

Särtryck ur

EUROPARÄTTSLIG TIDSKRIFT

ERIK SJÖDIN

**Utstationerade arbetstagares tillträde till
arbetsmarknaden – reflektioner kring
EU-domstolens dom C-307/09 Vicoplus**

UTSTATIONERADE ARBETS- TAGARES TILLTRÄDE TILL ARBETSMARKNADEN

– reflektioner kring EU-domstolens dom
C-307/09 *Vicoplus*

Erik Sjödin*

1. INTRODUKTION

Artikeln utgör en analys av EU-domstolens dom av den 10 februari 2011 i mål *C-307/09 Vicoplus* (Vicoplus). Tre bolag hade påförts straffavgifter för att de utstationerat polska arbetstagare till Nederländerna utan nödvändiga arbetstillstånd. I domen ställs frågan om kravet på tillstånd var förenligt med fördragen och de då gällande övergångsreglerna för polska arbetstagares fria rörlighet.

Med utstationering av arbetstagare avses situationen när en arbetsgivare för att tillhandahålla en tjänst i annan medlemsstat skickar sina anställda dit för att utföra tjänsten.¹ Utstationering regleras sedan 1996 i ett särskilt direktiv, utstationeringsdirektivet. Direktivet koordinerar regleringen av de utstationerade arbetstagarnas arbets- och anställningsvillkor genom att föreskriva att medlemsstaterna ska garantera utstationerade arbetstagare en ”*hård kärna*” av arbets- och anställningsvillkor.² Den rättsliga regleringen av utstationering av arbetstagare har de senaste åren rönt ett oöverträffat intresse i Europa. Det är inte längre

* Doktorand i civilrätt vid juridiska fakulteten, Uppsala Universitet och deltagare i forskningsprojektet Free movement and labour law – conflicts and impacts (Formula) baserat vid juridiska fakulteten i Oslo.

¹ Se t.ex. Davis, P. (1997). Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems. *Common Market Law Review*, ss. 571–602 och Eklund, R. (2000). Utstationering av arbetstagare. *SvJT*, ss. 260–269.

² Direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, 21.1.1997, s. 1–6.

möjligt att återge eller för den delen ha överblick över det material som publicerats.³

De mål om utstationering som EU-domstolen avgjort har ofta haft samband med att unionen utvidgats med medlemsländer med en generellt lägre lönenivå.⁴ Detta gäller även för Vicoplus som rör arbetstagare utstationerande från Polen till Nederländerna, inte lång tid efter det att Polen blivit medlem av EU 2004. De äldre medlemsstaterna hade vid östutvidgningen möjlighet att införa övergångsregler och Nederländerna utnyttjade möjligheten att tillämpa övergångsregler som innebar en begränsning av polska arbetstagares fria rörlighet.⁵ Möjligheten för de ”gamla” medlemsstaterna att införa begränsningar för den fria rörligheten löpte ut i maj 2011.

Vicoplus har likheter med C-113/89 *Rush Portuguesa*, som utgjorde startskottet för det år 1996 antagna utstationeringsdirektivet.⁶ *Rush Portuguesa* rörde portugisiska arbetstagare som skickats till Frankrike av sin portugisiska arbetsgivare för att utföra arbete, arbetstagarna deltog i byggandet av en järnväg. Vid den tiden gällde särskilda övergångsregler för den fria rörligheten för arbetstagare från Portugal. Frankrike krävde att de portugisiska arbetstagarna skulle ha arbetstillstånd för att arbeta i Frankrike.

EU-domstolen ansåg att de berörda arbetstagarna inte utnyttjade den fria rörligheten för arbetstagare, eftersom dessa inte vid något tillfälle fick tillträde till arbetsmarknaden i det land där tjänsten tillhandahölls (värdlandet). Övergångsreglerna för arbetstagarnas fria rörlighet var därför inte tillämpliga. Istället tillämpades reglerna om fri rörlighet för tjänster och EU-domstolen framhöll att nationella förbud för en tjänstetillhandahållare att medföra sina egna arbetstagare utgjorde otillåten diskriminering. I ett efterföljande obiter dictum framhöll domstolen att medlemsstaterna kan kräva tillämpning av deras arbetsrätt för arbete som utförs på deras territorium och ställande av arbetskraft till förfogande kan ha just till syfte att ge arbetstagare tillträde till arbetsmarknaden.

