

## Ronnie Eklund

### Fri rörlighet av tjänster och skyddet av arbetstagare

I november 2004 vidtar svenska fackföreningar stridsåtgärder mot ett lettiskt bemanningsföretag som utstationerat lettiska byggnadsarbetare till ett bygge i Vaxholm. Tvisten hänskjuts slutligt till EG-domstolen för förhandsavgörande.

EG-domstolen har tidigare inte haft att bedöma om en stridsåtgärd vidtagen gentemot ett företag som tillhandahåller tjänster i ett annat medlemsland är en inskränkning i friheten att erbjuda tjänster enligt EG-fördraget. Om domstolen ger företräde åt stridsrätten framför den fria rörligheten för tjänster, vilket jag menar att domstolen ska göra, står sig den svenska lagstiftningen. Den svenska modellen med avtalsfrihet i botten och med stor frihet för arbetsmarknadsorganisationerna att gestalta det inbördes förhållandet överlever då. Väljer EG-domstolen en snävare linje så kan det svenska bygget falla ihop som ett korthus med för övrigt oöverblickbara konsekvenser även i andra medlemsstater som byggt ut skyddet mot social dumpning på sina egna nationella sätt. Å andra sidan tror jag inte domstolen klampar in i porslinsbutiken som en elefant och lämnar efter sig något som öppnar slussarna för en veritabel social dumpning. Det är dessa frågor som detta bidrag ska behandla.

Det är lämpligt att först redovisa Vaxholmsfallet. Sedan behandlar jag lex Britannia som de svenska fackföreningarna utnyttjade i Vaxholmsfallet. Därefter belyser jag närmast sammanfattningsvis, med stöd av praxis från EG-domstolen, det skydd arbetstagare ges inom ramen för den fria rörligheten av tjänster i EG-fördraget. Jag berör efter detta utstationeringsdirektivet. Frågan om hur kollektivavtal allmängiltigförklaras i vissa medlemsstater tas då bland annat upp.

Jag kommer emellertid att lägga tonvikten vid stridsrättens reglering inom EG. *Detta är den centrala frågan i Vaxholmsfallet.* Jag finner det närmast oundvikligt att EG-domstolen tvingas vidga problemställningen till att beröra frågan om huruvida stridsrätten är en grundläggande fri- och rättighet. Denna aspekt är inte alls beaktad av Arbetsdomstolen i Vaxholmsfallet. Att EG-domstolen tar sig frihet att omformulera

den nationella domstolens frågor eller att ställa andra frågor, vilket kan innebära att den inte alls besvarar den senare domstolens frågor, förekommer (se nu senast *Ioannidis*). Detta är nödvändigt för att ”säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget” enligt artikel 220 i fördraget. Stridsrätten har även en federal dimension inom EG på så sätt att gemenskapen inte getts behörighet att lagstifta i denna fråga enligt fördraget. Jag berör i det sammanhanget bl.a. Stadgan för arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter 1989, det Sociala protokollet och avtalet 1992, men även hur stridsrätten regleras i Europarådets sociala stadga, inom ILO och FN, och den s.k. Montiförordningen 1998.

### **Vaxholmsfallet**

Ett lettiskt bemanningsbolag (Laval un Partneri) hyr således ut lettiska byggnadsarbetare till företag som bedriver verksamhet i Sverige, i detta fall för ett byggnadsarbete i Vaxholm. Bolaget uppvaktas av Svenska Byggnadsarbetareförbundet (härefter kallat Byggnads) för att teckna svenskt kollektivavtal för de utstationerade arbetstagarna. Bolaget avvisar avtalskraven och Byggnads, avdelning 1, varslar den 19 oktober 2004 bolaget om total arbetsnedläggelse. I september och oktober träffar bolaget avtal med det lettiska byggnadsarbetarförbundet med syfte att dessa avtal ska tillämpas på arbetarna i Vaxholm. Byggnads anser att detta är oblygt försök att undvika en tillämpning av svenska regler. Stridsåtgärder påbörjas den 2 november 2004. Elektrikerförbundet vidtar sympatiåtgärder mot bolaget i form av blockad mot alla elektriska installationer som utförs på bolagets arbetsplatser med verkan från den 3 december 2004.

Den 22 december 2004 avslår Arbetsdomstolen (AD) i interimistiskt beslut det lettiska bolagets krav på att stridsåtgärderna ska förklaras olovliga. Den 6 januari 2005 begär bolaget resning hos Högsta domstolen. Den 24 februari avslås bolagets resningsansökan. Den 29 april meddelar AD efter huvudförhandling beslut att begära förhandsavgörande från EG-domstolen. Domstolen är inte enig. AD anser att EG-rätten inte är klar då det gäller frågan om de vidtagna stridsåtgärderna är förenliga med förbudet mot inskränkningar i den fria rörligheten av tjänster och förbudet mot nationell diskriminering (artiklarna 49 och 12 i EG-fördraget) samt med utstationeringsdirektivet (96/71).

Först den 15 september sänder AD två frågor till EG-domstolen. Det är framför allt två aspekter som domstolen vill ha belysta. Dels om det är förenligt med de ovan nämnda EG-reglerna att Sverige inte i den svenska utstationeringslagen infört en regel som svarar mot vad sägs i utstationeringsdirektivet (artikel 3.8) om vad som ska anses som tillämpligt kollektivavtal. Dels om de regler som finns i medbestämmandelagen (nedan MBL) och som berör utländska företag och då MBL inte är direkt tillämplig (lex Britannia) är förenliga med EG-rätten.

Det kan synas egendomligt att AD ställer frågor som inte behövt ställas för att få ett svar på frågan om de svenska fackföreningarnas stridsåtgärder strider mot EG-fördraget. Man kan tycka att det räckt att fråga om åtgärderna är förenliga med artiklarna 49 respektive 12 i EG-fördraget. Hur det kommer sig att AD påstår att rättsläget ”förändrats” efter utstationeringsdirektivet i ljuset av lex Britannia utvecklas inte heller av domstolen. Man kan argumentera på det motsatta sättet. Såväl utstationeringsdirektivet som lex Britannia fullföljer nämligen samma syfte, vilket är att bekämpa social dumpning. Inte heller kommissionen har i sitt meddelande 2003 riktat kritik mot Sverige med anledning av genomförandet av direktivet. Vid en eventuell lucka i genomförandet av utstationeringsdirektivet så är det nog mest följdriktigt att hålla sig till fördragets regler. I Arbetsdomstolens begäran om förhandsavgörande är istället frågorna utformade som om en fördragsbrottstalan väckts av kommissionen mot Sverige.

Jag saknar även i Arbetsdomstolens begäran om förhandsavgörande en mer robust diskussion om huruvida artikel 49 över huvud taget är tillämplig på en tvist mellan två enskilda aktörer, annat än en liten hänvisning till fallet *Walrave*. I detta fall konstateras att en idrottsorganisations stadgar – uppfattad som en närmast kollektiv reglering – utgör hinder mot den fria rörligheten av tjänster. Men kan man verkligen utifrån detta säga att artikel 49 omfattar även en fackförening och dess krav på kollektivavtal? Kollektivavtal har ju i annat sammanhang på grund av sin sociala funktion undantagits från fördragets bestämmelser om förbud mot konkurrensbegränsning (*Albany m.fl.*). Inte heller EG-domstolen har slagit fast att artikel 49 har horisontell direkt effekt, det vill säga att den kan göras tillämplig på en tvist mellan enskilda parter. Samma begränsning gäller inte vid arbetstgares fria

rörlighet enligt artikel 39 i fördraget (se *Angonese*). Om nu artikel 49 inte är tillämplig så kan Vaxholmsfallet enbart prövas utefter förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet (artikel 12 i fördraget) under samma förutsättning som i artikel 49, nämligen att vi här har att göra med en organisation som ensidigt upprättat en kollektiv reglering (se *Ferlini*). Detta är tveksamt av skäl som ovan anförts.

