



Slutlig 2009-04-14

**Gemensamt remissyttrande avseende
förslag med anledning av Lavaldomen
(SOU 2008:123) från
Landsorganisationen i Sverige (LO)
och Tjänstemännens centralorganisation
(TCO)**

1. Sammanfattning	3
2. Allmänna överväganden	4
2.1 Lavalutredningen om den svenska arbetsmarknadsmodellen	5
2.2 Gemenskapsrättsliga överväganden	6
2.3 Sveriges åtaganden gentemot ILO	7
2.4 Europakonventionen om mänskliga rättigheter.....	9
3. Utstationeringsdirektivets tillämpningsområde	11
4. De krav för vilka fackliga organisationer kan vidta fackliga stridsåtgärder vid utstationering	12
4.1 Allmänt.....	12
4.2 När slår begränsningarna i lagförslaget inte till?	12
Avtalsfrihet - huvudregeln	12
Begränsningen gäller inte om tjänsteföretaget etablerar sig i Sverige utan endast vid utstationering	13
De EG rättsliga begränsningarna gäller inte om de utstationerade	13
arbetstagarna är medlemmar i facket	13
4.3 Vilka krav på kollektivavtals innehåll kan enligt förslaget framställas med hot om eller med fackliga stridsåtgärder?	14
4.4 Krav på viss kvalitet på kollektivavtalen	15
4.5 Kraven ska inte avse annat än en tydligt definierad minimilön	16
4.6 Kraven ska inte avse annat än tydligt angivna minimivillkor som är förmånligare än lagens	16
4.7 Innebörden av ”mer förmånliga” villkor.....	17
4.8 Villkor som påstås ligga utanför den hårda kärnan.....	17
Utvidgade internationellt tvingande regler i artikel 3.10	17
Nattarbetsförbudet	18
Skadeståndslagen och försäkringsersättning.....	19
4.9 Arbetsgivaren inte visar att de utstationerade arbetstagarna väsentligen har minst sådana villkor som följer av svenskt EU anpassat kollektivavtal (bevisregeln)	19
Bevisregeln försvagar regleringen av utstationerade arbetstagares villkor	20
Bevisregeln försvagar kontrollen av villkoren för de utstationerade arbetstagarna.....	20
Särskilt om möjligheten att välja tillämpligt branschavtal.....	22
5. Behövs ändringar i Lex Britannia?	23
6. Övriga frågor	23
6.1 Registrering av kollektivavtal	23
6.2 Förbindelsekontor	23
6.3 Talerätt för utländska arbetstagare	24
6.4 Ikraftträdande av bestämmelserna.....	24

1. Sammanfattning

LO och TCO välkomnar inriktningen på utredningens förslag. Utredningen visar att det finns utrymme för att lösa merparten av de problem Lavaldomen skapat inom ramen för den svenska kollektivavtalsmodellen. Samtidigt visar utredningen att alla problem inte kan lösas nationellt. Det fordras ändringar i gemenskapsrätten.

När det gäller de förslag som utredningen lägger fram finns anledning att särskilja kritik av utredningens förslag som är en direkt följd av EG-domstolens domar från de förslag som är utredningens egen tolkning och förståelse av gemenskapsrätten.

LO och TCO anser att utredningen inte i tillräcklig utsträckning beaktar att EG-domstolen genom sin dom i Laval målet kommit att inskränka den fria förenings- och förhandlingsrätten, rätten att vidta fackliga stridsåtgärder på ett sätt som strider mot de grundläggande ILO-konventionerna nr 87 och 98 samt Europeiska Konventionen om Mänskliga Rättigheter. Sverige kommer, om förslagen genomförs fullt ut, att införa lagstiftning som strider mot internationella förpliktelser.

LO och TCO är kritiska när det gäller några av de förslag som utredningen lägger fram och som inte kan anses följa av gemenskapsrätten eller EG-domstolens dom i Laval målet.

LO och TCO är särskilt kritiska avseende föreslagen bevisregel och kräver att den stryks (5 b § tredje punkten). Likaså bör undantaget från nattarbetsförbud förändras så att hänvisningen till 12 och 17 §§ i arbetstidslagen i 5 § andra stycket utstationeringslagen behålls. LO och TCO menar också att texten i förslagets 5 b § andra punkten, ”är förmånligare för arbetstagaren än”, ska ändras till ”minst motsvarar”. Dessutom föreslår LO och TCO att det i 5 b § andra punkten införs att villkoren i kollektivavtalen också får omfatta avtalsförsäkringar.

Utredningens förslag innebär att avtalsfriheten kan värnas. Det föreligger alltså inte hinder för en arbetsgivare att ingå kollektivavtal med för arbetstagarna mer förmånliga villkor. LO och TCO anser att detta är en viktig princip inom ramen för den svenska kollektivavtalsmodellen.

LO och TCOs uppfattning är att utredningen gör en för snäv tolkning av möjligheterna att gå utanför utstationeringsdirektivets s.k. hårda kärna. Vi menar att det i 3.10 utstationeringsdirektivet finns ett visst nationellt handlingsutrymme som utredningen alltför kategoriskt avvisar.

Utredningen föreslår att Lex Britannia begränsas så att utstationeringslagen särskilt reglerar när stridsåtgärder ska vara tillåten vid utstationering av EES arbetsgivare. LO och TCO ställer sig bakom en sådan reglering eftersom den torde ha minst ingripande effekt på den huvuddel av svensk arbetsmarknad som inte är berörda av utstationeringar. Det bör framhållas att de förändringar som utredningen föreslår är en följd av de förpliktelser som följer av medlemskapet i EU. Sverige har dock inte motsvarande förpliktelser mot de länder som inte är medlemsstater i EU.

Utredningen föreslår att kollektivavtalsvillkor som ett fackförbund ytterst kan komma att kräva genom stridsåtgärder ska ges in till Arbetsmiljöverket. LO och TCO anser att

uppgiften borde överlåtas på Medlinsinstitutet. Bestämmelsen tillstyrks med betoning på att regeln är en osanktionerad ordningsföreskrift. LO och TCO tillstyrker att förbindelsekontoret får en mer aktiv roll än tidigare.

Utredningen föreslår en regel där oorganiserade arbetstagare ges rätt att åberopa bestämmelser i ett kollektivavtal. Förslaget är systemfrämmande för svensk arbetsrätt. Det är en grundläggande princip att kollektivavtal endast binder och ger rättigheter till de som är medlemmar i den avtalsslutande organisationen. Trots det tillstyrker LO och TCO den föreslagna bestämmelsen i syfte att stärka skyddet för de utstationerade arbetstagarna.

Av utredningen framgår att avsikten är att de nya bestämmelserna ska träda ikraft 1 april 2010. LO och TCO är kritiska till detta och menar att målsättningen bör vara att reglerna ska träda ikraft senast 1 januari 2010. Det är fullt realistiskt även om beslut kan fattas först under höstriktsdagen.

2. Allmänna överväganden

De fackliga centralorganisationerna LO och TCO har beslutat att inkomma med ett gemensamt remissvar på SOU 2008:123 - förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen.

Vi välkomnar inriktningen på utredningens förslag. Utredningen visar att det finns utrymme för att lösa merparten av de problem Lavaldomen skapat inom ramen för den svenska kollektivavtalsmodellen. Vi delar fullt ut utredningens bedömning att gemenskapsrätten inte kräver att lagstadgade minimilöner och/eller allmängiltig-förklarade kollektivavtal införs. Tvärtom respekterar gemenskapsrätten att medlemstaterna har olika arbetsmarknadssystem.

LO och TCO är för ökad tjänstehandel med öppnare gränser mellan länder men den ska vara baserad på sund konkurrens och likabehandling av arbetstagare vid utstationering.

När det gäller de förslag som utredningen nu lägger fram finns anledning att särskilja kritik av utredningens förslag som är en direkt följd av EG-domstolens domar från de förslag som är utredningens egen tolkning och förståelse av gemenskapsrätten.

LO och TCO är starkt kritiska när det gäller några av de förslag som utredningen lägger fram och som inte kan anses följa av EG-domstolens dom i Laval-målet. Detta gäller framförallt den s.k. bevisregeln (kap 4.9). Vi är även kritiska när det gäller undantaget från nattarbetsförbud (kap 4.8), kravet på att kollektivavtalsvillkor ska vara mer förmånliga än lagens regler (kap 4.7) samt att fackliga organisationer förhindras att kräva försäkringar för utstationerade arbetstagare (kap 4.8). Dessa förslag är enligt vår mening mer långtgående än vad som följer av gemenskapsrätten. I dessa delar menar vi att utredningens förslag tonar ner skyddet av arbetstagare till fördel för den fria rörligheten för företagen. Det bör anmärkas att fri rörlighet i detta sammanhang endast är en annan beteckning på arbetsgivarens rätt att anlita billig arbetskraft vilket innebär att arbetsgivarens vinstintresse i dessa situationer sätts före

skyddet av arbetstagare. Vi menar att reglerna måste vara balanserade och i största möjliga utsträckning ge utstationerade arbetstagare ett skydd som är likvärdigt med vad som gäller för övriga anställda på svensk arbetsmarknad.

