

Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet

Rapporter till Nordiskt arbetsrättsligt möte 2000

Jonas Malmberg (red)

ARBETSLIV I OMVANDLING | 2000:2

ISBN 91-7045-575-9

ISSN 1404-8426



Arbetslivsinstitutet

ARBETSLIV I OMVANDLING

Redaktör: Eskil Ekstedt

Redaktion: Christina Bergqvist, Erling Bjurström, Marianne
Döös, Jonas Malmberg och Ann-Marie Sätre Åhlander

Grafisk produktion: Gabriella Stjärnborg

© Arbetslivsinstitutet & författare, 2000

Arbetslivsinstitutet,
SE-112 79 Stockholm

ISBN 91-7045-575-9

ISSN 1404-8426

Tryckt hos Elanders Gotab

Förord

Nordiskt arbetsrättsligt möte hölls den 23–25 augusti 2000 i Uppsala. Mötet arrangerades i samarbete mellan Arbetslivsinstitutet och universiteten i Helsingfors, Köpenhamn och Oslo. Vid mötet behandlades två frågeställningar, dels metoder att motverka låglönekonkurrens dels arbetstagares integritet. I denna bok återges de nationella rapporter som presenterades vid mötet.

Jag vill passa på att rikta ett varmt tack till de nationella rapportörerna, till Tore Sigeman och Birgitta Nyström, vilka fungerade som ordförande under mötet, samt till deltagarna vilka bidrog till en värdefull diskussion. Ett tack går också till Nordisk Forskerutdanningsakademi (NorFa) och Arbetslivsinstitutet som finansierade mötet.

Stockholm november 2000

Jonas Malmberg

Avdelning I Metoder att motverka låglönekonkurrens i Norden	
Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige	3
<i>Jonas Malmberg</i>	
1. Inledning	3
2. Arbetstillstånd m.m.	4
3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling	6
3.1 <i>Inledning</i>	6
3.2 <i>Uteslutning av leverantörer</i>	7
3.3 <i>Sociala hänsyn vid prövning av anbud</i>	8
3.4 <i>Sociala klausuler vid offentliga kontrakt</i>	9
4. Stridsåtgärder mot arbetsgivare som inte är bundna av (svenska) kollektivavtal.	12
4.1 <i>Bakgrund</i>	12
4.2 <i>Stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbunden arbetsgivare</i>	12
4.3 <i>Stridsåtgärder mot kollektivavtalsbundna arbetsgivare</i>	16
4.4 <i>Den svenska modellen och europarätten</i>	22
5. Fackligt veto mot utlämnande av arbete	22
6. Utstationering	24
Metoder til at modvirke lavtlønskonkurrence i Danmark	29
<i>Ruth Nielsen</i>	
1. Indledning	29
2. Begrænsning i udlændinges adgang til det danske arbejdsmarked	29
3. Ligeløn	30
4. Kollektive kampskridt for at modvirke lavtlønskonkurrence	30
5. International privatretlige spørgsmål. Udstationering	31
5.1 <i>Generelt</i>	31
5.2 <i>Vilkår der er reguleret i kollektive overenskomster.</i>	33
6. Sociale hensyn ved offentlige udbud	35
6.1 <i>Reguleringsramme</i>	35

6.2 Kontraktvilkår	35
6.3 Udvælgelseskriterier	37
6.4 Tildelingskriterier	38
6.5 Miljø	40
6.6 Uddannelse og oplæring af unge	41
6.7 ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter	41
6.8 Etnisk ligestilling, ligestilling mellem kvinder og mænd og lign	42
6.9 Erhvervsministeriets rapport om sociale klausuler i offentlige kontrakter	42
6.10 Sammenfatning	43
7. Outsourcing. Entrepriser	43
7.1 Fagligt veto	43
7.2. Virksomhedsoverdragelse	44
Metoder att motverka låglönekonkurrens i Finland	47
<i>Niklas Bruun</i>	
1. Introduktion	47
2. Arbetstillstånd m.m.	48
3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling	49
3.1 Bakgrund	49
3.2 Uteslutning av leverantörer	50
3.3 Sociala klausuler vid offentliga kontrakt	50
4. Speciallagstiftning för vissa arbetstagarkategorier	50
5. Allmängiltighetsregeln i arbetsavtalslagen	51
5.1 Allmänt om regeln, dess betydelse samt aktuella reformplaner	51
5.2 Nuläget	54
5.3 Särskilt om allmängiltigheten och låglönekonkurrensen	56
5.4 Låglönekonkurrens utanför allmängiltighetsregelns tillämpningsområde	57
6. Användning av utomstående arbetskraft samt uthyrning av arbetskraft	58

Metoder til å motvirke lavlønnskonkurranse i Norge	61
<i>Lars Holo</i>	
1. Innledning	61
2. Lønnsfastsettelse i Norge	62
2.1 <i>Allment</i>	62
2.2 <i>Organisasjonsgrad og dekningsgrad</i>	63
2.3 <i>Tariffavtaler</i>	64
2.4 <i>Almenngjøring av tariffavtaler</i>	66
2.5 <i>Boikott</i>	71
3. Grenseoverskridende arbeid	73
3.1 <i>Oppholdstillatelse og arbeidstillatelse</i>	73
3.2 <i>Utstasjoneringsdirektivet</i>	74
4. Tariffavtaler i konkurranserettslig perspektiv	77
4.1 <i>Offentlige anskaffelser og krav til lønns- og arbeidsvilkår</i>	77
4.2 <i>Tariffavtaler og konkurranse om tjenstepensjoner</i>	79
Avdeling 2 Arbeidsgivarens kontroll – arbeidstagerens integritet	81
Introduktion	83
<i>Birgitta Nyström</i>	
Arbeidsgivarens kontroll – arbeidstagerens integritet – Sverige	85
<i>Kent Källström</i>	
1. Inledning	85
2. Personlig och professionell integritet	87
3. Rättslig reglering	88
4. Særskilt om kontroll av arbeidssökande	93
5. Særskilt om kontroll av anställda	95
<i>Säkerhetskontroller</i>	96
<i>Effektivitetskontroller</i>	97
<i>Kontroll av ordningen på arbetsplatsen</i>	97
6. Avslutning	98

Arbejdsgiverens kontrol med ansatte – Danmark	101
<i>Jens Kristiansen</i>	
1. Generelt om regelgrundlaget	101
<i>Almene regler</i>	101
<i>Arbejdsgivers ledelsesret</i>	102
<i>Sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen</i>	103
2. Ved ansættelsen	104
<i>Den frie ansættelsesret</i>	104
<i>Helbredsforhold</i>	105
<i>Strafbare forhold</i>	106
<i>Økonomiske forhold</i>	107
3. Under ansættelsen	108
<i>Generelt om kontrolforanstaltninger</i>	108
<i>Tv-overvågning</i>	109
<i>Kontrol med e-mails og hjemmesidebesøg</i>	110
<i>Alkohol- og narkotestning af ansatte</i>	111
4. Afsluttende bemærkninger	112
Arbetsgiverens kontroll – arbetstagarens integritet – Finland	115
<i>Anders von Koskull</i>	
1. Bakgrund	115
2. Lagstiftningsläget – en översikt	116
3 Kontrollåtgärder som riktas mot arbetssökande	119
<i>3.1 Bedömning av arbetslösa arbetssökande – utkomstskydd</i>	120
<i>3.2 Insamling och behandling av uppgifter om arbetssökande</i>	120
<i>3.3 Kreditupplysningar och polisens tillförlitlighetsutlåtanden</i>	124
<i>3.4 Insamling av personuppgifter som en samarbetsfråga</i>	126
4. Arbetsgiverens kontrollåtgärder mot anställda	126
<i>4.1 Hälsa – Drogtest</i>	126
<i>4.2 Kontroll av elektronisk post (och telefon)</i>	127
5. Reformutsikter	128
<i>5.1 Proposition: Lag om integritetsskydd i arbetslivet</i>	128
<i>5.2 Säkerhetsutredningar</i>	132
<i>5.3 Krav på straffregisterutdrag</i>	133
6. Diskussion	133

Arbeidsgiverens kontrolladgang – arbeidstakerens integritet	139
<i>Helga Aune & Henning Jakhelln</i>	
1. Arbeidsgivers kontrolladgang – gammel problemstilling – nye presiseringer	139
2. Rettslig utgangspunkt for arbeidsgivers kontrolladgang	140
2.1 <i>Arbeidsgivers styringsrett</i>	140
2.2 <i>Behovet for å kontrollere veid mot behovet for personvern</i>	141
3. Grenser for arbeidsgivers kontrolladgang	141
3.1 <i>Allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet</i>	141
3.2 <i>Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4</i>	145
3.3 <i>Kollektive avtaler</i>	145
3.4 <i>Rettspraksis om grensen for arbeidsgivers kontrolladgang</i>	146
3.5 <i>Personvernlovgivning</i>	150
3.5.1 <i>Informasjonsteknologi og økt fleksibilitet</i>	151
3.5.2 <i>Personregisterloven av 09.06.1978 nr. 48</i>	153
3.5.3 <i>Personopplysningsloven av 14.04.2000, nr. 31</i>	155
4. Konklusjon	160

Avdelning I

Metoder att motverka låglönekonkurrens i Norden

Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige

Av jur. dr Jonas Malmberg,
Arbetslivsinstitutet

1. Inledning

Ett grundläggande arbetsrättsligt problem är att arbetsrättsliga skyddsregler orsakar kostnader för företagen. Företag som tillämpar lägre skyddsnivåer kan därigenom skaffa sig konkurrensfördelar. Vidare antas att förekomsten av företag som tillämpar låga löne- eller skyddsnivåer gör det svårt för andra företag att bibehålla eller höja skyddsnivån för sina arbetstagare. Denna tanke formulerades redan i ingressen till ILO:s konstitution från 1919, där det heter:

“the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries.”

Mot bakgrund detta är det en central fråga, hur arbetsrättslig skyddsreglering skall göras tillämplig på ett sådant sätt att vissa arbetsgivare (företag) inte tillåts skaffa sig konkurrensfördelar genom att tillämpa lägre skyddsnivåer.

