
JEFF KENNER, EU EMPLOYMENT LAW. FROM ROME TO AMSTERDAM AND BEYOND OCH SÍOFRA O'LEARY, EMPLOYMENT LAW AT THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE. JUDICIAL STRUCTURES, POLICIES AND PROCESSES

Ronnie Eklund

1. Jeff Kenners bok är ett kraftprov och en skildring av utvecklingen av arbets- och socialrätten inom EU sedan Romfördragets början upp till idag. Kenner är "senior lecturer" vid University of Nottingham. Han redovisar materialet i närapå kronologisk ordning, men kan inte undvika att samtidigt göra en delvis tematisk framställning. Möjligen har det varit en utmaning för Kenner att göra något som ingen annan mig veterligen tidigare gjort, dvs. att på ett närmast episkt sätt beskriva hur EU:s arbetsrätt vuxit fram.

Boken består av tolv kapitel där början tas i Romfördraget 1957 (kap 1). I detta skede finns ingen social dimension; det finns en likalöneprincip i Artikel 119 i Fördraget. Det var först under senare delen av 70-talet som EG fick ett socialt ansikte. Willy Brandt var pådrivande 1969 (kap. 2). Ett socialt program antogs 1974. Det var ett manifest som inte var bindande för medlemsstaterna, men som ändå kom att få stor betydelse. Direktiv avseende kollektiva uppsägningar (1975), skyddet för arbetstagare vid företagsöverlåtelser (1977) och vid konkurs (1980) tillkom.

Enhetsakten 1987 behandlas i kap. 3. Kenner tecknar följande bakgrund. Både Förenta staterna och Japan hade gått ikapp EG. Socialisten Jacques Delors tillträdde som kraftfull ordförande i Kommissionen med stöd av Margaret Thatcher (!). Delors satte den sociala dialogen i fokus, sedermera förankrad i Artikel 118b i Fördraget. Detta ledde fram till Val Duchesse dialogen år 1985. Tiden präglades av framsteg och misslyckanden.

Den Sociala stadgan 1989 behandlas utförligt i kap. 4. Ett steg i riktning mot ett mer socialt Europa togs. Ett förslag till direktiv med okränkbara grundläggande sociala rättigheter motarbetades av Storbritannien. I det läget föreslog Kommissionen istället en rättsligt oförbindande högtidlig deklaration (Community Charter of Fundamental Social Rights of Workers, ESC) som 11 av 12 EG-länder kunde ställa sig bakom. Även om det var en "messy compromise" (s. 120) så utgjorde den en plattform för "soft law" och flera "Action Programmes".

Exempel på detta ges i kap. 5. Kommissionens rekommendation (84/365) "on the promotion of positive action for women" och rekommendation (92/131) "on the protection of the dignity of men and women at work" med vidhängande annex om en "code of practice on measures to combat sexual harassment" är exempel på detta.¹ I detta kapitel behandlas även mer ingående den lagstiftning som kom till stånd under perioden 1989-1994 då inspiration hämtades från den Sociala stadgan och Artikel 118a, såsom havandeskapsdirektivet (92/85), arbetstidsdirektivet (93/104) och direktivet avseende yngre arbetare (94/33). Med stöd av Artikel 100 i Fördraget görs även ändringar i direktivet angående kollektiva uppsägningar (92/56) och det s.k. informationsdirektivet tillkommer (91/533). Det är något pikant att påpeka att vad gäller det senare direktivet så lägger Storbritannien ned sin röst i Rådet. Britterna ville inte ha någon lagstiftning över huvud taget, men det hade varit alltför genant att lägga in ett veto eftersom regler av detta slag funnits i engelsk rätt sedan 1963. Det var också därifrån informationsdirektivet hämtat inspiration.