2.1 Lavalutredningen om den svenska arbetsmarknadsmodellen

Den svenska arbetsmarknaden vilar på en omfattande autonomi för arbetsmarknadens parter. Den grundläggande principen på svensk arbetsmarknad, som också kommer till uttryck i direktiven till utredningen, är att huvudansvaret för regleringen av löne- och anställningsvillkor har överlåtit på arbetsmarknadens parter. Det är dessutom klart från EG-domstolens dom i Laval-målet (p. 68) att det står medlemsstaterna fritt att välja andra system, för att fastställa löne- och anställningsvillkor, än de som uttryckligen följer av utstationeringsdirektivet. Gemenskapsrätten kräver inte att Sverige inför en lagstadgad minimilön eller en möjlighet att allmängiltigförklara kollektivavtal.

LO och TCO anser att förslag om lagstadgade minimilöner som lagts fram av vissa arbetsgivarrepresentanter är helt systemfrämmande för svensk arbetsrätt.

LO och TCO anser att priset på arbete uteslutande ska regleras mellan arbetstagare och arbetsgivare och deras respektive organisationer. Anställningsavtal och kollektivavtal är civilrättsliga avtal. Legitimiteten för dessa avtal undermineras om staten blandar sig i prisbildningen. Att parterna själva, på civilrättslig grund, reglerar lönerna bidrar till ett ansvarstagande. Avtal är långsiktigt stabilare än lagar när det gäller lönefrågor. Parternas gemensamma ansvarstagande är huvudorsaken till att vi har mycket få konfliktdagar på svensk arbetsmarknad.

Om maktbalansen mellan de som köper och säljer arbete inte fungerar kan lagstiftaren ha en roll. Först om arbetstagare tvingas acceptera en oskäligt låg lön finns det anledning för staten att rycka in. LO och TCO anser att en lagstadgad minimilön skulle bidra till en felaktig prissättning på arbetet i Sverige. En bra prissättning bidrar till en fungerande ekonomi, internationell konkurrenskraft, höjda reallöner och rättvis fördelning av lönerna.

LO och TCO välkomnar också att utredningen inte övervägt att införa ett system för allmängiltigförklarande av kollektivavtal i Sverige. Upprättandet av ett system för allmängiltigförklarande av kollektivavtal skulle på sikt underminera den höga organisationsgraden på både arbetstagar- och arbetsgivarsidan. Oorganiserade arbetsgivare och arbetstagare skulle dra nytta av kollektivavtalen utan att bidra till dess upprättande. En annan problematik med system där kollektivavtal allmängiltigförklaras är att bestämma vilka av kollektivavtalen som ska allmängiltigförklaras och inom vilka områden de ska gälla. Dessutom blir flexibiliteten på arbetsmarknaden mindre och anpassningen till nya förhållanden försvåras.

I Sverige har kollektivavtalen hög täckningsgrad och kollektivavtal har sedan länge tecknats också med utländska arbetsgivare som är här tillfälligt. Det finns all anledning att även för framtiden slå vakt om detta väl fungerande system för att reglera arbetsmarknaden.

Utredningen slår vakt om kollektivavtalet som det primära regleringsinstrumentet för företag som utstationerar arbetstagare till svensk arbetsmarknad. EG-domstolens dom i Laval-målet har skapat viss osäkerhet om huruvida krav på kollektivavtal på områden som också täcks av semidispositiv lag kan riktas mot företag som utstationerar arbetstagare till Sverige. LO och TCO välkomnar att den rättsliga oklarheten i detta avseende undanröjs.

2.2 Gemenskapsrättsliga överväganden

LO och TCO är djupt kritiska till det rättsläge som uppstått i gemenskapsrätten efter EG-domstolens domar i Laval-målet (C-341/05), Viking-målet (C-438/05), Ruffert-målet (C-346/06) samt Luxemburg-målet (C-319/06).

LO och TCOs uppfattning är att utstationeringsdirektivet när det antogs var avsett att vara ett minimidirektiv. Medlemsstaterna förpliktigades att garantera utstationerade arbetstagare ett grundläggande skydd för det arbete som utförs vid utstationering enligt värdlandets arbetsmarknadsreglering. Medlemsstaterna skulle med utgångspunkt från egna bestämmelser och traditioner på arbetsmarknaden få möjlighet att säkerställa en likabehandling mellan utstationerade och inhemska arbetstagare. Detta uttrycktes i utstationeringsdirektivets artikel 3.7 där det står att artikel 3.1 till 3.6 inte förhindrar tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är mer förmånliga för arbetstagarna. Dessutom angavs det uttryckligen i direktivet när det antogs att det inte skulle inverka på den rättsliga regleringen i medlemsstaterna vad avser rätten att vidta fackliga stridsåtgärder (ingresstexten p 22). I sammanhanget ska också erinras om att det i EG-fördraget artikel 137.5 anges att EUs lagstiftande institutioner saknar kompetens vad avser löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout.

LO och TCO anser mot denna bakgrund att det får anses högst tvivelaktigt huruvida EG-domstolen, genom domarna i Laval, Viking, Ruffert och Luxemburg-målen, agerat inom ramen för den kompetens som överförts till EU med anledning av Sveriges medlemskap i EU. Att de allmänt hållna reglerna om fri rörlighet i fördraget skulle innebära inskränkningar av grundläggande fackliga rättigheter har inte bestämts i demokratisk ordning utan är en konstruktion av domarna i EG-domstolen. Det ska också erinras om att det i samband med Sveriges medlemskapsförhandlingar utfästes garantier från den dåvarande kommissionären Flynn om att Maastrichtfördraget inte på något sätt skulle medföra förändringar av den svenska arbetsmarknadsmodellen. Vi är därför djupt kritiska till EG-domstolens domar i detta avseende. Vi välkomnar dock att EG-domstolen erkänner rätten att vidta stridsåtgärder, inklusive rätten till sympatiåtgärder, som grundläggande rättigheter vilka utgör allmänna principer för gemenskapsrätten. Samtidigt är vi kritiska till den metod som EG-domstolen valt för att begränsa grundläggande fackliga rättigheter med utgångspunkt från de ekonomiska friheterna, i detta fall företagens vinstintresse.

Människors lika rätt och värde är en grundläggande facklig värdegrund. Principen om lika lön för lika arbete utgör tvingande rättsregler såväl nationellt som inom EG-rätten. Denna princip kommer till uttryck i EG-fördragets artikel 141 och 39.2, i artikel 7.1 i förordning 1612/68 samt senast i det nyligen antagna bemannings-

direktivet. En sådan grundläggande rättsprincip är i linje med såväl nationell rätt (diskrimineringslagstiftning, kollektivavtal, anställningskyddslag m.m.) som EG-rätten och ska beaktas av de nationella domstolarna oaktat om synsättet införlivats med begreppet "ordre public" enligt artikel 3.10 i direktivet eller inte. LO och TCO hemställer att detta tydliggörs i lagens förarbeten i det kommande lagstiftningsarbetet.

De domar från EG-domstolen som motiverat tillsättandet av utredningen, liksom de lagförslag som nu läggs, vilar på en kontroversiell tolkning av gemenskapsrätten av EG-domstolen som är föremål för en omfattande debatt i Europa. Det är inte osannolikt att gemenskapsrätten kan förändras, antingen genom nya domar i EG-domstolen eller genom beslut om ett förändrat utstationeringsdirektiv och/eller upprättandet av ett socialt protokoll i den politiska beslutsprocessen. Det är därför enligt vår uppfattning av yttersta vikt att det även framöver finns en beredskap att justera svensk rätt med hänsyn till utvecklingen i gemenskapsrätten.

Gemenskapsrätten präglas av stor osäkerhet. Vilka bestämmelser i nationell rätt som kan anses utgöra hinder mot den fria rörligheten och som inte kan rättfärdiggöras är svårt att avgöra på förhand. Ytterst blir det en fråga som får avgöras i domstol. När det gäller de kontroversiella delarna av utredningens förslag (se nedan kap 4.7, 4.8 och 4.9) är LO och TCO av uppfattningen att utredningens förslag bygger på en snäv förståelse av gemenskapsrätten. Den svenska rättsstaten vilar på en presumtion om att allt som inte uttryckligen är förbjudet enligt lag är tillåtet (jfr Regeringsformen 2 kap 17 §). Utredningens förslag tycks när det gäller gemenskapsrätten vila på en motsatt utgångspunkt där allt som inte uttryckligen är tillåtet är förbjudet. Utredningens förslag har en mycket restriktiv tolkning av gemenskapsrätten, dels vad gäller synen på vilka arbets- och anställningsvillkor som kan anses falla inom ramen för den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet (artikel 3.1 a. till g.) men också vad gäller de krav som följer av den s.k. ömsesidighetsprincipen som följer av gemenskapsrätten. I det sammanhanget bör de danska lagändringarna med anledning av Lavaldomen lyftas fram som ett exempel på åtgärder som vidmakthåller ett nationellt handlingsutrymme gentemot gemenskapsrätten.