Ett med Vaxholmsfallet snarlikt mål har bedömts av en engelsk domstol den 16 juni 2005. Omständigheterna är följande. Det finska företaget Viking Line avser att flagga ut passagerarfartyget *Rosella* till Estland för att bemanna fartyget med estnisk besättning till lägre löner. Finska Sjömansunionen och ITF hotar då med stridsåtgärder enligt det förfarande som tillämpas beträffande bekvämlighetsflaggade fartyg för att få redaren att teckna kollektivavtal. Varslade åtgärder är lagliga enligt finsk rätt. Den engelska domaren förbjuder, under åberopande av artikel 43 (etableringsrätt) i fördraget, svarandeparterna att vidta åtgärder mot en eventuell utflaggning. Domaren finner att den viktigaste frågan i målet är om huruvida artikel 43 har horisontell direkt effekt. Denna fråga besvaras jakande främst med åberopande av att artiklarna 39 och 43 i fördraget fullföljer samma syfte (se målen *Kraus* och *Wouters*). ITF och Finska Sjömansunionen är nämligen att uppfatta som ett slags kvasioffentliggrätliga organisationer som utfärdar regleringar av kollektiv natur, säger domaren. Tidigare praxis från EG-domstolen visar att idrottsförbund och andra skråliknande organisationer är omfattade av EG:s regler (t.ex. målen *Van Binsbergen*, *Walrave* och *Bosman*). Domaren tillbakavisar vad fackföreningarna anfört om att arbetstagarsidan endast utövat grundläggande fri- och rättigheter i arbetsrätten. Domaren anför till sist att om hon skulle ha fel på dessa punkter, så anser hon likväl att aktionerna är indirekt diskriminerande; de kan inte försvaras under åberopande av att de objektivt kan rättfärdigas, eller att de är lämpliga eller proportionella. Den högre instansen (hovrätten) undanröjer dock den lägre domstolens förbud och hänskjuter i november 2005 ett antal frågor till EG-domstolen om bland annat tillämpligheten av artikel 43 på fackföreningar och frågor om inte de åtgärder som vidtagits på arbetstagarsidan snarare är att uppfatta som grundläggande rättigheter som skyddas av EG-rätten.

### **Lex Britannia**

Jag ska nu beröra en av de två frågor som Arbetsdomstolen aktualiserat inför EG-domstolen. Bakgrunden är följande. Arbetsdomstolen omprövar 1989 sin tidigare praxis beträffande blockad av bekvämlighetsflaggade fartyg, om en sådan blockad riktas mot ett rederiföretag som redan är bundet av kollektivavtal med en utländsk fackförening. I denna dom förklaras att det inte är möjligt att angripa ett utländskt rederiföretag med en besättning som redan omfattas av annat kollektivavtal med svenska stridsåtgärder under åberopande av 42 § (första stycket) MBL. Utgången av detta mål är främst betingad av hänsyn till fredsplikten i MBL.

Britanniafallet ger upphov till skarp kritik från fackföreningsrörelsen. Både LO och TCO befarar att möjligheten öppnas till social dumpning på den svenska landarbetsmarknaden. Denna oro får den svenska regeringen att reagera. För det första införs ett tredje stycke i 42 §, som avses vara ett undantag från principen om fredsplikt i paragrafens första stycke. Förbudet mot olovliga stridsåtgärder inskränks till arbetsförhållanden som MBL är *direkt tillämplig* på. Om inte MBL är direkt tillämplig, vilket är det vanliga vid tillfälliga uppdrag i Sverige, så är således stridsåtgärder tillåtliga. För det andra sägs i 25 a § MBL att ett kollektivavtal, som anses ogiltigt enligt utländsk rätt på grund av att det tillkommit efter en stridsåtgärd här i landet, är giltigt, om stridsåtgärden är lovlig enligt MBL. För det tredje säger 31 a § MBL att ett senare träffat kollektivavtal som ingåtts i Sverige är giltigt även för part som redan är bunden av ett med det senare avtalet oförenligt utländskt kollektivavtal som ingåtts tidigare. I de delar avtalen är oförenliga så ska det senare (svenska) kollektivavtalet gälla.

Departementschefen anför i propositionen till denna lagändring att de nya bestämmelserna skapar ”förutsättningar för en sund konkurrens på lika villkor här i landet mellan svenska företag och näringsidkare från andra länder”. Det noteras även att ”inom europeiska gemenskapen har man under senare år alltmer betonat vikten av att skapa regler som stärker arbetstagarnas ställning och som motverkar vad man brukar kalla social dumpning”.

1994 konstateras i en utredning att syftet med lex Britannia är att förhindra social dumpning, vilket redan då accepteras i EG-rätten. Lex Britannias förenlighet med

EES-rätten (som var aktuell vid denna tidpunkt) kan uppfattas som främst en fråga om tillgång till domstolsprövning.

I samband med propositionen om utstationeringsdirektivet 1999 så sägs, med åberopande av att frågan redan utretts genom betänkandet från 1994, att "lex Britannia sannolikt inte strider mot Sveriges internationella åtaganden och att det således inte är nödvändigt att på den grunden ändra eller upphäva denna lagstiftning". Det finns två aspekter på lex Britannia som är värda att beröra.

För det första, arbetstagersidan anför i Vaxholmsfallet att det lettiska byggföretaget knappast kan sägas ha blivit särbehandlat. Syftet med de stridsåtgärder som vidtas är istället att företaget ska behandlas som varje annat företag i branschen.aktionen syftar således till att behandla företag i likartade situationer lika. Detta är onekligen bestickande. Man kan fråga något retoriskt om lex Britannia över huvud taget kan sättas ifråga om syftet med en kollektiv aktion från arbetstagersidan är likabehandling av arbetsgivare. Hur skall detta avvägas mot den fria rörligheten för tjänster i EG-fördraget? Det torde bli en av flera frågor EG-domstolen har skäl att ställa sig.

Arbetstagersidan har också argumenterat för att det är av betydelse att skilja på å ena sidan lovligheten av stridsåtgärderna och å andra sidan de avtalskrav som rests. Arbetstagersidan anser att de ifrågasatta avtalskraven kan prövas först efter det att ett kollektivavtal undertecknats. Den ståndpunkten torde inte vara hållbar om man följer EG-rätten. Det måste nämligen alltid göras en proportionalitetsbedömning varför lovligheten av stridsåtgärden måste bedömas utifrån de avtalskrav som ställts. Att bedöma proportionaliteten av stridsåtgärden i sig är knappast meningsfullt. Arbetsdomstolen har i ett mål från 1998 tillbakavisat en sådan tankegång, då mot bakgrund i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Även om det är lätt att konstatera att de lettiska arbetarna i Vaxholm troligtvis skulle ha fått betydande fördelar genom tillkomsten av ett svenskt kollektivavtal jämfört med vad som följt av lettiska avtal så måste likväl de ställda avtalskraven prövas mot EG-rätten inom ramen för proportionalitetsprincipen.