Det är nu åtta år sedan den stora utvidgningen österut och förekomsten av östeuropeiska arbetstagare – ”polska rörmokare” – är numera ett så välkänt fenomen att det skildras i populärkulturen (t.ex. Tomec känd från tv-serien *Solsidan*). Arbetsmiljöverket vänder sig i en annonskampanj i Stockholms tunnel-

³ En ofullständig förteckning över artiklar som publicerats om utstationering står att finna på den ETUI finansierad hemsidan: <http://etui-old.audaxis.com/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements>.

⁴ Se Menz, G. (2008). *Varieties of capitalism and Europeanization: national response strategies to the single European market*.

⁵ Se angående övergångsreglernas betydelse Doyle, N., Hughes, G., & Wadensjö, E. (2006). Freedom of Movement for workers from Central and Eastern Europe – Experiences in Ireland and Sweden.

⁶ C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417.

banan till just utländska byggnadsarbetare som fått tillfälligt arbete i Sverige.⁷ Det råder dock stor osäkerhet kring hur stort antal arbetstagare som utstationeras till Sverige och det finns idag inte något särskilt system för anmälningar av utstationeringar.⁸

2. BAKGRUND: DEN GRÄNSÖVERSKRIDANDE ARBETSKRAFTEN OCH DE FYRA FRIHETERNA

EU-fördragen syftar till att möjliggöra fri rörlighet för produkter (varor och tjänster) och produktionsfaktorer (arbete och kapital).⁹ Arbetskraften rör sig över gränserna på den inre marknaden. Beroende på hur denna rörlighet organiseras och under vilka avtalsförhållanden som är aktuella kan arbetskraftens rörlighet över gränserna komma att underordnas olika ekonomiska friheter: såväl fri rörlighet för arbetstagare, fri rörlighet för etablering som fri rörlighet för tjänster. Frågan om vilken av dessa friheter som ska tillämpas på en viss arbetstagare har betydelse för frågan hur arbets- och anställningsvillkor kan regleras. Jag ska i det följande kort belysa skillnaderna.

En arbetstagare kan för det första själv söka sig till ett annat medlemsland för att där söka arbete och ingå ett anställningsavtal med en arbetsgivare som är etablerad i det medlemslandet. Denna situation faller under den *fria rörligheten för arbetstagare* (artikel 45 FEUF). Det saknar betydelse om det aktuella anställningsavtalet rör en tillsvidare-, visstids-, deltids-, säsongs- eller timanställning.¹⁰

⁷ Se Arbetsmiljöverkets kampanj "Safe at Work", <http://www.safeatwork.se>, senast besökt den 3 januari 2012.

⁸ I Lavalutredningen anges att det under hösten 2008 fanns omkring 1 050 arbetstagare utstationerade i Sverige, Se SOU 2008:123 sid. 219 f. I en studie gjord av Eurofund konstateras att det i Sverige inte finns något system för inrapportering av förekomsten av antalet utstationerade. Se Posted workers in the European Union, tillgänglig på: <http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0908038s/tn0908038s.pdf>. Ett system för inrapportering har nyligen föreslagits se Ds 2011:22 Anmälningsskyldighet vid utstationering samt förtydligande avseende missbruk av visstidsanställningar enligt anställningsskyddslagen.

⁹ Se Barnard, EU 'Social' Policy: from employment law to labour market reform, i Craig, P., & De Búrca, G. (2011). *The evolution of EU law* (2 ed.).