EG-domstolens dom i Lavalmålet är inte bara politiskt kontroversiell. Den är också oklar som rättsligt handlingsdirektiv för medlemsstaten Sverige (både Arbetsdomstolen och Riksdagen). Det går inte att entydigt fastställa vilka åtgärder som måste vidtas i svensk rätt för att vara i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

2.3 Sveriges åtaganden gentemot ILO

LO och TCO anser att EG-domstolen genom sin dom i Lavalmålet kommit att inskränka den fria förenings- och förhandlingsrätten samt rätten att vidta fackliga stridsåtgärder på ett sätt som strider mot de grundläggande ILO-konventionerna nr 87 och 98 och den praxis som ILOs övervakningsorgan, främst Föreningsrättskommittén, utvecklat kring dessa. EG-domstolens avgörande utgör inskränkningar i den fria förenings- och förhandlingsrätten baserade på en önskan att förenkla

marknadstillträde för företag. Inskränkningar av handelsskäl har inte godtagits av Föreningsrättskommittén.¹

Att EG-domstolen i sin praxis har avvikit från dessa konventioner befriar emellertid inte Sverige från ingångna förpliktelser. Sverige ratificerade för övrigt ILOs konventioner nr 87 och 98 innan man blev medlem i EU. Utredningens förslag, som ensidigt syftar till att lösa de problem som EG-domstolens tolkning av fördraget och utstationeringsdirektivet givit upphov till, har inte i tillräckligt hög grad beaktat Sveriges åtaganden gentemot ILO. Om utredningens förslag genomförs med resultatet att de ovan nämnda rättigheterna inskränks löper Sverige risk att fällas av ILOs övervakningsorgan.

Det förslag till begränsning av strejkrätten som utredningen föreslår, dvs. en begränsning av rätten att vidta stridsåtgärder mot en arbetsgivare som är etablerad i ett annat EES-land och som utstationerar arbetstagare i Sverige kan ifrågasättas på flera grunder.

För det första är strejkrätten en fundamental rättighet som enbart kan begränsas när det handlar om offentliganställda med uppgifter som inbegriper myndighetsutövning eller då det rör sig om s.k. essential services där liv, personlig säkerhet eller hälsa där hela eller delar av befolkningen skulle hotas vid en strejk.² De begränsningar som utredningen föreslår inryms inte under någon av dessa grunder.

För det andra innebär den föreslagna bestämmelsen att stridsåtgärder bara får vidtas om de har till syfte att reglera villkoren för utstationerade arbetstagare på de områden och till de nivåer som anges i utstationeringslagen, att de ämnen som kan bli föremål för kollektiva förhandlingar begränsas. ILO har avvisat sådana begränsningar, och Föreningsrättskommittén har i sin rättspraxis garanterat fackliga organisationer en vidsträckt rätt att själva avgöra vad man vill reglera i kollektivavtal, samt en frihet att välja metod för stridsåtgärder.³

¹ Se Case 1963 Australien 2000 i vilket Föreningsrättskommittén utfärdade följande rekommendation (para 241):

c) Noting with concern that by linking restrictions on strike action to interference with trade and commerce, a broad range of legitimate strike action could be impeded, the Committee requests the Government to amend provisions of the Workplace Relations Act, 1996, linking restrictions on strike action to interference with trade and commerce, or where it threatens to cause significant damage to the economy.

d) The Committee requests the Government to take the necessary measures, including amending the Trade Practices Act, to ensure that workers are able to take sympathy action provided the initial strike they are supporting is lawful.

² Se Digest 2006 para 520-676.

³ Föreningsrättskommitténs etablerade praxis har sammanfattats i följande paragraf i Digest 2006:

913. Matters which might be subject to collective bargaining include the type of agreement to be offered to employees or the type of industrial instrument to be negotiated in the future, as well as wages, benefits and allowances, working time, annual leave, selection criteria in case of redundancy, the coverage of the collective agreement, the granting of trade union facilities, including access to the workplace beyond what is provided for in the legislation etc: these matters should not be excluded from the scope of collective bargaining by law, or as in this case, by financial disincentives and considerable penalties in case of non-implementation of the Code and Guidelines. (See 338th Report (Nov 2005), Case No. 2326, para 450)

Utredningen hävdar i sitt betänkande att eventuella normkonflikter mellan EG-rätten och de ILO-konventioner som EUs medlemsstater har undertecknat är en fråga mellan EU och ILO. LO och TCO anser att detta påstående är direkt felaktigt. För det första är det EUs medlemsstater och inte EU som organisation som är medlemmar i ILO. Kommissionen har heller inte givits något mandat att representera alla EUs medlemmar i relationerna med ILO. För det andra upphäver inte gemenskapsrätten EU-länders skyldigheter mot att efterleva frivilligt ratificerade ILO konventioner. Detta har bekräftats av Föreningsrättskommittén som inte accepterat föreningsrättskränkningar med motiv att detta skett beroende på att man ingått frihandelsavtal eller liknande.

LO och TCO anser vidare att utredningen även borde ha beaktat ILOs principer om icke-diskriminering och likabehandling av inhemska och utländska arbetstagare. Föreningsrättskommittén har också slagit fast papperslösa migrantarbetares förenings- och förhandlingsrätt.

Det är också angeläget att framhålla de trepartiskt enhälligt antagna slutsatserna från ILOs Åttonde Europeiska regionalmöte den 9 – 13 februari 2009 och där paragraf 28 anger ”It is of key importance to ensure that the interpretation and implementation of freedom of association and collective bargaining at regional and subregional level is fully consistent with international labour standards and the ILO supervisory system.”

I sammanhanget bör också framhållas att det sedan 1995 pågår en kampanj för en universell ratifikation till år 2015 av ILOs åtta kärnkonventioner, dvs. konventionerna om de grundläggande mänskliga rättigheterna i arbetslivet. Där ingår bland annat konventioner om den fria förenings- och förhandlingsrätten samt konventionerna om eliminering av barnarbete, slav- och tvångsarbete samt diskriminering. EU och kommissionen har införlivat främjandet av dessa konventioner i sin politik gentemot andra länder, t.ex. när det gäller handel och bistånd.

2.4 Europakonventionen om mänskliga rättigheter

Sverige, liksom de andra EU-länderna, är bunden av Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Genom 1995 års lag är den konventionen också svensk lag. EG-domstolen har dessutom slagit fast att konventionen och de mänskliga rättigheter den skyddar utgör en del av Gemenskapsrätten.

Artikel 11 i Europakonventionen ger ett skydd för föreningsfriheten. Kommissionen för mänskliga rättigheter har uttalat att det följer av denna artikel att fackföreningar ska åtnjuta en vidsträckt frihet att främja sina och sina medlemmars intressen. Rätten att vidta stridsåtgärder utgör en del av föreningsfriheten. Även om det är oklart i vilken utsträckning rätten att vidta stridsåtgärder skyddas står det klart att Europadomstolen i sin praxis successivt utökat skyddet för fackliga rättigheter.

I ett helt nytt avgörande, som rörde fackliga rättigheter i Turkiet, blir denna utveckling tydlig.⁴ Här gör domstolen en omprövning av dess tidigare praxis om den kollektiva

⁴ Demir and Baykara v Turkey, beslut 12 november 2008. Målet rörde den turkiska Kassationsdomstolens beslut att ogiltigförklara ett kollektivavtal och rätten till facklig verksamhet.

förhandlingsrätten och rätten att ingå kollektivavtal och slår fast att rätten att förhandla kollektivt numera omfattas som ett väsentligt element i föreningsfriheten. Denna omvändning beror enligt domstolen på den rättsutveckling som kan skönjas i både internationell rätt och i de nationella rättssystemen och som domstolen måste ta hänsyn till. Som stöd för sitt ställningstagande åberopar domstolen bl.a. ILO konvention 98 om organisations- och förhandlingsrätt, Europarådets sociala stadga som skyddar föreningsfrihet, förhandlingsrätt och rätten att vidta stridsåtgärder samt EUs stadga om de grundläggande rättigheterna som också den skyddar dessa fri- och rättigheter.