Kap. 6 behandlar de ändringar som görs i Fördraget genom Rådets möte i december 1991 (Maastricht). Storbritanniens premiärminister John Major ville inte ha ett utvidgat socialt kapitel i Fördraget. En kompromiss uppnåddes. Samtliga 12 medlemsländer ställde sig bakom ett socialt protokoll om "social policy" till vilket fogades en överenskommelse, som sedan gjordes tillämplig på bara 11 av länderna. Storbritannien stod utanför. Kenner erinrar: "The Maastricht compromise led to a bifurcation of Community social policy. Two autonomous regimes were created." Protokoll gav upphov till "a two-speed Social Europe" (s. 20).

Med det Sociala protokollet i ryggen ingår också de europeiska sociala parterna (ETUC, UNICE och CEEP) en historisk överenskommelse i oktober 1991 om hur de skall ta ansvaret för ett socialt Europa. Kommissionen håller trycket uppe. Föräldraledighetsdirektivet (96/34) är det första i raden av framförhandlade direktiv med stöd i en överenskommelse mellan de sociala parterna.² Senare tillkommer deltidsskaldirektivet (97/81) och visstidsdirektivet

¹ Att denna typ av "soft law" kan ha vidare konsekvenser är den svenska jämställdhetslagen exempel på då kvinnofridspropositionen bereddes, se prop. 1997/98:55, s. 110 ff.

² Observera att föräldraledighetsdirektivet inte var produkten av något som de sociala parterna hittat på själva; ett liknande pilotprojekt hade Kommissionen sökt lansera så tidigt som 1983.

(99/70).³ Kenner noterar (s. 249): "For the employers, framework agreements now seemed the lesser evil. The trade unions, meanwhile, wanted to demonstrate that the new procedures were workable." Han diskuterar om det ligger en fara i denna utveckling (s. 250 ff.) och menar att Kommissionen kan förlora i kontroll över lagstiftningsprocessen. Men även Rådet kan förlora sin fria rådighet inom lagstiftningsområdet. Mot det står att både Kommissionen och Rådet kan vägra att gå vidare med förslag från de sociala parterna. För det Europeiska Parlamentet är läget "even more settling", som enligt Kenner hålls utanför denna lagstiftningsprocess och flera gånger vädrat sitt missnöje. Det kan sättas ifråga varför de sociala parterna skall vara delaktiga i denna lagstiftningsprocess, säger Kenner (s. 264), men tillägger att det paradoxala i den sociala dialogen är att den hjälper till att minska det gap som finns inom Unionen genom att enskilda medborgare, förvisso genom sina organisationer, ges möjlighet att medverka i lagstiftningsprocessen.

Kap. 7 beskriver vägen från Maastricht till Amsterdam. Nu var utmaningarna andra. Under 1990-talet var målen att öka sysselsättningen, att flexibilisera organisationen av arbetet, att motverka social utslagning, att stödja jämställdhetsaspekten ("mainstreaming") samt att konsolidera och se till att arbetslivslagstiftningen efterlevs. Ett betydande steg tas då Rådet samlas i Essen i december 1994 genom att man då ställer sig bakom en samordnad "European Employment Strategy" (EES). Varje land skall utveckla, övervaka, utvärdera och rapportera om sin sysselsättningspolitik inom ramen för en integrerad strategi.

Beträffande lagstiftningsarbetet sades i en rapport 1995 att EG skulle "do less, but do it better" (s. 335). Syftet var att klargöra och förenkla så att regelverket blev mer tillgängligt för medborgarna. Kommissionens vitbok 1994⁴ visade att endast Portugal och Storbritannien implementerat mer än 90 % av 37 arbetslivsdirektiv; Italien och Luxemburg hade implementerat färre än 60 % av dem.