¹⁰ I förordningen 492/2011 om arbetskraftens fria rörlighet anges att arbetstagare har rätt att utöva den verksamhet de valt inom unionen. I ingressens stycke 5 anges att den fria rörligheten ska åtnjutas utan diskriminering av "av fast anställda, säsongsarbetare och gränsarbetare och av dem som är verksamma i serviceyrkena." Den svenska versionen synes avvika från andra språkversioner. I den engelska versionen heter det "permanent, seasonal and frontier workers and by those who pursue their activities for the purpose of providing services." och på tyska "Dauerarbeitnehmern, Saisonarbeitern, Grenzarbeitnehmern oder Arbeitnehmern zustehen, die ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit einer Dienstleistung ausüben." En mer rättvisande lydelse av den svenska versionen, mer i linje med fördragets terminologi, hade varit: "tillsvidareanställda, säsongsanställda, gränsarbetare och anställda som utför sitt arbete för att tillhandahålla en tjänst."

Det avgörande för att reglerna om fri rörlighet för arbetstagare ska vara tillämpliga är att arbetstagaren ingår ett avtal med en arbetsgivare i en annan medlemsstat än den han är medborgare i eller annars uppehåller sig i för att under kortare eller längre tid utföra arbete i detta land. Arbetsgivaren kan vara ett lokalt företag eller en lokal etablering av ett företag med verksamhet i flera länder. De brukar kallas migrerande arbetstagare.

Ett annat sätt på vilket arbetskraft kan röra sig över gränserna är genom egenföretagare.¹¹ Egenföretagaren kan välja att permanent bedriva verksamhet i ett annat medlemsland och därmed nyttja den fria *rörligheten för etableringar* (artikel 49 FEUF). Han eller hon kan också erbjuda sina tjänster över gränserna och då nyttja den *fria rörligheten för tjänster* (artikel 56 FEUF).

Arbetskraft kan också röra sig över gränserna när en tjänstetillhandahållare med egen personal tillhandahåller en tjänst i annan medlemsstat. Som nämndes ovan talar man då om utstationering av arbetstagare. Det kan ske på olika sätt, men gemensamt är att det inte ingås något anställningsavtal i det medlemsland där arbetet för en begränsad tid utförs. Utstationering har betraktats som en rörlighet som sker inom ramen *för fri rörlighet för tjänster* (artikel 56 FEUF). Utstationering är som nämnts reglerat av ett särskilt direktiv, som syftar till dels att underlätta den fria rörligheten för tjänster dels att tillförsäkra de utstationerade arbetstagarna skydd dels att motverka illojal konkurrens s.k. *social dumping*.

Arbetskraft kan således röra sig över gränserna under tre olika ekonomiska friheter: arbetstagare, etablering eller tjänster. När det gäller fri rörlighet för arbetstagare och etablering är det som primärt garanteras av fördragen att marknadstillträdet inte försvåras. Väl inne på den nationella marknaden ska de migrerande arbetstagarna respektive de etablerade företagen behandlas lika med de nationella aktörerna. När det gäller den fria rörligheten för tjänster anges i fördraget att tjänstetillhandahållarna ska ges möjlighet att tillhandahålla tjänster "på samma villkor" som nationella tjänstetillhandahållare.¹² Då de gästande tjänstetillhandahållarna är verksamma i flera länder kan även likabehandlande villkor göra det mindre tilltalande att tillhandahålla tjänster över gränserna. Även sådana villkor kan därför utgöra hinder för den fria rörligheten för tjänster.¹³

Om frågan skulle ställas till en arbetstagare från en annan medlemsstat på en byggarbetsplats i Sverige under vilken av friheterna som han eller hon säljer sitt

¹¹ På engelska "self-employed".

¹² För en beskrivning av den utveckling som skett i praxis om den fria rörligheten för tjänster, se t.ex. St Clair Renard, S. (2007). *Fri rörlighet för tjänster: tolkning av artikel 49 EGF*.

¹³ Denna utveckling av begreppet hinder mot den fria rörligheten för tjänster inleddes med avgörandet i C-76/90 Säger [1991] ECR I-4221.

arbete är det sannolikt att denne inte känner till eller för den delen bryr sig om den rättsliga klassificeringen.

