

# Fackliga stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag — EG-rätten förtydligad

Av professor TORE SIGEMAN\*

*Är den rätt till fackliga stridsåtgärder som föreligger enligt nationell rätt i något avseende inskränkt enligt regler om fri rörlighet för tjänster i EG-fördraget och utstationeringsdirektivet? Det var den huvudfråga som hade hänskjutits till EG-domstolen och som har avgjorts genom Laval-domen den 18 december 2007. I uppsatsen inventeras den gemenskapsrätt som har be-lysts i domen och i anslutande EG-praxis från senare tid. Nu är klarlagt att fackföreningar kan bindas av fördragets direkta horisontella effekt och att stridsåtgärder kan utgöra otillåtna begränsningar av de ekonomiska frihe-terna. Även om rätten till sådana åtgärder har erkänts som en grund-läggande rättighet, måste den utövas i samklang med de krav som följer av andra i fördraget erkända rättigheter. Uppsatsen inriktas främst på hur av-vägningen mellan motstående rättigheter får betydelse för svenska fackför-eningars handlingsfrihet.*

## **1 En arbetsblockad av ett skolbygge och dess följder**

Hösten 2004 utspelades vid ett skolbygge i Vaxholm en arbetskonflikt som blev livligt uppmärksammas i offentlig debatt. Med stöd av EG-rättens regler om fri rörlighet för tjänster, som efter östutvidgningen den 1 maj 2004 hade blivit tillämpliga i Sveriges relationer till de tio nya medlemsstaterna, hade ett gästande företag, det i Lettland regi-strerade bolaget Laval, kunnat åtaga sig entreprenad för bygget. Efter resultatlösa förhandlingar vidtog svenska fackföreningar omfattande blockadåtgärder, även sympatiåtgärder, i syfte att tvinga Laval att träf-fa kollektivavtal som skulle reglera anställningsvillkoren för företagets arbetare, vilka alla hade medförts från Lettland. Kraven gick ut på att Laval skulle acceptera det svenska kollektivavtalet för husbyggnads-branschen och sålunda underkastas samma villkor som de som nor-malt avkrävs svenska företag inom branschen. Beträffande lön ställdes vid förhandlingar krav på att tidlön skulle utgå under hela entrepre-nadtiden med 145 kr/timme, vilket enligt byggnadsavtalet motsvarade genomsnittslönen i den region som Vaxholm tillhör.

\* Professor emeritus i civilrätt, särskilt arbetsrätt, vid Stockholms och Uppsala uni-versitet, Jur. dr h.c. Friedrich-Schiller-Universität Jena. Uppsatsen bygger delvis på J. Malmberg & T. Sigeman, "Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Jus-tice", *Common Market Law Review*, 2008, issue 4. Forskningsassistent Erik Sjödin har bidragit med källhänvisningar och synpunkter.

Laval, som efter det att förhandlingar inletts med svensk fackförening hade passat på att träffa kollektivavtal med en lettisk fackförening, drog frågan om stridsåtgärdernas lovlighet till Arbetsdomstolen och påstod att åtgärderna stred mot EG-rättens regler om fri rörlighet för tjänster och dess förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. I diskrimineringsfrågan gjordes gällande att en regel i den svenska medbestämmandelagen (MBL), den s.k. lex Britannia i 42 § tredje stycket, var ogiltig enligt EG-rätten.

Efter det att ett yrkande om interimistiskt förbud mot åtgärderna hade avslagits (AD 2004 nr 111) samt Laval ansett sig tvingat att överge entreprenaden, ehuru rättegången fortsatte, beslöt Arbetsdomstolen i april 2005 att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen avseende två frågor som gällde stridsåtgärdernas förenlighet med regler i EG-fördraget och anslutande sekundärrätt om fri rörlighet för tjänster och med regler i fördraget om diskrimineringsförbud (AD 2005 nr 49). I den följande rättegången i EG-domstolen stödde den svenska regeringen (både före och efter regimskiftet 2006) arbetstagsidans ståndpunkt att gemenskapsrätten inte hade kränkts.

EG-domstolen, som avgjorde målet i "Grand Chamber", meddelade dom den 18 december 2007.<sup>1</sup> Domen går ut på att artikel 49 EG och artikel 3 i EG:s utstationeringsdirektiv<sup>2</sup> skall tolkas så att de utgör hinder för att en fackförening, i en medlemsstat som saknar lagregler om minimilön och som i övrigt implementerat direktivet så som Sverige gjort, ges möjlighet att genom sådana stridsåtgärder som här förekommit försöka förmå gästande tjänsteföretag att inleda förhandlingar om den lön som de utstationerade arbetarna skall erhålla och att ansluta sig till ett kollektivavtal med sådana villkor som de i ärendet aktuella (se närmare nedan). Vidare fann domstolen lex Britannia strida mot diskrimineringsförbudet i artiklarna 49–50 i EG-fördraget.

Domen har av många bedömare ansetts överraskande och den har snabbt granskats och kritiserats i många inlägg i den internationella debatten.<sup>3</sup> Kritiken har inte bara varit rättspolitisk utan har också avsett domstolens värdering av materialet i rättskällorna. Att domen har överraskat kan ses mot bakgrund av att många medlemsstater i sina

<sup>1</sup> Mål C-341/05, *Laval et Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl.*, ännu ej rapporterat.

<sup>2</sup> Direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

<sup>3</sup> T.ex. A. Davies, "One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ", *Industrial Law Journal* 2008, s. 126 ff., Ph. Syrpis & T. Novitz, "Economic and social rights in conflict: Political and judicial approaches to their reconciliation", *European Law Review* 2008, s. 411 ff., R. Nielsen, "EU-domstolens afgørelser om konflikten i Viking- og Laval-sagerne", *Arbejdsretligt Tidsskrift*, AOnline, mars 2008, C. Barnard, "Social Dumping or Dumping Socialism?", *Cambridge Law Journal* 2008, s. 262 ff., N. Reich, "Free Movement v. Social Rights", *German Law Journal* 2008 s. 125 ff., R. Eklund och G. Orlandini i *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2008 s. 551 ff och 573 ff. Om tysk debatt, se vidare F. Temming, "Das schwedische Modell auf dem Prüfstein in Luxemburg", *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht* 2008 s. 231 ff med hänv.

yttranden till domstolen under rättegången stödde arbetstagsidans och Sveriges ståndpunkt samt att generaladvokaten i sitt förslag i princip accepterade att den svenska s.k. avtalsmodellen användes som metod att implementera direktivet.<sup>4</sup>

Tankestrukturen i Laval-domen är inte helt lätt att följa och skall inte närmare analyseras här, utan uppsatsen inriktas på att beskriva de *förhållningsregler* som *fackföreningar* enligt domen har att iakttä beträffande stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag. I anslutning till den beskrivningen kommer att uppmärksammas också innehållet i en dom, som samma månad och med samma domaruppsättning meddelades i ett annat mål med nordisk anknytning, det s.k. Viking-målet, som i huvudsak gällde avvägning mellan rätten till fackliga stridsåtgärder och en annan ekonomisk frihet än i Laval-målet, nämligen den fria etableringsrätten enligt artikel 43 EG.<sup>5</sup> Där var fråga om en av rederiet Viking Line av ekonomiska skäl planerad utflaggning av en färja från Finland till Estland eller annat land med lägre personalkostnader samt om tilltänkta stridsåtgärder med syfte att hindra utflaggningen eller dess effekter för de medlemmar av den angripande fackföreningen som var anställda på färjan. I tvisten stöddes fackföreningen genom åtgärder av Internationella transportarbetarfederationen (ITF).