Europadomstolens praxis och särskilt den sist nämnda domen där en omprövning skett, stärker tydligt de fackliga rättigheterna och ger dem en starkare status som mänskliga rättigheter. Även om EG-domstolen åberopar nämnda internationella instrument i Lavaldomen och konstaterar att rätten att vidta stridsåtgärder är en grundläggande rättighet inom gemenskapsrätten blir det likväl tydligt att den väljer att gå i en annan riktning än Europadomstolen, då utgången leder till en försvagning av skyddet. En stor skillnad är också att EG-domstolen i Lavaldomen utgår från det ekonomiska intresset i form av fri rörlighet och därefter prövar om skyddet för arbetstagare kan rättfärdigas som en tillåten begränsning av en ekonomisk frihet. De fackliga fri- och rättigheter som följer av artikel 11 i Europakonventionen är inte absoluta, men här är det begränsningar av dessa rättigheter som ska vara legitima och proportionerliga. I proportionaliteten ligger att det ska finnas ett angeläget samhällsintresse (a pressing social need). Det är också högst tveksamt om enbart ekonomiska skäl, vilket är främsta grunden för fri tjänsterörlighet, kan motivera en inskränkning av fackliga rättigheter inklusive rätten att vidta stridsåtgärder.⁵

En särskild fråga gäller situationer där en utstationerad arbetstagare väljer att bli medlem i ett svenskt fackförbund. Skyddet för de fackliga fri- och rättigheterna är i den internationella rätten starkare i relation till den "egna" arbetsgivaren, dvs. arbetsgivare som har medlemmar bland sina anställda. EG-domstolen berör inte explicit denna situation, vilket kan förklaras av att de utländska arbetstagarna i målet inte var medlemmar i svenska Byggnads. Det följer dock av Europadomstolens praxis att det ställs höga krav för att begränsningar i rätten att vidta stridsåtgärder för att skydda medlemmarnas yrkesmässiga intressen ska vara tillåtna⁶. Under alla förhållanden måste det finnas en rätt för en fackförening att göra sig hörd för att tillvarata dessa intressen och som det nämnda målet ovan visar också en rätt till förhandling. Vi utgår från att utredningens förslag inte påverkar rätten att vidta stridsåtgärder och företräda sina egna medlemmar.

Om den föreslagna bevisregeln (se nedan kap 4.9) slår till finns det ingen möjlighet för ett fackförbund att få till stånd kollektiva förhandlingar med arbetsgivaren för att tillvarata eventuella medlemmars intressen, vilket står i strid med Europakonventionen.⁷ Samma bedömning gör vi i relation till ILOs konventioner och den Europeiska sociala stadgan, som ger ett uttryckligt skydd för rätten att vidta stridsåtgärder.

⁵ Federation of Offshore Workers' Trade Union and Others v Norway, beslut 27 juni 2002.

⁶ UNISON v UK, beslut den 10 januari 2002.

⁷ Se bl a Wilson & Palmer v UK, beslut den 2 juli 2002.

3. Utstationeringsdirektivets tillämpningsområde

Utstationeringsdirektivet omfattar tre olika typfall. Med en utstationering avses någon av följande gränsöverskridande åtgärder då ett anställningsförhållande råder mellan arbetsgivaren och arbetstagaren under utstationeringstiden (jfr direktivet artikel 1.3);

1. när en arbetsgivare för egen räkning och under egen ledning sänder arbetstagare till Sverige enligt avtal som arbetsgivaren ingått med den i Sverige verksamma mottagaren av tjänsterna,
2. när en arbetsgivare sänder arbetstagare till Sverige till en arbetsplats eller till ett företag som tillhör koncernen eller
3. när en arbetsgivare som hyr ut arbetskraft eller ställer arbetskraft till förfogande sänder arbetstagare till ett användarföretag som är etablerat i Sverige eller som bedriver verksamhet här.

En utstationerad arbetstagare är en arbetstagare som vanligen arbetar i ett annat land men som under ”en begränsad tid” utför arbete enligt någon av de tre uppräknade fallen ovan. I de två första fallen gäller EG domens begränsningar såvitt avser krav för att få tillstånd kollektivavtal med stridsåtgärder. För det tredje typfallet finns enligt artikel 3.9 i utstationeringsdirektivet en möjlighet till likabehandling, vilket också bekräftats i det nyligen antagna, men ännu ej införlivade bemanningsdirektivet.

För LO och TCO är utgångspunkten att likabehandling enligt typfall tre på sikt ska få genomslag även för fallen ett och två. I avvaktan på en sådan lösning är det utomordentligt viktigt att de svenska fackliga organisationerna snabbt kan få till stånd kollektivavtal som ger utstationerade arbetstagare ett skydd för den ”bottenplatta” som är möjlig att kräva i dessa situationer enligt Lavaldomen. Den av utredningen föreslagna bevisregeln (se nedan kap 4.9) riskerar att omöjliggöra att utstationerade arbetstagare får ett grundläggande skydd för den period utstationeringen pågår i Sverige.

LO och TCO kan inte heller acceptera att det kan uppstå ett glapp mellan tid då en utstationering föreligger och då svenska regler helt tar över (när företaget kan anses vara etablerat i Sverige). Den av utredningen föreslagna bevisregeln gör det svårt att låta utstationerade arbetstagare snabbt omfattas av rättssäkra och effektiva skyddsregler i svenska kollektivavtal. Men effekterna kan också bli direkt stötande om man beaktar att utstationeringsdirektivet inte uppställer några tidsgränser för en utstationering. Den omständigheten att en utstationering i vissa branscher kan pågå under en avsevärd tid innebär att det är angeläget att arbets- och anställningsvillkor för utstationerade ligger på en nivå som motsvarar det som normalt gäller för branschen och orten. I annat fall riskerar utstationering att leda till social dumping, vilket innebär klara nackdelar för såväl utstationerade arbetstagare som svenska företag och arbetstagare.

När det gäller typfall tre, dvs. gränsöverskridande uthyrning av arbetstagare finns numera grundläggande bestämmelser avseende likabehandling i det nyligen antagna direktivet om bemanningsföretag. LO och TCO återkommer dock med specifika synpunkter i den frågan i samband med det kommande arbetet med införlivandet av bemanningsdirektivet.

4. De krav för vilka fackliga organisationer kan vidta fackliga stridsåtgärder vid utstationering

4.1 Allmänt

Enligt utredningens förslag kan en stridsåtgärd mot en arbetsgivare som är etablerad i ett annat EES-land i syfte att genom kollektivavtal reglera villkoren för utstationerade arbetstagare endast vidtas om tre förutsättningar är uppfyllda;

1. De villkor som krävs ska motsvara villkoren i ett kollektivavtal som har slutits mellan en arbetstagarorganisation och en arbetsgivarorganisation på central nivå och som tillämpas allmänt i hela landet på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.
2. Villkoren ska avse en tydligt definierad minimilön samt tydligt angivna minimivillkor som är förmånligare för arbetstagaren än den föreslagna lagregleringen i 5 § utstationeringslagen.
3. Det utländska tjänsteföretaget inte visar att de utstationerade arbetstagarna väsentligen har minst sådana villkor som anges i punkt 2 och som regleras i sådant kollektivavtal som anges i punkt 1.

4.2 När slår begränsningarna i lagförslaget inte till?

Avtalsfrihet - huvudregeln

Kollektivavtal träffas vanligen utan att stridsåtgärder är inblandade. Utredningens förslag hindrar inte att företaget och en facklig organisation frivilligt ingår kollektivavtal med för arbetstagarna mer förmånliga villkor. LO och TCO vill tydligt framhålla detta grundläggande förhållande. De föreslagna inskränkningarna handlar uteslutande om vilka kollektivavtalskrav som kan ställas med stöd av fackliga stridsåtgärder i syfte att teckna ett svenskt kollektivavtal vid en utstationering.

Ett kollektivavtal där arbetsgivaren utan hot om stridsåtgärder åtar sig mer förmånliga villkor kan komma till stånd på flera sätt. Det vanligaste sättet är att arbetsgivaren träffar ett hängavtal med en facklig organisation. Men även ett medlemskap i en svensk arbetsgivarorganisation ger denna effekt. Att parterna blir överens om att tillämpa ett riksavtal, lokala avtal, ackordsavtal eller kollektivavtal av annan karaktär utgör inget hinder enligt gemenskapsrätten. Detta framgår även direkt av utredningens förslag 5 c §.

LO och TCO vill peka på att ett kollektivavtal med en svensk facklig organisation som reglerar det arbete som ska utföras i Sverige kan vara en konkurrensfördel även för ett utländskt tjänsteföretag. Detta trots att avtalet kan vara dyrare sett till kronor och ören. Att ha en avtalsrelation med en svensk arbetsgivarorganisation och/eller med svenska fackföreningar är samtidigt att få en medpart och ”en lots” in på svensk

arbetsmarknad och tillgång till all den kompetens som finns i dessa organisationer. Ett svenskt kollektivavtals egenskap som ett väl etablerat fredspliktsinstrument skapar även en stabil och förutsägbar situation för den som beställt tjänsten (kunden).

Utredningen föreslår att det i 5 c § utstationeringslagen förtydligas att de begränsningar beträffande krav som får ställas med stöd av stridsåtgärder inte hindrar att arbetsgivaren tillämpar bestämmelser eller villkor som är förmånligare för arbetstagaren.

Förslaget innebär att avtalsfriheten kan värnas. Det föreligger alltså inte hinder för en arbetsgivare att frivilligt ingå kollektivavtal med för arbetstagarna mer förmånliga villkor. Detta är en viktig princip inom ramen för en svensk kollektivavtalsmodell och är väl värd att förtydliga i lag. På svensk arbetsmarknad är trots allt frivillighet huvudregeln och stridsåtgärder undantaget.

LO och TCO tillstyrker förslaget.