Det bör redan här understrykas att det inte föreligger något direkt samband mellan arbetskraftskostnader och konkurrenskraft. Det avgörande är inte arbetskraftskostnaderna i sig, utan kostnaderna i relation till produktivitet. Företag med höga arbetskraftskostnader kan klara sig utmärkt om deras produktivitet är hög. Det är också en vanlig uppfattning att höga arbetskraftskostnader kan ge incitament till rationaliseringar och därmed bidra till en strukturomvandling där resurser slussas till mer produktiva sektorer av samhället.¹ Det sagda är tillräckligt för att framhålla att inte varje skillnad i arbetskraftskostnad kan betraktas som osund konkurrens (social dumpning).

Frågan hur den arbetsrättsliga skyddsregleringen skall utsträckas till att omfatta alla arbetsgivare uppkommer på olika nivåer. På *internationell nivå* handlar det om att skilda arbetsrättsliga regler i olika länder kan ge länder med låga arbetsrättsliga skyddsnivåer konkurrensfördelar i kampen om marknadsandelar på

¹ Se t.ex. Deakin & Wilkinson, *Industrial Law Journal* 1994 s. 289–310. En sådan uppfattning präglade under stora delar av 1900-talet partsamverkan på den svenska arbetsmarknaden, se Johansson, *Tillväxt och klassarbete och De Geer, Arbetsgivarna*, s. 89 ff.

världsmarknaden eller i kampen om de internationella företagens investeringar. Ett sätt att motverka konkurrens av detta slag är genom internationella konventioner.² Den arbetsrättsliga regleringen som härrör såväl från ILO som EU kan delvis förklaras utifrån sådana överväganden.

När man möter problemet på *arbetsplatsnivå* är frågan ofta om en kollektivavtalsbunden arbetsgivare är skyldig att tillämpa kollektivavtalets villkor på arbetstagare som inte är fackligt anslutna. I Finland finns en uttrycklig lagregel som säger att arbetsgivaren normalt är skyldig i förhållande till kollektivavtalslutande fackförening att tillämpa kollektivavtalsbestämmelser även på oorganiserade och medlemmar i andra fackföreningar. Motsvarande princip har i de skandinaviska länderna utvecklats i rättspraxis, som en tyst utfyllnadsregel till kollektivavtal. Skälet till denna lösning är att arbetsgivaren inte skall tjäna på att anställa oorganiserade till lägre lön än kollektivavtalet förskriver.

Ämnet för denna rapport är vare sig den internationella nivån eller arbetsplatsnivån, utan konkurrens med lågt arbetsrättsligt skydd på *nationella varu- och tjänstemarknader*. Traditionellt har diskussionen här handlat om hur man undviker låglönekonkurrens av företag från det egna landet som inte är bundna av kollektivavtal. Som en följd av införandet av den inre marknaden har under senare år uppmärksamheten riktats mot risken för konkurrens på inhemsk marknad av utländska företag.

De följande avsnitten innehåller en översikt av de metoder att motverka låglönekonkurrens som förekommer i Sverige och den rättsliga regleringen av dessa.³ Vid redovisningen av de olika metoderna kommer särskild vikt att läggas vid hur dessa påverkats av europarätten (EU-rätten och Europarådets konvention för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna).

2. Arbetstillstånd m.m.

Ett traditionellt sätt att motverka låglönekonkurrens från utländska arbetsgivare eller arbetstagare är att uppställa restriktioner för utlänningar att bedriva näring eller arbeta här i landet. Kontrollen av tillträdet till marknaden upprätthålls av statsmakterna genom ett tillståndskrav.⁴ Som en följd av Sveriges närmande till EU har på detta område en avsevärd uppluckring skett under 1990-talet.

Avregleringen har bl.a. tagit sig uttryck i att kravet på tillstånd för utländska rättssubjekt att driva näring i landet har upphört. Detta gäller i förhållande till såväl rättssubjekt från EU/EES-området, som subjekt från andra länder. Undantag från huvudregeln att tillstånd inte krävs gäller för vissa branscher, såsom bank- och värdepappersrörelser. Kravet på näringstillstånd har ersatts med ett registre-

² Se vidare Malmberg & Johnsson, Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora.

³ De särskilda förhållandena på sjöfartens område kommer inte att beröras. Se härom Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden.

⁴ För äldre förhållanden se Nelhans, Utlänningen på arbetsmarknaden.

ringsförfarande. Alla utländska företag, utländska medborgare eller i utlandet bosatta svenska medborgare som lämnar begärda uppgifter blir registrerade och får bedriva näring här i landet.⁵

I samband med Sveriges medlemskap i EES avskaffades också kravet på *arbetstillstånd* i förhållande till utlänningar som är medborgare i ett EU/EES land. Beträffande utlänningar från andra länder upprätthålls alltså som huvudregel att dessa skall ha arbetstillstånd för att arbeta i Sverige (1 kap. 5 § utlänningslagen och 4 kap. 1 § utlänningsförordningen). Kravet på tillstånd gäller arbete som utförs i landet oavsett om det grundas på en anställning i Sverige eller utomlands och oavsett om arbetsgivaren är ett svenskt eller utländskt rättssubjekt.⁶

Varken utlänningslagen eller utlänningsförordningen innehåller några närmare angivelser av när arbetstillstånd skall meddelas. Några riktlinjer har dock antagits av riksdagen. Således anförde riksdagen 1984 att arbetskraftsinvandring fortsattvis endast borde tillåtas undantagsvis och sedan det genom arbetsförmedlingens aktiva medverkan visat sig att ett uppkommet arbetskraftsbehov inte kan tillgodoses inom landet.⁷ Efter inträdet i EU/EES gäller att arbetskraftsbehovet inte skall kunna tillgodoses inom EU/EES-området.

Jag skall inte beröra hur bedömningen av arbetskraftsbehovet sker. Istället skall något sägas om vilka krav som ställs på anställningsvillkor och arbetsförhållanden för att arbetstillstånd skall beviljas.

Av 4 kap. 6 § utlänningsförordningen framgår att Arbetsmarknadsstyrelsen, efter samråd med arbetsmarkandens parter, skall besluta om riktlinjer för när arbetstillstånd skall beviljas. För att beviljas permanent uppehållstillstånd av arbetsmarknadsskäl skall den sökande, enligt dessa riktlinjer, ha erhållit stadigvarande sysselsättning och full försörjning i det yrke som avses. Enligt uppgift innebär kravet på full försörjning att den sökandes lön inte får understiga 13 000 SEK per månad.

Beträffande tidsbegränsade arbetstillstånd framhålls följande.

”Personer med medborgarskap i länder utanför EU/EES får inte fungera som en regulator på svensk arbetsmarknad genom att tillåtas bli koncentrerade till arbetsplatser där svårigheter att rekrytera arbetskraft kan hänga samman med faktorer som lönesättning, arbetsmiljö, lokala förhållanden etc. Nivån avseende lön, försäkringsskydd och övriga anställningsvillkor skall lägst motsvara gällande svenska kollektivavtal inom branschen och får inte vara sämre än vad som gäller för motsvarande svensk arbetskraft. Arbetstiden skall vara av en sådan omfattning att arbetstagaren får en tillräcklig försörjning under vistelsen i landet.”

⁵ Lagen (1992:160) om utländska filialer m.m.

⁶ Av 4 kap. 1a–3a §§ utlänningsförordningen framgår en lång rad undantag från kravet på arbetstillstånd.

⁷ Se Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen, s. 102 f.

När det gäller prövning av arbetstillstånd i samband med utländsk entreprenadverksamhet skall klarläggas om det finns ett tillfredsställande skydd på arbetsplatsen och att anställningsförhållandena motsvarar vad som gäller på den svenska arbetsmarknaden eller i övrigt är godtagbara vid en jämförelse med svenska förhållanden.

Som regel beslutar Migrationsverket (tidigare Statens Invandrarverk) i frågor om arbetstillstånd. Innan verket beslutar att bevilja tillstånd skall verket samråda med länsarbetsnämnden. Samråd behöver inte ske om verket följer Arbetsmarknadsstyrelsens riktlinjer. I frågor av principiell betydelse eller av större vikt skall samråd ske med arbetsmarknadens parter (4 kap. 7 § utlänningsförordningen).

Det kan alltså noteras att staten alltjämt utövar kontroll över tillträdet till svensk arbetsmarknad i förhållande till arbetskraft utanför EU/EES. Kontrollen omfattar dels att ett behov av arbetskraft föreligger, dels att arbetstagarnas löne- och skyddsnivåer ligger på en nivå som är jämförbar med svenska förhållanden. Vidare kan noteras att arbetsmarknadens parter har ett visst inflytande i tillståndsprocessen.

3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling

3.1 Inledning

En annan metod att stärka upprätthållandet av en viss arbetsrättslig skyddsnivå är att offentliga organ vid upphandling av varor och tjänster kräver av leverantören att denne skall iaktta vissa anställningsvillkor eller liknande. Tanken att offentlig upphandling bör användas för att bidra till en höjning av den arbetsrättsliga skyddsnivån kommer bl.a. till uttryck i ILO:s konvention nr 94 angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part från 1949. Enligt konventionen är konventionsstaterna skyldiga att vid offentlig upphandling införa avtalsbestämmelser vilka garanterar att de berörda arbetstagarna löner, arbetstider och övriga anställningsvillkor som inte är sämre än andra arbetstagares, vilka utför samma typ av arbete i det område där arbetet skall utföras. De anställningsvillkor som avses är främst sådana som framgår av lag eller närmast tillämplig kollektivavtal.⁸ Sverige har inte ratificerat denna konvention.

Den svenska lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft vid Sveriges inträde i EES år 1994. Lagen bygger huvudsakligen på EU:s upphandlingsdirektiv. Av 1 kap. 4 § följer att offentlig upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt affärsmässigt. Vidare anges att anbudsgivare, anbudssökare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna

⁸ Se vidare om konventionen Krüger, Nielsen & Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, s. 32 ff. och 207 ff.

att vid en upphandling gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Frågan är i det följande vilka möjligheter upphandlande enheter har att ta hänsyn till anställningsförhållandena hos anbudsgivaren/leverantören.⁹ Frågekomplexet, som är i hög grad kontroversiellt, är under övervägande såväl inom EU som i Sverige. I ett meddelande från 1998 har kommissionen aviserat att den ämnar återkomma med ett dokument i syfte att förtydliga de gällande principerna för hanteringen av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling.¹⁰ Något sådant dokument har dock ännu inte avgivits.¹¹ Vidare skall den svenska Upphandlingskommittén behandla möjligheterna att ta hänsyn till sociala och arbetsmarknadspolitiska krav samt att använda antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling.¹² Utredningen väntas lägga fram sitt slutbetänkande i december 2000.¹³

Möjligheten att inom ramen för offentlig upphandling ta sociala eller arbetsmarknadshänsyn kan diskuteras i relation såväl till möjligheten att utesluta leverantörer (kvalifikationskriterier) som till kriterierna för jämförelser av anbud (tilldelningskriterier) och till rätten att kräva sociala klausuler (kontraktskriterier).