Den rättsliga klassificeringen kan dock ha avgörande betydelse för vilka arbets- och anställningsvillkor som ska gälla arbetet i landet. När det gäller arbetstagare som söker och ingår anställning i Sverige så är värdlandet skyldigt att tillämpa sina nationella regler på dessa arbetstagare. Det är en grundläggande EU-rättslig princip att dessa arbetstagare ska skyddas från diskriminering och det har antagits en omfattande sekundärrätt som ska garantera detta. För utstationerade arbetstagare är utgångspunkten en annan. För utstationerade arbetstagare ska som utgångspunkt hemlandets lagar tillämpas. Värdlandet kan bara tvinga arbetsgivaren att tillämpa en begränsad del av dess arbetsrättsliga regler: den hårda kärna av arbets- och anställningsvillkor som framgår av utstationeringsdirektivet.¹⁴

3. C-307/09 VICOPLUS M.FL.

Tre polska bemanningsföretag hade utstationerat ett antal polska arbetstagare till Nederländerna för att utföra arbete hos olika nederländska företag. Vid kontroll upptäcktes att de polska arbetstagarna saknade de arbetstillstånd som krävdes enligt nederländsk lag varför företagen påfördes straffavgifter. Beslutet överklagades och den nederländska domstolen begärde förhandsavgörande från EU-domstolen.

Domstolen ställde två frågor till EU-domstolen. Den första var om funktionsfördragets reglering av den fria rörligheten för tjänster utgjorde hinder för de nederländska kraven på arbetstillstånd. Andra frågan syftade till att klargöra enligt vilka kriterier det skulle avgöras när en arbetstagare är utstationerad i enlighet med artikel 1.3 c utstationeringsdirektivet ”*för att ställa arbetskraft till förfogande*”. Den situation som avses i artikel 1.3 c är det som på svenska benämns *bemanningsarbete*.¹⁵

Den begärande domstolen upplyste om att de nederländska kraven på arbetstillstånd hade upprätthållits med stöd av C-113/89 *Rush Portuguesa*.¹⁶ En dom där EU-domstolen, som nämnts, slog fast att det utgjorde en form av otillåten diskriminering att hindra utländska tjänestetillhandahållare från att ta med sina egna arbetstagare och att de arbetstagarna inte vid någon tidpunkt fick tillträde till det värdlandets arbetsmarknad varför övergångsreglerna om fri rörlighet för arbetstagare inte var tillämpliga. Den nederländska domstolen påpekade

¹⁴ Se artikel 3.1 direktiv 96/71 om utstationering av arbetstagare inom ramen för tillhandahållande av tjänster.

¹⁵ Se t.ex. SOU 2011:5 *Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige*, sid 199.

¹⁶ C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417.

att EU-domstolen inte i sin efterföljande praxis om utstationering upprepade sitt uttalande om att just ”ställande av arbetskraft till förfogande” (bemanningsarbete) hade till syfte att ge tillträde till arbetsmarknaden.¹⁷

EU-domstolen utnyttjade i denna dom som i andra sin möjlighet att till viss del omformulera den nationella domstolens fråga. Frågan var, enligt EU-domstolen, om den fria rörligheten för tjänster utgjorde ett hinder för krav på arbetstillstånd för utstationerade bemanningsanställda. EU-domstolen prövade även om den nationella regleringen om arbetstillstånd omfattades av de för Polen gällande övergångsreglerna. Av dessa framgick att Nederländerna under en femårsperiod kunde fortsätta att tillämpa sådana bestämmelser som reglerade tillträdet till arbetsmarknaden för polska medborgare. Beträffande sådan fri rörlighet som avsågs i artikel 1 utstationeringsdirektivet skulle dock artikel 45 och 56 1 st. FEUF tillämpas fullt ut.

EU-domstolen inledde med att konstatera att bemanningsföretag tillhandahåller en tjänst, men de anställda kan under vissa särskilda omständigheter omfattas av artiklarna i om fri rörlighet för arbetstagare. Den utstationerade bemanningsanställda utför arbete som annars skulle utföras av en direkt anställd, d.v.s. en person med ett anställningsavtal med den som köpt bemanningsföretagets tjänst. Bemanningsarbete har till syfte just att ge arbetstagarna tillträde till den nationella arbetsmarknaden och är en verksamhet som kan påverka förhållandena på arbetsmarknaden och de anställdas intressen.

