrala myndigheten (Upphandlingsmyndigheten fr.o.m. den 1 september 2015), som dessutom skulle bemyndigas att fastställa de arbetsrättsliga villkoren i

²⁷ Frågan om leverantörens anställda själva kan grunda en rätt till kollektivavtalsenliga villkor på upphandlingskontraktet är en särskild fråga som låg utanför utredningens uppdrag att behandla.

²⁸ Dom *Kommissionen mot Nederländerna*, C-368/10, EU:C: 2012:284, punkt 109.

²⁹ Dom *Kommissionen mot Nederländerna*, C-368/10, EU:C: 2012:284, punkt 67.

bindande föreskrifter. Skälet till att villkoren skulle formuleras i föreskrifter och inte som allmänna råd var att de då inte skulle kunna överprövas. Utredningen konstaterade att det i och för sig är främmande för den svenska modellen att en myndighet utifrån en tolkning av kollektivavtal bestämmer vilka villkor som ska tillämpas för ett visst arbete, men såg ingen annan möjlighet med tanke på kravet på transparens.³⁰

För att den svenska arbetsmarknadsmodellen ska påverkas så lite som möjligt föreslog utredningen dock en alternativ möjlighet. Leverantörer som är bundna av ett annat centralt riksavtal som är tillämpligt på arbetet skulle kunna tillämpa villkoren i detta i stället för de arbetsrättsliga kontraktvillkor som den upphandlande myndigheten ställer upp.

4 Remissreaktioner

4.1 Försvaret av de utstationerade arbetstagarnas rättigheter

De allra flesta remissinstanserna accepterade förslagen att utstationerade arbetstagare ska ha rätt att åberopa villkoren i kollektivavtal som deras arbetsgivare är bundna av, oavsett om de är medlemmar i den avtalslutande fackliga organisationen eller ej.

De enda som uttryckligen avstyrkte var Arbetsgivarverket och Svenskt Näringsliv, båda med hänvisning till att det skulle innebära ett avsteg från den svenska arbetsmarknadsmodellen.³¹ Enligt Svenskt Näringsliv är den eventuella osäkerhet som råder kring utstationerades möjligheter att ta tillvara sina rättigheter inte av en sådan omfattning att en lagändring är nödvändig.

LO och Saco ville tvärtom gå längre än vad utredningarna hade föreslagit. Enligt deras mening borde utstationerade arbetstagare kunna åberopa alla villkor, inte bara minimivillkoren inom utstationeringsdirektivets så kallade hårda kärna, i ett kollektivavtal som deras arbetsgivare slutit. Med adress till utstationeringskommittén skriver LO att organisationen inte delar farhågorna att en sådan utvidgning skulle vara oförenlig med den svenska modellen och påverka organisationsgraden negativt. Utstationerade arbetstagare är i Sverige under en kort tid och då kan det vara förståeligt att de inte går med i en svensk arbetstagarorganisation. Därför är det rimligt med en annan ordning än vad som normalt gäller, förklarar LO.³²

³⁰ SOU 2015:78 s. 158 f.

³¹ Remissvar från Arbetsgivarverket, Dnr 2015/0742, den 3 februari 2016 och från Svenskt Näringsliv, referensnummer 41/2015, den 29 maj 2015.

³² LOs yttrande över Översyn av lex Laval, SOU 2015:83, Dnr 20150455, den 20 januari 2016.

4.2 Transparens och förutsebarhet

Alla de tre utredningarna föreslog att någon myndighet skulle ha en roll för att få fram information om innehållet i olika kollektivavtal, och alla väckte de invändningar om att förslagen var främmande för den svenska modellen.

Förslaget i betänkandet Översyn av lex Laval var det mest utmanande och väckte föga förvånande ett samfällt ramaskri från remissinstanserna. Att Arbetsmiljöverket faktiskt skulle tolka kollektivavtalen om inte de fackliga organisationerna själva gav in sina villkor till myndigheten kunde ingen acceptera. Det är lätt att instämma i Arbetsdomstolens gissning att förslaget mest var avsett som ett påtryckningsmedel för att sätta fart på de fackliga organisationerna.³³

Men inte heller de mer beskedliga förslagen från utredningen om genomförande av tillämpningsdirektivet blev särskilt väl mottagna. På den här punkten hade parterna varit oförsonliga under utredningsarbetet och de upprepade sina ståndpunkter i remissvaren. Från arbetsgivar sidan framfördes krav på att någon form av sanktion skulle kopplas till regeln om att arbetstagarorganisationerna ska ge in sina kollektivavtalsvillkor till Arbetsmiljöverket. LO och Saco anförde tvärtom att den skyldigheten helt borde avskaffas och ersättas av en skyldighet för såväl fackliga organisationer som arbetsgivarorganisationer att anmäla kontaktpersoner till Arbetsmiljöverket. En sådan ordning skulle vara lättare att förena med den svenska modellen, skrev LO.³⁴

Remissinstansernas reaktioner på betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal var inte lika förutsägbara.