3.2 Uteslutning av leverantörer

Möjligheten att *utesluta* leverantören behandlas bl.a. i 1 kap. 17 §.¹⁴ Av bestämmelserna framgår att en leverantör kan uteslutas bl.a. om denna är dömd för brott avseende yrkesutövningen (punkt 3) eller har gjort sig skyldig till allvarliga fel i sin yrkesutövning (punkt 4).

Det föreligger inte någon praxis som klart anger vilka typer av brott respektive överträdelse som avses. I EG-kommissionens grönbok framhålls att reglerna givetvis är tillämpliga när brottet eller det allvarliga felet leder till överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. ”I dess fall gör sålunda de ovan nämnda bestämmelserna det indirekt möjligt för

⁹ Se även Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 388 ff. samt *Ingen diskriminering med skattemedel!* Avtalsklausuler mot diskriminering vid offentlig upphandling. Integrationsverkets rapport serie 2000:7.

¹⁰ KOM (98) 143

¹¹ Under 2000 har kommissionen lagt fram förslag till två nya upphandlingsdirektiv, KOM (2000) 275 slutlig och KOM (2000) 276 slutlig. Förslagen syftar främst till förenkling av upphandlingsregleringen och behandlar inte direkt frågan om sociala hänsyn. Se vidare Ruth Nielsen, nedan s. 35 ff.

¹² Dir. 1999:34.

¹³ Ett mått på frågeställningens kontroversiella karaktär är att flera av utredningens ledamöter och experter (borgerliga riksdagsmän respektive näringslivsföreträdare) i utredningens delbetänkande SOU 1999:139 reserverade sig mot tanken att tillåta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn, trots att frågan inte behandlades i det aktuella delbetänkandet (se SOU 1999:139 s. 360 ff.).

¹⁴ Motsvarande regler gäller vid upphandling under tröskelvärdena, se 6 kap. 9 §.

upphandlande enheter att söka nå sociala mål genom att från upphandlingsförfarandet utesluta anbudssökande, som inte iakttagit en sådan lagstiftning”.¹⁵

Av det sagda lär följä att det är möjligt att utesluta anbudsgivare som dömts för t.ex. arbetsmiljöbrott. En förutsättning är att det föreligger en lagakraftvunnen dom (punkt 3).

Vidare kan det mot bakgrund av EG-kommissionens yttrande med fog göras gällande att överträdelser av civilrättsligt sanktionerade arbetsrättsliga lagregler kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen (punkt 4). Inte varje överträdelse av t.ex. anställningsskyddslagen eller MBL bör dock anses som ett allvarligt fel. För att så skall vara fallet kan det vara rimligt att kräva att förseelsen antingen är av allvarlig art eller upprepad.

För att det skall vara fråga om allvarligt fel i yrkesutövningen krävs inte att anbudsgivaren överträtt lagregler. Som exempel på allvarliga fel i yrkesutövningen har nämnts överträdelser av etiska regler som gäller för leverantörens verksamhet.¹⁶ Mot bakgrund härav kan det göras gällande att anbudsgivare kan uteslutas om denne allvarligt åsidosatt kollektivavtal som gäller för arbetet eller vidtagit åtgärder som allvarligt strider mot vad som är allmänt godtaget på området (jfr 39 § MBL). Det bör dock understrykas att inte redan blotta misstanken om att en leverantör gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen är tillräckligt för att denna skall uteslutas. Den upphandlande enheten måste kunna bevisa att så är fallet.¹⁷ Något krav på att det föreligger en lagakraftvunnen dom upprätthålls dock inte (såsom beträffande punkt 3).

Vidare kan en leverantör uteslutas om denne inte har fullgjort sina åliggande avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt (punkt 5).

3.3 Sociala hänsyn vid prövning av anbud

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall det anbud antas som har lägst pris eller är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Vid prövning av vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt skall den upphandlande enheten, enligt bestämmelsen, ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd och miljöpåverkan. EG-direktiven innehåller liknande uppräknningar. Det har varit en omdebatterad fråga om upphandlande enheten ägt ta sociala hänsyn inom ramen för prövningen av vilket anbud som ekonomiskt mest fördelaktigt. Kommissionen har ansett att så inte är fallet. EG-domstolen har i avgörande nyligen intagit till motsatt ståndpunkt.¹⁸

¹⁵ Kommissionens grönbok Offentlig upphandling inom den Europiska unionen, avsnitt 5.41.

¹⁶ Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, s. 127.

¹⁷ Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, s. 128.

¹⁸ C-225/98 Kommissionen mot Frankrike, dom den 26 september 2000.

”49. Domstolen erinrar om att de kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud enligt artikel 30.1 i direktiv 93/37 skall vara antingen enbart det lägsta priset eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som kan variera beroende på kontraktet, exempelvis pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

50. Denna bestämmelse utesluter dock inte all möjlighet för de upphandlande myndigheterna att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslösheten, under förutsättning att detta villkor är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 29).

51. Även om ett sådant kriterium inte i sig är oförenligt med direktiv 93/37 krävs dock att det tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller (se, i detta avseende, rörande direktiv 71/305, domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 31). Härav följer att ett upphandlingskriterium som har samband med att bekämpa arbetslösheten uttryckligen skall anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna skall kunna få kännedom om att ett sådant villkor uppställs (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 36).”

Domen öppnar för att EG-rätten tillåter att sociala hänsynstaganden används som tilldelningskriterier, under förutsättning att dessa uppfyller kraven på icke-diskriminering och transparens. Det allmänna kravet på affärsmässighet i LOU torde dock i begränsa möjligheten till denna typ av hänsynstaganden i svensk rätt (se nästa avsnitt).

3.4 Sociala klausuler vid offentliga kontrakt

En annan fråga är om den upphandlande enheten i sina avtal får *kräva avtalsbestämmelser* enligt vilka leverantören åtar sig att *under avtalstiden* uppfylla vissa sociala eller arbetsmarknadspolitiska krav. Det handlar då om att uppställa krav på hur förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare skall vara utformat under kontraktstiden, och inte hur detta förhållande tidigare gestaltat sig. Anbudsgivare som inte accepterar de avtalsvillkor som den upphandlande enheten uppställer, kan normalt inte komma ifråga för upphandlingen. Vidare kan brott mot de förhållningsregler som följer av sådana sociala klausuler ge den upphandlande enheten rätt att häva avtalet. På detta sätt kan sociala klausuler skapa ett ökat tryck mot leverantörer att följa t.ex. vissa arbetsrättsliga regler.

Enligt EG-kommissionens tolkning skulle sådana krav inte anses strida mot EG:s upphandlingsdirektiv, så länge kraven inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra länder och villkoren klart anges i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget.¹⁹ Kommissionens tolkningen ligger väl i linje med Beentjes-domen.²⁰

För svensk rätt kompliceras frågeställningen av att LOU uppställer ett generellt krav på att offentlig upphandling skall genomföras affärsmässigt (1 kap. 4 § LOU). Kravet på affärsmässighet, vilket saknar direkt motsvarighet i EU-direktiven, är hämtad från äldre svenska regler om offentlig upphandling. Begreppet användes där för att markera att statliga myndigheter vid upphandling inte fick ta t.ex. sysselsättnings-, närings-, eller försvarshänsyn.²¹ Detta krav torde gå längre i begränsningen av tillåtna hänsyn än EG-rätten kräver.²²

Kan då något sägas om möjligheterna för upphandlande svenska enheter att i dag införa av sociala klausuler i offentliga kontrakt? Helt klart är det tillåtet med avtalsbestämmelser vilka ställer krav på att leverantören att denne inte under kontraktstiden får försätta i sig sådana situationer som skulle utgjort grund för uteslutning från anbudsprövning (jfr 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 §). En avtalsbestämmelse som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet om leverantören döms för arbetsmiljöbrott torde därmed vara acceptabel.

I övrigt får rättsläget anses något oklart. Vägledande praxis från högsta instans saknas. I det följande kommer några kammarrättsdomar samt vissa i praktiken förekommande avtalsbestämmelser att redovisas.²³

Före 1995 var det vanligt att krav uppställdes på att anbudsgivande företag skulle vara *bundet av kollektivavtal*. I en omdiskuterad dom från det året underkände Kammarrätten i Stockholm ett anbudsvillkor med krav på kollektivavtal. Ett sådant avtalsvillkor ansågs av kammarrätten missgynna vissa anbudsgivare, nämligen sådana som inte var bundna av kollektivavtal och därmed strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 4 § LOU.²⁴ Efter domen har Svenska kommunförbundet föreslagit sina medlemmar att istället använda följande villkor.

”Företaget får inte vidtaga åtgärd som kan antas åsidosätta lag eller kollektivavtal för arbetet eller annars strida mot vad som är allmänt godtagget inom den bransch som entreprenaden avser. Detta gäller dock endast om åtgärden grundar sig på omständighet som sägs i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9–11 §§ lagen om offentlig upphandling (LOU).

¹⁹ KOM (1998) 143 avsnitt 4.4.

²⁰ C-31/1987 REG [1988] s. 4635.

²¹ Prop. 1973:73 s. 50 ff.

²² Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, s. 42.

²³ Jag har i denna del kunnat utnyttja en PM upprättad av Göran Söderlöf, Svenska Kommunförbundet, vilken denne välvilligt ställt till mitt förfogande.

²⁴ 1995-03-28 Mål nr 1713-1995. För diskussion av domen se Hamskär & Junesjö, Lag & Avtal 1998 nr 7 s. 18 och Söderlöf & Bergström, Lag & Avtal 1998 nr 9 s. 23.

Företaget skall kräva samma utfästelse av den som företaget kan komma att anlita som underentreprenör.

Om företaget bryter mot vad som anges ovan får kommunen häva avtalet.”