Bevisbördedirektivet (97/80) tillkommer under denna tid. Kenner diskuterar frågan om motbevisning vid direkt diskriminering är möjlig och gör sig närmast till tolk för uppfattningen att motbevisning endast kan godtas vid indirekt könsdiskriminering. Detta är emellertid inte korrekt. Av artikel 4(1) i bevisbördedirektivet följer att motbevisning godtas även vid direkt diskriminering. Jag förstår därför inte varför Kenner säger (s. 360): "[T]he Directive is silent on this point – indicating that only indirect discrimination can be justified." Jag reserverar mig även för den tolkning som Kenner ger av fallet *Bilka* där han synes

³ Även här kan antecknas att Kommissionen redan under tidigt 1980-tal sökt få till stånd en reglering beträffande s.k. atypiska anställningar, se t.ex. deltidsarbete min artikel "The Chewing-Gum Directive – Part Time Work in the European Community", i Festskrift till Hans Stark (2001).

⁴ COM(94) 333.

mena att arbetsgivarens motbevisning var ”proportionate” (s. 361); detta uttalade sig inte EG-domstolen om.⁵

Kap. 8 behandlar Amsterdamfördraget. Det sociala protokollet får nu sin plats i Artiklarna 125-130 i Fördraget i ett kapitel om ”Sysselsättning”. Om detta säger Kenner mycket träffande (s. 388): ”The *modus operandi* of the Employment Title is essentially intergovernmental with the European Parliament and the Commission a supporting player.” Utvecklingen har nämligen visat hur medlemsstaterna börjat spela första fiolen i den europeiska orkestern. Harmonisering står inte längre på dagordningen, utan det är ”surveillance and benchmarking, a form of soft law that has become known as the open method of co-ordination” (s. 391).

Artikel 141 övertar likaså den roll som tidigare Artikel 119 spelade inom likalöneområdet. Artikel 141(4) är notabel av två skäl. Först, full jämställdhet skall nås istället för bara formell jämlikhet mellan könen. Vidare lyfts frågan om positiv särbehandling upp i Fördraget.⁶ Kenner gör sig här skyldig till en övertolkning. Det svenska fallet *Abrahamsson* visade hur uddlös Artikel 141(4) var.⁷ Arkitekterna bakom Artikel 141(4) tillförde inte något väsentligt nytt; de må ha trott att de gjorde det – den svenska regeringen bland många andra⁸ – men när EG-domstolen fastslår att Artikel 141(4) egentligen inte har annan innebörd än artikel 2(4) i likabehandlingsdirektivet (76/207) så bör numera allt fler inse att intet är nytt under solen.⁹

Kap. 9 behandlar diskrimineringsfrågorna mot bakgrund av att diskrimineringskyddet byggdes ut i Artikel 13 i Fördraget. Kommissionen visade först stor försiktighet. I ”Social Action Programme 1998-2000” stod sysselsättningsfrågorna först på dagordningen. Utvecklingen tog dock snabbt en annan utveckling. Det invandrarfientliga frihetspartiet i Österrike skördade framgångar. EU måste nu visa att man menade allvar med allt tal om skydd för mänskliga rättigheter och fundamentala friheter. Vid ett extrainsatt rådsmöte i Tampere i oktober 1999 inbjöds Kommissionen att snarast framlägga förslag som gav substans åt Artikel 13 i kampen mot rasism och främlingsfientlighet. Inom loppet av några få veckor presenterade Kommissionen sina förslag.¹⁰ Så lades då grunden till dir. 2000/43 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (Dir. mot etnisk diskriminering) och dir. 2000/78 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (ar-

⁵ Case 170/84, *Bilka Kaufhaus v. Weber von Hartz* [1986] ECR 1607, stycke 37.

⁶ Det innebär att effekterna av det famösa fallet *Kalanke* reduceras, se Case C-409/95, *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen* [1995] ECR I-3051.

⁷ Case C-407/98, *Abrahamsson and Anderson v. Fogelqvist* [2000] ECR I-5539.

⁸ Prop. 1997/98:58. Amsterdamfördraget. Del 1, s. 82.

⁹ Det var precis vad jag hävdade i en debatt med rättschef Lotty Nordling i Lag & Avtal nr 6-9/1999.