Svenskt Näringsliv betecknade förslaget som ”ett grundskott mot den svenska arbetsmarknadsmodellen” och anförde att det ”saknas varje skäl” att påbjuda en statlig inblandning i löneregleringen i samband med offentlig upphandling. Enligt organisationen skulle det räcka med att kräva att leverantörerna tillämpar de villkor som följer av lag.³⁵ Även Arbetsgivarverket avstyrkte förslaget i dess helhet med hänvisning till de konsekvenser det skulle få för den svenska modellen.³⁶

³³ Arbetsdomstolens remissyttrande Översyn av lex Laval (SOU 2015:83), Dnr 55/2015, den 10 februari 2016.

³⁴ LOs yttrande över Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet – Del II, SOU 2015:38, Dnr 20150183.

³⁵ Svenskt Näringsliv, Remissvar Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), SN Dnr 175/2015, den 2 november 2015.

³⁶ Arbetsgivarverket Betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), Dnr 2015/0524, den 26 oktober 2015.

Sveriges Kommuner och Landsting framhöll tvärtom att man inte ska överdriva farhågorna för förslagets konsekvenser för den svenska modellen. Utgångspunkten är fortfarande att det är arbetsmarknadens parter som helt och hållet själva bestämmer över kollektivavtalen. Upphandlingsmyndighetens roll blir enbart att förmedla det innehåll som faktiskt finns i gällande kollektivavtal, skriver SKL.

Alla de tre fackliga centralorganisationerna förespråkar att kollektivavtalsenliga villkor ska gälla vid fullgörande av offentliga kontrakt. Saco avstyrkte trots det förslagen i betänkandet. Om Upphandlingsmyndigheten ska utfärda föreskrifter inför man i realiteten en form av allmängiltigförklaring bakvägen, vilket är ett allvarligt ingrepp i den svenska kollektivavtalsmodellen. Även om de endast ska gälla inom ramen för upphandlingar kan de få en normerande verkan, menade organisationen. Enligt Saco vore det en bättre ordning om Upphandlingsmyndigheten fick i uppdrag att ge den upphandlande myndigheten vägledning när den ska fastställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor, vilket skulle göras i samråd med arbetsmarknadens parter.³⁷ TCO anförde liknande synpunkter.

Den enda av centralorganisationerna som tillstyrkte förslaget att Upphandlingsmyndigheten skulle utfärda föreskrifter om vilka löner och andra kollektivavtalsvillkor som skulle gälla var LO. LO ansåg att förslaget var acceptabelt eftersom det skulle innebära en förbättring jämfört med den nuvarande situationen ”som i vissa branscher är katastrofal”.

En återkommande synpunkt i yttrandena över alla tre utredningarna var att det hade varit önskvärt med en närmare analys av om förslagen är förenliga med principerna om organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten i ILO-konventionerna nr 87, 98 och 154. Frågan ställs av Svenska ILO-kommittén, men önskemålet framförs också av arbetsgivarorganisationer och fackliga organisationer. Svenskt Näringslivs ledamöter i ILO-kommittén skriver rentav i en reservation till kommitténs remissvar över betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal att detta inte respekterar ”den partsautonomi som sedan länge präglat den svenska arbetsmarknadsmodellen samt utgör ett omotiverat och oacceptabelt ingrepp i det kollektivavtalssystem som parterna gemensamt förhandlat fram”.³⁸

³⁷ Saco Remissvar (Fi2015/4196) Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), Dnr 87.15 15, den 28 oktober 2015.

³⁸ Svenska ILO-kommittén Yttrande Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78), 21/2015, den 21 oktober 2015.

5 Alla vill försvara den svenska modellen – men håller argumenten?

Vad är den svenska modellens kärninnehåll, det som man vill bevara när man talar om att försvara den? Ytterst är det väl att lönesättning och reglering av anställningsvillkor primärt ska ske genom kollektivavtal som privata aktörer förhandlar fram. De förhandlar enbart på medlemmarnas uppdrag och utövar inte, som i vissa länder, någon statligt delegerad normgivningsmakt.

Den svenska modellen bygger med andra ord på frivillighet. Enskilda arbetsgivare och arbetstagarer kan välja att stå utanför systemet, men de får också bära konsekvenserna av ett sådant val. Den oorganiserade arbetstagarer kan ha svårt att förverkliga sina rättigheter och den enskilda arbetsgivaren kan råka ut för påtryckningar i form av stridsåtgärder. En förutsättning för att systemet ska fungera utan statliga ingrepp är att arbetstagarorganisationerna har stor frihet att vidta stridsåtgärder. Sådana kan vidtas också för att endast indirekt tjäna medlemsintressena, i form av sympatiåtgärder eller åtgärder för att bekämpa social dumpning.