Som synes bygger villkoret på tanken att samma hänsyn som är tillåtna för att utesluta en anbudsgivare också får uppställas för leverantören under kontraktstiden (se ovan). Vidare kan noteras att klausulen tycks utgå från att åsidosättande av kollektivavtal respektive vad som är allmänt godtagat inom branschen utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen (enligt 1 kap. 17 §).²⁵

Möjligen som en följd av nyssnämnda kammarrättsdom förekommer avtalsvillkor där anställningsförhållandena hos leverantören kopplas samman med kvalitén i leverantörens prestation. Därigenom blir de sociala hänsynen ”affärsmässiga” (jfr 1 kap. 4 §). Som exempel har nämnts att kvaliteten i verksamheter som vård och omsorg är direkt beroende av hur personalen fungerar. En god arbetsmiljö, en god personalpolitik och goda anställningsförhållanden i övrigt anses borga för kvalitet i vård och omsorg.

I Stockholms läns landsting och Malmö stad har diskuterats möjligheten att kräva att entreprenörer förbinder sig att respektera personalens yttrande- och meddelarfrihet avseende arbetsförhållandena i den verksamhet som utförs åt landstinget. Detta har därvid gjorts gällande att detta är betydelsefullt för upprätthållande av verksamhetens anseende och kvalitet.

Vidare anses personalkontinuitet vid upphandlingar som en viktig kvalitetsaspekt vid upphandling av vård- och omsorgstjänster. I sådana fall förekommer att upphandlande enheter uppställer krav på att leverantören skall erbjuda de arbetstagare som berörs av entreprenaden fortsatt anställning på oförändrade villkor.

Kammarrätten i Göteborg har i ett fall underkänt ett sådant villkor vid en upphandling av linjetrafik med buss, såsom stridande mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOA.²⁶ Vid tolkning av räckvidden av denna dom bör uppmärksammas att intresset av personalkontinuitet vid denna typ av verksamhet torde vara lägre än vid tjänster som berör vård- och omsorg.

Det ovan sagda antyder att möjligheterna att införa sociala klausuler i offentliga kontrakt är begränsad dels till sådana omständigheter som utgör grund att utesluta leverantörer (1 kap. 17 § och 6 kap. 9 §), dels grunder som i övrigt är affärsmässiga. Det har därvid gjorts gällande att krav på god arbetsmiljö, personal politik etc. vid upphandling av vissa typer av verksamheter, särskilt vård och omsorg, är viktiga kvalitetsaspekter och därmed affärsmässigt motiverade.

²⁵ Formuleringen i villkoret är hämtat från 39 § MBL. Se nedan avsnitt 5.

²⁶ 1998-08-28 i mål nr 3696/1998

Det bör återigen understrykas att kravet på affärsmässighet grundas på svensk rätt och inte utgår från EG-rättens krav.

4. Stridsåtgärder mot arbetsgivare som inte är bundna av (svenska) kollektivavtal.

4.1 Bakgrund

En första iakttagelse är att det i Sverige inte förkommer någon lagstiftning om minimilön. Inte heller förekommer något system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Istället är den främsta metoden att motverka låglönekonkurrens på den svenska arbetsmarknaden att fackföreningar genom stridsåtgärder söker tvinga oorganiserade arbetsgivare att teckna hängavtal. Hängavtalen innebär att arbetsgivaren förbinder sig att tillämpa det vid varje tidpunkt gällande förbundsavtalet. Avtalet är normalt identiskt med det avtal som träffats med arbetsgivarorganisationen. Tidigare var det vanligt att fackföreningar införde organisationsklausuler i sina hängavtal. Bruket av sådana klausuler tycks numera vara på väg att upphöra.

Det normala förfaringsättet är att fackföreningen utfärdar en nyanställningsblockad, dvs. ålägger sina medlemmar att inte ta anställning hos arbetsgivaren. Inte ens i de fall fackföreningen har medlemmar på arbetsplatsen, tycks det vara vanligt att dessa tas ut i strejk. Förklaringen härtill torde vara att åtgärder av detta slag oftast riktas mot mindre företag där organisationsgraden är låg. Sannolikt görs bedömningen att risken för påtryckningar eller repressalier är stor om medlemmarna på arbetsplatsen engageras i konflikten. För att påtryckningarna skall bli effektiva vidtas även sympatiåtgärder, antingen av den angripande fackföreningen själv eller av andra fackföreningar. Sympatiåtgärderna har vanligen karaktär av blockader riktade mot leveranser till eller från den angripna arbetsgivaren.

I det följande skall den rättsliga regleringen av denna typ av stridsåtgärder behandlas. Vid beskrivningen av dessa regler bör man hålla isär situationerna där *den angripne arbetsgivaren* är bunden av ett kollektivavtal och situationer där denne inte är bunden av något kollektivavtal.

4.2 Stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbunden arbetsgivare

Inledning

Rätten att vidta fackliga stridsåtgärder garanteras i 2 kap. 17 § regeringsformen. Enligt bestämmelsen får rätten att vidta stridsåtgärder begränsas genom lag eller avtal. Den främsta lagstadgade begränsningen återfinns i 41 och 42 § MBL, vilka behandlar den fredsplikt som följer av kollektivavtal. Beträffande stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbundna arbetsgivare finns endast några få bestämmelser

(vilka flertalet saknar intresse i detta sammanhang).²⁷ En sådan regel är förbudet mot stridsåtgärder mot enmans- och familjeföretag (41 b § MBL).²⁸ Trots återkommande diskussioner har lagstiftaren i övrigt avstått från att närmare ange gränserna för vilka stridsåtgärder som är tillåtna.²⁹ Någon motsvarighet till de regler som finns i utlandet om att stridsåtgärder skall ha rimligt fackligt syfte eller att åtgärden skall stå i rimlig proportion till syftet har inte införts.³⁰ Istället har lagstiftarens utgångspunkt alltsedan mitten av 1930-talet varit att det i första hand är en uppgift för arbetsmarknadens parter att ta sitt ansvar för att rätten att vidta stridsåtgärder inte missbrukas. Ytterst har dock statsmakterna ansatts sig berättigade att tillgripa lagstiftning för att avbryta pågående stridsåtgärder. Denna möjlighet har dock utnyttjats mycket sparsamt.³¹

Även arbetsdomstolen har – med något undantag³² – varit påtaglig försiktig med att utveckla principer som begränsar möjligheterna för arbetsmarknadens parter att tillgripa stridsåtgärder i icke-kollektivavtalsreglerade förhållanden.³³ Denna linje är väl förenlig såväl med regeringsformens stadgande att rätten att tillgripa stridsåtgärder får begränsas endast med stöd av lag eller kollektivavtal, som med den uppgiftsfördelning mellan lagstiftaren och arbetsmarknadens parter, vilken lagstiftaren givit uttryck för. Kontrasten är slående till den fredspliktsvänliga linje domstolen traditionellt upprätthållit när kollektivavtal gällt mellan parterna.³⁴

Att uttrycka saken så att stridsåtgärder vilka inte är förbjudna även är accepterade vore oriktigt. En rimligare historiebeteckning är att lagstiftaren har avstått från att ingripa så länge arbetsmarknadens parter inte missbrukar det förtroende dessa har givits. Det är således fråga om en självreglering av den typ som förekommer även inom andra sektorer av samhället.³⁵ Det måste också framhållas att arbetsmarknadens parter i sin praktiska gärning väsentligen levt upp till detta

²⁷ Se t.ex. 23 § lagen om offentlig anställning som bl.a. behandlar politiska strejker på den offentliga sektorn. Se vidare Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 229 ff.

²⁸ Regeln trädde i kraft den 1 juni 2000, och motsvarar den regel som gällde under år 1994. Se vidare 1999/2000:AU5 s. 32 ff. Se även prop. 1993/94:67 och 1993/94:AU4.

²⁹ Förslag i den riktningen har avvisats så som våren 2000 (prop. 1999/2000:32 och 1999/2000:AU5). För en översikt av äldre diskussionen, se SOU 1988:49 s. 151 ff.

³⁰ Se t.ex. Nyström, Arbetsmarknad & Arbetsliv 1997 nr 3 s. 17 ff.

³¹ Se t.ex. Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 246 f.

³² Se framförallt AD 1989 nr 120 (nedan).

³³ Se t.ex. AD 1986 nr 113, AD 1989 nr 143 och 1993 nr 15. Se även AD 1980 nr 94 där domstolen godtog att arbetsgivare som stridsåtgärd innehöll förfallen lön. Domen föranledde riskdagen förbjöd sådana stridsåtgärder (41 a § MBL). Departementschefen betonade att detta inte skulle ses som något avsteg från principen utformningen stridsåtgärder är parternas sak (prop. 1983/84:165 s. 14 ff.).

³⁴ Se t.ex. AD 1980 nr 15. Se vidare t.ex. Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 392 ff.

³⁵ Se t.ex. diskussionen om att införa en lagstiftning om franchising (1998/90:LU7, med hänvisningar).

förtroende.³⁶ Det förekommer flera arrangemang vilka syftar till att undvika missbruk av rätten att tillgripa stridsåtgärder. Här är tillräckligt att peka på huvudavtalet mellan SAF och LO som begränsar vissa typer stridsåtgärder och att rätten att vidta stridsåtgärder enligt fackförbundens stadgar normalt är förbehållen förbundens centrala ledning.³⁷ Det sistnämnda pekar på ett annat typiskt drag i den svenska modellen för reglering av arbetsmarknaden, nämligen att beslut, vilka innefattar ställningstaganden av svårbedömda rättsfrågor eller har tydlig policykaraktär, förbehålls de fackliga organisationerna.³⁸

Huvudregeln i svensk rätt är att fackföreningar får tillgripa stridsåtgärder mot arbetsgivare i syfte att teckna kollektivavtal. Några uttryckliga lagregler om att föreningen skall ha anställda på arbetsplatsen finns inte. Utgångspunkten är därför att en nyanställningsblockad av den typ som beskrevs ovan är tillåten. (Jag återkommer nedan till åtgärdens förenlighet med arbetsgivarens negativa föreningsrätt.)

Vad gäller då för de sympatiåtgärder som vidtas till stöd för fackföreningens blockad? Låt oss anta att den fackförening som vidtar stridsåtgärden är bunden av kollektivavtal med den arbetsgivare vars anställda deltar i sympatiåtgärden. Den grundläggande bestämmelsen om den fredsplikt som följer av kollektivavtal återfinns i 41 § MBL. Enligt bestämmelsen får *arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal* vidta stridsåtgärder endast om åtgärden dels har beslutats i behörig ordning och dels inte strider mot någon av de s.k. fyra punktförbuden. Stridsåtgärder som strider mot 41 § första stycket MBL betecknas som olovliga. Organisationernas ansvar ligger i att dessa inte får anordna eller på annat sätt föranleda olovlig stridsåtgärd (42 § MBL).