Begränsningen gäller inte om tjänsteföretaget etablerar sig i Sverige utan endast vid utstationering

Ett utländskt företag som är etablerat i Sverige har att följa samma arbetsrättsliga regler som svenska företag – detsamma gäller om arbetet kan anses vara mer stadigvarande förlagt till Sverige (prop 1976/76:105 s 327).

De begränsningar som följer av EG-domstolens dom i Laval-målet påverkar inte heller relationen mellan svenska fackföreningar och svenska företag/myndigheter eller då en utländsk arbetstagare kommer till Sverige för att arbeta hos ett svenskt företag eller annat företag som är etablerat i Sverige.

De EG rättsliga begränsningarna gäller inte om de utstationerade arbetstagarna är medlemmar i facket

EG-domstolens dom i Laval-målet tar enbart sikte på begränsningar av möjligheten att vidta stridsåtgärder på arbetsplatser där den fackliga organisationen saknar medlemmar.

Lavaldomen påverkar inte fackliga stridsåtgärders lovlighet som syftar till att direkt reglera de egna medlemmarnas anställningsvillkor. Detta följer av den positiva föreningsrätten såsom den regleras i den europeiska människorättskonventionen (artikel 11 i EKMR). En reglering som också är en del av gemenskapsrätten. Detta antyds även i Lavaldomen (punkt 81).

Som ovan anförts (kap 2.4) finns det under alla förhållanden en rätt för en fackförening att göra sig hörd för att tillvarata de egna medlemmarnas intressen – oavsett nationalitet. Vi utgår från att utredningens förslag inte påverkar fackliga organisationers rätt att vidta stridsåtgärder i syfte att företräda sina egna medlemmar.

4.3 Vilka krav på kollektivavtals innehåll kan enligt förslaget framställas med hot om eller med fackliga stridsåtgärder?

LO och TCOs första utgångspunkt är den svenska regeringsformens lydelse i 2 kap 17 §; "Förening av arbetstagare samt arbetsgivare och förening av arbetsgivare äger rätt att vidtaga fackliga stridsåtgärder om ej annat följer av lag och avtal". Med lag avses av riksdagen beslutad lagstiftning (t.ex. MBL och utstationeringslagen) samt internationella konventioner som inkorporerats i svensk lag. Även EG-fördraget är inkorporerat med svensk rätt och därmed även EG-domstolens dom i Laval-målet. Vid en normkonflikt har gemenskapsrätten företräde framför nationell rätt. Domen innebär emellertid ett ingrepp i den partsautonomi som arbetsmarknadens parter har såsom det uttryckts i grundlagen avseende rätten att vidta stridsåtgärder.

När den svenska staten ska införliva EG-domstolens dom i Laval-målet i svensk rätt riskerar man att bryta mot internationella åtaganden, i synnerhet i förhållande till ILO och EKMR, i de delar gemenskapsrätten är oförenlig med ILO-rätten och EKMR.

LO och TCOs andra utgångspunkt är att EG domstolen erkänner fackliga stridsåtgärder som en grundläggande rättighet inom EG rätten. Fackföreningarna har enligt domen inte enbart intresse av att direkt reglera de egna medlemmarnas villkor utan även ett legitimt intresse att upprätthålla nivån på löner och anställningsvillkor i den aktuella branschen. Med andra ord uppnå konkurrensneutralitet. Att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder är erkänd av EU innebär dock inte att dessa respekteras fullt ut. Tvärtom föreligger enligt EG-domstolen vissa begränsningar eftersom en facklig stridsåtgärd samtidigt anses utgöra en inskränkning av företagets fria rörlighet. Dessa begränsningar respektive när fackliga stridsåtgärder är legitima har EG-domstolen ansett sig hitta stöd för i fördraget. Vid den tolkningen har utstationeringsdirektivet fått stor betydelse som både "ett golv och ett tak" för krav på lön och villkor vid utstationering. Domstolens tolkning av direktivet när man underkänt direktivets karaktär som minimidirektiv (art 3.7) och ett direktiv som inte ska påverka nationella stridsåtgärders laglighet (p 22) står emellertid i skarp kontrast till direktivets uttryckliga ordalydelse. Domstolens slutsats är att direktivet istället är ett maximidirektiv och att det i hög grad påverkar rätten att vidta fackliga stridsåtgärder nationellt – även om rätten är grundlagsskyddad.

Det är mot den bakgrunden som våra synpunkter på utredningens förslag till ny 5 b § i utstationeringslagen ska förstås gällande de förutsättningar och krav som ska gälla för kollektivavtalskrav med hot om stridsåtgärder dvs;

- viss kvalitet på de åberopade kollektivavtalen (punkt 1)
- krav på tydligt definierad minimilön (punkt 2)
- krav på tydligt angivna minimivillkor som är förmånligare än lagens (punkt 2) och att arbetsgivaren föreslås kunna freda sig mot stridsåtgärden genom att
- visa att de utstationerade arbetstagarna väsentligen har minst sådana villkor som anges i p 2 och som regleras i kollektivavtal enligt p 1 (punkt 3)

4.4 Krav på viss kvalitet på kollektivavtalen

Utredningens förslag i denna del ligger i linje med artikel 3.8 andra stycket, första strecksatsen i direktivet. Denna metod är enligt vår mening att föredra framför den andra strecksatsen då det på svensk arbetsmarknad oftast är fler än ett kollektivavtal inom en bransch som är allmänt tillämpligt.

Utstationeringsdirektivet har på denna punkt följande lydelse; ”kollektivavtal eller skiljedomar som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det geografiska området”. Denna strecksats har ursprungligen tillkommit för att bland annat tillgodose svenska intressen. Att välja denna metod borgar således i viss mån för en mer stabil lösning för framtiden då den bör accepteras av EUs institutioner.

En annan fördel med vald metod är att den även öppnar för möjlighet att kräva kollektivavtalsreglering vid utstationering på de områden som uppräknas i 5 § utstationeringslagen, det vill säga arbetstid, semester m.m.

LO och TCO delar också utredningens uppfattning att ordalydelsen i artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen inte kan tolkas i strikt bemärkelse. Om alla företag ska täckas av kollektivavtal skulle bestämmelsen förlora sin funktion för Sverige och Danmark för vilka bestämmelsen tillkom eftersom bestämmelsen då skulle förutsätta att kollektivavtalen utsträcktes till att omfatta alla företag, både svenska och utländska. Syftet med direktivets regler måste vara att möjliggöra tillämpning av kollektivavtalsvillkor i förhållande till utstationerade arbetstagare under förutsättning att dessa avtal gäller allmänt för svenska företag i den aktuella branschen.

LO och TCO delar utredningens bedömning att centrala rikstäckande branschavtal får anses gälla ”allmänt” inom den aktuella branschen. Vilket eller vilka branschavtal som i varje given situation bildar referens för krav gentemot ett utstationerande företag får sedan avgöras utifrån sedvanliga kriterier. För att metoden ska vara förenlig med det svenska kollektivavtalssystemet är det också viktigt att förslaget utöver branschen även utgår från den aktuella kategorin av arbetstagare, det vill säga för ”motsvarande arbetstagare”. Det kan således handla om olika avtalsområden för LO, TCO och Saco förbund. För att tillämpningen av ett kollektivavtal ska komma ifråga ska således båda dessa rekvisit vara uppfyllda. Detta bör tydliggöras i förarbetena.

Av de föreslagna rekvisiten för en tillåten stridsåtgärd i dessa fall följer att arbets- och anställningsvillkor måste motsvara villkoren i ett kollektivavtal som har slutits av parter på förbunds nivå, det vill säga kollektivavtal som tillämpas allmänt i hela landet på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Kraven kan dock finnas eller överföras till särskilt anpassade kollektivavtal som hämtar sitt innehåll från dessa riksavtal.

4.5 Kraven ska inte avse annat än en tydligt definierad minimilön

EG-domstolens dom i Laval-målet innebär inte att någon rättslig skyldighet har införts vare sig för lagstiftaren eller arbetsmarknadens parter att införa minimilön eller lägstralöner i Sverige. Detta bekräftas i Laval-domens punkt 68.

Enligt utredningens förslag kan de fackliga organisationerna endast vidta stridsåtgärder för att uppnå kollektivavtalsreglering om kravet avser en tydligt definierad minimilön.

Minimilön är ett nationellt begrepp som definieras enligt nationell praxis, dvs. det är medlemsstaterna som själv bestämmer vad begreppet innefattar. Det innebär att begreppet minimilön inte är begränsat till grundlön eller lägsta lön utan omfattar alla ersättningar som arbetsgivaren är skyldig att utge till arbetstagaren enligt aktuellt kollektivavtal. LO och TCO stöder utredningens resonemang avseende fastställandet av vad som avses med minimilön. Detta är en fråga för arbetsmarknadens parter att hantera och ytterst får den fackliga organisationen på egen hand utforma lönekraven.