För det andra, så måste det sätt varpå Arbetsdomstolen aktualiserat Vaxholmsfallet få företrädare för arbetsgivarorganisationen Svenskt Näringsliv att jubla. Svenskt

Näringsliv och dess föregångare har från början bekrigat lex Britannia. Inte heller är det underligt att Svenskt Näringsliv förklarar att organisationen är beredd att betala arbetsgivarsidans rättegångskostnader inför EG-domstolen i Vaxholmsfallet. En stilla undran är om Svenskt Näringslivs medlemsorganisationer och medlemsföretag jublar lika mycket om lex Britannia inte överlever en prövning inför EG-domstolen och det istället är fritt fram för utländska entreprenörer i byggbranschen att dumpa löner och andra anställningsvillkor. Har då inte Svenskt Näringsliv gjort de egna medlemsföretagen en björntjänst? Svenskt Näringslivs aktion är dock inte unik i ett EG-sammanhang. Andra iakttagare har noterat att enskilda aktörer, eller till och med nationella domstolar, använder EG-domstolen som en plattform att få till stånd ändringar i nationell lag som de på annat sätt misslyckats med.

### **EG-domstolens praxis om den fria rörligheten av tjänster och arbetsrätten**

Flertalet fall som prövats inför domstolen avser utstationerade byggnadsarbetare. I vilka fall kan man då tänka sig inskränkningar i den fria rörligheten av tjänster och att skyddet för arbetstagare tar över? Inskränkningar är i och för sig generellt tillåtna i de fyra friheterna i fördraget, om de är betingade av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (artikel 46). Dessa undantag ska dock tolkas snävt och torde knappast bli aktuella då arbetstagare utstationeras. Istället är det så att EG-domstolen på det allmänna planet utvecklat ett mer generellt test då *allmänintresset* kan åberopas för att begränsa effekterna av de fyra friheterna. Detta test har ett vidare tillämpningsområde än att skydda arbetstagare. Anders Kjellgren berör den fria rörligheten för tjänster inom ramen för ett vidare perspektiv i ett annat bidrag i denna årsbok.

Det ovan nämnda testet innebär att EG-domstolen tar ställning till om en nationell åtgärd är motiverad av ett *tvingande hänsyn av allmänintresse*. EG-domstolen har i flera mål fastställt att *skyddet av arbetstagare* är ett sådant tvingande hänsyn av allmänintresse. En inskränkning i den fria rörligheten måste emellertid stå i proportion till det intresse som berörs, det vill säga en åtgärd måste vara lämpad för att ändamålet ska nås och den måste vara nödvändig och inte vara mer ingripande än vad som anses absolut behövligt för att syftet ska uppnås. Det följande är en sammanfattning av den rättspraxis som finns och återger de typsituationer som domstolen fått ta ställning till.

Ett värdland kräver ofta att *tillstånd* söks för att få sända ut arbetskraft till landet vilket kan ske vid uthyrning av arbetskraft. Domstolen har i ett sådant fall (*Webb*) sagt att uthyrning av arbetskraft är ett område som är *mycket känsligt ur yrkesmässig och social synpunkt*. Det kan då vara ett legitimt politiskt val med hänsyn till allmänintresset att tillstånd krävs. Det fordras dock att den myndighet som prövar tillståndskravet beaktar om den som tillhandahåller denna tjänst är underkastad liknande krav på dokumentation och säkerhet i etableringsstaten. Domstolen har genomgående, oavsett om den medförda arbetskraften är EU-medborgare eller inte, ogillat sådana krav på tillstånd (*Rush Portuguesa* och *Van der Elst*). I ett senare fall (*Kommissionen mot Luxemburg*) underkänner domstolen värdlandets krav på att en utstationerad arbetstagare ska ha innehaft en tillsvidareanställning som varat mer än sex månader innan utstationering får ske.

I ett tidigt fall (*Rush Portuguesa*) som kommit att få stor betydelse för det senare utarbetade utstationeringsdirektivet säger EG-domstolen, med anledning av den oro som den franska regeringen ger uttryck för inför domstolen om dumpade löner för utstationerad arbetskraft, att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att medlemsstaterna utvidgar sin lagstiftning, eller de kollektivavtal som ingåtts av arbetsmarknadens parter, till att omfatta alla personer som utför avlönat arbetet, om så även tillfälligt, inom deras territorium. Gemenskapsrätten hindrar inte heller medlemsstaterna att med lämpliga medel säkerställa att dessa bestämmelser iakttas. Detta uttalande återkommer i flera senare mål som prövats av domstolen.

Några fall berör vad man kan kalla ”*dubbla bördor*”, det vill säga arbetsgivare åläggs att betala avgifter i värdlandet som arbetsgivaren redan betalt i etableringsstaten vad gäller utstationerade arbetstagare. I ett sådant fall (*Seco*) konstaterar domstolen att arbetsgivare drabbas av en ytterligare ekonomisk börda i värdlandet varför de får bära en tyngre börda än de företag som är etablerade i värdlandet om de tvingas betala avgifter som de redan betalt i etableringsstaten. Domstolen anför att en reglering som inte motsvaras av några sociala förmåner för de utstationerade arbetstagarna kan rimligen inte anses berättigad med åberopande av allmänintresset. På samma grund underkänns de bestämmelser som finns i ett belgiskt allmängiltigförklarat kollektivavtal avseende plikt att betala *avgifter till en social trygghetsfond* i syfte att kompensera byggnadsarbetare för den inkomstförlust som följer vid *otjänlig väderlek*

eller som ges som bonus vid visad *lojalitet* om de stannar som yrkesarbetare i byggnadsindustrin (*Guiot*) då i stort sett samma bestämmelser gäller i etableringsstaten. Samma belgiska kollektivavtal prövas i ett senare fall (*Arblade* och *Leloup*) då domstolen tillägger att det är enbart om arbetsgivaravgifterna till fonden i värdlandet tillförsäkrar de utstationerade arbetstagarna en förmån som kan ge dem ett *verkligt tilläggskydd* som det kan vara berättigat att kräva att arbetsgivare betalar sådana avgifter. I samma mål underkänns i princip också kravet på att arbetsgivare ska inkomma med diverse *anställningsrelaterade handlingar*, såsom arbetsordning, personalregister samt ett personligt konto för varje arbetstagare till myndigheterna i värdlandet, då arbetsgivarna är underkastade jämförbara skyldigheter i etableringsstaten.