Den till EG-domstolen i Laval-målet hänskjutna frågan om lex Britannia avskiljes i uppsatsen till behandling i särskild ordning, se nedan 11.

## **2 Fri tjänstehandel. Långsiktiga syften. Betungande omställningseffekter**

I centrum för Laval-domen står artikel 49 EG, som är den regel i fördraget som förbjuder inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen. Det förbudet är riktat först och främst till medlemsstaterna, och dess syfte och dess tillämpning på den nivån bör kortfattat redovisas som bakgrund till den följande beskrivningen av förhållandena för privata rättssubjekt.

Frihandel av tjänster liksom av varor är enligt fördraget en fundamental princip med de långsiktiga syftena att skapa en hög levnadsstandard och en god livskvalitet för befolkningen i alla medlemsstater.<sup>6</sup> Den principen är grundad på uppfattningen att frihandel i det långa loppet innebär samhällsekonomiska vinster för alla deltagande

<sup>4</sup> Generaladvokaten Paolo Mengozzi avgav sitt förslag den 27 maj 2007.

<sup>5</sup> Mål C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, ännu ej rapporterat.

<sup>6</sup> Om de ekonomiska friheterna, se t.ex. A.G. Toth, *The Law of the Internal Market*, The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, Vol. II (Oxford, 2005); C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 2nd ed. (Oxford, 2007); E. Grabitz & M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Bd I, (München, Beck Verlag, 2001, 2006), U. Bernitz & A. Kjellgren, *Europarättens grunder*, 3. uppl. 2007, S. St Clair Renard, *Fri rörlighet för tjänster*, (ak. avh.) 2007. Om de ultimära syftena, se artikel 2 EG.

länder. Förutsättningen är dock, såsom ekonomisk forskning visar, att varje land inriktar sig på den produktion där man relativt sett är mest effektiv.<sup>7</sup> Med andra ord bör ett deltagande land koncentrera sin produktion till sektorer där man har vad ekonomerna kallar ”comparative advantages”.<sup>8</sup> Fungerande frihandel förutsätter sålunda temporära omställningskostnader. Kapital och arbetskraft måste inte sällan flytta till nya verksamheter. Kompetensnivån måste höjas. För arbetstagarna i ett värdland kan konkurrens på tjänstemarknaden medföra åtminstone temporära välfärdsförluster i form av försämrad sysselsättning eller nedpressad nivå för löner och andra anställningsförmåner.

### 3 Restriktioner för fri tjänstehandel. EG-praxis. Utstationeringsdirektivet

Sådana välfärdsförluster som nyss nämnts kan tänkas bli förhindrade eller begränsade på olika vägar. Redan att EG inför lagharmoniserande direktiv för arbetslivsfrågor, t.ex. arbetstidsdirektivet 93/104/EG, medför att gästande tjänsteföretag från annat medlemsland inte kan tillskansa sig konkurrensfördelar genom att tillämpa sämre villkor än direktivet stipulerar som minimum.

När det gäller åtgärder som en enskild medlemsstat kan vidta i egenskap av värdland är huvudregeln i artikel 49 EG, såsom nämnts, att restriktioner inte får uppställas för den fria tjänstehandeln.<sup>9</sup> Emellertid har EG-domstolen sedan länge godtagit att en stat, med avsteg från huvudregeln, kan uppställa vissa hinder för den fria tjänsterörligheten, förutsatt att hindren är berättigade av tvingande hänsyn till allmänintresset och att de inte diskriminerar och inte sträcker sig längre än som är nödvändigt för att nå det åsyftade målet.<sup>10</sup> Att skydda sysselsättningen för värdlandets arbetstagare mot särskilt aggressiv låglönekonkurrens är exempel på allmänintresse som erkänts som tvingande av EG-domstolen. I början av 1990-talet vitsordade domstolen sålunda att ett värdland kunde utsträcka tillämpningen av regler om minimilön i lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal till att gälla för gästande tjänsteföretag.

<sup>7</sup> R. Baldwin & Ch. Wyplosz, *The Economics of European Integration*, 2nd ed., (London, 2006), chap. 10; R. Caves, J. Frankel & R. Jones, *World Trade and Payments. An Introduction*, 8th ed., (Boston, 1999); R. Krugman & M. Obstfeld, *International Economics. Theory and Policy*, 7th ed. (Boston, 2006), pp. 24 ff. En koncis översikt av forskningsläget ger L. Calmfors i ”Industriarbetarna har betalat byggjobbarnas billiga varor”, DN.se, 8 januari 2006.

<sup>8</sup> Begreppet skall inte förväxlas med ”absolute advantage”, se Krugman & Obstfeld a.a. s. 34.

<sup>9</sup> Se t.ex. målen C-43/93, *Vander Elst* [1994] REG I-3803, C-493/99, *Kommissionen v. Tyskland* [2001] REG I-8163 och C-445/03, *Kommissionen v. Luxemburg* [2004] REG I-10191.

<sup>10</sup> Se t.ex. C-113/89, *Rush Portuguesa* [1990] REG I-1417, C-369/96, *Arblade* [1999] REG I-8453, C-49/98, *Finalarte* [2001] REG I-7831, C-165/98, *Mazzoleni* [2001] REG I-2189, C-164/99, *Portugaia* [2002] REG I-787. Jfr R. Giesen ’Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?’, *Common Market Law Review*, 2003, s. 143 ff, och R. Blanpain, *European Labour Law*, 10<sup>th</sup> ed. (Haag 2006) s. 351 ff. Jfr nedan vid not 18 om det s.k. Gebhard-testet.

Den rättspraxis som tidigt växte fram tycks dock ha ansetts svåröverskådlig, och år 1996 beslöts att frågorna om behandlingen av gästande tjänsteföretag skulle regleras i ett särskilt direktiv, det ovan redan nämnda *direktivet 96/71/EG om utstationering* av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.<sup>11</sup> Direktivet, som innefattar avsteg från de internationellt privaträttsliga reglerna i Romkonventionen 1980,<sup>12</sup> införde en principiellt viktig nyhet såtillvida att det inte bara tillåter utan *förpliktar* varje värdstat att se till att arbetstagare som utstationeras till staten tillförsäkras de minimiförmåner som värdstatens lagar eller allmängiltigförklarade kollektivavtal föreskriver såvitt gäller vissa uppräknade, särskilt viktiga arbetsrättsliga ämnen (avseende arbetsmiljö, arbetstid, semester, minimilön, uthyrning av arbetskraft, skydd för kvinnor och barn samt diskriminering på olika grunder). Dessa ämnen som räknas upp i artikel 3.1 brukar sammanfattande kallas direktivets *hårda kärna*.