Vår uppfattning har stöd i gemenskapsrätten. I utstationeringsdirektivet anges att medlemsstaten ska garantera minimilön inbegripet övertidsersättning (men inte yrkesanknutna tilläggspensionssystem). Med minimilön avses enligt artikel 3.1 den minimilön som fastställs i nationell lagstiftning och/eller praxis i den medlemsstat inom vars territorium arbetstagaren är utstationerad. Vidare anges (artikel 3.7) att ersättningar som hör ihop med utstationeringen ska anses utgöra en del av minimilönen, om de inte utbetalas som ersättning för utgifter som i själva verket har uppkommit till följd av utstationeringen t.ex. utgifter för resa, kost eller logi.

Domar från EG domstolen visar att medlemsstaten har ett stort handlingsutrymme när det gäller begreppet ”minimilön”.

4.6 Kraven ska inte avse annat än tydligt angivna minimivillkor som är förmånligare än lagens

LO och TCO är kritiska till utredningens förslag att endast tydligt angivna minimivillkor ska kunna krävas av företag som utstationerar arbetstagare till Sverige. Formuleringen har inte stöd vare sig i direktivet eller i EG-domstolens dom i Laval-målet.

LO och TCO anser att det är svårt, ibland omöjligt, att fastställa vad i kollektivavtalen som ska anses vara ”minimivillkor”. Exempelvis utgör inte villkor som rör diskriminering och arbetsmiljö alltid minimivillkor. Ett kollektivavtal med ett antal arbetstidsregler kan knappast sägas handla om minimiregler. Snarast handlar det om ett paket med regler inom ramen för den s.k. hårda kärnan som inte är sammankopplad med nivåerna på det skydd som kollektivavtalen ger. Vår bedömning är att höjden på detta skydd bestäms ensidigt nationellt. Vår uppfattning är således att ”minimi” bör strykas i lagtexten.

4.7 Innebörden av ”mer förmånliga” villkor

LO och TCO delar uppfattningen att det inte är möjligt enligt gemenskapsrätten att vidta stridsåtgärder för att driva igenom villkor som innebär att arbetsgivaren får betala för samma sak två gånger (dubbla bördor) eller villkor som inte innebär en verklig fördel för den utstationerade arbetstagaren. Om de villkor som den fackliga organisationen kräver ligger på en lägre nivå än den svenska utstationeringslagen är det således logiskt att utifrån Lavaldomen säga att en vidtagen stridsåtgärd för detta genomdrivande är lagstridig, vilket dock endast är ett rent teoretiskt problem. Utredningen går emellertid ett ytterliggare steg. Stridsåtgärderna föreslås även vara ogiltiga om villkoren ligger på samma nivå.

Vi kan emellertid inte se att det skulle strida mot gemenskapsrätten att kräva kollektivavtalsreglering på minst motsvarande nivå som lagens. En sådan regel skulle i praktiken ge ett bättre skydd och därmed en fördel för de utstationerade arbetstagarna genom att brott mot kollektivavtalets lön och villkorsregler oftare skulle övervakas och beivras effektivt och snabbt av de fackliga organisationerna – främst inom ramen för vårt kollektivavtalsbaserade tvistelösningssystem.

LO och TCO menar därför att texten i förslagets 5 b § andra punkten, ”är förmånligare för arbetstagaren än”, ska ändras till ”minst motsvarar”.

Om denna lydelse trots vår invändning behålls så bör det tydliggöras i den fortsatta lagstiftningsprocessen att bestämmelsen inte tar sikte på att alla delar av kollektivavtalet måste vara mer förmånliga. Det är tillräckligt att något av de i kollektivavtalet ingående villkoren är mer förmånligt.

4.8 Villkor som påstås ligga utanför den hårda kärnan

LO och TCO är av uppfattningen att utredningen har en snäv syn på vad som ska omfattas av lagens s.k. hårda kärna. Särskilt olyckligt är detta när det gäller synen på det nattarbetsförbud som idag finns i lagens 5 § samt påståenden om att försäkringsskydd vid olycksfall ligger utanför direktivets ”hårda kärna” och därmed inte skulle kunna vara föremål för fackliga krav vid utstationering.

Utvidgade internationellt tvingande regler i artikel 3.10

I artikel 3.10 i utstationeringsdirektivet ges medlemsstaterna en möjlighet att ålägga utstationerade företag från andra medlemsstater att följa bestämmelser om arbets- och anställningsvillkor utanför direktivets hårda kärna om bestämmelserna rör vad som bör betraktas som utvidgade internationellt tvingande regler. Med begreppet avses enligt EG-domstolens praxis bestämmelser som är så avgörande för skyddet för den politiska, sociala eller ekonomiska ordningen i en medlemsstat att det är nödvändigt att de gäller för alla personer och för alla rättsförhållanden inom medlemsstat. Den svenska lagstiftaren använde sig av artikeln när de i samband med införlivandet av direktivet ålade utländska tjänsteföretag att följa MBLs regler om föreningsrätt och förhandlingsrätt.

Av utredningens direktiv framgår att det bör undersökas huruvida bestämmelsen kan utnyttjas för att möjliggöra att krav kan framställas vid sidan av direktivets "hårda kärna". Utredningen har inte funnit några sådana villkor utöver de tidigare gällande dvs. avseende förenings- och förhandlingsrätten.

Enligt LO och TCOs uppfattning gör utredningen en för snäv tolkning av ett i många stycken oklart begrepp. Även efter Luxemburgdomen, som LO och TCO i flera delar är mycket kritiska till, finns ett visst nationellt handlingsutrymme. Självklart ingår förenings- och förhandlingsrätten i begreppet - men det är felaktigt att stanna vid ett sådant snävt konstaterande. I punkt 82 i Lavaldomen erinrar domstolen om denna möjlighet. Hur långt dessa rättsprinciper sträcker sig får emellertid betraktas som oklart men det åligger den svenska lagstiftaren att i lagens förarbeten erinra om detta förhållande.

Nattarbetsförbudet

Utredningen föreslår att nattarbetsförbudet liksom rätten till paus enligt arbetstidslagen inte behöver följas av företag som utstationerar arbetstagare till Sverige enligt utstationeringslagen. Dessa bestämmelser gäller idag alla företag som är verksamma på svensk arbetsmarknad. Undantag kan ges endera av Arbetsmiljöverket för företag eller generellt för en bransch, eller genom kollektivavtal. Bestämmelserna rör själva kärnan i arbetsmiljöreglerna, dvs. hälsa och säkerhet på arbetsplatsen.

Att utredningen föreslår att utstationerade arbetstagare inte ska åtnjuta samma arbetsmiljöskydd som svenska arbetstagare är inte en följd av Lavaldomen. EG-domstolen har inte förbjudit Sverige att ha ett nattarbetsförbud eller en rätt till pauser. Förslaget innebär en försämring av det nu gällande skyddet för utstationerade arbetstagare.

Utredningens argumentation utgår från att nattarbetsförbudet och rätten till pauser är arbetstidsbestämmelser som inte är i överensstämmelse med artikel 3:1 punkten a), längsta arbetstid och kortaste vilotid. Enligt vår mening står det dock helt klart att bestämmelserna kan hänföras under punkten e), säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen. EG-domstolens dom i mål C-84/94, se särskilt punkterna 15 och 38, ger ett tydligt stöd för att nämnda bestämmelser bör hänföras till hälsa och säkerhet på arbetsplatsen.

Det har dessutom på intet sätt varit en självklarhet att nattarbetsförbudet ska ligga i arbetstidslagen, tvärtom. Innan den nu gällande arbetstidslagens tillkomst 1982 låg bestämmelser om arbetstidens förläggning, inklusive bestämmelser om pauser och nattarbete, i arbetsmiljölagen. Dåvarande arbetarskyddsstyrelsen avstyrkte att bland annat dessa bestämmelser skulle föras över till arbetstidslagen just för att de var centrala för den psykiska arbetsmiljön (prop. 1981/82:154 s 45). Om de istället skulle ha legat kvar i arbetsmiljölagen skulle sannolikt utredningens förslag inte ha lagts fram, vilket visar att det inte är en rimlig tolkning av EG-rätten.

Förslaget är även beklagligt då det på längre sikt kan få konsekvenser för rent inhemska förhållanden. Att svenska företag som saknar kollektivavtal tvingas

respektera nattarbetsförbudet enligt arbetstidslagens regler medan utländska företag inte behöver göra det riskerar att underminera respekten för denna viktiga arbetsmiljöregel.

LO och TCO avstyrker därför att hänvisningen till 12 och 17 §§ i arbetstidslagen i 5 § andra stycket utstationeringslagen tas bort.

Skadeståndslagen och försäkringsersättning

LO och TCO anser att det är självklart att skadeståndslagens bestämmelser är tillämpliga på olyckor som inträffar på en svensk arbetsplats. En arbetsgivare som utstationerar arbetstagare till Sverige kommer således att bli skadeståndsskyldig enligt svensk rätt om en olycka inträffar. För dessa situationer bör det gå att kräva att arbetsgivaren har försäkringar så att de utstationerade arbetstagarna garanteras ett effektivt skydd. Försäkringar bör således betraktas som en del i det skydd som ska garanteras beträffande hälsa och säkerhet på arbetsplatsen. Det bör därför i lagen införas en bestämmelse som klargör att det är tillåtet att genom stridsåtgärder förmå arbetsgivare att teckna försäkringar som TFA (Trygghetsförsäkring vid arbetsskada) och TGL (Tjänstegrupplivförsäkring) med stöd av artikel 3:1 punkten e), säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen.