¹⁰ COM(99) 564, 565, 566.

betslivsdirektivet). Ett aktionsprogram för att bekämpa diskriminering antogs samtidigt (Rådets beslut 2000/750). Att det gick för snabbt kan nog så här i efterhand beklagas. Båda direktiven är komplicerade och inte lätta att på ett enkelt sätt förstå. Kenner slås framför allt av ”the breadth of the scope of the Race Equality Directive” (s. 401). Det omfattar inte bara arbetslivet utan även den offentliga sektorns tjänster såsom utbildning, bostäder, socialförsäkring, arbetsförmedling etc.¹¹

I kap. 10 analyseras mer ingående Artikel 141 i Fördraget och likabehandlingsdirektivet (76/207). Rättsfallen *P v. S* (transsexuella) och *Grant* (homosexuella) ges stort utrymme.¹² Resterande del av kapitlet ägnas frågan om positiv särbehandling. En ambitiös genomgång görs av de ledande rättsfallen från EG-domstolen bl.a. *Kalanke*.¹³ Vad gäller analysen av fallet *Abrahamsson* anser Kenner att den svenska lagstiftningen var både dunkel och tvetydig; den led av ”procedural inadequacies” (s. 456). Kenner jämför med fallet *Badeck*.¹⁴ I det senare fallet förelåg en mer detaljerad lagstiftning som refererade till olika aspekter såsom ansvar för barn och familj och de effekter som ett sådant ansvar kunde ha och att det inte skulle inverka negativt på en kvinnlig sökandes möjlighet att konkurrera om en plats. Senioritet och ålder skulle inte heller ges genomslag, då dessa kriterier ofta gynnade män. I denna analys förbiser Kenner det centrala i målet *Abrahamsson*; det avgörande är att positiv särbehandling kan godtas *endast* om de sökande är jämbördiga eller i huvudsak jämbördiga vad gäller meriter.¹⁵

Kap. 11 är en insiktsfull genomgång av de nya strategierna för hur sysselsättningspolitiken gestaltats inom EU. Avstampen är vad medlemsstaterna kom överens om i Essen i december 1994, som sedan följs upp i Amsterdamfördragets regler om ”Sysselsättning”. Gällande riktlinjer bygger på fyra pelare: att förbättra anställningsbarheten, att utveckla entreprenörskapet, att uppmuntra till anpassning och lika möjligheter för kvinnor och män i arbetslivet. Syftet är att få till stånd ”a cross-fertilization of ideas and methods designed to channel an effective and socially protective response to global challenge by prioritising ends and means” (s. 476). Metoden bygger på en form av ”peer review” och ”exchange of best practice”, eller som det ofta kallas ”benchmarking”. När i denna process Kommissionen pekar med hela handen blir medlemsstaterna irriterade (s. 479). Denna process kan emellertid kritiseras för både ”overload” och ”complexity”, men även genom en ”circuitous dialogue” (s. 481). Det strategiska målet för Unionen enligt den s.k. Lissabonprocessen formulerades i mars 2000,

¹¹ Se för svensk del Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

¹² Case C-13/94, *P v. S and Cornwall CC* [1996] ECR I-2143 och Case C-249/96, *Grant v. South-West Trains* [1998] ECR I-621.

¹³ Se ovan not 6.

¹⁴ Case C-158/97, *Badeck and others v. Hessischer Ministerpräsident* [2000] ECR I-1871.

¹⁵ Se stycke 55 i *Abrahamsson*.

nämligen ”to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion” (s. 483). Har man någonsin sett en person lyfta sig själv med hjälp av stövelstropparna – så är detta ett sådant tillfälle. En läsare får ta det för vad det är värt: europeisk retorik!