Eftersom institutet allmängiltigförklarade kollektivavtal inte finns i alla medlemsländer, öppnas i artikel 3.8 vissa möjligheter för en värdstat att nyttja alternativa regleringsformer som anknyter till kollektivavtal med verkligt dominerande ställning (ehuru kanske inte med 100-procentig täckning). Av särskilt intresse för svensk del skulle kunna vara den metod enligt 3.8 som kan betecknas som *extensionsreglering* av kollektivavtal som "gäller allmänt". Metoden, som förutsätter uttrycklig lagreglering, innefattar att alla gästande tjänsteföretag måste ge sina anställda det utsträckta kollektivavtalets minimiförmåner för hårda kärnan.<sup>13</sup>

Beträffande ämnen som ligger *utanför* den hårda kärnan gäller en fakultativ regel (artikel 3.10) som innebär att medlemsstat är berättigad att, i enlighet med fördraget, ålägga gästande företag att tillämpa bestämmelser om ämnena, förutsatt att bestämmelserna rör sådana särskilt viktiga regleringar som i direktivet kallas *ordre public*.

Regleringen i utstationeringsdirektivet har tydlig prägel av kompromiss mellan motstående intressen, något som visar sig bland annat i att vad som sägs i preambeln inte alltid är lätt att förena med själva reglerna. Direktivet, som skulle genomföras senast den 16 december 1999, är sålunda delvis svårtolkat. Sverige implementerade direktivet genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare. Där uppräknas i 5 § de svenska lagbestämmelser som skall tillämpas av gästande tjänsteföretag, och den uppräknningen täcker direktivets hårda

<sup>11</sup> Om rättsutvecklingen och direktivet, se Sigeman, "Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt", *Europarättslig Tidskrift* 2005 s. 465 ff (citeras nedan Sigeman ERT 2005).

<sup>12</sup> Jfr Sigeman ERT 2005 s. 472, L. Hatzidaki-Dahlström, "Lex loci laboris", *Vänbok till Axel Adlercreutz*, 2007, s. 133 ff.

<sup>13</sup> Om metoden, se Sigeman ERT 2005 s. 475 ff. Att 100-procentig täckning inte absolut krävs för likartade nationella företag i värdstaten får rimligen anses följa av att direktivets struktur förutsätter att denna metod innebär något annat än traditionell allmängiltigförklaring som ju innefattar att alla företag binds, både nationella och gästande sådana.

kärna med ett undantag. Ingenting sägs om minimilön. Som bekant saknas svensk lagstiftning om sådan lön. Av lagförarbetena framgår att reglering i lag anses onödig eftersom den funktion som regler om minimilön skall ha enligt direktivet kan fyllas av det svenska kollektivavtalssystemet.<sup>14</sup> Tanken är tydligen att svenska fackföreningar genom förhandlingar och vid behov genom stridsåtgärder kan se till att gästande företag ger sina anställda lön enligt svensk standard. Med fog kan sägas att den svenske lagstiftaren överlämnade till landets fackföreningar att i denna del svara för att direktivets syfte att skydda arbetstagare uppnås. Det brukar påstås att Sverige använde sin särskilda *avtalsmodell* för att genomföra direktivet. I utstationeringslagen sägs dock ingenting om att gästande företag kan bli skyldiga att tillämpa svenska kollektivavtal, bortsett från en erinran i 7 § andra stycket om den fredsplikt som följer av kollektivavtal. Allmängiltigförklaring eller extensionsreglering enligt artikel 3.8 har inte använts av Sverige.

Den möjlighet som direktivet ger åt medlemsstater att införa normer med karaktär av *ordre public* nyttjades av Sverige endast till att ålägga gästande företag att iaktta MBL:s regler om föreningsrätt och förhandlingsrätt (7 § 1 st.).

#### **4 Förhållningsregler för ett värdlands fackföreningar. Inledning**

Vad som ovan sagts om EG-rätten har avsett vad som gäller för medlemsstaterna då de uppställer regler som kan innebära hinder för den fria rörligheten för tjänster. Framställningen ändrar nu fokus till att avse huruvida några motsvarande *förhållningsregler för fackföreningar* kan utläsas ur de nämnda avgörandena med nordisk anknytning som EG-domstolen har meddelat i december 2007. Ett par frågor framstår genast som primära. En sådan gäller om fackföreningar, som ju är privata rättssubjekt, verkligen kan anses bundna av artikel 49 EG i sina relationer till andra sådana rättssubjekt. Då en fördragsbestämmelse tillskrivs sådan rättsverkan sägs den, med EG-litteraturens terminologi, ha direkt horisontell effekt (nedan 5). Primär karaktär har också frågan om fackliga stridsåtgärder verkligen kan klassificeras som inskränkningar i rätten till fri rörlighet för tjänster, något som förutsätter att reglerna om sådana åtgärder lyder under EG-rätten och inte helt faller under medlemsstaternas autonomi (nedan 6). I det sammanhanget uppkommer frågan om rätten till stridsåtgärder har förhöjd status i regelhierarkin genom att vara erkänd som s.k. grundläggande rättighet. Såsom kommer att framgå besvaras dessa frågor jakande av EG-domstolen. Därmed aktualiseras en rad andra frågor i kongruens med vad som ovan kortfattat berörts beträffande restriktiva åtgärder av medlemsstater, i första hand frågan om några tvingande hänsyn till allmänintresset kan berättiga att de ekonomiska friheterna

<sup>14</sup> Prop. 1998/99:90 s. 25 ff. Jfr R. Eklund, "Utstationering av arbetstagare", *SvJT* 2000 s. 260 ff.

begränsas genom stridsåtgärder (nedan 7). Avgörande för hur avvägningen mellan olika rättigheter eller intressen skall ske är numera vad tolkningen av artikel 49 EG och utstationeringsdirektivet innebär, och ett särskilt avsnitt ägnas åt dessa tolkningsfrågor (nedan 8). Summerande karaktär har ett följande avsnitt (9) om olika kategorier av stridsåtgärder. I en exkurs (nedan 10) jämförs vidare rätten till stridsåtgärder som grundläggande rättighet med hur andra grundläggande rättigheter behandlas i EG-praxis.

### **5 Kan fördragsartiklar om ekonomiska friheter ha direkt horisontell effekt för fackföreningar?**

Artikel 49 EG har vittgående rättsverkningar för medlemsstaterna. Sålunda gäller bl.a. att privata rättssubjekt i vissa lägen kan rikta anspråk mot en medlemsstat (i de olika former den kan uppträda) för överträdelse av artikeln (s.k. direkt vertikal effekt). I praxis rörande såväl artikel 49 som artiklar om andra ekonomiska friheter har EG-domstolen emellertid i vissa fall vidare tillerkänt artiklarna direkt *horisontell* effekt, dvs. i relationer *mellan privata rättssubjekt*. Detta har gällt situationer då ansvar utkrävts av sammanslutningar som inte har offentlighetsrättslig status men som har "rättslig autonomi" att kollektivt reglera de förhållanden under vilka friheterna nyttjas.<sup>15</sup> I Laval- domen har EG-domstolen, till synes utan tvekan, hänfört fackföreningar till samma kategori, åtminstone i ett land som Sverige där de har vittgående rätt att vidta åtgärder som kan tvinga gästande företag att teckna kollektivavtal som gör det svårare för dem att genomföra tjänsteuppdrag i landet (domen p. 98–99). På motsvarande sätt har domstolen i Viking- domen förklarat att artikel 43 EG (om fri etableringsrätt) kan ha dylik direkt horisontell effekt för en fackförening eller en sammanslutning av fackföreningar (p. 35–36).