Denna arbetsmarknadsmodell har inom EU sin motsvarighet endast i Danmark. I de övriga länderna saknas den långtgående partsautonomi som betecknar det danska och svenska systemet. Därför är det inte överraskande att EU baserat de lösningar som syftar till att stävja social dumpning i samband med utstationering och offentlig upphandling på lagstadgade föreskrifter om minimilöner. Dessa kan vara kopplade till kollektivavtalen och utgå från dem, men ytterst läggs de fast i någon form av författning. Därmed gäller de lika för organiserade och oorganiserade arbetstagarer.

Den stora konflikten i förhållande till den svenska modellen finns ytterst i att EU-regleringen bygger på lagstadgade villkor, eftersom det är den svenska lagstiftaren och staten, inte de autonoma arbetsmarknadsparterna, som ansvarar för att dessa uppfylls. Till det kommer att EU-rätten kringskär den svenska modellen också på det sättet att den inte tillåter fackliga stridsåtgärder för att upprätthålla vårt arbetsmarknadssystem annat än inom de snäva ramar som den fria rörligheten för tjänster och den fria etableringsrätten ställer upp.

Remissinstanser som konsekvent avvisar förslagen från de tre utredningarna ovan med argumentet att de strider mot den svenska modellen tycks bortse från att EU-regleringen som sådan innebär stränga begränsningar, och att den fråga som de har haft att ta ställning till är hur lagstiftaren lämpligen kan stötta modellen för att balansera eller kompensera för de ingrepp som EU-rätten gör.

Mot denna bakgrund känns exempelvis förslaget att en utstationerad arbetstagarer ska kunna verkställa de minimivillkor som svensk rätt lägger fast

som okontroversiellt och naturligt. Här har vi en från EU-rätten härstammande regel som ger arbetstagaren vissa rättigheter. Att dessa rättigheters materiella innebörd bestäms av kollektivavtal i Sverige är en logisk konsekvens av den svenska modellen. Att då ifrågasätta att en sådan rättighet ska kunna förverkligas genom rättsmedel som den enskilda utstationerade anställda kan använda ter sig för det första ogörligt från ett likabehandlingsperspektiv. För det andra är det också cyniskt med tanke på att de fackliga organisationerna allt oftare framhåller att de inte har praktiska möjligheter att bevaka de utstationerade arbetstagarnas rättigheter.³⁹ Samtidigt förbiser man att det är utstationeringsdirektivets regler, inte tillgången till rättsmedel för arbetstagarna som är det verkliga avsteget från den svenska modellen.

Debatten om förslagen i de betänkanden som vi beskrivit försvåras av det faktum att vissa lösningar ter sig som krystade och resultat av ett till synes desperat sökande efter regleringslösningar som är EU-rättsligt hållbara och samtidigt i konformitet med den svenska modellen. Ett traditionellt element i den svenska modellen är enligt vår mening att man inte ska detaljreglera frågor som kan hanteras i praxis. Utstationeringskommitténs förslag om särskilda utstationeringskollektivavtal med "EU-anpassade rättsverkningar" som kan tillkomma efter stridsåtgärder som Arbetsmiljöverket har "sanktionerat" genom att tillhandahålla information om kollektivavtalsvillkoren framstår som en utpräglad skrivbordskonstruktion. Förslagets oförenlighet med den svenska modellen ligger framförallt i lagstiftningstekniken (detaljregleringen). Utredningen kan å andra sidan naturligtvis motivera sina förslag med det faktum att parterna inte klarar av att komma med egna initiativ eller lösningar, med följden att lagstiftaren "måste ta över".

Förslagen om att myndigheter i vissa fall ska kunna förmedla information om minsta löner inom vissa branscher bygger på uttryckliga regler i EU-rätten. Det handlar alltså om att förmedla information om gällande lönenivåer, inte om att sätta löner. Om man, som de fackliga organisationerna, exempelvis vill att upphandlande myndigheter ska ställa krav på kollektivavtalsenliga löner i sina kontrakt, måste man rätta sig efter dessa regler.