Endast det sista av dessa punktförbud är av intresse här. Enligt detta får en sympatiåtgärd inte företas till stöd för olovlig primäråtgärd. Motsatsvis av 41 § följer att bundenhet av kollektivavtal inte utgör hinder mot att kollektivavtalsparter vidtar sympatiåtgärder till förmån för annan som är inblandad i en lovlig arbetsmarknadskonflikt (primärkonflikt). Regeln förutsätter att en primärkonflikt verkligen är för handen. Något hinder finns inte mot att en och samma organisation vidtar både primärkonflikten och sympatiåtgärder.³⁹

Det avgörande för om en sympatiåtgärd är lovlig är alltså om primäråtgärden är lovlig. Så lång är det klart att såväl den primära nyanställningsblockaden och sympatiåtgärderna är tillåtna enligt svensk rätt. Den mer svårbedömda frågan är om dessa åtgärder kan tänkas strida mot arbetsgivarens negativa föreningsrätt.

³⁶ Se t.ex. Thörnqvist, C. Strejker på 2000-talet – ett historiskt och internationellt perspektiv, s. 32 ff. I Tegle, S., Har den svenska modellen överlevt krisen?, Arbetslivsinstitutet 2000.

³⁷ Se vidare t.ex. SOU 1984:19 s. 9 ff.

³⁸ Se t.ex. Bruun, *The Transformation of the Nordic Industrial Relations*, s. 18.

³⁹ Se vidare Bergqvist, Lunning & Toijer, *Medbestämmandelagen*, s. 428 ff.

Arbetsgivarens negativa föreningsrätt

Regler om rätten att tillhöra och verka för en förening eller att en sådan bildas (den positiva föreningsrätten) återfinns dels i 2 kap. 1 och 14 §§ Regeringsformen dels i 7-8 §§ MBL. Dessa regler omfattar inte den negativa föreningsrätten (dvs. rätten att stå utanför en förening).

Föreningsrätten behandlas även i artikel 11(1) i den Europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Genom lagen (1994:1219) har Europakonventionen blivit direkt tillämplig i Sverige. Vid tolkningen av lagen skall hänsyn tas till Europadomstolens tidigare och senare praxis.⁴⁰ Artikelns lydelse täcker bara den s.k. positiva föreningsrätten. Av Europadomstolens praxis följer att även den negativa föreningsrätten (rätten att stå utanför en förening) skyddas.⁴¹

Relationen mellan arbetsgivarens negativa föreningsrätt och kollektiva stridsåtgärder har ingående belysts i fallet *Gustavsson mot Sverige*.⁴² Det är inte alldeles enkelt att ur domarna utläsa hur den regel, som domstolen anser tillämplig, ser ut. Det tycks ligga närmast till hands att uppfatta artikel 11 som en avvägningsnorm där intresset bakom stridsåtgärden ställs mot arbetsgivarens intresse att stå utanför organisationen och de skador som stridsåtgärden förorsakar. Det närmare riktlinjerna för hur bedömningen skall ske är inte fullständigt klarlagda. Mot bakgrund av *Gustafsson-målet* och AD 1998 nr 17 (*Kellerman-målet*) kan dock följande typsituationer utskiljas.⁴³

För det första är det klarlagt att fackföreningen får tillgripa stridsåtgärder för att få tillstånd kollektivavtal om *det finns medlemmar på arbetsplatsen* och löne- och skyddsnivån för den anställda är lägre än som följer av kollektivavtal eller sedvänja inom branschen. Europadomstolens dom i resningsärendet tycks innebära att stridsåtgärder får tillgripas om fackföreningen har medlemmar på arbetsplatsen även om löne- och skyddsnivån för den anställda är likvärdig med på kollektivavtalsreglerade arbetsplatser. En sådan ordning är motiverad av att fackföreningarna skall kunna tillvara deras intressen, t.ex. genom samverkansförhandlingar enligt 11–13 §§ MBL. Även i dessa två fall lär dock stridsåtgärdena

⁴⁰ Prop. 1993/94:117 s. 73.

⁴¹ Se framförallt *Young, James och Webster mot United Kingdom* (dom 1981-08-13), *Sigurjónsson mot Island* (dom 1993-06-30) och *Gustafsson mot Sverige* (dom 1998-04-25 och 1998-04-25).

⁴² Fallet ha behandlats i två gånger av Europadomstolen, dels domen den 25 april 1998 dels i ett beslut den 30 juli 1998 i anledning en resningsansökan. Domarna analyseras i Agell, (red.), *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden* och Herzfeld-Osson, JT 1997–98 s. 606–614.

⁴³ Det kan erinras om att syftet med den typen av stridsåtgärder som diskuteras i denna framställning, liksom i *Gustafsson-fallet*, endast är arbetsgivaren skall träffa ett hängavtal, och inte att tvinga in denne i en organisation. Enligt domstolen omfattas även tvånget att teckna ett hängavtal ”to a degree” av skyddet för föreningsfriheten (*Gustafsson-domen* stycke 44). Detta tvång tillmäts dock vid intresseavvägningen lägre tyngd än tvång som syftar till att förmå arbetsgivaren att ansluta sig till en organisation.

vara otillåtna om villkoren i hängavtalen är ekonomiskt tyngre för arbetsgivaren än det avtal som fackföreningen slutit med arbetsgivarorganisationen.⁴⁴

Frågan är mer öppen för det fall den angripande fackföreningen *helt saknar medlemmar bland de anställda*. Det har antagits att stridsåtgärder i sådana fall är tillåtna i vart fall när de villkor som arbetsgivaren tillämpar är sämre än som följer av kollektivavtal eller sedvänja i branschen.⁴⁵ Intresset bakom stridsåtgärden är i ett sådant fall ett annat än när det finns fackföringsmedlemmar på arbetsplatsen. Om syftet i det senare fallet är att direkt skydda enskilda medlemmar, så är syftet i det förra fallet att upprätthålla en allmän löne- och skyddsnivå, och därmed undanröja risken att vissa företag skaffar sig konkurrensfördelar genom att tillämpa lägre löne- och skyddsnivåer. Det är utbredd uppfattning i Europa att en lägsta löne- och skyddsnivå skall upprätthållas av alla arbetsgivare i en bransch, oavsett om dessa har slutit kollektivavtal eller inte. Metoderna att uppnå detta resultat varierar dock. Vanligen sker detta genom att kollektivavtal görs tillämpliga på alla arbetstagare i en bransch.⁴⁶ Mot bakgrund härav måste det sägas vara ett legitimt fackligt intresse att säkerställa att kollektivavtalet utsträcks till alla företag i branschen och valet av metod torde ligga inom ramen för den "margin of appreciation" som enligt domstolens praxis skall tillkomma staterna.

Mer tveksam är frågan hur situationen skall bedömas i det fall att den angripne arbetsgivaren tillämpar villkor som motsvarar kollektivavtalets. I detta fall skulle kunna hävdas att det fackliga intresset av att träffa kollektivavtal är så uttunnat att det tvång som stridsåtgärderna innebär inte är försvarligt.⁴⁷ Det bör dock påpekas att det av Gustafsson-domen framgår att arbetsgivaren har bevisbördan för att anställningsvillkoren överensstämmer med kollektivavtalets villkor.⁴⁸ Mot bakgrund härav kan enligt min mening en stridsåtgärd i vart fall inte bedömas som otillåten förrän arbetsgivaren för fackföreningen förebringat sådan utredning att det klarlagts att de villkor som denne tillämpar är minst lika förmånliga som kollektivavtalets villkor.

4.3. Stridsåtgärder mot kollektivavtalsbundna arbetsgivare

Inledning

I avsnitt 4.2 var utgångspunkten att arbetsgivaren inte var bunden av något kollektivavtal. Situationen kommer i ett annat läge om arbetsgivaren redan är bunden av ett kollektivavtal *med en annan fackförening*. Även för denna situation har utgångspunkten varit att icke-kollektivavtalsbundna fackföreningar har rätt att tillgripa stridsåtgärder för att få till stånd ett eget kollektivavtal. Det förhållandet att tecknande av ett andra avtal kan leda till att arbetsgivaren blir bunden av

⁴⁴ Gustavssondomen stycke 52.

⁴⁵ Sigeman, Lag & Avtal 1998 nr 6 s. 21.

⁴⁶ Se vidare Ahlberg & Bruun, Kollektivavtal i EU.

⁴⁷ Jfr Agell i Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden s. 104 ff.

⁴⁸ Gustavsson-domen stycke 53.

två oförenliga avtalsförpliktelser har inte ansetts göra stridsåtgärderna otillåtna. Om ett andra kollektivavtal har träffats får frågan om respektive avtalsrättsverkningar lösas genom de regler om konkurrerande kollektivavtal som utvecklats i AD:s praxis.

Reglerna kan sammanfattas enligt följande. Om en arbetsgivare har träffat två kollektivavtal för samma verksamhet har det först träffade avtalets bestämmelser om anställningsvillkor företräde. Arbetsgivaren är därför inte skyldig att tillämpa det andra avtalets bestämmelser om anställningsvillkor. Beträffande andra bestämmelser i kollektivavtal än anställningsvillkor (dvs. regler som inte direkt berör förhållandet mellan arbetsgivaren och enskilda arbetstagare) har domstolen anlagt ett annat synsätt. Beträffande sådana villkor är arbetsgivaren bara fri från att fullgöra sina förpliktelser enligt det andra avtalet, om förpliktelserna enligt avtalen är oförenliga i den meningen att arbetsgivaren inte kan följa det andra avtalet utan att bryta mot det första.⁴⁹ Skillnaden i behandling mellan de två kategorierna av kollektivavtalsbestämmelser har sin bakgrund i att bestämmelser om anställningsvillkor regelmässigt är oförenliga. Detta följer av att arbetsgivaren normalt är skyldig att tillämpa ett kollektivavtals anställningsvillkor även på utanförstående arbetstagare.⁵⁰ Vidare bör framhållas att arbetsgivaren i vissa situationer kan bli skadeståndsskyldig gentemot den andra fackföreningen för att dess avtal inte kan tillämpas. Sådan skadeståndsskyldighet torde komma ifråga när den andra fackföreningen varken insåg eller borde ha insett att arbetsgivaren redan var bunden av ett kollektivavtal.