EG-domstolen har genomgående godtagit krav på att *minimilön* ska respekteras av en i värdlandet verksam entreprenör som är etablerad i annan medlemsstat. För att det i värdlandet ska vara befogat att åtala en arbetsgivare krävs dock att dessa bestämmelser är tillräckligt preciserade och tillgängliga, så att det inte i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få kännedom om vilka skyldigheter som åläggs arbetsgivaren (*Arblade* och *Leloup*). Nationella bestämmelser avseende minimilön måste också medföra en *verklig fördel* för de utstationerade arbetstagarna för att kunna hävdas (*Portugaia*). I ett fall bedöms om ett franskt företag ska betala den minimilön som stipuleras i ett belgiskt allmängiltigförklarat kollektivavtal då företaget är verksamt i såväl Frankrike som Belgien (*Mazzoleni*). Domstolen säger då bland annat att en tillämpning av värdlandets bestämmelser om minimilöner kan medföra ytterligare ekonomiska bördor för tjänsteföretaget som är oproportionerliga. Detta kan, i förekommande fall, innefatta en beräkning av vad som är korrekt lön för varje arbetad timme, för varje anställd samt betalning av olika löner till de anställda, vilka alla är knutna till samma driftställe och utför ett likadant arbete, något som kan medföra konflikter bland de anställda och äventyra samstämmigheten i de kollektivavtal som är tillämpliga i etableringsstaten. I ett sådant fall är det nödvändigt att den nationella myndigheten ska beakta de faktorer som är kopplade till lönen, den arbetstid till vilket beloppen hänförs samt storleken på de sociala avgifterna och följderna av beskattningen. Jag vill tillägga att det senare inte är en alldeles enkel uppgift att bedöma.

*Semesterkassorna* i den tyska byggnadsindustrin är enligt att allmängiltigförklarade kollektivavtal på tapeten i ett mål (*Finalarte m.fl.*). EG-domstolen säger att den nationella domstolen då måste pröva huruvida fler semesterdagar och högre dagarsättning enligt de tyska reglerna innebär att utstationerade arbetstagare erhåller ett *verkligt tilläggskydd*. Den nationella domstolen måste även pröva huruvida berörda arbetstagare, när de återvänder till den medlemsstat där deras arbetsgivare är etablerad, kommer att kunna hävda sina anspråk på semesterersättning från kassan. Det måste då beaktas vilka formaliteter de måste fullgöra, vilket språk de måste använda och de villkor som gäller för betalning. Enligt proportionalitetsprincipen måste den nationella domstolen ställa frågan om inte de tyska bestämmelserna kan ges en mindre begränsande verkan, till exempel genom att arbetsgivare som är etablerade utanför Tyskland åläggs att direkt till arbetstagaren, under den period då han är utstationerad, betala den semesterersättning som han har rätt till enligt tyska bestämmelser (sic!). I samma mål godtas de i förhållande till arbetstidsdirektivet (93/104) mer generösa tyska reglerna om årlig betald semester; de ska tillämpas även på i Tyskland utstationerade arbetstagare.

Utstationeringsdirektivet och dess artikel 5 prövas mot bakgrund av artikel 49 i fördraget i ett fall (*Wolff-Müller*). Artikel 5 föreskriver att medlemsstaterna ska sörja för att arbetstagarna och/eller deras företrädare har tillgång till lämpliga förfaranden såvitt avser att säkerställa de skyldigheter som anges i direktivet. I detta fall har en portugisisk murare, som är anställd av ett portugisiskt företag som utför betongarbeten för W & Ms räkning i Berlin, väckt talan mot sin arbetsgivare och det tyska företaget att de solidariskt ska utge inestående lön. Enligt tysk lag står det tyska företaget ansvar som borgensman i ett sådant fall. EG-domstolen finner för det första att det följer av artikel 5 att medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller formen för och definitionen av vad som utgör lämpliga förfaranden. Den nationella domstolen har att pröva om bestämmelserna medför en *verklig fördel* för berörda arbetstagare. EG-domstolen säger därefter att det med fog kan hävdas att den tyska regeln gynnar utstationerade arbetstagare genom att det utöver arbetsgivaren, som i första hand är skyldig att betala minimilön, föreskrivs ytterligare en gäldenär. En sådan bestämmelse utgör *objektivt sett* ett skydd för utstationerade arbetstagare.

Följande summering kan göras efter denna mycket korta genomgång av EG-domstolens praxis.

Enligt fördraget (artikel 49) godtas i och för sig med åberopande av *allmänintresset* nationella inskränkande bestämmelser, om den person som tillhandahåller tjänster i en annan medlemsstat än den där denne är etablerad och dessa bestämmelser gäller för alla som befinner sig i likartad situation. En sådan entreprenör får alltså finna sig i att godta de ökade kostnader som kan följa av att värdlandets regler ska tillämpas. Men det förutsätts att värdlandets regler innebär en *verklig fördel* för en utstationerad arbetstagare. Syftet med flera av de nationella åtgärder som prövats inför EG-domstolen är att motverka social dumpning. Det krävs då att det konstateras att utstationerade arbetstagare får ett *tilläggskydd* jämfört med vad arbetstagaren har i anställningsförhållandet med sin arbetsgivare i etableringsstaten. *Ytterligare ekonomiska och administrativa bördor* för arbetsgivare som är verksamma i annan stat än etableringsstaten ska undvikas inom ramen för den fria rörligheten av tjänster. Det är därför inte möjligt att av arbetsgivare avkräva ”dubbla bördor”. Laurence Gormley anför i en samtida kommentar till *Seco* att det i annat fall saknas incitament för den som tillhandahåller tjänster i en etableringsstat att erbjuda tjänster i ett annat land. Arbetsgivare i ett annat medlemsland ska med andra ord befinna sig i *samma konkurrensläge* som de arbetsgivare gör som erbjuder samma typ av tjänster i värdlandet.

Praxis visar också att den proportionalitetsbedömning som görs av EG-domstolen är skiftande. Stundtals är den mycket inträngande. Den går enligt min mening alldeles för långt i fallet med de tyska semesterkassorna (*Finalarte m.fl.*). Det går att fråga om EG-domstolen i detta fall inte äventyrar syftet med en semesterledighet genom att uppmana den nationella domstolen att pröva om inte en utländsk arbetsgivare istället ska kunna få utbetala den högre semesterersättningen under tid då utstationeringen pågår. Vart tar då vilan och rekreationen som är det ultimata motivet för betald semesterledighet vägen?

Catherine Barnard menar att proportionalitetsbedömningen varierar med avseende på hur känslig en viss fråga är. Ida Otken-Eriksson menar att syftet med proportionalitetsprincipen är att i viss mån möjliggöra nationella lösningar. Då inga

politiska frågor står på dagordningen verkar EG-domstolens prövning bli rigorös (*Arblade* och *Leloup*). Domstolen tycks angripa problemet med en något lättare hand då politiskt känsliga frågor aktualiseras (*Rush Portuguesa*). Ulf Öberg säger att då domstolen konfronteras med moraliska, politiska, etiska eller nationellt känsliga frågor så kan domstolen visa judiciell återhållsamhet. Gráinne De Búrca tillägger att det kan betyda att domstolen utför endast en begränsad proportionalitetsbedömning, eller till och med avstår från att göra en proportionalitetsbedömning.

Hur ska då Vaxholmsfallet och *lex Britannia* bedömas i ljuset av denna praxis? Att den svenska lagstiftningen är en politiskt känslig fråga är nog ostridigt. På den punkten är det nog ganska avgörande hur väl arbetstagarparten och den svenska regeringen spelar sina kort inför EG-domstolen och om stöd för den svenska arbetsmarknadsmodellen kan mobiliseras från andra medlemsstater. Å andra sidan är det sannolikt att vissa av de krav som de svenska arbetstagarorganisationerna ställt på den lettiska arbetsgivaren i Vaxholmsfallet är av sådant slag att ett tillmötesgående av dem sannolikt inte innebär några uppenbara fördelar för de lettiska arbetstagarna. Dessa krav är då inte proportionerliga. Det betyder dock inte att *lex Britannia*, sedd i perspektivet att motverka social dumpning, behöver sättas ifråga utifrån en analys av vad allmänintresset i EG-rätten kan påkalla vid en prövning utifrån de fyra friheterna i fördraget.