I kap. 12 behandlas till slut EU-stadgan om fundamentala rättigheter, tillkommen efter rådets möte i Nice i december 2001. Den omedelbara anledningen till stadgan är en rapport från 1996 (Comité de Sages).¹⁶ Konventets ordförande Roman Herzog ansåg att stadgan skulle utformas *som om* den var bindande. Det blev till slut enbart en ”högtidlig deklARATION” från Parlamentet, Rådet och Kommissionen. EG-domstolen har visat försiktighet då stadgan återopats inför domstolen. I fallet *BECTU* menade Generaladvokaten att betald semester var en fundamental rättighet enligt stadgan. Frågan berördes inte av domstolen.¹⁷ I några avslutande ord säger Kenner att läget efter Amsterdam kan beskrivas som en början till något nytt (s. 545): ”European integration is no longer a simple function of the market but the construction of a ’European social constitution’ has only begun.”

Även om jag inte i alla delar är beredd att dela Kenners analys är arbetet imponerande.

2. Den bok som Síofra O’Leary skrivit är av ett helt annat slag. Nu är det en ”insider”, en av domstolens rättssekreterare i EG-domstolen, som tar till orda men så mycket inifrån domstolen får inte läsaren veta. O’Leary har flera syften med sin bok. Hon vill beskriva de bidrag som EG-domstolen givit inom anställningsavtalets område. Hon vill värdera den rättspraxis som vuxit fram i ljuset av de legala ramar som gäller för hanteringen av fall under Artikel 234 i Fördraget. Hon vill även överväga några av de policyaspekter som gör sig gällande inom området.

De två första kapitlen handlar om EG-domstolen och hur den arbetar. Som modell för domstolen stod en gång den franska Conseil d’Etat. O’Leary sätter ifråga om det idag inte snarare är en belastning att det franska språket är det ledande inom domstolen, när 12 av de 15 medlemsländerna har andra språk. Franskan ”may act like a straitjacket”, säger hon (s. 59). Domarna har också en för stor arbetsbörda. En betydande ”backlog” finns; det tar i genomsnitt 22,5 månader för ett fall att bli slutbehandlat av domstolen. Tid är en knapp resurs; domarna har inte tid att tänka eller reflektera. Det må passera många utkast från rapportörens penna innan domstolen kan nå enighet. O’Leary menar att det

¹⁶ For a Europe of Civic and Social Rights (E.C. Luxembourg, 1996). I själva verket diskuteras dessa frågor så tidigt som 1975, se COM(75) 81.

¹⁷ Case C-173/99, *R v. Secretary of State for Trade and Industry, ex parte BECTU* [2001] ECR I-4881.

även kan ifrågasättas om domstolen alltid ger de nationella domstolarna tillräckligt klara riktlinjer i fall under Artikel 234..

Ibland går domstolen för långt. I fallet *Sirdar*¹⁸ klargör EG-domstolen vad proportionalitetsprincipen har för innehåll i ett konkret mål. I detta fall fick inte en kvinna anställning som kock i den brittiska marinen eftersom hon saknade de egenskaper som fordrades för att delta i strid. Det pikanta är att det i målet framkommer att det fanns ett antal manliga överviktiga kockar som inte heller tidigare deltagit i strid (!). O'Leary menar att de nationella domstolarna måste ta ett större ansvar för hur de hanterar EG-rätten så att inte varje liten tvist hamnar i knäna på EG-domstolen. Hon erinrar om att de nationella domstolarna är en del av Gemenskapens domstolar.¹⁹ I denna del är O'Leary en pålitlig källa; vad hon säger är övertygande och kunnigt. Som jämförelse kan tilläggas att det ofta läggs den svenska Arbetsdomstolen till last att den inte hänskjuter fler mål till EG-domstolen; endast ett sådant fall har underställts EG-domstolen (AD 2001 nr 13). Men Arbetsdomstolen gör ju bara vad kritikerna av den nuvarande ordningen vill att andra domstolar också ska göra, dvs. vara litet mer självständiga och våga avgöra fler mål själva.