Den nyss beskrivna ordningen kom delvis att modifieras genom AD 1989 nr 120 (Britannia-domen). Domen rörde stridsåtgärder mot ett bekvämlighetsflaggat fartyg, på vilket ett filippinskt kollektivavtal var tillämpligt. I domen etablerar domstolen en ny regel enligt vilken fackliga organisationer – oavsett om de är bundna av kollektivavtal eller inte – är skyldiga att respektera kollektivavtal som en annan organisation redan träffat med arbetsgivaren, i vart fall i den meningen att de inte får vidta stridsåtgärder *i syfte att undantränga eller förändra* det första avtalet (Britannia-principen). Stöd för regeln fann domstolen bl.a. i grunderna för 42 § MBL. Regeln måste (beträffande rent svenska förhållanden) sägas ha accepterats av lagstiftaren genom införandet av den s.k. Lex Britannia (se nedan).⁵¹

⁴⁹ Se t.ex. AD 1978 nr 111, Bergqvist, Lunning & Toijer, Medbestämmandelagen, s. 317 f. och Sigeman i Schmidt, Löntagarrätt s. 130 ff.

⁵⁰ Se t.ex. AD 1977 nr 49 och Malmberg, Anställningsavtalet, s. 147 ff.

⁵¹ För en närmare redovisning av bakgrunden till målet eller analys av domskälen hänvisas till Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden s. 435 ff. och Göransson, JT 1989–90 s. 536–545.

”I syfte att undantränga” lär betyda att den angripande fackföreningens syfte är att förmå arbetsgivaren att inte uppfylla sina åtaganden enligt det första kollektivavtalet. Stridsåtgärder vilka enbart syftar till att uppnå ett s.k. andrahandsavtal ligger således utanför regeln. Arbetsgivaren torde ha bevisbördan för att fackföreningens syfte är att undantränga det första kollektivavtalet.⁵²

Domen kritiserades hårt av de fackliga organisationerna. Kritiken ledde till att riksdagen antog en lag enligt vilken 42 § första och andra styckena – och därmed Britannia-principen – endast är tillämplig på anställningsförhållanden beträffande vilka MBL är direkt tillämplig. (42 § tredje stycket MBL). Uttrycket ”direkt tillämplig” syftar på MBL:s territoriella tillämplighet. Denna fråga regleras numera i första hand genom Romkonventionen.⁵³ Huvudregel i Romkonventionen är att lagvalet bestäms genom avtal (artikel 3). För anställningsavtal gäller ett undantag som innebär att arbetstagare alltid kan åberopa tvingande skyddsregler i det lands lag som skulle ha tillämpats om något avtal om lagval inte träffats (artikel 6 p. 1). Har något avtal om lagval inte träffats tillämpas lagen i det land till vilken avtalet har närmast anknytning (artikel 4). Beträffande anställningsavtal finns i artikel 6(2) två presumptionsregler om vad som skall anses med närmast anknytning. Där anges att ett anställningsavtal skall anses ha närmast anknytning till landet där arbetstagaren (a) vanligtvis fullgör sitt arbete (även om han tillfälligt är sysselsatt i annat land) eller, i andra hand, (b) där det driftställe genom vilket han anställdes är beläget.

Av förarbetena till Lex Britannia framgår att uttrycket ”anställningsförhållanden beträffande vilka MBL är direkt tillämplig” syftar på den lag som skall tillämpas för det fall något avtal om lagval inte har träffats, alltså numera Romkonventionens artikel 6(2).⁵⁴

Följden av Lex Britannia är således att kollektivavtalsbundna arbetsgivare med anställningsförhållanden på vilka MBL är direkt tillämplig skyddas mot stridsåtgärder med syfte att undantränga den första kollektivavtal. Arbetsgivare, med anställningsförhållanden på vilka MBL inte är direkt tillämplig, skyddas däremot inte mot motsvarande stridsåtgärder. Om ett kollektivavtal kommer till stånd skall den ”svenska” avtalet ha företräde framför det utländska (31 a § MBL).

⁵² Jfr Gustafssondomen stycke 53.

⁵³ Konventionen den 19 juni 1980 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Romkonventionen har genom lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser blivit svensk lag. Lagen är tillämplig på avtal som ingåtts efter 1 juli 1998. Beträffande äldre svensk anställningsavtal tillämpas alltjämt äldre rätt (AD 2000 nr 45). Vid tolkningen av äldre lagvalsregler bör dock hänsyn tas till konventionen (NJA 1990 s. 734, Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt s. 235 och Pålsson, Romkonventionen s. 31).

⁵⁴ Prop. 1990/91:162 s. 17 f.

Lex Britannia och reglerna om fri rörlighet för tjänster

Det är en omdiskuterad fråga om Lex Britannia är fullt ut förenlig med EG:s regler om fri rörlighet.⁵⁵ Av särskilt intresse är reglerna om fri rörlighet för tjänster.⁵⁶ Dessa återfinns främst i artikel 49–50 Romfördraget.

Artikel 49 innebär enligt fast rättspraxis ett krav att medlemsstaterna skall avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet gentemot personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i ett annat medlemsland. Kravet omfattar såväl direkt som indirekt diskriminering. Vidare innebär artikeln en skyldighet för medlemsstaterna att avskaffa varje inskränkning – även sådana som påverkar som inhemska leverantörer och leverantörer från andra medlemsländer lika – som *förbjuder, hindrar eller gör det mindre tilltalande* för en utländsk leverantör att i ett medlemsland bedriva tjänster som han lagligen bedriver i det land där han är etablerad.⁵⁷

Lex Britannia (43 § tredje stycket) är inte direkt kopplad till arbetsgivarens nationalitet utan till frågan ifall MBL är direkt tillämplig på det relevanta anställningsförhållandet. Därför utgör Lex Britannia inte någon direkt diskriminering av leverantörer från andra EU/EES länder. Däremot lär Lex Britannia prima facie bedömas som indirekt diskriminerande, eftersom lagregeln i praktiken innebär att en svensk arbetsgivare som ingått kollektivavtal normalt kommer att skyddas mot vissa stridsåtgärder från andra fackföreningar, medan utländska arbetsgivare som tillfälligt utför arbete i Sverige inte ges motsvarande skydd.

Emellertid strider inte varje hinder mot den fria rörligheten mot artiklarna. Medlemsstaterna får uppställa regler eller vidta andra gärder, vilka utgör hinder mot den fria rörligheten för tjänster om dessa rättfärdigas av *tvingande hänsyn av allmänintresse* (overriding requirements relating to the public interest).

Av EG-domstolens praxis följer att skyddet för arbetstagare är ett tvingande hänsyn av allmänintresse.⁵⁸

I EG-domstolens praxis har aldrig prövats i vilken utsträckning (tillåtligheten av) fackliga stridsåtgärder, som syftar till att säkerställa sådana tvingande hänsyn, kan utgöra ett hinder mot den fria rörligheten av tjänster. Domstolen har dock framhållit att medel som är nödvändiga för att säkerställa att de tvingande hänsynen iakttas är tillåtna.⁵⁹ Att även stridsåtgärder, vilka kan utgöra hinder mot den

⁵⁵ Se t.ex. Ds 1994:13 särskilt s. 362 f., Andersson Låglönekonkurrens på den svenska arbetsmarknaden, Sigeman, Den svenska EES-arbetsrätten. En översikt s. 176 ff. och Nyström EU och arbetsrätten s.106

⁵⁶ Visserligen är reglerna om fri rörlighet av tjänster är subsidiära i förhållande till reglerna om fri etablering. Eftersom det är fråga om tjänst – och inte etablering – när någon tillfälligt utför prestationer i ett land torde likväl frågor om Lex Britannias tillämplighet i praktiken endast uppkomma i fråga om fri rörlighet av tjänster.

⁵⁷ Se t.ex. Craig & de Búrca, EU Law, s.762 ff.

⁵⁸ Se t.ex. C-279/80 Webb REG 1981 s. 3305

⁵⁹ Se t.ex. C-113/89 Rush Portuguesa REG 1990 s. I-1417, punkt 18.

fria rörligheten, skall accepteras vinner stöd av den s.k. *Montiförordningen*.⁶⁰ Förordningen, som tillkom som en reaktion mot franska bönders handgripliga protester mot import av jordbruksprodukter från bl.a. Spanien⁶¹, ålägger medlemsstaterna att i vissa fall ingripa mot hinder mot den fria rörligheten av varor som kan uppstå på medlemsstaternas territorium. I förordningen anges uttryckligen att förordningen inte får tolkas som att den på något sätt inverkar på utövandet strejkrätten, såsom de erkänns i medlemsstaterna (artikel 2). I samma riktning talar det förhållandet att det i Utstationeringsdirektivet (96/71/EG), vilket anges vara antaget i syfte att främja den fria rörligheten av tjänster, framhålls att direktivet inte skall inverka på den rättsliga regleringen i medlemsstaterna vad gäller rätten att vidta fackliga stridsåtgärder för att försvara yrkesintresse (ingressen stycke 22). Mot bakgrund av detta tycks det klart att stridsåtgärder är ett tillåtet medel för att säkerställa tvingande hänsyn av allmänintresse.

Man kan alltså utgå från att stridsåtgärder som vidtas mot en utländsk arbetsgivare i princip betraktas som ett medel som kan vara tillåtet för att säkerställa ett allmänt intresse (dvs. skydd för arbetstagare). För att så skall vara fallet måste dock två förutsättningar vara uppfyllda. För det första får det allmänna intresset ifråga inte redan vara tillgodosett genom regler i den medlemsstat där den person som tillhandahåller tjänster är etablerad. För det andra skall inte samma resultat kunna uppnås med mindre ingripande medel (*proportionalitetsprincipen*). När det gäller arbetsrättslig reglering har vissa bedömningar utvecklats för olika typer av bestämmelser.

En typ av bestämmelser gäller ersättningar som betalas direkt till arbetstagarna. Av rättspraxis följer att gemenskapsrätten inte hindrar medlemsstaterna att låta nationell lagstiftning eller nationella kollektivavtal beträffande *minimilön* gälla alla som innehar ett avlönat arbete, även tillfälligtvis, inom dess territorium.⁶²

Man kan fråga sig om ett svenskt kollektivavtal, vilket en utländsk arbetsgivare tvingats acceptera, verkligen anger minilön i den meningen som avses i EG-domstolens praxis, eftersom det förekommer arbetsgivare som inte är bundna av avtalet. Därmed omfattar kollektivavtalen inte alla arbetstagare.