Den ifrågasatta nederländska lagstiftningen om arbetstillstånd reglerade de polska medborgarnas tillträde till arbetsmarknaden. Den nationella lagstiftningen var därför förenlig med övergångsreglerna såväl som funktionsfördragets reglering av den fria rörligheten av tjänster. EU-domstolen tillade att det vore ”konstlat” att upprätthålla en skillnad mellan ett tillträde till värdlandets arbetsmarknad genom utstationering som bemanningsanställd och när den anställda självständigt söker sig dit. En sådan åtskillnad skulle fränta övergångsreglerna deras ändamålsenliga verkan.

Den andra frågan gällde som nämnts enligt vilka kriterier som det skulle avgöras om det var fråga om utstationering i enlighet med artikel 1.3 c om att ställa arbetskraft till förfogande.

EU-domstolen inledde med att citera ett av de första fallen om utstationering, Webb, i vilket domstolen slog fast att bemanningsarbete utgör en tjänst i fördragets mening.¹⁸ En första förutsättning för att det ska vara fråga om att ställa arbetskraft till förfogande är enligt stadgandet i artikel 1.3 c att det måste

¹⁷ C-113/89 Rush Portuguesa [1990] ECR I-1417, punkt 16.

¹⁸ 279/80 Webb [1981] ECR 3305. Det kan diskuteras hur man ska göra en sådan avvägning annars. Särskilt med beaktande av storkammaravgörande i C-452/04 Fidium Finanz AG [2006] ECR I-09521 vari EU-domstolen tydliggör att tjänster inte är något negativt bestämt utan det har att avgöras med ett ”centre of gravity” test.

finnas ett anställningsförhållande mellan arbetstagaren och den utstationerande arbetsgivaren.

Det är enligt EU-domstolen skillnad mellan bemanningsarbete och annan tillfällig förflyttning av arbetstagare för att utföra arbete inom ramen för tjänster som arbetsgivaren tillhandahåller över gränserna. I det senare fallet är förflyttningen nödvändig för att tillhandahålla tjänsten. Vid bemanningsarbete så är det däremot själva arbetstagaren som är föremålet för tjänsten. Arbetsledningen utövas i sådana situationer av en annan än den som är den utstationerades arbetsgivare. Även arbetstagare som utstationeras enligt artikel 1.3 c kan återvända till hemstaten efter uppdragets slutförande. Att de återvänder utesluter inte i sig att de under den tiden ställts till förfogande i värdlandet.

För att sammanfatta ansåg EU-domstolen att de nederländska kraven på arbetstillstånd var förenliga med fördragen och övergångsreglerna. Det är fråga om utstationering enligt artikel 1.3 c när den anställda förblir anställd av det utstationerande företaget, när det är den förflyttade arbetstagaren som utgör föremålet för tjänsten och när arbetstagaren står under användarföretagets arbetsledning.

4. NÅGRA REFLEKTIONER

Det kan möjligen invändas att domstolens dom endast är av historiskt intresse eftersom den rör särskilda övergångsregler som nu inte längre får tillämpas. Jag menar att så inte är fallet. EU-domstolen klargör i domen för första gången sedan *Rush Portuguesa* frågan om utstationerade arbetstagarers tillträde till värdstatens arbetsmarknad. EU-domstolens uttalande i *Rush Portuguesa* om att utstationerade arbetstagare inte vid någon tidpunkt tillträder värdlandets arbetsmarknad har visserligen upprepats av EU-domstolen vid ett flertal tillfällen.¹⁹

Sakomständigheterna i *Rush* var sådana att den nationella domstolen hade upplysts om just att de aktuella arbetstagarna skulle återvända när projektet slutförts.²⁰

Enligt *Däubler* innebär tanken att utstationerade arbetstagare inte tillträder värdlandets arbetsmarknad ett kringgående av tillämpningen av den fria rörligheten för arbetstagare. Eftersom arbetstagarna inte anses tillträda värdlandets

¹⁹ C-43/93, Vander Elst [1994] ECR I-3803, punkt 21, C-49/98 Finalarte [2001] ECR I-7831, punkt 22, C-445/03 Kommissionen mot Luxembourg [2004] ECR I-10191, punkt 38, C-168/04 Kommissionen mot Österrike [2006] ECR I-9041, C-244/04 Kommissionen mot Tyskland [2006] ECR I-885, punkt 59.