### **Utstationeringsdirektivet**

Att främja tillhandahållandet av tjänster över gränserna kräver lojal konkurrens och åtgärder som garanterar att arbetstagarnas rättigheter respekteras, står det i ingressen till direktivet. Redan 1989 finns dessa två synsätt med i bilden då kommissionen flaggar upp för att något måste göras åt situationen för utstationerade arbetstagare då dessa har en utsatt position. Kommissionen anser att två principer måste fastställas i ett direktiv. Dels ska offentligrättsliga regler i arbetslagstiftningen i värdlandet tillämpas, dels ska allmänt bindande kollektivavtal respekteras. Kommissionens ordförande vid denna tidpunkt är fransmannen Jacques Delors. Han har naturligtvis inget intresse av att rubba stabiliteten på fransk arbetsmarknad inför en ökande låglönekonkurrens. Det är uppenbart att kommissionens krav har sin motsvarighet i de

regler som redan vid denna tidpunkt gäller i Frankrike. Fallet *Rush Portuguesa* året därpå bekräftar den ståndpunkt som kommissionen redan intagit.

Jag ska inte gå in på hur direktivet tillkom. Andra författare har beskrivit de sex år av förhandlingar som det tog innan direktivet under det italienska ordförandeskapet fick slutlig form. Jag nöjer mig med att peka på att direktivet i första hand är resultatet av tyska påtryckningar. En tysk utstationeringslag för byggnadsindustrin träder i kraft redan den 28 februari 1996. Utstationeringsdirektivet antas först 16 december samma år. Jag tror att Marco Biagi, som var den italienska regeringens rådgivare vid direktivets tillkomst, har fångat något väsentligt då han säger att direktivet är en övergripande kompromiss och att idén om att diskutera varje artikel i direktivet var för sig tillbakavisats. Detta förklarar de mer gåtfulla inslagen i direktivet.

Det är också mycket som talar för att direktivet är ett *minimidirektiv*. Punkt 17 i ingressen säger: ”De tvingande regler för minimiskydd som gäller i värdlandet bör inte hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.” Samma sak upprepas sedan i artikel 3.7 i direktivet. I artikel 3.1 sägs vidare att medlemsstaterna ska se till att de företag som omfattas av direktivet ”*garanterar* de arbetstagare som är utstationerade inom deras territorium de arbets- och anställningsvillkor” som räknas upp i denna artikel och som går under benämningen ”den hårda kärnan” av bestämmelser (författarens kursivering). Valet av verbet ”*garanterar*” indikerar att det är fråga om ett golv, inte ett tak. Det kan noteras att även i ingressen till direktivet 2004/18 om offentlig upphandling så sägs om utstationeringsdirektivet att det är fråga om ”*minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet*”.

I de länder där kollektivavtal allmängiltigförklaras så är det vanligt att samtliga eller i vart fall mer förmånliga bestämmelser i avtalet – än dem som följer av ”den hårda kärnan” i direktivet - blir tillämpliga på de i värdlandet utstationerade arbetstagarna. Så uppfattas rättsläget i Frankrike, Spanien, Belgien, Tyskland och Österrike, för att nämna några exempel. Detta står också i överensstämmelse med vad som sägs i ingressen till utstationeringsdirektivet. EG-domstolens uttalande från *Rush Portuguesa* finns där återgivet. Detta betyder dock inte att alla klausuler i ett sådant allmängiltigförklarat kollektivavtal med nödvändighet ska ges företräde. Det måste

alltjämt prövas om detta är en godtagbar inskränkning i den fria rörligheten av tjänster enligt proportionalitetsprincipen. Nederländerna, å andra sidan, allmängiltigförklarar endast de klausuler i kollektivavtalet som motsvarar den ”hårda kärnan” i artikel 3.1.

En jämförelse med vad som gäller för arbetstagare då de söker jobb i annan medlemsstat kan vara på sin plats. En sådan arbetstagare har rätt att bli behandlad som varje annan arbetstagare i värdlandet enligt såväl artikel 39 i fördraget som förordning 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen. En även tillfälligt utstationerad arbetstagare har rätt till fri rörlighet enligt artikel 39 i fördraget. Mot en sådan bakgrund ligger det, som Mijke Houwerzijl och Frans Pennings påpekat, något bjudande i att göra värdlandets regelverk fullt ut tillämpligt på en utstationerad arbetstagare.

En av huvudfrågorna i Vaxholmsfallet är att Arbetsdomstolen ”upptäckt” att i den svenska lagen saknas det en uttrycklig bestämmelse som motsvarar artikel 3.8 i direktivet. I denna artikel sägs att om det saknas system för att förklara att kollektivavtal har allmän giltighet, så ”*kan medlemsstaterna, om de så beslutar*” utgå från kollektivavtal som antingen ”gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet”, och/eller ”kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå” (författarens kursivering). Det står i de svenska förarbetena på denna punkt att ”Sverige kan välja”. Det sägs vidare att på svensk arbetsmarknad är det kollektivavtalsparterna som är garanter för att kollektivavtalsenliga villkor kommer att gälla även i förhållande till utländska entreprenörer. Departementschefen anser att det skulle innebära en diskriminering av utländska företag att använda någon av de alternativa modellerna i denna artikel, eftersom det finns många mindre svenska företag som inte är bundna av kollektivavtal över huvud taget. En lagstiftning på denna punkt för således med sig en reglering där inget regleringsbehov finns. Det konstateras därefter i propositionen att “[d]e mekanismer och förfaranden som står till de olika aktörernas förfogande och garanteras i lag leder på ett tillfredsställande sätt till att i kollektivavtal fastställda minimikrav förverkligas”.

Man kan på basis av detta säga att de svenska statsmakterna så att säga delegerat genomförandet av direktivet på denna punkt till parterna på arbetsmarknaden. Jag kan

inte finna att något så harmlöst skulle vara otillåtet. Det liberala fundamentet har för mig alltid betytt att det som inte är förbjudet är tillåtet.

Avgörande är istället vad uttrycket ”kan medlemsstaterna, om de så beslutar” har för innebörd. Är det en valfri eller tvingande bestämmelse? Jag lutar mot att den är valfri, det vill säga att medlemsstaterna ges en möjlighet att reglera saken på ett visst sätt. Paul Davies och Tore Sigeman är av samma uppfattning. Den iakttagelsen kan då göras att det kan finnas utländska entreprenörer som trots allt slinker igenom skydds nätet, det vill säga inte ”upptäcks” av de svenska fackföreningarna. Läsaren får själv ta ställning till om de arbetsinspektörer som övervakar att nationella regler iakttas i medlemsstater där kollektivavtal allmängiltigförklaras ”upptäcker” fler eller färre avvikelser då en utländsk tjänsteleverantör är verksam i en annan medlemsstat än den där tjänsteleverantören är etablerad.