Dessutom bör uppmärksammas att försäkringsskyddet är att betrakta som ett löneskydd. Om en olycka inträffar är arbetstagaren försäkrad mot lönebortfall. Försäkringsskyddet bör således i vart fall betraktas som en komponent i minimilöneskyddet.

Att såsom utredningen argumentera för att försäkringslösningar för utstationerade arbetstagare inte kan krävas handlar inte i första hand om att underlätta den fria rörligheten. Det handlar om att beröva utstationerade arbetstagare ett grundläggande skydd som de rimligtvis bör ha. Hur skall man annars garantera att en utstationerad arbetstagare som blir invalidiserad i arbetet kompenseras? Det ligger för övrigt även i arbetsgivarens intresse att ha ett fullgott försäkringsskydd eftersom denne annars riskerar höga skadeståndskrav. Vi menar att det är direkt stötande att svensk lag skulle innebära att utländska arbetstagare som arbetar i Sverige, till skillnad från svenska arbetstagare, inte kommer att omfattas av detta grundläggande skydd.

LO och TCO föreslår därför att det i 5 b § andra punkten införs att villkoren i kollektivavtalen också får omfatta avtalsförsäkringar.

4.9 Arbetsgivaren inte visar att de utstationerade arbetstagarna väsentligen har minst sådana villkor som följer av svenskt EU anpassat kollektivavtal (bevisregeln)

LO och TCO är djupt kritiska till den nya bestämmelse som föreslås av utredningen i 5 b § tredje punkten med innebörd att fackliga stridsåtgärder anses olovliga för det fall arbetsgivaren visar att de utstationerade arbetstagarna har minst sådana villkor som följer av det EU-anpassade kollektivavtal som en facklig organisation avser att kräva. Vår bedömning är att något krav på att införa en sådan bestämmelse inte följer av EG-

domstolens dom i Laval-målet eller av gemenskapsrätten i övrigt. Bestämmelsen behandlas också i kap 2.4 och 4.2.

Bevisregeln försvagar regleringen av utstationerade arbetstagares villkor

Bevisregelns utformning riskerar att leda till att utstationerade anställda ställs helt utan skydd för löne- och anställningsvillkor. Om arbetsgivaren påstår att han tillämpar villkor på ”svensk nivå” kan det leda till en process i Arbetsdomstolen. Även om domstolen kommer fram till att arbetsgivaren inte har styrkt sitt påstående och att stridsåtgärder därför är tillåtna så kommer det kollektivavtal som sedan förhoppningsvis träffas endast att reglera framtida förhållanden. Det finns således ingen rättslig grund för att kräva lön- och anställningsvillkor enligt utstationeringsdirektivets krav innan kollektivavtal träffas, vilket kan ta förhållandevis lång tid. I praktiken riskerar bevisregeln att göra utstationerade arbetstagare helt rättslösa för den period utstationeringen pågår.

Till detta kommer att det i vissa branscher är vanligt att det upprättas dubbla avtal inför en utstationering till Sverige, där ett av avtalen utgör ett skenavtal med högre lönenivåer som ska visas för myndigheter och fackliga organisationer samtidigt som det verkliga avtalet på en lägre nivå hålls hemligt. Det kan således bli mycket svårt för en facklig organisation att motbevisa påståenden om att nivåerna i skenavtalet avspeglar de nivåer som i realiteten tillämpas. Regeln gör det enkelt att göra gällande fredsplikt i Arbetsdomstolen. Vår bedömning är att regeln kommer att vara tvistegenererande och att den riskerar att missbrukas av arbetsgivare som utstationerar arbetstagare till Sverige.

Bevisregeln försvagar kontrollen av villkoren för de utstationerade arbetstagarna

Bevisregeln innebär vidare att det i många fall helt kommer att saknas kontroll och övervakning av att utstationerande arbetsgivare följer sina arbetsrättsliga skyldigheter. Gemenskapsrätten hindrar dock inte att en medlemsstat säkerställer tillämpningen samt kontroll och övervakning av de villkor som faller inom ramen för den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Den proportionalitetsbedömning som eventuellt anses följa av gemenskapsrätten på detta område uttrycks såvitt nu är ifråga genom att de krav som ställs ska ligga inom ramen för utstationeringsdirektivet (se Laval- domen). Någon annan proportionalitetsprincip återfinns inte i denna dom.

De domar från EG-domstolen som finns och som hänvisar till principen om ömsesidigt erkännande rör frågor utanför den hårda kärnan och bemöter argument om att värdlandet måste kunna övervaka att gemenskapsrätten följs i största allmänhet. Det är en helt annan sak. I sammanhanget kan erinras om målet C-490/04 Kommissionen mot Tyskland (särskilt punkterna 63 till 80) där EG-domstolen fastställde att en skyldighet att översätta anställningsrelaterade dokument, exempelvis anställningsavtal (eller ett motsvarande dokument), lönespecifikationer samt handlingar som utvisar arbetstid och gjorda löneutbetalningar, utgör ett hinder mot den fria rörligheten, men att detta hinder också kan rättfärdiggöras med hänsyn till det allmänintresse som rör det sociala skyddet för arbetstagare.

EG-domstolen motiverade rättfärdiggörandet med att det måste vara möjligt för värdlandets behöriga myndigheter att utföra den kontroll på arbetsplatsen som är nödvändig för att säkerställa att de nationella bestämmelserna om skydd för arbetstagare iaktas, särskilt löne- och arbetstidsbestämmelserna.

Utredningen har hävdad att behovet av kontroll och övervakning av löne- och anställningsvillkor inte håller som enda skäl för en kollektivavtalsreglering i Sverige. Orsaken till detta skulle vara att principen om ömsesidigt erkännande är så stark att kontroll och övervakning i värdlandet inte kan rättfärdiggöras. Det är LO och TCOs uppfattning att detta inte kan vara fallet, vilket bl.a. rättsfallet ovan visar. I så fall skulle länder med allmängiltiga kollektivavtal och/eller lagstadgade minimilöner vara skyldiga att ha motsvarande undantag och så är inte fallet. Om principen om ömsesidigt erkännande ges en sådan effekt uppstår dessutom en direkt konflikt med artikel 5 i utstationeringsdirektivet. Där åläggs medlemsstaterna att se till att effektiva åtgärder kan vidtas vid brott mot direktivet. Sverige är således förpliktigt att säkerställa att det finns effektiva kontroll- och övervakningsmekanismer även för utstationerade arbetstagare. Utan kollektivavtal med en svensk facklig organisation finns det i Sverige, till skillnad mot de flesta andra medlemsländerna, ingen sådan kontroll. Att överlämna till de utstationerade arbetstagarna att helt på egen hand tillvarata sina rättigheter måste anses strida mot det grundskydd som utstationeringsdirektivet är avsett att garantera. Utan kollektivavtal finns det heller ingen påföljd för den arbetsgivare som bryter mot sina skyldigheter, vilket det finns i länder där staten svarar för övervakningen.

LO och TCO kräver därför att 5 b § tredje punkten stryks.

Om regeringen i det fortsatta propositionsarbetet likväl avser att införa en bevisregel bör bevisregeln förändras. I första hand anser LO och TCO att det bör införas en regel där ett företag som uppger att det tillämpar villkor som minst motsvarar villkoren i ett EU-anpassat svenskt kollektivavtal kan förmås, i sista hand genom stridsåtgärder, att bekräfta tillämpningen av dessa i ett avtal med en facklig organisation. Det skulle innebära att principen om ömsesidigt erkännande respekteras samtidigt som ett skydd för de utstationerade arbetstagarnas löne- och anställningsvillkor säkerställs för det arbete som utförs i Sverige.

I andra hand anser LO och TCO att det i vart fall bör upprättas ett kvalitativt krav på det avtal vilket företaget utgår ifrån när det hävdar att villkoren minst motsvarar de svenska. Det kan inte som utredningen föreslagit vara tillräckligt att individuella anställningsvillkor eller ensidiga utfästelser från arbetsgivaren ligger till grund. De individuella anställningsavtalen regleras i regel av utländsk rätt och det förekommer i utländsk rätt att sådana avtal kan sägas upp med kort varsel. LO och TCO anser att det åtminstone måste krävas att villkoren finns i ett rättsligt bindande kollektivavtal mellan det utstationerade företaget och de utstationerade arbetstagarnas fackliga organisation för att bevisregeln ska komma i fråga. Utan kollektivavtal kommer de utstationerade arbetstagarna att i praktiken bli rättslösa.

Särskilt om möjligheten att välja tillämpligt branschavtal

Utformningen av bevisregeln innebär också att ett utstationerande företag ges möjligheten att själv välja vilka kollektivavtalsvillkor som ska tillämpas. Det är oklart varför utredningen introducerar denna valmöjlighet. Om bevisregeln varit förenad med ett krav på kollektivavtalsbundenhet (se alternativ ovan) skulle denna valmöjlighet snarast vara ett uttryck för avtalsfrihet och respekten för kollektivavtal och medföljande fredsplikt, men något sådant krav uppställs inte.