Kap. 3 behandlar frågor som berör Unionens sysselsättningspolitik och hur de mål som utstakats eventuellt kan påverka hanteringen av konkreta ärenden inför EG-domstolen. O'Leary säger: "[T]he Court does not operate in a vacuum" (s. 100). Frågan har samband med hur andra politikgrenar förs in i bilden, t.ex. hur konkurrensrätten skaver i arbetsrätten, eller hur statliga stöd får utformas. O'Leary gör i detta kapitel en elegant översikt över de fall (alltifrån *Rush Portuguesa* till *Albany* för att nämna två av dem)²⁰ där något slags balans måst träffas så att utfallet kan te sig försvarbart. O'Leary säger: "[T]he Court has simply balanced the need, on the one hand, to defend national labour laws, social policy and industrial equity with, on the other, the effective functioning of the internal market" (s. 119). O'Leary visar här prov på både bredd och djup i sin framställning.

I kap. 4 behandlas Artikel 141 i Fördraget och EG-domstolens praxis i fall av indirekt könsdiskriminering. Om man beaktar hur arbetsmarknaden ser ut och tar del av den tillgängliga litteraturen måste dessvärre konstateras att dessa regler endast haft en "limited success" (s. 136). Under 1990-talet börjar domstolen inta en mer konservativ hållning. Ett exempel på detta är enligt O'Leary fallet

¹⁸ Case C-273/97, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board, Secretary of State for Defence* [1999] ECR I-7403.

¹⁹ Liknande tankegångar inte bara på denna utan på en rad andra punkter rörande domstolarnas arbetssätt ges i en utmärkt liten skrift av Jörgen Hettne & Ulf Öberg, *Domstolarna i den Europeiska unionens konstitution*, SIEPS 2003:15. Det är inte underligt att åsikterna är så samstämmiga. Hettne, Öberg och O'Leary arbetade vid samma domstolar under flera år.

²⁰ Case C-113/89, *Rush Portuguesa Lda v. Office national d'immigration* [1990] I-1417 och Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioensfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751.

Enderby.²¹ Domstolen låter här marknadskrafterna få genomslag då löner mellan kvinnor och man ska jämföras enligt likalöneprincipen. ”It is with this part of the Court’s judgment that commentators have expressed most disappointment”, säger hon (s. 156). Problemet med domstolens synsätt är att det har en avkylande effekt på lönebildningen inom segregerade yrkesområden. *Enderby* är därför ett klassiskt exempel på hur en indirekt diskriminering kan föreligga ”while turning a blind eye (or even sanctioning) the structures which give rise to the disadvantage complained of” (s. 157). Jag är inte i alla delar överens med vad O’Leary säger på denna punkt och det har att göra med att ingen marknad är perfekt.

Att inte EG-domstolen verkar i ett vakuum fick vi för övrigt ett bevis på då den dåvarande tyske kanslern Helmuth Kohl efter fallet *Bötel* anklagade domstolen för att överskrida sin kompetens.²² Domstolen hade klargjort att de tyska reglerna om ersättning för deltagande i kurser för fackliga företrädare utanför normal arbetstid vad gäller deltidsanställda var oförenliga med likalöneprincipen i Artikel 141.

I kap. 5 behandlas skyddet för gravida och mammalediga. I målet *Dekker* fick EG-domstolen ta bladet från munnen för första gången.²³ Likabehandlingsdirektivet (76/207) förutsätter inte att det finnas en jämförelseperson av motsatt kön för att könsdiskriminering skall anses föreligga. I Nederländerna, där direktivet omsatts ordagrant enligt direktivet, var man ändå tveksam till hur direktivet skulle tolkas. I litteraturen antogs att det knappast kunde föreligga diskriminering om inte någon annan av motsatt kön blivit bättre behandlad (som i den tidigare svenska jämställdhetslagen således). Därför hänsköts tvisten till EG-domstolen, som emellertid sade att direkt diskriminering förelåg i ett sådant fall därför att endast kvinnor kunde föda barn och därför behövdes inte någon manlig jämförelseperson.