### **6 Kan fackliga stridsåtgärder utgöra inskränkningar i ekonomiska friheter i EG-fördragets mening?**

Stridsåtgärder på arbetsmarknaden kan onekligen innebära rent faktiska begränsningar av möjligheterna till fri tjänstehandel över gränserna. I Laval-målet gjordes dock gällande av svarandeparter och några regeringar att stridsåtgärder likväl, på vissa rättsliga grunder, inte kunde karakteriseras som inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artikel 49 EG. En första invändning gick ut på att det av artikel 137.5 EG (om undantagande av rätten till strejk och lockout från det i artikel 137 stipulerade regleringsförfarandet) skulle följa att EG-organen saknade kompetens att reglera sådana åtgärder. Domstolen avfärdade den invändningen med att påpeka att även om medlemsstaterna, på områden som inte omfattas av EG:s kompetens att utfärda direktiv, har principiell frihet att reglera

<sup>15</sup> Mål 36/74, *Walrave, Koch* [1974] REG 1405, p. 17–18, C-415/93, *Bosman* [1995] REG I-4921, p. 83–84, och C-309/99, *Wouters* [2002] REG I-1577, p. 120, jfr C-281/98, *Angonese* [2000] REG I-4139.

rättigheter, så är de likväl skyldiga att iaktta gemenskapsrätten vid utövandet av den behörigheten. Motsvarande ställningstagande gjordes av domstolen i Viking-målet såvitt gällde stridsåtgärder i förhållande till artikel 43 om fri etableringsrätt.

En andra invändning som framställdes i både Laval och Viking innebär att rätten till fackliga stridsåtgärder utgjorde en *grundläggande rättighet* vilken såsom sådan skulle falla utanför tillämpningsområdet för artiklarna 43 EG och 49 EG. Här måste inskjutas att innebörden av begreppet grundläggande rättighet är oklar.<sup>16</sup> Arbetstagarparterna i de två målen tycks ha menat att en rättighets upphøjelse till sådan status skulle medföra att nationell reglering ges fullständig immunitet mot varje inskränkning genom reglering på övernationell nivå. En andra ytterlighet skulle kunna innebära endast en viss förhöjning av rättskällevärdet hos rättigheten då den vägs mot andra rättigheter. EG-domstolen synes närmast ansluta sig till detta senare synsätt. Domstolen erkänner rätten till fackliga stridsåtgärder som en grundläggande rättighet som utgör en integrerad del av de allmänna principerna inom gemenskapsrätten. Så sker under hänvisning till internationella rättsakter, utfärdade av Europarådet och ILO, och till EU:s egen stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice år 2000 (Laval p. 90, Viking p. 43). Detta erkännande innebär dock ingalunda att rätten till stridsåtgärder är obegränsad. Rätten måste utövas i samklang med andra rättigheter som skyddas under EG-fördraget. Hur avvägningen bör ske behandlas vidare nedan.

I detta sammanhang är att nämna att domstolen i Viking-domen avisade en analogi med domen i målet Albany<sup>17</sup>, i vilken kollektivavtal av socialpolitiska skäl förklarades kunna vara undantagna från konkurrensregleringen i artikel 81.1 EG. Dylikt undantag befanns inte gälla i förhållande till artikel 43 EG (Viking p. 48–55). Sådan analogi diskuteras inte i Laval-domen, men motsvarande princip måste förutsättas gälla.

### **7 Kan tvingande hänsyn till allmänintresset göra det berättigat att ekonomiska friheter inskränks genom fackliga stridsåtgärder? Skyddet för arbetstagare som allmänintresse**

Sedan EG-domstolen funnit att stridsåtgärder kan utgöra inskränkningar i de ekonomiska friheterna i den mening som avses i art. 43 EG och 49 EG, måste den frågan besvaras, huruvida dessa inskränkningar likväl kan vara berättigade av hänsyn till allmänintresset under de villkor som framgår av tidigare praxis rörande medlemsstaters agerande. Nationella åtgärder som kan inskränka utövningen av fördragets grundläggande ekonomiska friheter är godtagbara — såsom rättsläget brukar sammanfattas enligt det s.k. Gebhard-testet<sup>18</sup> — en-

<sup>16</sup> Jfr P. Herzfeld Olsson, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, (ak. avh.) 2003, kap. 12, och F. Temming a.a. (not 3), s. 238 ff med hänv.

<sup>17</sup> Mål C-67/96, *Albany* [1999] REG I-5751.

<sup>18</sup> Mål C-55/94, *Gebhard* [1995] REG I-4165, p. 37.

dast om de uppfyller fyra förutsättningar. De skall tillämpas på icke-diskriminerande sätt, de skall vara motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa det eftersträvade målet och de skall vara proportionerliga i den meningen att de inte går utöver vad som är nödvändigt.

Det allmänintresse som ställts i centrum i målen om Laval och Viking är, generellt uttryckt, skyddet för arbetstagare. Då det i tidigare praxis — liksom i litteraturen — har talats om sådant skydd, torde vad som åsyftats i första hand ha varit ett skydd för värdlandets arbetstagare mot vad som något oegentligt brukar kallas social dumpning, dvs. skydd mot sådan tjänstekonkurrens som i värdlandet kan leda till sämre möjligheter till sysselsättning eller nedpressat löneläge.<sup>19</sup> Genom Laval-domen, och särskilt dess tolkning av utstationeringsdirektivet, men även genom Viking-domen, har det tidigare vaga begreppet skydd för arbetstagare preciserats på ett sätt som skapat större klarhet om rättsläget.

Först bör nämnas det fall då en stridsåtgärd företas i syfte att direkt reglera anställningsvillkoren för den attackerande fackföreningens *egna medlemmar*. Detta läge förelåg i Viking-målet såvitt gällde de finska sjömännens anställningsvillkor efter eventuell utflaggning av den färja på vilken de arbetade. Det var där också fråga om ett akut hot mot medlemmarnas sysselsättning. För denna situation synes domstolens avvägning klart utmynna i att friheten till etablering enligt artikel 43 EG kan få vika för rätten till stridsåtgärder. Domstolen erinrar dock om att stridsåtgärden måste vara nödvändig för att nå det eftersträvade målet, vilket tycks innebära en anslutning till den princip om stridsåtgärders karaktär av åtgärd *ultima ratio* som på sina håll upprätthålls i nationell arbetsrätt.<sup>20</sup> Måhända behöver principen inte innebära mer än att förhandlingsmöjligheter har utnyttjats på ett ansvarsfullt sätt.<sup>21</sup> Det finns goda skäl antaga att en avvägning mellan rätten till *fri tjänsterörlighet* enligt artikel 49 EG och rätten till stridsåtgärder skulle utfalla på motsvarande sätt då en angripande fackförening vill åstadkomma direkt reglering av de egna medlemmarnas anställningsvillkor. Sådant antagande kan stödjas på EG-domstolens uttalanden i Laval-domen om tolkningen av artikel 3.7 i utstationeringsdirektivet.<sup>22</sup>

En särpräglad kategori av fackliga stridsåtgärder som berördes i Viking-domen rörde sådan blockad av arbete på s.k. *bekvämlighetsflaggade fartyg* som ITF tillgriper för att genomdriva sin välfärdspolitik för sjö-

<sup>19</sup> Vid bedömningen av om restriktioner varit godtagbara har dock också frågan ställts om en åtgärd medfört någon verklig fördel för de utstationerade arbetstagarerna, se t.ex. C-49/98, *Finalarte*, [2001] REG I-7831, p. 41.