Det förekommer att ett fackförbund har flera kollektivavtal som kan bli tillämpliga inom en bransch. Dessutom är det inte ovanligt att fler än ett kollektivavtal kan bli tillämpligt inom samma bransch. Detta kan gälla TCO förbunds- respektive Saco förbundsavtal, men även LO-förbundsavtal kan vara aktuella. Avtalen kan se olika ut och kan vara mer eller mindre anpassade att tillämpas i en utstationeringssituation, särskilt med beaktande av att det endast är vissa villkor inom den hårda kärnan som plockas ut. Utredningen har noterat att det förekommer att flera kollektivavtal kan vara tillämpliga inom en bransch och menar att det då räcker att det utstationerande företaget kan visa att de villkor som tillämpas ligger minst i nivå med något av dem.

Förslaget har inte behandlats i utredningens referensgrupp med arbetsmarknadens parter och det saknas underlag för att till fullo överblicka dess effekter. Möjligen innebär inte en sådan ordning ett stort rättsligt problem. En rättslig prövning måste utgå från den ordning som gäller på svensk arbetsmarknad och om flera kollektivavtal är tillämpliga inom en bransch blir kategorin av arbetstagare en viktig utgångspunkt för prövningen. LO och TCO anser dock inte att det är en lämplig ordning att överlämna till ett utstationerande företag att i första hand avgöra tillämpligheten av ett branschavtal. Redan idag måste fastställande av tillämpningsområden och gränsdragningar hanteras. Detta sker dock inom ramen för partssystemet. En invändning vi ovan gjort mot bevisregeln är att den riskerar att bli tvistgenererande och att det kan ligga nära till hands för ett företag att göra en fredspliktsinvändning. Genom denna valmöjlighet blir denna risk än mer uppenbar.

Om regeringen skulle välja att införa en bevisregel anser LO och TCO att en bättre ordning är utredningens ursprungliga förslag, det vill säga att bevisregeln slår till om företaget tillämpar villkor som är i nivå med eller är bättre än de villkor som ett fackförbund vill få till stånd. Begränsningar i den fria tjänstehandeln kan vara tillåtna om det handlar om att ge arbetstagare en verklig fördel. Om de villkor i ett branschavtal som ett utstationerande företag tillämpar är sämre än de villkor som ett fackförbund vill få tillstånd med ett annat tillämpligt branschavtal som referens handlar det om att försöka få tillstånd en sådan verklig fördel. En sådan ordning bör därför vara förenlig med gemenskapsrätten.

LO och TCO avstyrker förslaget om val av tillämpligt branschavtal. Om en bevisregel skulle införas bör istället en jämförelse ske i relation till de krav som ställs med branschavtal som referens.

5. Behövs ändringar i Lex Britannia?

För att motverka social dumpning måste det i vissa situationer vara möjligt att genom stridsåtgärder undantränga ett befintligt kollektivavtal hos en arbetsgivare och ersätta detta med ett annat. Det gäller när det befintliga avtalet ligger på en lägre nivå än vad som är normalt i branschen och på orten. För att regelverket ska vara tillåtet i förhållande till gemenskapsrätten måste det vara nationalitetsneutralt, dvs. behandla svenska och utländska arbetsgivare lika.

Utstationeringslagen föreslås reglera när stridsåtgärder ska vara tillåten vid utstationering av EES arbetsgivare. LO och TCO har ställt sig bakom en sådan reglering i utredningen då den torde ha minst ingripande effekt på den huvuddel av svensk arbetsmarknad som inte är berörda av utstationeringar och därmed inte heller de begränsningar i rätten att företa stridsåtgärder som föreslås. I sammanhanget bör framhållas att de förändringar som utredningen föreslår är en följd av de förpliktelser som följer med medlemskapet i EU. Sverige har dock inte motsvarande förpliktelser mot de länder som inte är medlemsstater i EU. Vi kan således fortsätta att tillämpa Lex Britannia mot övriga länder. Det kan inte hävdas att det av GATS (General Agreement on Trade in Services) följer att Sverige inte kan särreglera för företag inom EES-området. Av GATS följer att regionala organisationer såsom EU kan välja att särbehandla medlemmar inom den regionala organisationen.

6. Övriga frågor

6.1 Registrering av kollektivavtal

Utredningen föreslår att kollektivavtalsvillkor som ett fackförbund ytterst kan komma att kräva genom stridsåtgärder ska ges in till Arbetsmiljöverket. Bestämmelsen är utformad som en osanktionerad ordningsföreskrift.

Vi är positiva till förslaget, som innebär att fackförbunden får ett förstärkt ansvar för transparensen vid utstationeringar. Vi ställer oss också bakom utredningens förslag att utforma registreringskyldigheten som en ordningsföreskrift. En ordning som skulle innebära att en stridsåtgärd blir olovlig om registrering inte har skett skulle vi dock inte kunna stödja. En sådan ordning skulle innebära en centralisering som är främmande för vår kollektivavtalsmodell. Dessutom skulle en sådan inskränkning i rätten att vidta stridsåtgärder kunna stå i strid med Sveriges internationella åtaganden inom ramen för Europarådet och ILO.

6.2 Förbindelsekontor

Utredningen föreslår att Arbetsmiljöverket, som idag är förbindelsekontor, ska ha en aktivare roll genom att mer aktivt än idag bistå utländska arbetsgivare med information om vilka krav som kan ställas vid en utstationering till Sverige. Om informationen rör kollektivavtal ska Arbetsmiljöverket hänvisa till berörda kollektivavtalsparter. LO och TCO förutsätter att förbindelsekontoret får tillräckliga resurser till sitt förfogande för att fullgöra denna viktiga uppgift. Det innefattar bland

annat att informationsmaterial översätts till relevanta språk i nära samverkan med arbetsmarknadens parter. Vi är positiva till att förbindelsekontoret föreslås få en sådan mer aktiv roll.

Utredningen anser att frågan huruvida uppdraget att fungera som förbindelsekontor ska ligga kvar på Arbetsmiljöverket och att frågan om uppdraget ska tas över av Medlingsinstitutet ligger utanför utredningens uppdrag. Vi menar dock att det är lämpligare att detta uppdrag övertas av Medlingsinstitutet. Förbindelsekontorets nya roll och arbetsuppgifter kräver kunskap om kollektivavtalen och kollektivavtalssystemet. Medlingsinstitutet är den myndighet som har den kompetens som krävs för denna nya roll. Medlingsinstitutet är dessutom den myndigheten som under alla förhållanden kopplas in om ett fackförbund skulle varsla om stridsåtgärder. Den mer aktiva rollen för förbindelsekontoret talar också för att Medlingsinstitutet tar över Arbetsmiljöverkets funktion som förbindelsekontor. Mot denna bakgrund föreslår vi att Medlingsinstitutet ska utses till förbindelsekontor.

6.3 Talerätt för utländska arbetstagare

Utredningen föreslår en regel där oorganiserade arbetstagare ges rätt att åberopa bestämmelser i ett kollektivavtal. Förslaget är systemfrämmande för svensk arbetsrätt. Det är en grundläggande princip att kollektivavtal endast binder och ger rättigheter till de som är medlemmar i den avtalsslutande organisationen.

Trots det tillstyrker LO och TCO den föreslagna bestämmelsen i syfte att stärka skyddet för de utstationerade arbetstagarna. Vi menar att de utstationerade arbetstagarna inte befinner sig i en jämförbar situation med en person som mer stadigvarande arbetar i Sverige. Det kan inte rimligen krävas att en utstationerad arbetstagare som är här under en begränsad tid ska bli medlem i en svensk facklig organisation för att få ett grundläggande skydd för rimliga löne- och anställningsvillkor. Visserligen har hundratals utstationerade arbetstagare, framförallt i byggbranschen, valt att bli medlemmar i svenska fackliga organisationer, men dessa är då ofta här under en lite längre tid.

Erfarenheten visar också att utan hjälp av svenska fackliga organisationer förmår utstationerade arbetstagare i princip aldrig att i praktiken tillvarata sina rättigheter. Men vi menar ändå att det är värdefullt och stärker vår arbetsmarknadsmodellens legitimitet att i denna speciella situation ge dessa arbetstagare ett skydd.

6.4 Ikraftträdande av bestämmelserna

Av utredningen framgår att avsikten är att de nya bestämmelserna ska träda ikraft 1 april 2010. LO och TCO är kritiska till detta och menar att målsättningen bör vara att reglerna skall träda ikraft senast 1 januari 2010. Det är fullt realistiskt även om beslut kan fattas först under höstriktsdagen.

Stockholm den 15 april 2009

Landsorganisation i Sverige (LO)

Tjänstemännens centralorganisation (TCO)

Wanja Lundby-Wedin
Ordförande

Sture Nordh
Ordförande

Claes Mikael Jonsson
Jurist

Ingemar Hamskär
Chefsjurist