Arbetsdomstolens försiktiga linje vad gäller just denna ”lucka” i den svenska lagen synes dock vinna stöd i kommissionens meddelande 2003 . Det sägs att medlemsstaterna måste ange i sin interna lagstiftning vilkendera av de två andra kategorierna av kollektivavtal i artikel 3.8 som använts. ”Om någon sådan hänvisning inte finns i lagstiftningen om införlivande, kan medlemsstaterna inte kräva att de kollektivavtal som avses i artikel 3.8 andra stycket skall följas av företag i en annan medlemsstat som utstationerar sina arbetstagare på den aktuella medlemsstatens territorium. Eftersom inget land i sin lagstiftning om införlivande hänvisar till alternativen i det andra stycket i artikel 3.8, drar kommissionen slutsatsen att de medlemsstater som inte har några kollektivavtal som förklaras ha allmän giltighet i den mening som avses i artikel 3.8 andra stycket inte tillämpar arbets- och anställningsvillkor som fastställts i kollektivavtal på arbetstagare som utstationeras på deras territorium. Följaktligen är det i dessa länder endast de arbets- och anställningsvillkor som fastställs i lag som skall tillämpas på utstationerade arbetstagare.”

Lena Maier är förvånad över denna slutsats då hon pekar på att den svenska regeringen minsann beskrivit den ställning arbetsmarknadsparterna har i det svenska kollektivavtalssystemet, och att detta inte ”föranlett någon kritik mot den svenska regeringen”. Om man tar på allvar vad kommissionen sagt så kan man ju säga ”god

natt” till både Danmark och Sverige som båda tillämpar en privaträttsligt fotad arbetsmarknadsmodell. Kan EG tvinga ett medlemsland att lägga om sin arbetsmarknadsmodell?

Vid närmare beaktande är det egentligen inte så stor skillnad mellan den modell Danmark och Sverige tillämpar och den modell som följer av att andra länder allmängiltigförklarar kollektivavtal. Den enda påtagliga skillnaden består i att i det senare fallet spelar myndigheterna en central roll, medan i den förra modellen så vill parterna att myndigheterna håller sig så långt borta från dem som möjligt. Det kan möjligen sägas att kommissionen kan ha fog för sin ståndpunkt om det i artikel 3.8 stått att medlemsstaterna ”skall” besluta om att tillämpa en av de två alternativa modellerna, men så står det inte. Nu står istället att medlemsstaterna ”kan --- om de så beslutar” utgå från de två alternativa modellerna. Nu kanske man inte ska dra några större växlar på vad kommissionen över huvud taget sagt på denna punkt. Kommissionen drar inte några mer skarpa slutsatser av vad Danmark och Sverige istället ska göra i den del av meddelandet där slutsatser redovisas. Om man tänker efter så är det även något förmätet att kommissionen tar sig frihet att tolka en rättsakt! Det kanske finns anledning att på denna punkt erinra om vad som sades vid Sveriges anslutning till EU. I en förklaring sägs att ”Sverige fått försäkringar beträffande svensk praxis såvitt gäller arbetsmarknadsfrågor och då särskilt systemet med att fastställa arbetsvillkor i kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter”. Den öppna samordningsmodellen avseende sysselsättningsstrategierna i artiklarna 125 och följande i fördraget berör helt andra ting.

Arbetsgivarsidan har i Vaxholmsfallet gjort ett stort nummer av att det saknas regler om minimilön i den svenska lagen vad gäller Byggnads lönekrav i den aktuella tvisten. Det framgår av direktivets ”hårda kärna” att utstationerade arbetstagare ska vara garanterade ”minimilön, inbegripet övertidsersättning”. Vare sig Sverige eller Danmark har lagar om minimilön. För Sveriges del är uppenbart att något minimilönesystem aldrig varit aktuellt. I propositionen till lex Britannia sägs även att ”[b]red enighet råder om att vi inte bör införa någon form av minimilönereglering i lag för den svenska arbetsmarknaden”. I det efterföljande utredningsarbetet klargörs vidare att ”om det i en medlemsstat inte finns några regler om minimilöner innebär direktivet inte att staten blir skyldig att införa sådana regler”. Detta följer sannolikt av

att det stod klart redan i kommissionens första utkast till direktiv 1991 att minimilöner kunde följa även av kollektivavtal.

Såväl Lena Maier som Tore Sigeman anser att det inte följer av utstationeringsdirektivet att en medlemsstat har en plikt att införa regler om minimilön. Man kan påminna om att långt ifrån alla kollektivavtal på svensk arbetsmarknad upptar bestämmelser om minimilöner och även om så är fallet anses i vart fall arbetsgivare i verkstadsindustrin ha en på avtalet grundad skyldighet att betala en högre lön än minimilönen. En minimilönereglering får vidare oöverblickbara konsekvenser på både lönenivå och lönespridning för andra arbetstagare. Lena Maier reser med anledning av tillkomsten av utstationeringsdirektivet frågan ”om avsikten verkligen var att ingripa i ett nationellt arbetsmarknadssystem på det sättet”. Det bör erinras om att EG saknar kompetens att lagstifta i frågor som rör ”löneförhållanden”. Är möjligen minimilönekravet i utstationeringsdirektivet kanhända tandlöst?

Det enda säkra som går att säga om utstationeringsdirektivet är att det bland annat tillkommit för att motverka social dumpning av arbetsvillkoren vid utstationering av arbetstagare och att detta ändamål på ett indirekt sätt även kommit att ge ett skydd för de i de olika länderna tillämpade nationella arbetsmarknadssystemen.

### **Stridsrätten som en grundläggande fri- och rättighet inom EG**

Frågan om stridsrätten kan ses som en grundläggande fri- och rättighet inom EG är inte behandlad i Arbetsdomstolens beslut avseende Vaxholmskonflikten på det sätt den förtjänar. Den fråga man har att ställa sig är hur stridsrätten behandlats inom EG. Det är två frågor som måste besvaras. Finns underlag för att se stridsrätten som en grundläggande fri- och rättighet inom EG? Har medlemsländerna folkrättsliga förpliktelser som måste beaktas vid en tillämpning av EG-fördraget? Följande kan sägas om detta.

*Stadgan för arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter* tillkommer den 9 december 1989. Stadgan är resultatet av att Jacques Delors tillträder som ordförande i EG-kommissionen. Den så kallade sociala dialogen i Val Duchesse år 1985 påbörjas.

Stadgan är en högtidlig deklaration och rättsligt oförbindande. I stadgan klargörs att rätten att vidta kollektiva åtgärder innefattar en rätt att strejka i intressetvister enligt de regler som följer av nationell rätt och kollektivavtal. Det senare tillägget är betingat av subsidiaritetsprincipen, det vill säga att det är en fråga uteslutande för medlemsstaterna att ta ställning till.

I samma anda utformas *Protokoll och avtal om socialpolitik* av den 7 februari 1992 som fogas till Maastrichtfördraget. Det klargörs emellertid att avtalet inte ska tillämpas på "löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout". Det var inte ens en diskussion om dessa frågor vid tillkomsten av avtalet även om kommissionen höll öppet för en reglering. I fördraget knäts vidare subsidiaritetsprincipen i artikel 5. Samma ståndpunkt intas i rådets resolution den 6 december 1994 avseende den sociala dimensionen då det understryks att det är mångfalden, den nationella identiteten och subsidiariteten som ska ges högsta prioritet inom EG.