<sup>20</sup> Se t.ex. F. Gamillscheg, *Kollektives Arbeitsrecht*, Band I, München 1997, s. 1147 ff.

<sup>21</sup> Svårtolkade är de uttalanden som domstolen gör i Viking-domen p. 81–83 om betydelsen av ett åtagande som rederiet gjort i rättegång utan iakttagande av kollektivavtalsform.

<sup>22</sup> Se Laval-domen p. 79–81. Jfr även nedan not 30.

män på den världsomspännande arbetsmarknad som sjöfarten utgör. I den del denna politik går ut på att rederier hindras från att registrera sina fartyg i annan stat än den i vilken de verkliga ägarna är medborgare strider den ju mot rätten till etableringsfrihet enligt artikel 43 EG, och domstolen kan inte finna sakliga skäl för inskränkningar genom stridsåtgärder i den delen. Rättsläget kompliceras dock av att ITF:s politik även syftar till att skydda sjöfartsanställda och förbättra deras villkor, vilket domstolen noterar. Tanken är måhända att blockadåtgärder med helt dominerande syfte att stödja oskäligt underbetalda sjömän skulle vara acceptabla. Domstolen hänsköt avvägningen i detta senare avseende till den nationella domstolen. Något ställningstagande kommer den domstolen dock inte att göra, eftersom målet har förlikts i mars 2008.

I Laval-målet rörde tvisten egentligen två olika skyddsintressen, dels det intresse som värdlandets arbetstagare såsom ovan berörts har av skydd mot s.k. social dumpning, dels behovet av skydd för utstationerade arbetstagare mot att underkastas villkor som är oskäligen eller eljest inte godtagbara enligt värdlandets standard. De avvägningsfrågor som uppkom i det målet behandlas i närmast följande avsnitt.

## **8 Allmänintressets krav enligt koherent tolkning av artikel 49 EG och utstationeringsdirektivet**

### *8.1 Relationen mellan fördragsartikeln och direktivet*

Det bör understrykas att prövningen i Laval-målet av om stridsåtgärderna kunde anses utgöra berättigade inskränkningar av tjänsterörligheten, innebär tillämpning av *artikel 49 i själva EG-fördraget*. Vid tolkningen av den artikeln måste dock EG-domstolen sägas ha lagt synnerligen stor vikt vid innehållet i utstationeringsdirektivet. Så har faktiskt skett i sådan utsträckning att man kan tyckas få anledning ställa frågan om domstolen tillskriver direktivet en sorts direkt horisontell effekt. Självfallet måste frågan besvaras nekande. Det är fast EG-praxis att direktiv saknar sådan effekt.<sup>23</sup> Med visst fog får dock sägas att domstolen har tillerkänt en del av innehållet av direktivet sådana rättsliga följder att dessa i hög grad liknar vad som brukar kallas direkt horisontell effekt. Som exempel kan nämnas att ett underförstått förbud i direktivet, nämligen mot att en medlemsstat tvingar gästande företag att ge sina anställda bättre förmåner än som anges i värdlandets regler för den hårda kärnan, har utsträckts till att gälla de privata rättssubjekt som fackföreningar utgör. De juridiska konstgrepp som domstolen använder för att åstadkomma sådana följder är att tolka direktivet som ett medel att precisera och komplettera artikel 49 men också att tolka direktivet i ljuset av fördraget (domen p. 58 och 61). Domstolen har sålunda försökt ge fördrag och direktiv en tolkning som är koherent, dvs. sammanhängande och motsägelsefri. Schema-

<sup>23</sup> Se t.ex. Lenaerts & Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2nd ed., Oxford 2005, s. 769 ff. Jfr F. Schalin m.fl., *SvJT* 2005 s. 292 ff.

tiskt kan sägas att de materiella förhållningsreglerna hämtas från direktivet medan rättsföljden anknyter till överträdelse av fördraget.

### 8.2 *Tolkningen av direktivet*

Laval- domen ger läsaren en relativt klar uppfattning om vilka *syften* som domstolen tillskriver direktivet. Ett första och primärt huvudsyfte är att tillförsäkra utstationerade arbetstagare skäliga och godtagbara arbetsvillkor enligt värdlandets standard för den hårda kärnan (artikel 3.1). Ett andra syfte är att skydda värdlandets arbetstagare mot social dumpning, dock endast om denna har formen av vad som enligt värdlandets standard innebär illojal konkurrens. Ett tredje och övergripande syfte är att främja fri rörlighet för tjänster genom att gästande företag skall på förhand kunna få tydlig information om de arbetsvillkor som måste tillämpas i ett tilltänkt värdland (genom att det finns offentligt tillgängliga skrivna normer, se artikel 3.1 och 3.10 samt artikel 4). Samma syfte främjas genom att de krav som ett värdland uppställer för ämnen inom direktivets hårda kärna skall ha karaktär av maximikrav. Som allmänt omdöme får sägas att domstolen genomgående har tolkat direktivet i frihandelsvänlig riktning.

De rättsliga komplikationerna i ärendet om Laval har föranletts av att Sverige vid implementeringen av direktivet inte fullt ut har använt sig av de *metoder* som tydligt utpekats i direktivets text, nämligen i artikel 3.1 om författningsreglering och allmängiltigförklaring av kollektivavtal om ämnen inom direktivets hårda kärna samt i artikel 3.8 om utsträckning ("extension") av kollektivavtal om samma ämnen. Ingenting sägs i den svenska utstationeringslagen om minimilönslag eller om kollektivavtalsreglering som medel att fylla direktivets krav. EG-domstolen medger, vilket är anmärkningsvärt, att det inte nödvändigt att direktivet genomförs med just de utpekade metoderna. Andra metoder får användas, förutsatt dock att de inte mer än direktivets system hindrar fritt tillhandahållande av tjänster över gränserna (p. 68). Domstolen stämplar sålunda inte det svenska genomförandet såsom stridande mot EG-rätten, men av dess ställningstaganden framgår att det system som Sverige valt medför att det skydd mot social dumpning som kan upprätthållas för svenska företag och deras arbetstagare blir lägre än det kunde ha varit om man valt att använda någon av de metoder som direktivet anvisar.