Sådan information kan tillhandahållas på två olika sätt: Det ena är att skattemyndigheter och lönestatistiker följer vilka löner som faktiskt betalas och sedan anger en minimilön. Den andra lösningen är att "i enlighet med den svenska modellen" låta parterna tillhandahålla information om minsta lönenivåer. Om parterna lojalt ger ut sådan information gemensamt eller kanske

³⁹ Intervjuer med Byggnadsarbetareförbundets avtalssekreterare Torbjörn Hagelin och Transportarbetareförbundets ordförande Lars Lindgren.

till och med någon gång ger delvis motstridiga uppgifter, borde det inte vara särskilt svårt för en myndighet att informera om vad som – minst – ska gälla i en konkret upphandling eller vid en konkret utstationering. Det kan knappast ha större betydelse för lönebildningen i allmänhet eller för parternas lönepolitiska överväganden. Inte heller om lönesättningen inom avtalsområdet är så varierande och oklar att det inte går att ange några minimivillkor (tänk på sifferlösa avtal) lär det vara någon större skada skedd ur lönebildningsperspektiv om ett utomstående organ utifrån statistiken uppskattar vad som bör vara minimum i ett enskilt fall, även om det naturligtvis vore mera förenligt med den svenska modellen att parterna själva angav detta.

Att vägra samarbeta med en motpart på arbetsmarknaden för att tillgodose lagstadgade informationskrav är redan i sig ett avsteg från den svenska modellens samarbetstraditioner. För oss framstår det också som ett sätt att underminera den svenska modellen. Om all information om minsta lön och andra villkor saknas kan man inte heller kräva att de tillämpas av utstationerande arbetsgivare eller av leverantörer som fullgör offentliga kontrakt. Därigenom begränsas kollektivavtalets normerande verkan och betydelse. Arbetstagsidan önskar givetvis att alla företag ska sluta kollektivavtal och tillämpa dem i deras helhet, och kan vara obenägna att tala om minimivillkoren av den anledningen. För arbetsgivar sidan kan ökad låglönekonkurrens vara en välkommen faktor som kan hålla tillbaka fackliga lönekrav. Svenskt Näringsliv skriver till exempel uttryckligen att det ska räcka om leverantörer till det offentliga lever upp till sina lagstadgade skyldigheter. Det är att lämna fritt utrymme för konkurrens med löner.

Vi menar att detta ligger långt från vad som kan betecknas som ett lojalt försvar av den svenska modellen i den nya omgivning som EU-rätten skapat. Om parterna verkligen vill värna den svenska modellen och partsautonomin vore det naturligt att de samarbetade för att uppfylla EU-rättens krav på transparens, för att undvika statsinblandning så långt det är möjligt inom EU-rättens ramar. På så sätt skulle de garantera att parterna och deras kollektivavtal även i fortsättningen blir avgörande för lönesättningen. På längre sikt kan det kanske också vara ett sätt att undvika alternativet med EU-reglerade minimilöner, som med allt tätare mellanrum presenteras som en optimal framtidsvision av olika EU-organ.

Till sist något om de remissynpunkter som ifrågasätter om inte de aktuella förslagen begränsar partsautonomin och avtalsfriheten på ett sätt som är oförenligt med ILO-konventionerna nr 87, 98 och 154. Argumenten illustrerar att man kan uppfatta de föreslagna åtgärderna på två sätt: Å ena sidan kan

man som ILO-kommittén hävda att de indirekt begränsar partsautonomin och avtalsfriheten. Å andra sidan har staten också en skyldighet att främja kollektivavtalsverksamheten enligt ILO-konventionen 98 artikel 3. Och syftet med utredningsförslagen har varit att stärka kollektivavtalsystemet genom att kollektivavtalens centrala villkor ska respekteras också i situationer där de inte är direkt tillämpliga (vid utstationering och offentlig upphandling). I många länder har man gått betydligt längre med att utsträcka kollektivavtalens verkningar till anställningsförhållanden som de inte är direkt tillämpliga på (allmängiltighet), utan att det anses oförenligt med ILO-konventionerna.

ILO:s kärnkonventioner åberopas mot en rad detaljer och nyanser i förslagen. Gemensamt för dessa synpunkter är dock att ILO-regleringen behandlas på ett ytligt plan och att man sätter direkta likhetstecken mellan den svenska modellen (som man önskar uppfatta den) och ILO:s konventioner om förhandlings- och föreningsfrihet på ett sätt som försiktigt uttryckt kan sägas vara schematiskt.

Svagheten med referenserna till den svenska modellen är att den används som språngbräda för att ta avstånd från förslag som syftar att lösa komplicerade problem kring EU-rättens genomförande i Sverige. Därigenom tenderar analysen av de reella problemen och deras tänkbara lösningar att överskylas av ett nostalgiskt tillbakablickande mot en arbetsmarknadsreglering vars förutsättningar till vissa delar inte längre existerar.

Alla älskar den svenska modellen. Det kan vi utläsa i mångordiga remissvar och utläggningar i kommittébetänkandena. Den svenska modellen skulle stå sig betydligt starkare om alla aktörer skulle stå upp för den i handling – inte bara i ord. Kanske kunde debatten då så småningom handla om hur den bäst kan försvaras inom ramen för de rättsliga realiteter som EU-regleringen innebär, i stället för retoriska konstateranden om att EU-rättens och den svenska modellens utgångspunkter är svårförenliga.