När Amsterdamfördraget träder i kraft den 1 maj 1999 så har det sociala protokollet och avtalet flyttats över till fördraget. Det kan då även noteras att artikel 136 innehåller en referens till *1961 års Europeiska sociala stadga*, förutom *1989 års Gemenskapsstadga*. Gemenskapen och medlemsstaterna ska, då de utformar målen för den sociala dimensionen, "beakta sådana grundläggande sociala rättigheter" som anges i dessa två dokument. 1992 års protokoll och avtal innehöll ingen referens till 1961 års Europeiska sociala stadga. Niklas Bruun har menat att dessa referenser förbryllat forskare och har frågat om de därmed är inkorporerade i EG-rätten.

Det ska här noteras att *Europeiska sociala stadgan* ger en rätt för både arbetstagare och arbetsgivare att tillgripa kollektiva åtgärder i händelse av intressetvister, däri inbegripet strejk, om inte annat följer av förpliktelser enligt gällande kollektivavtal.

Dessutom är av stor betydelse att det finns en *ILO konvention (nr 87)* angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten. Den ger arbetare rätt att bilda organisationer och att ansluta sig till sådana organisationer och rätt för arbetstagarorganisationerna att organisera sin förvaltning och verksamhet samt fastställa sina handlingsprogram. Sedan början av 1950-talet är det stadgad praxis,

utvecklad av de inom ILO granskande organen, att stridsrätten inklusive rätten att vidta sympatiåtgärder omfattas och är en väsentlig aspekt av föreningsfriheten och tillika ett centralt medel genom vilket arbetare och fackföreningar må befordra och försvara sina ekonomiska och sociala intressen. Inom ILO har stridsrätten tolkats vidsträckt. Sverige har ratificerat denna konvention år 1949. Samtliga andra medlemsstater har ratificerat samma konvention.

Även *FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter* från 1966 är relevant. Av denna följer bland annat att konventionsstaterna förpliktar sig att säkerställa rätten att strejka under förutsättning att den utövas i enlighet med lagstiftningen i vederbörande land. Även denna konvention är ratificerad av samtliga medlemsstater i EU.

Nu är det intressant att dessa folkrättsliga förpliktelser kan prövas i ljuset av artikel 307.1 i EG-fördraget. I denna artikel sägs att rättigheter och skyldigheter som följer av avtal som ingåtts av en medlemsstat före den 1 januari 1958 eller, för stater som senare ansluter sig, före tidpunkten för deras anslutning inte ska påverkas av bestämmelserna i fördraget. I EG-domstolens praxis har det inneburit att en medlemsstat inte ansetts bryta mot likabehandlingsdirektivet (76/207), om denna stat till följd av en ILO-konvention om förbud mot nattarbete för kvinnor infört bestämmelser i inhemsk rätt som är hämtade från denna konvention innan fördraget trätt i kraft 1958 (se *Levy* och *Minne*). Visserligen sägs i artikel 307.2 att berörd stat ska, om åtagandet inte är förenligt med EG-fördraget, vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget.

Nu ska sägas att läget inte är detsamma för alla EU:s medlemsstater eftersom de åtaganden som följer av 1966 års konvention inte kan åberopas av de sex som bildade EEG 1957. När det gäller ILO konventionen så kan inte Italien och Luxemburg hävda åtagandet därför att de ratificerar denna konvention först efter det att fördraget träder i kraft 1958. Men för övriga gäller att ILO-konventionen ratificerats före inträde i gemenskapen.

En mer kritisk fråga är istället om EG-domstolen och/eller kommissionen skulle komma att kräva att berörda medlemsstater ska tvingas säga upp dessa ”tunga”

konventioner för att stridsrätten eventuellt inte anses vara förenlig med artikel 49 i fördraget. Det är inte sannolikt att en så grundläggande fri- och rättighet som strejkrätten, erkänd av samtliga medlemsstaters rättsordningar, skulle få stryka på foten för att ge företräde åt den fria rörligheten för tjänster, när EG i flera interna rättsakter visat sig beredd att erkänna strejkrätten.

Till frågan om strejkrätten som grundläggande fri- och rättighet bör följande viktiga tillägg göras. EG-domstolen har på ett mer allmänt plan närmat sig *de grundläggande fri- och rättigheterna* för att undvika att komma i en position där domstolen sidsteppas därför att nationella (tyska) domstolar ger företräde åt grundläggande fri- och rättigheter framför de fyra friheterna såsom de uttolkas av EG-domstolen. Jag ska inte här närmare beskriva hur EG-domstolen i sin praxis successivt byggt ut skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna. Det får räcka med att säga att det numera är fast praxis att de grundläggande fri- och rättigheterna är en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som EG-domstolen ska säkerställa. Domstolen utgår då från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner liksom de anvisningar som finns i internationella avtal rörande skyddet av de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller anslutit sig till. Europakonventionen har i detta hänseende en särställning. Strejkrätten är visserligen inte uttryckligen omfattad av artikel 11 i Europakonventionen även om Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna fått behandla fall då föreningsfriheten prövats och då strejkrätten partiellt erkänts (exempelvis *Schmidt & Dahlström*). Det ska då också tilläggas att artikel 6.2 i fördraget numera föreskriver att de grundläggande rättigheterna i Europakonventionen ska respekteras. Även Nicestadgan 2000 – om än rättsligt oförbindande - hämtar inspiration från Europakonventionen, men också från Europarådets sociala stadga. Strejkrätten är reglerad i artikel 28 i Nicestadgan. Artikel 28 hänvisar till att strejkrätten ska bedömas på basis av EG-rätten och nationella lagar och praxis.

Den potentiella konflikten mellan fri rörlighet av tjänster och en så grundläggande fri- och rättighet som stridsrätten belyses av att i Sverige är den senare skyddad i regeringsformen (2 kapitlet 17 §). Stephen Weatherill och Paul Beaumont anför att om en grundläggande fri- och rättighet är grundlagsfäst i flera medlemsstater kan det innebära att EG-domstolen ger rättigheten status som en allmän rättsprincip. Till detta

kan antecknas att strejkrätten är grundlagsfäst i flera EG-länder (exempelvis i Frankrike, Grekland, Italien, Portugal och Spanien). I fallet *Omega* säger domstolen att begränsningar i den fria rörligheten av tjänster kan försvaras med åberopande av grundläggande värden som garanteras i den nationella författningen; i detta fall var det fråga om skyddet för mänsklig värdighet i den tyska konstitutionen.

EG-domstolen torde i Vaxholmsfallet knappast kunna fly det konstitutionella problemet, som den en gång gjorde i det irländska abortfallet *Grogan*, det vill säga då domstolen undvek att pröva de konstitutionella aspekterna avseende abort i Irland.

Det är troligt att en sådan konstitutionell analys följer den tankemodell som domstolen tillämpar i fallet *Schmidberger*. I det målet prövas om en nationell myndighets beslut att inte förbjuda en sammankomst för att ge eftertryck åt miljöhänsyn är förenligt med den fria rörligheten av varor i artiklarna 30 och 34 i fördraget. Nationell myndighet anser i detta fall att yttrande- och mötesfriheterna i den österrikiska grundlagen går före varför något förbud mot demonstrationen inte utfärdas. Detta får till följd att det fria flödet av varor stryps under trettio timmar på Brennerpassvägen. EG-domstolen säger att skyddet av de mänskliga rättigheterna är ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten.

Domstolen finner efter en proportionalitetsbedömning att ett förbud kan ha inneburit ett oacceptabelt ingrepp i demonstranternas grundläggande rättighet att mötas och att under fredliga former offentligt ge uttryck för sina åsikter. Slutsatsen blir därför att den behöriga myndighetens beslut att inte förbjuda sammankomsten är förenligt med fördraget.