Då en medlemsstat har använt sig av det principiella system för implementering som direktivet utpekar, synes handlingsfriheten vid val av metoder för ytterligare krav mot gästande företag vara starkt begränsad, något som får anses framgå av EG-domstolens avgörande den 3 april 2008 i mål Ruffert.<sup>24</sup> Där hade en tysk delstat i sin lag om *offentlig upphandling* infört krav på att en entreprenör måste betala minst samma lön som enligt ortens vanliga kollektivavtal. Denna åtgärd skulle i situationer då en upphandling vunnits av ett gästande

<sup>24</sup> Mål C-346/06, *Ruffert v. Land Niedersachsen*, ännu ej rapporterat.

tjänsteföretag ha höjt den spärr mot illojal konkurrens som följde av medlemsstaten Tysklands implementeringsåtgärder, vilka i den aktuella delen hade formen av allmängiltigförklaring av kollektivavtal för byggnadsbranschen. Metoden fränkändes verkan. Då Tyskland — för övrigt i likhet med Sverige — inte har ratificerat ILO-konventionen nr 94 av år 1949 om arbetsvillkor i offentliga kontrakt, behandlades i domen inte frågan om hur EG-rätten skulle samordnas med ILO-rätten.<sup>25</sup>

### 8.3 Definition av social dumpning

Som viktigaste nyhet i Laval-domen framstår domstolens åtgärd att ange var gränsen går mellan *lojal* och *illojal* konkurrens från gästande företags sida eller, med andra ord, att definiera vad som är social dumpning i värdlandets perspektiv. Av domen framgår att förutsättningarna för att konkurrens skall godkännas som lojal är att gästande företag *dels* ger sina anställda minst de förmåner som följer av värdlandets tvingande minimiregler för ämnen inom direktivets hårda kärna (domen p. 73–75), *dels* respekterar de av värdlandet utfärdade regler som rör "ordre public" i den mening som avses i artikel 3.10 (domen p. 82–84). Dessa två typer av regleringar i ett värdland har till primärt syfte att ge skydd åt utstationerade arbetstagare mot att tvingas arbeta under villkor som inte anses godtagbara i värdlandet. Av domen framgår emellertid att dessa regleringar också skall fylla funktionen att ange vad som i ett värdland *högst* får krävas av gästande företag i relation till de utstationerade arbetstagarna (domen p. 75, 78–84). Vad som vid första påseende ger intryck av att vara ett *golv* för de förmåner som gästande företag skall utge visar sig sålunda också utgöra ett *tak* för vad som får krävas. Man kan uttrycka saken så att värdlandets arbetstagare (och dess tjänsteföretag) bara ges det *indirekta skydd* mot konkurrens som följer av att gästande företag inte får skaffa sig fördelar genom att tillämpa sämre anställningsvillkor än vad värdlandets minimiregler innebär. Tanken bakom förbudet mot att avkräva gästande företag villkor som för de anställda är förmånligare än dessa minimivillkor torde vara att dessa företag inte skall helt avskäras från att kompensera sin lägre produktivitet genom att utnyttja den konkurrensfördel som ligger i att den sociala skyddsnivån i hemlandet är lägre än vad som normalt tillämpas i värdlandet. Förbudet, som främjar frihandelns långsiktiga samhällsnyttiga effekter, upprätthålls strängt i domen. Det skall, i enlighet med principen om normernas direkta horisontella effekt, gälla även gentemot svenska fackföreningar.

<sup>25</sup> Om en medlemsstat vid anslutningen till EU varit bunden av ett äldre internationellt avtal, gäller enligt artikel 307 EG att förpliktelser enligt det avtalet inte påverkas av eventuella därmed oförenliga bestämmelser i EG-fördraget, men det åligger medlemsstaten att vidta åtgärder för att undanröja oförenlighet. Jfr t.ex. mål C-203/03, *Kommissionen v. Österrike* [2005] REG I-935. Uppsägningstider för konventioner kan emellertid vara långa.

Till illustration av innebörden kan nämnas ett exempel från svensk semester rätt. Enligt semesterlagen skall semesterlön utges med 12 procent av på visst sätt beräknad lön, och enligt utstationeringslagen och EG-rättens nu berörda regler gäller därmed att gästande företag har att betala just 12 procent, och fackföreningar får inte vidta stridsåtgärder för att genomtvinga kollektivavtal med semestervillkor som är förmånligare för arbetstagarna.

Definitionen av vad som är social dumpning i kombination med att fördragets och direktivets reglering binder fackföreningar framstår som *hjärtpunkten i Laval-domen*. Det bör observeras att direktivet inte syftar till harmonisering av medlemsstaternas regler utan till *samordning* av dem. Varje medlemsstat har sålunda frihet att bestämma vad som skall anses som illojal konkurrens på dess territorium såvitt gäller de ämnen som faller inom hårda kärnan. Att det finns harmoniserande EG-direktiv med minimikrav för ett sådant ämne, hindrar inte en stat från att införa strängare krav.<sup>26</sup> Ett höglöneland som inför höga krav på minimilön kan på det sättet effektivt skydda sina företag och arbetstagare mot låglönekonkurrens, men här är att märka att förbudet mot nationalitetsdiskriminering medför att det finns naturligt verkande motvikt mot sådant agerande. Alltför höga minimilöner kan snabbt urholka den egna industrins internationella konkurrenskraft och därmed leda till arbetslöshet i värdlandet. En standardiserad minimilön kan också utestänga t.ex. oerfarna ungdomar från arbete.

#### 8.4 Ordre public i direktivets mening

Enligt artikel 3.10 i direktivet är det tillåtet för ett värdland att ålägga gästande företag — under förutsättning av likabehandling med nationella företag och i övrigt i enlighet med fördraget — att iaktta anställningsvillkor på *andra områden* än som anges i hårda kärnan, *men endast* om bestämmelserna rör vad som kallas "ordre public". Här avses enligt domen endast av staten utfärdade normer; de kan sålunda inte etableras genom kollektivavtal (p. 82–84). Redan på den grunden var det inte förenligt med gemenskapsrätten att vissa av de skyldigheter som var aktuella i Laval-tvisten, t.ex. betalning av granskningsavgifter, framtingades genom stridsåtgärder.

Vilken kompetens en medlemsstat har att binda gästande företag med regler som rör ordre public är inte angivet i någon rättsakt. Rättspraxis ger dock numera viss ledning. Från senaste tid är att nämna en dom den 19 juni 2008 i mål Kommissionen v. Luxemburg, vilken synes visa att begreppet "ordre public" skall tolkas restriktivt.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Jfr mål C-49/98, *Finalarte* [2001] REG I-7831, p. 55–59, som gällde utsträckning till utstationerade arbetare av de tyska regler om semester som var förmånligare än vad som krävdes som minimum enligt arbetstidsdirektivet 93/104/EG. Målet avsåg förhållandena innan utstationeringsdirektivet trätt i tillämpning.

<sup>27</sup> Mål C-319/06, ännu ej rapporterat. Ett statligt krav på skriftligt anställningsbevis ansågs i det fallet inte lyda under begreppet, trots att kravet följer av ett EG-direktiv (91/533/EG). Det påpekas i domen att det är hemstaten, inte värdstaten, som skall se till att kravet uppfylls.

Även om visst utrymme kan finnas för att beakta de nationella värderingar som föranlett att en reglering gjorts tvingande eller eljest givits särskild status, måste materialet i rättskällorna nog anses förmedla intrycket att begreppet i princip är gemenskapsrättsligt i den meningen att överprövning kan ske av den nationella klassificeringen.<sup>28</sup> Begreppet är för övrigt att skilja från den internationellt privaträttsliga företeelsen med samma benämning.