Det har därvid gjorts gällande att de svenska arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal från konkurrenssynpunkt saknar betydelse och att reglerna i svenska kollektivavtal därför skulle accepteras som minimilöneregler i detta avseende.⁶³ Denna tanke vinner visst stöd av utstationeringsdirektivet (96/71/EG).

⁶⁰ Rådets förordning (EG) nr 2679/98 av den 7 december 1998 om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna.

⁶¹ Jfr C-265/95 Kommissionen mot Frankrike REG 1997, s. I-6990.

⁶² C-62/81 och C-63/81 *Seco m.fl.* REG 1982 s. 223, punkt 14; C-113/89 *Rush Portuguesa* REG 1990 s. I-1417 punkt 18, C-272/94 och *Guiot*, REG 1996, s. I-1905, punkt 12.

⁶³ Ds 1994:13 s. 336

Av direktivet framgår att medlemsstaterna får – men är inte skyldiga – att ålägga utländska företag att följa även sådana kollektivavtal som inte har s.k. erga omnes-effekt om dessa ”gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn”.⁶⁴ Formuleringen anses tillkommen för att täcka de danska och svenska kollektivavtalssystemen. Den närmare innebörden av regeln är inte helt klar. Det måste dock antagas att någon total täckningsgrad inte krävs. I annat fall har ju regeln inte någon annan innebörd än huvudregeln om att bara avtal med erga omnes-effekt kan utsträckas till gästande företag. Denna tolkning stöds även av ett uttalande av kommissionen i ett Explanatory Memorandum (av den 16 juni 1993).⁶⁵

Exakt vad som avses med minimilön tycks något oklart. Med minimilön torde avses de ersättningsnivåer som arbetsgivaren minst är skyldig att betala till arbetstagare inom lagens eller kollektivavtalets tillämpningsområde. För svensk rätt skulle det motsvara de villkor arbetsgivaren enligt kollektivavtal är skyldigt gentemot fackföreningen att betala även till utanförstående arbetstagare.⁶⁶

En annan typ av bestämmelser är regler som ålägger arbetsgivaren att betala försäkringspremier eller andra avgifter till fonder (motsvarande) till förmån för sina arbetstagare. Värmlandet får ålägga det gästande företaget att betala sådana avgifter under två förutsättningar. För det första får arbetstagaren inte åtnjuta samma eller i väsentliga delar jämförbart skydd genom de skyldigheter som arbetsgivaren redan omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad. För det andra måste de berörda arbetstagarna ges en rätt att kunna utkräva de förmåner som är kopplade till avgifterna.

Av det ovan sagda följer att Lex Britannia prima facie utgör ett klart fall av indirekt diskriminering. Som framgått kan bör dock stridsåtgärder som vidtas med stöd av Lex Britannia kunna godtas enligt EG-rätten om det skydd för arbetstagarna som eftersträvas inte redan vara tillgodosett genom regler i tjänsteutövarens är etableringsland och samma resultat kunna uppnås med mindre ingripande medel. Frågan om stridsåtgärdernas tillåtlighet i ett enskilt fall blir därigenom beroende av hur de fackliga organisationer utformar sina avtalskrav.⁶⁷ Samtidigt bör framhållas den rättsliga bedömningen av dessa frågor är behäftad med stor osäkerhet.

⁶⁴ Artikel 3:10 jämfört med 3:8 andra stycket.

⁶⁵ Uttalandet återges i SOU 1998:52 s. 85.

⁶⁶ Malmberg, Anställningsavtalet s. 158 ff. I Arblade-målet (domstolens dom 1999-11-23 i målen C-369/96 och C-376/96) befanns inte vissa regler om ”stämplar för ogynnsamma väderleksförhållanden och för lojalitet” innefattas i minimilönen. Skälet härtill var att stämplarna beräknades på grundval av arbetarens bruttolön och därför inte kunde utgöra en integrerad del av denna. Avgörande framstår som påtagligt formalistiskt.

⁶⁷ Se även Bergqvist, Lunning & Toijer, Medbestämmandelagen s. 448.

4.4 Den svenska modellen och europarätten

Hur har då rätten att tillgripa stridsåtgärder påverkats av europarätten? Som angavs inledningsvis har lagstiftarens traditionella utgångspunkt varit att det i första hand ankommer på arbetsmarknadens parter att på eget ansvar vidta ekonomiska stridsåtgärder, när fredsplikt inte råder på grund av kollektivavtal. Det noterades också att den svenska arbetsdomstolen i stort avstått från att genom rättspraxis uppställa gränser för parternas frihet att tillgripa stridsåtgärder (utanför kollektivavtalsförhållanden). Arbetsmarknadens parter har härigenom de facto åtnjutit en slags immunitet mot rättslig kontroll över användningen av stridsåtgärder. Som vi har sett har denna immunitet numera genombrutits. Men den rättsliga kontrollen utövas inte av vare sig den svenska riksdagen eller den svenska arbetsdomstolen, utan istället av domstolarna i Luxemburg och Strasbourg.

Samtidigt måste understrykas att hittillsvarande rättspraxis från dessa domstolar inte motsäger att det är en legitim uppgift för fackföreningar inte bara att direkt tillvarata sina medlemmars intressen genom att påverka anställningsvillkoren för dessa, utan även att motverka social dumpning genom att vaka över villkoren på arbetsmarknaden i dess helhet. Domstolarnas övervakning tycks begränsa sig till att kontrollera att fackföreningarna inte missbrukar den befogenhet som de i detta avseende som traditionellt åtnjutit.

5. Fackligt veto mot utlämnande av arbete

I 38–39 §§ MBL återfinns regler om fackligt inflytande i frågor om utlämnande av arbete till självständiga uppdragstagare. Regleringen är påfallande komplicerad och här kan inte annat än huvudreglerna redovisas.⁶⁸

Regleringen avser arbetsgivarens beslut att låta någon utföra visst arbete för hans räkning eller i hans verksamhet utan att denne därvid skall vara arbetstagare hos honom. Innan en arbetsgivare fattar ett sådant beslut skall han på eget initiativ förhandla med kollektivavtalsbärande fackförening. Förhandlingen skall i första hand hållas med den lokala fackföreningen. På begäran av denna skall även central förhandling hållas (38 § MBL).

Om central förhandling har hållits äger den centrala fackföreningen under vissa omständigheter förbjuda den tilltänkta åtgärden, nämligen om det kan antas att åtgärden

medför åsidosättande av lag eller kollektivavtal eller

annars strider mot vad som är allmänt vedertaget på avtalsområdet.

Den arbetsgivare som inte följer vetot kan åläggas att utge allmänt skadestånd.

Reglerna om fackligt veto infördes i MBL som ett svar på en diskussion om vad som vid den tiden betecknades som kringgående av arbetstagarbegreppet och

⁶⁸ Se vidare Bergqvist, Lunning & Toijer, Medbestämmandelagen, s. 383 ff.

utnyttjande av grå arbetskraft. Allteftersom ett större socialt och ekonomiskt ansvar lagts på arbetsgivare, hade det blivit vanligare att företag utnyttjade andra juridiska arrangemang att bedriva verksamheten än genom egna anställda. Detta antogs ske framförallt för att undgå de kostnader och det ansvar som följde av arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal, samt skyldigheter inom skatterätten. Missförhållanden var utbredda och välkända inom t.ex. varvsindustrin och bygg- och anläggningsbranschen.

I motiven angavs att syftet med regleringen inte var att hindra företag från att utnyttja främmande tjänster. Det betonades att arbetsfördelning mellan företag och specialisering av verksamhet är nödvändig för utveckling av näringslivet.⁶⁹ Vad man ville komma åt var de fall där företagens sätt att organisera verksamheten framstod som illojalt mot de regler som gäller på arbetsmarknaden. Regleringen syftade till att komma åt företeelser som redan var otillåtna enligt andra regler. Det nya var att ytterligare en kontrollmekanism tillskapades.

Som synes bygger regleringen på två av de drag för den svenska modellen som tidigare uppmärksammats (avsnitt 4.2). För det första anses det vara en uppgift för fackföreningarna att motverka social dumpning (dvs. att inte bara direkt bevaka villkor för de egna medlemmarna utan även att övervaka villkoren på arbetsmarknaden som helhet). Vidare har beslutanderätten lagts hos de centrala arbetstagarorganisationerna.

Reglerna var kontroversiella när de infördes och är så alltjämt. Kritikerna har framhållit att det finns risk att vetorätten utnyttjas för andra ändamål än de avsedda, t.ex. som ett medel i konkurrens mellan olika fackföreningar. Vidare pekas på att regleringen ger begränsade rättssäkerhetsgarantier. Den entreprenör som av fackföreningen blir anklagad för att t.ex. inte betala sociala avgifter, ges ingen möjlighet att försvara sig. Reglerna anklagas också för att anvisa ett alltför komplicerat förfarande, vilket kan leda till problem, särskild för små och medelstora företag.

Det fackliga vetot avskaffades år 1993 av den dåvarande borgerliga regeringen. Ett av argumenten, låt vara inte det viktigaste, var att det fackliga vetot inte var förenligt med EG-direktiven om offentlig upphandling. I propositionen framhölls att lagen om offentlig upphandling innehåller en uttömmande uppräkningslista av de fall när en leverantör kan uteslutas från upphandling och att den upphandlande enheten vid prövningen anbud skall anta det anbud som har lägst pris eller annars är mest ekonomiskt fördelaktigt. Departementschefen menade att något undantag för det fall att fackföreningen har lagt in veto inte finns i LOU och inte heller i de bakomliggande EG-direktiven.⁷⁰

⁶⁹ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 310.