Av vikt i detta sammanhang är även den s.k. *Montiförordningen*. Denna rättsakt ska ses mot bakgrund av utgången i målet *Kommissionen mot Frankrike* (1995) då det prövas om aktioner vidtagna av franska bönder gentemot transporter av jordbruksprodukter (främst jordgubbar) från Spanien, utan att franska myndigheter ingriper på ett tillräckligt kraftfullt sätt, är förenliga med fördragets regler om fri rörlighet för varor. EG-domstolen finner att Frankrike inte vidtagit nödvändiga och lämpliga åtgärder enligt artikel 30 i fördraget jämförd med artikel 5 i samma fördrag.

Rådet antar då Förordning 2679/98 av den 7 december 1998 om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna. Det sägs i artikel 2 att "[d]enna förordning får inte tolkas som att den på något sätt inverkar på utövandet av grundläggande rättigheter, inklusive strejkrätt eller frihet att strejka, så som de erkänns i medlemsstaterna". Denna bestämmelse är remarkabel såtillvida att det veterligen är första gången i EG-rätten som det fastställs i en bindande rättsakt att rätten att vidta stridsåtgärder ska respekteras som en grundläggande rättighet eller frihet.

### **Vaxholmsfallet en milstolpe i EG-rätten?**

Jag har visat i det föregående att det finns goda argument som talar för att den fria rörligheten av tjänster får ge vika redan med åberopande av sociala faktorer därför att skyddet för arbetstagare anses vara ett sådant tvingande hänsyn av allmänintresse. Social dumpning ska bekämpas inom gemenskapen. En sådan prövning sker dock inom ramen för en proportionalitetsbedömning. Det är då inte uteslutet att en del av de svenska fackföreningarnas krav inte godtas av det skälet att de inte ger utstationerade lettiska byggnadsarbetare någon verklig fördel. Ser man i övrigt på tvisten från de lettiska arbetarnas utgångspunkt så kan man finna att det står i full överensstämmelse med den fria rörligheten för personer i artikel 39 i fördraget att tillse att de tillerkänns samma skydd som andra arbetstagare i värdlandet har för att förhindra att den osunda konkurrensen får fotfäste inom gemenskapen. I ett socialt Europa betyder det att de fyra friheterna måste få tyglas.

Hur och på vilket sätt utstationeringsdirektivets regler kommer att prövas av EG-domstolen är svårt att sia om. Även om domstolen, i någon mån, kommer att nagelfara de svenska fackföreningarnas avtalskrav så behöver för den skull ingen skugga falla över *lex Britannia*. Detta blir än mer uppenbart om stridsrätten som en grundläggande fri- och rättighet beaktas, vilket jag menar är nödvändigt i Vaxholmsfallet. Då kan det till och med finnas skäl att inte alls pröva de frågor som Arbetsdomstolen rest beträffande utstationeringsdirektivet.

EG-domstolen måste med andra ord beakta ett antal andra aspekter än dem som Arbetsdomstolen aktualiserat i Vaxholmsfallet om fri- och rättighetsperspektivet ska

tas på allvar. Att EG saknar behörighet att lagstifta inom området är en sådan aspekt. Inte för att jag menar att detta blir avgörande vid en prövning, men domstolen har att beakta att ramverket inom EG ger företräde åt subsidiaritetsprincipen. Detta ligger bakom behörighetsinskränkningen i artikel 137.5 i fördraget. Att medlemsstaterna även gjort åtaganden på folkrättslig grund vad gäller stridsrätten genom ratifikation av konventioner inom ILO och FN är en annan sådan aspekt. Detta ges det även stöd för i fördraget; folkrättsliga förpliktelser behöver inte vika för andra förpliktelser som följer av EG-fördraget. Vidare är det så att en så grundläggande fri- och rättighet som strejkrätten ges stöd i konstitutionerna i flera medlemsstater i EU. Om så är fallet så kan det vara detsamma som att stridsrätten kommer att erkännas som en allmän rättsprincip i EG-rätten.

Vem förstod i november 2004, då Byggnads utlöste sina stridsåtgärder mot det lettiska byggföretaget, att en stridsåtgärd för att få en utländsk entreprenör att teckna ett svenskt kollektivavtal eventuellt kan bli en milstolpe i EG-rättens utveckling?

## Källor och litteratur

EG-rätten generellt belyses i Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms* (2004), Paul Craig & Gráinne de Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, 3 uppl. (2003), Gráinne de Búrca, "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law* (1993), Paul Davies, "Market Integration and Social Policy in the Court of Justice", *Industrial Law Journal* (1995), Stephen Weatherill & Paul Beaumont, *EU Law*, 3 uppl. (1999), men även i Ida Otken-Eriksson, *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning* (2005), Ulf Öberg, *Principen om ömsesidigt erkännande och ursprungslandsprincipen i gemenskapsrätten*, TemaNord 2003:534 och Laurence Gormley i en samtida not till *Seco*, *European Law Review* (1982).

Frågor om EG-arbetsrätten finns behandlade av Catherine Barnard, *EC Employment Law*, 2 uppl. (2000), Brian Bercusson, *European Labour Law* (1996) och Niklas Bruun, *Employment issues, memorandum. European Parliament Public Hearing on the Proposal for a Directive on Services in the Internal Market*, 11.11.2044.

Frågor som rör utstationeringsdirektivet är behandlade av Davies, "Posted workers: Single market or protection of national labour standards?", *Common Market Law Review* (1997), Marco Biagi, "Fortune smiles in the Italian EU Presidency: talking half-seriously about the posted workers and parental leave directives", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (1996), Mijke Houwerzijl & Frans Pennings, "Double Charges in case of Posting of Employees: The Guiot Judgment and its Effects on the Construction Sector", *European Journal of Social Security Law* (1999), Lena Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten* (2000), Lena Maier, Utstationering av arbetstagare och det svenska kollektivavtalssystemet (SACO 2005) och Tore Sigeman, "Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt", *Europarättslig tidskrift* (2005).

Stridsåtgärder som en grundläggande fri- och rättighet behandlas av Niklas Bruun, *Fackliga och grundläggande rättigheter i EU* (TCO 1999), Petra Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet* (2003) och Tonia Novitz, *International and European protection of the right to strike* (2003).

En del av det offentliga svenska trycket har använts (propositionerna 1990/91:162 om vissa fredspliktsregler och 1998/99:90 om utstationering av arbetstagare och departementsserien 1994:13 om lex Britannia), liksom även kommissionens rapporter, särskilt dem som rör utstationeringsdirektivet varav den senaste är KOM(2003) 458 slutlig. De många rättsfall som döljer sig bakom texterna i flera avsnitt är inte särskilt förtecknade.

I texten hänvisas även till ett antal avgöranden från Arbetsdomstolen (AD). AD:s dom i Britanniafallet återfinns i AD 1989 nr 120, medan domstolens bedömning ifråga om proportionaliteten av en stridsåtgärd sammanfattas i AD 1998 nr 17. AD:s interimistiska beslut att i Vaxholmskonflikten avslå det lettiska bolagets krav att stridsåtgärderna ska förklaras olovliga redovisas i AD 2004 nr 111 och domstolens begäran om förhandsavgörande från EG-domstolen redovisas i AD 2005 nr 49.