### **9 Vilket utrymme finns för stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag?**

Laval-domen utmynnade i att fackliga stridsåtgärder vidtagna under sådana förhållanden som i den aktuella tvisten inte var förenliga med gemenskapsrätten, och detta av flera skäl som i huvudsak framgått i det föregående. Redan kraven på att gästande företag måste underkasta sig en ganska komplicerad förhandlingsprocedur för att få besked om vilken lön som skulle betalas stred mot den princip om förutsebarhet som skall underlätta tjänsters rörlighet över gränserna. Det var inte heller godtagbart att det kollektivavtal som skulle framtvingas uppställde normer som skulle ge arbetstagarna förmånligare villkor än som följde av värdlandets minimiregler för direktivets hårda kärna. Och andra normer i kollektivavtalet avsåg ämnen som varken föll under denna hårda kärna eller rörde ordre public i direktivets mening.

Det finns dock situationer då stridsåtgärder kan få vidtas mot gästande tjänsteföretag. Om den agerande svenska fackföreningen har *egna medlemmar* anställda hos företaget, föreligger i princip inte hinder.<sup>29</sup> Det följer av vad ovan sagts om Viking-domen i den del som rörde det finska sjöfolksförbundets agerande till skydd för medlemmarnas anställningsvillkor.<sup>30</sup>

Då fackförening utan egna medlemmar på arbetsplatsen vidtar åtgärder för att hålla den sociala skyddsnivån uppe hos gästande företag, föreligger en speciell situation om företaget inte har fyllt den svenska utstationeringslagens minimikrav för ämnen inom kärnan, t.ex. avseende arbetstid. I det läget skulle de utstationerade arbetarna visserligen kunna direkt åberopa den svenska lagstiftningen vid talan i domstol, men sanktionen för och övervakningen av regleringen blir mer effektiv om kollektivavtal avseende dessa krav framtvingas. Här är också att märka att företaget inte har respekterat värdstatens beslut om vad som utgör lojal konkurrens. Enligt artikel 49 EG, tolkad i ljuset av utstationeringsdirektivet, framstår då stridsåtgärder som en av hänsyn till allmänintresset berättigad inskränkning i den fria tjänsterörligheten.

<sup>28</sup> Jfr kommissionens rapport COM(2003)458 final, s.12–14, som visar att anställningsskydd inte anses röra ordre public i direktivets mening. Jfr C-369/96, *Arblade* REG 1999 I-8453, p. 30–31.

<sup>29</sup> Om 42 § MBL, jfr nedan avsnitt 11 och t.ex. AD 2005 nr 110 med hänv.

<sup>30</sup> Jfr även Laval-domen p. 81. Det där angivna synsättet bekräftar i domen i mål C-346/06, *Rüffert*, p. 34.

Ett mer diskutabelt läge uppstår om stridsåtgärd företas avseende ett inom hårda kärnan liggande ämne, där värdstaten Sverige helt *avstått* från att med någon av direktivets metoder (enligt artikel 3.1 eller 3.8) bestämma vad som utgör illojal konkurrens. Detta gäller ju ämnet *minimilön*. Enligt den tankemodell på vilken direktivet får anses bygga och som berörts ovan kan det då tyckas som om det gästande företaget saknat anledning räkna med att dess löneläge skulle komma att underkännas av fackföreningar i värdlandet. Goda skäl kan emellertid åberopas för slutsatsen att stridsåtgärd likväl bör få företas. Tyngst väger att direktivets primära syfte är att ge utstationerade arbetare skydd mot vad som i värdstaten framstår som otillbörlig eller i vart fall icke acceptabel exploatering. En betydelsefull bakgrund är givetvis också att rätten till stridsåtgärder har erkänts av EG-domstolen som en grundläggande rättighet. För att kollektivavtal om minimilön skall få framtvingas, torde dock krävas att vissa särskilda förutsättningar är uppfyllda.<sup>31</sup> Minimilönen måste vara klart och entydigt bestämd i avtalet, så att besked om kraven lätt kan erhållas på förhand. Många svenska kollektivavtal måste förtydligas för att denna förutsättning skall anses fylld. Olika minimilöner bör dock kunna stipuleras för skilda kategorier av anställda, t.ex. efter utbildning och erfarenhet. En andra förutsättning gäller kravet på likabehandling med nationella företag. Det är dock tänkbart att 100-procentig täckning inte är nödvändig.<sup>32</sup> För det tredje bör vissa krav på proportionalitet iakttas, så att vad som egentligen är protektionism mot konkurrens inte får passera under en täckmantel av solidaritet. För transnationella förhållanden skulle sålunda EG:s proportionalitetsprincip kunna få visst in- steg. På den vanliga svenska arbetsmarknaden har den däremot inte fått något utrymme genom Laval-domen.<sup>33</sup>

Ett argument mot att stridsåtgärder skulle vara tillåtna för att tillgodose allmänintresset av skydd för utstationerade arbetare mot exploatering har sagts vara att en reglering i kollektivavtal, som inte har träffats av arbetarnas egen fackförening, inte säkert skulle ge sådant innehåll åt arbetarnas anställningsavtal som av dem kan åberopas vid domstol.<sup>34</sup> Hur det än ligger till med den frågan, måste sägas att ett åtagande i kollektivavtal bör skapa ett helt tillräckligt tryck på gästande företag att ge arbetarna avtalsenliga förmåner. Om alternativet är att utge ett stort allmänt skadestånd till den avtalsbärande fackföreningen, torde ett företag regelmässigt föredra att ge betalning till ar-

<sup>31</sup> Om kravet på information på förhand till gästande företag om att kollektivavtal överhuvudtaget kan komma att aktualiseras får sägas, att detta i nuläget till nöds kan anses uppfyllt genom 7 § andra stycket utstationeringslagen men att det bör tillgodoses uttryckligt genom förtydligande av lagen.

<sup>32</sup> Jfr alternativet i art. 3.8 i utstationeringsdirektivet om kollektivavtal "som gäller allmänt". Om denna skrivning, såsom ibland påstås, syftar på kollektivavtal av dansk och svensk modell, torde kravet på nationell tillämpning inte vara absolut, och en analogi kunde vara berättigad. Se härtill Sigeman ERT 2005 s. 475 ff.

<sup>33</sup> Jfr AD 1998 nr 17.

<sup>34</sup> L. Gellner i Lag & Avtal 2008 nr 6 s. 30.

betarna. Till skillnad från vad läget är i flera länder på kontinenten finns i Sverige för övrigt inte någon statlig myndighet med kompetens att tillse att arbetare ges de förmåner som skall tillkomma dem enligt värdlandets regler om utstationering.<sup>35</sup> I vårt land kan fackföreningar fylla en funktion som motsvarar den uppgift som myndigheter har i de åsyftade länderna.

### 10 Vägning av grundläggande rättigheter

Som ovan (6) har berörts råder viss oklarhet om vilken rättslig betydelse det har att en rättighet har erkänts såsom "grundläggande". Även om ett erkännande för med sig visst förhöjt rättskällevärde, har principerna för avvägning av motstående rättigheter i EG-rätten inte riktigt klarnat. I praxis har i flera fall förekommit att någon av de på fördraget vilande ekonomiska friheterna ställts mot någon av de övriga rättigheter som erkänts som fundamentala i internationella dokument eller i nationell grundlag. I målen Schmidberger och Omega Spielhallen<sup>36</sup> har rätten till fri rörlighet för varor respektive fri tjänsterörlighet ansetts få vika för friheten att demonstrera mot miljöförstöring respektive upprätthållandet av en grundlagsregel om skydd för mänsklig värdighet. En jämförelse med hur rätten till fackliga stridsåtgärder i Laval-domen i princip underordnades den motstående ekonomiska friheten kan kanske vid första påseende ge intryck av att domstolen är mer benägen att erkänna sådana rättigheter som främjar politiska friheter eller vilar på etiska grunder än sådana som har sociala eller ekonomiska syften. Vid avvägning måste dock också beaktas andra faktorer; i de två förstnämnda fallen var inskränkningarna i de ekonomiska friheterna bara tillfälliga eller högst begränsade.