Därefter har EG-domstolen dessvärre haft det minst sagt jobbigt i frågor som rör fall av graviditet, mödraskap och föräldraledighet.

Än har graviditet eller mammaledighet jämförts med sjukdom (t.ex. *Webb*).²⁴ I andra fall (t.ex. *Brown*)²⁵ har domstolen behandlat de svårigheter som en kvinna kan möta under graviditet som ett utflöde av att hon är gravid; den manlige jämförelsepersonen finns inte längre med i denna bild.²⁶ Andra fall rör mamma- eller pappaledighet och förmåner som utgår eller förvägras utges i

²¹ Case C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v. Frenchay Health Authority and the Secretary of State for Health* [1993] ECR I-5535.

²² Case C-360/90 *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e.V. v. Monika Bötel* [1992] ECR I-3589.

²³ Case C-177/88, *Johanna Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen* [1990] ECR I-3941.

²⁴ Case C-32/93, *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd* [1994] ECR I-3567.

²⁵ Case C-394/96, *Brown v. Rentokil Ltd* [1999] ECR I-4185.

²⁶ Man önskade att EG-domstolen tog fasta på det senaste och började städa upp i sin praxis vad gäller gravidas rättsliga ställning

samband därmed. På få ställen i sin bok visar O'Leary rastlöshet, men här är ett. Hon säger (s. 220): "[P]arents, particularly mothers, who find themselves trying to juggle jobs and childcare will not necessarily find a sympathetic ear in Luxembourg when they attempt to challenge national legislation which renders this task even more difficult."

I ett österrikiskt fall, *Gruber*,²⁷ vägrades en kvinna, som slutade sin anställning efter att ha haft mamma- och föräldraledighet, att få del av den ersättning som utgick till den som hade ett viktigt skäl att sluta sin anställning. Hon sade upp sig därför att hon hade svårt att få barntillsyn till sina barn under tre år. EG-domstolen fann att de skäl som kunde åberopas enligt österrikisk lag måste ha ett samband med förhållandena på arbetsplatsen, ej vara av det slag som denna mamma åberopat. O'Leary finner det "arguable" om inte domstolen i detta fall "failed to carry out the legal analysis which indirect discrimination cases require" (s. 222). Genom att inte ställa frågan om den österrikiska lagstiftningen hade en negativ effekt ("disparate impact") på kvinnor så missade domstolen helt poängen! Jag delar helt denna uppfattning.

I samma kapitel behandlar O'Leary frågan om positiv särbehandling. Hon oroas över den utveckling som ägt rum efter *Marschall*.²⁸ Det är framför allt fallet *Lommers* som föranleder denna kritik.²⁹ I detta fall fick vissa statligt anställda kvinnor företräde till ministeriets utbud av dagisplatser så att de inte på grund av brist på platser skulle behöva sluta sina anställningar. Detta sattes ifråga av en man som befann sig i likartad situation. EG-domstolen godtog arrangementet. O'Leary ser detta utslag som en reflex av domstolens sympati till stöd för arrangemang som ökar kvinnors möjligheter att stärka sin ställning på arbetsmarknaden. Hennes kritik bottenar i att hon inte gillar tanken att kvinnor skall bära det huvudsakliga ansvaret för vård av barn (s. 225). Hon sätter ifråga om domstolen givit de nationella domstolarna "coherent legal principles" som de kan följa. Jag måste tillstå att detta är ett resonemang som är något förtäat. I *Lommers* fanns en ventil för de män som befann sig i likartad situation; de fick dagisplats för sitt barn. Jag kan inte se att hennes kritik har fog för sig.