²⁰ Se Generaladvokatens yttrande i C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-389.

arbetsmarknad kan de inte göra anspråk på den likabehandling som följer av reglerna om den fria rörligheten för arbetstagare.²¹

EU-domstolens dom i *Vicoplus* är i denna del något annat än en historisk parentes eftersom EU-domstolen klargör att i varje fall utstationerade bemanningsanställda får tillträde till arbetsmarknaden i värdstaten och att de under särskilda omständigheter kan omfattas av den fria rörligheten för arbetstagare.

En följdfråga är om det ställningstagandet får några ytterligare konsekvenser. Få mål om utstationering som nått EU-domstolen har rört tvister där en utstationerad arbetstagare ställt krav mot sin arbetsgivare eller någon annan. Mig veterligen är det enda fallet *Wolff & Müller*.²² Flertalet förhandsavgöranden om utstationering har istället rört tvister där en arbetsgivare påförts någon form av offentligrättslig sanktion för att inte ha följt nationell lagstiftning. Arbetsgivaren har sedan ifrågasatt den nationella lagstiftningens förenlighet med EU-rättens förbud för hinder för den fria rörligheten för tjänster.

Om man anser att arbetstagarna tillträder arbetsmarknaden medför det ett krav på likabehandling enligt den fria rörligheten för arbetstagare enligt artikel 45 FEUF.²³ Den fria rörligheten för arbetstagare stadgar att all diskriminering på grund av nationalitet ska avskaffas vad gäller anställning, lön och andra anställningsvillkor.

Det är genom den s.k. *Laval-kvartetten*²⁴ klart att utstationeringsdirektivets hårda kärna, dvs. den lista av arbets- och anställningsvillkor som värdlandet måste tillämpa på utstationerade arbetstagare, är uttömmande och att medlemsstaterna endast i särskilda undantagsfall kan tvinga de utstationerande arbetsgivarna att tillämpa även annat.²⁵ Om man i ett konkret fall godtar att arbetstagare som tillträder arbetsmarknaden omfattas av den fria rörligheten för arbetstagare med rätt till lika behandling öppnar det för framtida tvister. Där utstationerade bemanningsanställda kräver likabehandling med värdlandets arbetstagare, i stället för bara utstationeringsdirektivets hårda kärna av minimivillkor. Oaktat om medlemslandet använt sig av de möjligheter som finns i utstationeringsdirektivet.

²¹ Däubler, W. (1998). Posted Workers and Freedom to Supply Services: Directive 96/71/EC and the German Courts. *Industrial Law Journal*, 264–268 se även Hellsten, J. (2007). *From internal market regulation to European labour law*.

²² C-60/03 *Wolff & Müller* [2004] ECR I-9553.

²³ Däubler, W. (1998). Posted Workers and Freedom to Supply Services: Directive 96/71/EC and the German Courts. *Industrial Law Journal*, 264–268.

²⁴ *Laval-kvartetten* består av C-341/05 *Laval* [2007] ECR I-11767, C-438/05 *Viking Line* [2007] ECR I-779, C-346/06 *Rüffert* [2008] ECR I-1989 och C-319/06 *Kommissionen mot Luxembourg* [2008] ECR I-4223.

²⁵ Det framgår av artikel 3.10 att det ska vara fråga om "bestämmelser som rör ordre public". Det är i och med C-319/06 *Kommissionen mot Luxemburg* klart att det finns en överensstämmelse mellan den bestämmelsen och det som i fördraget avses med allmän ordning.

EU-domstolen berör inte i domen den internationellt privaträttsliga frågan om lagval och inte heller bemanningsdirektivet vilket skulle vara genomfört i medlemsstaterna i december 2011.²⁶ Det är möjligt att Vicoplus är ett steg i en omsvängning av hur utstationerade arbetstagare ska betraktas: som en aktör bland andra på en nationell arbetsmarknad.

²⁶ Direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag. Generaladvokaten Bot hämtade ledning från det direktivet i sitt förslag till avgörande i Vicoplus.