### 11 Lex Britannia

Om en arbetsgivare har träffat ett kollektivavtal för arbetsplatsen med en fackförening, är det som huvudregel enligt 42 § första stycket MBL inte tillåtet för en annan fackförening att företa stridsåtgärd i syfte att undantränga det redan träffade avtalet. Denna innebörd av bestämmelsen fastställdes av Arbetsdomstolen i domen 1989 nr 120 som avsåg ett bekvämlighetsflaggat fartyg, Britannia. Den angivna huvudregeln brukar kallas Britanniaprincipen. Sedan kritik riktats mot domen med hänvisning till att den hindrade bekämpning av osund låglönekonkurrens då en utländsk arbetsgivare kunde visa upp ett kollektivavtal, infördes i 42 § 3 st. MBL den undantagsregel som kallas lex Britannia. Den innebär att det angivna förbudet endast gäller stridsåtgärder med anledning av arbetsförhållanden som MBL är direkt tillämplig på. I realiteten betyder detta att utländska företag behandlas på annat sätt än svenska. Den andra fråga som i Laval-målet hänsköts

<sup>35</sup> Se t.ex. Sigeman i R. Eklund (utg.), *Arbetsrättsliga föreningen 50 år*, 2006, s. 20 f.

<sup>36</sup> C-112/00, *Schmidberger* [2003] REG I-5659, C-36/02, *Omega Spielhallen* [2004] REG I-9609. Jfr t.ex. Barnard a.a. (not 6) s. 67 ff och 473 f.

till EG-domstolen för förhandsavgörande avsåg om dylik särbehandling på grund av nationalitet var förenlig med gemenskapsrätten.

EG-domstolen konstaterade att *lex Britannia* innebär diskriminering av gästande företag som har kollektivavtal i hemlandet, eftersom de, oavsett innehållet i avtalen, behandlas på samma sätt som inhemska företag som *inte* har tecknat något kollektivavtal. Sådan diskriminering förklarades strida mot artikel 49 EG, om den inte, i enlighet med artikel 46 EG, var motiverad av hänsyn till "allmän ordning, säkerhet eller hälsa". De syften avseende motverkan av osund konkurrens som legat till grund för *lex Britannia* befanns inte innefatta sådana hänsyn som faller under artikel 46 EG. Gemenskapsrätten förklarades därför utgöra hinder för en statlig reglering som gör sådan åtskillnad som enligt *lex Britannia*.

## 12 Efterdyningar

Den nationella rättegången i Laval-målet fortsätter under hösten 2008. Vad som där återstår är frågor om påföljder av att fackföreningarna genom stridsåtgärder brutit mot Britanniaprincipen i 42 § första stycket MBL och mot artikel 49 EG. Det är oklart bl.a. om ersättning för ren förmögenhetsskada kan utdömas för brott mot den fördragsartikeln. Eftersom den svenska lagstiftningen varit missledande, aktualiseras vidare frågor huruvida skadestånd bör bortfalla eller jämkas.

Laval- domen har underkänt *lex Britannia* och har framförallt gjort tydligt vilka negativa effekter det kan få för svenska företag och arbetstagare att Sverige inte utnyttjat de möjligheter som utstationeringsdirektivet och artikel 49 EG ger att definiera vad som beträffande lönevillkor är illojal konkurrens från gästande tjänsteföretags sida. En *särskild utredare* har tillkallats med uppgift att ge förslag senast den 15 december 2008. Enligt direktiven (Dir. 2008:38) bör utredaren ta ställning till om *lex Britannia* bör avskaffas eller revideras samt se över i vilken mån det är möjligt att hänvisa till villkor i kollektivavtal i utstationeringslagen. Min egen syn på dessa frågor har jag redovisat i en uppsats 2005.<sup>37</sup> Som där framgår finns starka skäl för Sverige att nyttja institutet extensionsreglering enligt artikel 3.8 i direktivet.<sup>38</sup>

Tydligt är att Laval- domen ger incitament också till *organisationerna* på ömse sidor av den svenska arbetsmarknaden att revidera innehållet av vissa delar av kollektivavtalen. Som ovan framgått bör entydiga normer om minimilöner införas på avtalsområden som berörs av transnationell tjänstehandel. Bortsett från den indirekta verkan som sådana normer får generellt för nationella avtalsförhållanden, får

<sup>37</sup> Sigeman ERT 2005 s. 493 f (med förslag om bl.a. att Britanniaprincipen i 42 § första stycket MBL revideras) samt s. 475 ff och s. 494 (med rekommendation om s.k. extensionsreglering).

<sup>38</sup> I Danmark har den 19 juni 2008 ett lagförslag framlagts som innebär att spärr mot lönekonkurrens skall kunna åstadkommas genom regler om stridsåtgärder och som anknyter till den del av artikel 3.8 i direktivet som avser "mest representativa" organisationer, se [www.bm.dk](http://www.bm.dk).

domen knappast några återverkningar för den vanliga svenska arbetsmarknaden.

Ehuru projektet inte har något direkt samband med Laval-domen, må beträffande gemenskapsrätten i detta sammanhang nämnas att införandet av ett EG-direktiv om arbete i *bemanningsföretag* har aviserats efter överenskommelse på ministernivå den 9 juni 2008.<sup>39</sup> Då en sådan rättsakt väntas innehålla en regel om att uthyrda arbetstagare skall ha minst samma villkor som anställda hos användarföretaget, kan en reform komma att påverka rättsläget vid utstationering då ett uthyrande företag är etablerat i annat EU-land än användarföretaget. Det återstår dock att se vilket innehåll det tilltänkta direktivet slutligen får och hur detta kommer att samordnas med utstationeringsdirektivet.

Beträffande EU-rätten är här i övrigt att säga, att förslag torde vara att vänta från flera håll om reformering av utstationeringsdirektivet i syfte att förta verkningarna av Laval-domen. Det finns dock motstående krafter, kanske även sådana av ekonomisk natur. Om gemenskapsrättens grundläggande idéer om frihandelns förtjänster fungerar i praktiken, bör olikheter mellan medlemsstaternas sociala skyddsnivåer efter hand utjämnas, och därmed skulle de olägenheter som Laval-domen i nuläget kan medföra för vissa grupper reduceras så betydligt att reformbehov bortfaller.

<sup>39</sup> Om projektet och dess bakgrund, se K. Ahlberg m.fl., *Transnational Labour Regulation*, Bryssel 2008, särskilt s. 263 ff. Till bakgrunden hör också ett partsdokument av den 28 maj 2008, "Eurociett/UNI-Europa Joint Declaration on the Directive on working conditions for temporary agency workers". Se också *EU & arbetsrätt* 2008 nr 2 s. 3.