⁷⁰ Prop. 1993/97:67 s. 53 f. Se även Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 406 f. Vidare anfördes att vetoreglerna i vissa fall kunde antas strida mot EG:s konkurrensregler. Det framhölls att om vetorätten används mot flera arbetsgivare, och dessa sedan i samråd fattar

Efter valet 1994 återinfördes det fackliga vetot av den nya socialdemokratiska regeringen. I propositionen berördes inte frågan om vetoreglernas förenlighet med EG-rätten.⁷¹ Frågan diskuterades dock vid utskottsbehandlingen. Utskottet framhöll att förutsättningarna för att kunna ställa krav på en leverantör är olika i 39 § MBL och i 1 kap. 17 § upphandlingslagen. Särskilt gällde detta rekvisitet i 39 § att åtgärden annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde. Detta rekvisit gav, enligt utskottet, utrymme för att ställa krav som går väsentligt utöver vad upphandlingslagen medger.⁷² Vidare noterades att det för att tillgripa veto enligt 39 § MBL är tillräckligt att det *kan antas* att åtgärden kommer att medföra överträdelse av lag etc., medan uteslutning av anbudsgivare förutsätter att denna t.ex. *dömts* för brott eller det kan *bevisas* att denne gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning. Mot bakgrund härav var en anpassning av vetoreglerna till upphandlingslagen enligt utskottet nödvändig. I syfte att inte minska utrymmet för veto mer än nödvändigt beslutades att en vetoförklaring, som sker i samband med upphandling i på vilken LOU är tillämplig, endast får grundas på omständigheter som anges i 1 kap. 17 § LOU (eller, beträffande upphandling under tröskelvärdena, 6 kap. 9–11 §§ LOU).⁷³

6. Utstationering

Som en sista metod att motverka låglönekonkurrens skall Utstationeringsdirektivet (96/71/EG) helt kort beröras.⁷⁴ Direktivet antogs 1996 och är sedan december 1999 implementerat i svensk rätt genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

Direktivet behandlar anställningsförhållandena för arbetstagare som tillfälligt utför arbete i ett annat land (värdlandet). Enligt Romkonventionen är värdlandets lag normalt inte tillämplig på sådana anställningsförhållanden. Tanken bakom utstationeringsdirektivet är att vissa av värdlandets arbetsrättsliga regler likväl skall tillämpas även på arbetstagare som tillfälligt utför arbete i landet. Redan av EG-domstolens praxis från tiden före direktivet framgår att värdlandet har rätt – men inte skyldighet – att tillämpa vissa minimivillkor i lagar och kollektivavtal, i vart fall allmängiltiga, på sådana gästande arbetstagare.⁷⁵ Den huvudsakliga nyheten i direktivet är att medlemsstaterna blir *skyldiga* tillämpa vissa minimivillkor även på dessa grupper.

beslut att inte använda de tjänster som erbjuds av en viss entreprenör, kan detta utgöra en konkurrensbegränsande samverkan mellan företag.

⁷¹ Prop. 1994/95:76 s. 19.

⁷² Att det kan ifrågasättas om denna uppfattning är riktig framgår ovan avsnitt 3.2.

⁷³ Bet. 1994/95:AU04. Frågan om vetoreglernas överensstämmelse med EG:s konkurrensrätt uppmärksammades inte detta lagstiftningsärende.

⁷⁴ Allmänt om direktivet se t.ex. SOU 1998:52, Davies CMLR 34 (1997) s. 571 ff., Eklund SvJT 2000 s. 260–269, Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 342 ff. och Nyström, EU och arbetsrätten s. 112 ff.

⁷⁵ Se t.ex. C-113/89 Rush Portuguesa.

Den centrala bestämmelsen i direktivet återfinns i artikel 3. Enligt denna är medlemsstaterna *skyldiga* att se till att arbetstagare som tillfälligt stationerats på deras territorium garanteras vissa arbets- och anställningsvillkor. De arbets- och anställningsvillkor som åsyftas är sådana som

- är reglerade i lag eller – vid arbete som avser byggverksamhet – i allmän- giltiga kollektivavtal och
- berör vissa särskilt utpekade frågor (längsta arbetstid, betald semester, minimilön etc.)

Därutöver ger direktivet medlemsstaterna *möjlighet* att utsträcka även andra villkor till utstationerade arbetstagare. I bl.a. Sverige saknas system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Enligt en särskild bestämmelse i direktivet (artikel 3:8) kan länder som saknar allmängiltiga kollektivavtal, ”*om de så beslutar*”, istället utgå från kollektivavtal som gäller allmänt för en viss sektor, visst arbete eller ett visst geografiskt område. Denna möjlighet står öppen såväl för byggsektorn som för andra typer av verksamheter (artikel 3:10). Direktivet ger därigenom Sverige möjlighet att välja om de utländska arbetsgivarnas skyldighet att iaktta vissa arbets- och anställningsvillkor skall omfatta regler i kollektivavtal.

Ett av de viktigaste ändamålen med direktivet är att motverka social dumpning. Den metod som direktivet anvisar är dock en annan än den som traditionellt används i Sverige. Medan uppgiften att motverka låglönekonkurrens i Sverige traditionellt åvilat fackföreningarna, bygger direktivet på tanken att det är staten som skall fastställa vilka regler som skall gälla för arbetstagare som inte direkt omfattas av svensk lagstiftning och svenska kollektivavtal.

Mot bakgrund härav är det inte förvånande att lagstiftaren valt en relativt minimalistisk strategi vid implementeringen av direktivet. Detta märks främst genom att lagstiftaren valt att inte utnyttjat den möjligheten att låta svenska kollektivavtal bli tillämpliga på här i landet utstationerade arbetstagare (med stöd av artikel 3 stycke 8 och 10). I motiven angavs som skäl för detta bl.a., att det medel som arbetsmarknadens parter idag använder för att motverka social dumpning i Sverige, i första hand att (under hot om stridsåtgärder) sluta kollektivavtal med utländska arbetsgivare, är tillräckliga för att hindra social dumpning på den svenska arbetsmarknaden.⁷⁶

⁷⁶ SOU 1998:52 s. 84 ff., särskilt s. 90. och Prop. 1998/99:90 s. 26 f.

Källor

Offentligt tryck m.m.

- Arbetsmarknadsutskottet betänkande 1993/94:AU4
Arbetsmarknadsutskottet betänkande 1994/95:AU04
Arbetsmarknadsutskottet betänkande 1999/2000:AU5
Ds 1994:13 Lex Britannia
Kommissionens meddelande Offentlig upphandling inom den Europeiska unionen, 1998-03-11, KOM (98) 143.
Kommissionens grönbok Offentlig upphandling inom den Europiska unionen (antagen den 27 november 1996)
Kommittédirektiv 1999:34 Tilläggsdirektiv till Utredningen om översyn av Nämnden för offentlig upphandling
Lagutskottets betänkande 1998/90:LU7
Prop. 1973/73 angående riktlinjer för den offentliga upphandlingen
Prop. 1975/76:105 bil. 1 Lag om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1983/84:165 om ändring i lagen (1976:589) om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1990/91:162 om vissa fredspliktsregler
Prop. 1993/94:67 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler
Prop. 1993/97:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 1994/95:76 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler
Prop. 1998/99:90 Utstationering av arbetstagare
Prop. 1999/2000:32 Lönebildning för full sysselsättning
SOU 1984:19 Arbetsmarknadsstriden II
SOU 1988:49 Arbetsmarknadsstriden III
SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare
SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling

Litteratur

- Agell, A. (red.), *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden*, Iustus 1999.
Ahlberg, K. & Bruun, N., *Kollektivavtal i EU*, Juristförlaget 1996.
Andersson, G., *Låglönekonkurrens på den svenska arbetsmarknaden*. I Affärsjuridiska uppsatser 1993, Iustus 1994.
Bergqvist, O., Lunning, L. & Toijer, G., *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*, Publica 2 uppl. 1997.
Bogdan, M., *Svensk internationell privat- och processrätt*, Norstedts 5 uppl. 1999.
Bruun, N., *The Transformation of the Nordic Industrial Relations*; I The Transformation of the Nordic Industrial Relations in the European Context, IIRA 4th European Regional Congress, Helsingfors 1994.

- Craig, P. & de Búrca, G., *EU Law – text cases and materials*, Oxford University Press 1998, Oxford.
- De Geer, H., *Arbetsgivarna. SAF i tio decennier*, SAF 1992.
- Davies, P., *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, *Common Market Law Review* 34 (1997) s. 571–602.
- Deakin, S. & Wilkinson, F., *Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, *Industrial Law Journal*, vol. 23, 1994 s. 289–310.
- Eklund, R., *Utstationering av arbetstagare*. SvJT 2000 s. 260–269.
- Göransson, H., *Kollektivavtalet som fredspliktinstrument*, Juristförlaget 1988.
- Göransson, H., *Stop för stridsåtgärder mot bekvämlighetsflaggade fartyg?*, JT 1989–90 s. 536–545.
- Hamskär, I. & Junesjö, K., *Felaktig dom bidrar till lönedumpning*, Lag & Avtal 1998 nr 7 s. 18
- Hentze, M., & Sylvén, H., *Offentlig upphandling*, Norstedts 1998.
- Herzfeld-Osson, P., *Förhållandet mellan rätten att vidta stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten aktualiseras i Europadomstolen*, JT 1997–98 s. 606–614.
- Johansson, A. L., *Tillväxt och klassarbete*, Tiden 1989.
- Krüger, K., Nielsen, R. & Bruun, N., *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJØF 1997, Köpenhamn.
- Maier, L., *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, Jure 2000.
- Malmberg, J., *Anställningsavtalet*, Iustus 1997.
- Malmberg & Johnsson, *Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora – A Survey*, Arbetslivsrapport 1998:25, Arbetslivsinstitutet.
- Nelhans, J., *Utlänningen på arbetsmarknaden. De rättsliga förutsättningarna för utlännings tillträde till den svenska arbetsmarknaden*. Studentlitteratur 1973.
- Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, Norstedts 2 uppl. 1999.
- Nyström, B., *Stridsåtgärder på en moderna arbetsmarknad*, Arbetsmarknad & Arbetsliv 1997 nr 3 s. 17–34.
- Pålsson, L., *Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser*. Norstedts 1998.
- Schelin, J., *Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden*, Iustus 1997.
- Schmidt, F., *Facklig arbetsrätt*, Juristförlaget, reviderad upplaga 1997, ombesörjd av Ronnie Eklund, Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman.
- Schmidt, F., *Löntagarrätt*. Juristförlaget reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman, Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström.
- Sigeman, T., *Den svenska EES-arbetsrätten. En översikt*. I Rosén (red.) EES-avtalet i svensk rätt, Juristförlaget 1993.
- Sigeman, T., *Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser*. Lag & Avtal 1998 nr 6 s. 21.
- Söderlöf, G. & Bergström, G., *Slopat krav på kollektivavtal inget problem vid offentlig upphandling*, Lag & Avtal 1998 nr 9 s. 23.
- Thörnqvist, C., *Strejker på 2000-talet – ett historiskt och internationellt perspektiv*; I Tegle, S., *Har den svenska modellen överlevt krisen?*, Arbetslivsinstitutet 2000.
- Wikrén, G. & Sandesjö, H., *Utlänningslagen med kommentarer*, Norstedts 6 uppl. 1999.