I kap. 6 behandlas EG-domstolens praxis om företagsöverlåtelser inom det aktuella EG-direktivet. O'Leary erinrar först om att direktivet har två syften, dels att söka lindra effekterna av de omställningar som äger rum i näringslivet till följd av att företag köps upp vilket kan få negativa effekter på de anställda, dels att även se till att konkurrensen i näringslivet inte snedvrids. Det rådde viss stiltje efter direktivets tillkomst 1977 men så kom en uppsjö av fall att underställas EG-domstolen och sedan har det bara fortsatt.

²⁷ Case C-249/97, *Gabriele Gruber v. Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG* [1999] ECR I-5295.

²⁸ Case C-409/95, *Helmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363.

²⁹ Case C-476/99, *H. Lommers v. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002] ECR I-2891.

Särskilt problematiska inför EG-domstolen var fall av ”contracting-out”. Det kontroversiella fallet *Schmidt*³⁰ utlöste en flodvåg av kritiska kommentarer i Tyskland.³¹ EG-domstolen framstod som en mästare i att slå vakt om anställningsskyddet fram till fallet *Rygaard*.³² Detta fall inför ett nytt element i analysen, nämligen att vad som övergår från en arbetsgivare till en annan måste utgöra en ”stable economic activity”. Därmed faller en del entreprenader utanför direktivets tillämpningsområde. När nästa städentreprenad behandlas i EG-domstolen, som i *Süzen*,³³ säger O’Leary att det förhandsavgörandet innehåller ”a series of confusing and circular indications to the national court regarding what it must and need not take into consideration when determining whether there has been a transfer within the meaning of the Directive” (s. 261). Jag håller med om detta. Lite längre fram antyder O’Leary (s. 266) att utgången måhända dikterats av behovet av ökad konkurrens och att näringslivet velat öka flexibiliteten i arbetslivet.

Det skall även erinras att *Süzen* är enbart ett i raden av flera tyska fall som kom som en efterskörd till *Schmidt*. Ett annat sådant fall är *Henke*³⁴ i vilket EG-domstolen undanröjer alla tvivel om huruvida direktivet är tillämpligt vid organisationsförändringar inom den offentliga sektorn. På ganska knappa skäl avvisar domstolen denna tanke trots att Generaladvokaten anfört starka skäl för ett motsatt slut. Man må fråga: är detta ett annat exempel på att domstolen inte arbetar i ett vakuum som O’Leary tidigare erinrat sin läsare om?

3. Sammanfattning. Båda författarna är att gratulera till mycket solida prestationer. De två böckerna täcker delvis varandra men har helt olika upplägg. Kenners väsentligt längre bok är en odysseé av hur EG-arbetsrätten, med de svängningar som följer av politisk aktivitet eller tomrum, utvecklats sig över tid. Praxis från EG-domstolen finns med som en bland flera råda trådar, men är inte huvudsak vilket gör den på sätt och vis obruttisk. O’Leary’s bok följer en mer traditionell anglosachsisk tradition; hennes anslag är väsentligt snävare, men analysen är utförd med stor elegans och säkerhet. Jag noterar samtidigt att det är en i domstol skolad jurist som håller i pennan, framställningen är mycket stringent och klar. Vad jag saknar i denna bok är ett rättsfallsregister.

³⁰ Case C-392/92, *Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen* [1994] ECR I-1311.

³¹ Det är pikant att veta att, då frågan slutligt ställs vad utgången i fallet blev i de tyska domstolarna efter det att EG-domstolen avlätit sitt förhandsavgörande, svaret är att lokala parter förliktes; det blev alltså inte något avgörande i domstol.

³² Case C-48/94, *Ledernes Hovedorganisation, acting on behalf of Ole Rygaard v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Stroe Moelle Akustik A/S* [1995] ECR I-2745.

³³ Case C-13/95, *Ayze Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH* [1997] ECR I-1259.

³⁴ Case C-298/94, *Annette Henke v. Gemeinde Schierke Verwaltungsgemeinschaft 'Brocken'* [1996] ECR I-4989. Detta är inte närmare kommenterat av O’Leary.