

Europa og den nordiske aftalemodel

Det komplicerede samspil mellem nordisk
og europæisk arbejdsret





Europa og den nordiske aftalemodel

Det komplicerede samspil mellem nordisk
og europæisk arbejdsret

Dr. Jur. Jens Kristiansen (ed.)

Contributions by:

*Jens Kristiansen, Hans Tilly, Lena Maier Söderberg,
Flemming Dreesen, Magnús Norðahl, Christen
Horn Johannessen, Hrafnhildur Stefánsdóttir,
Gabriella Sebardt, Ane Kristine Lorentzen, Jari Hellsten,
Jens Kragh og Ella Sjödin*

Europa og den nordiske aftalemodel
Det komplikerede samspil mellem nordisk og europæisk arbejdsret

Dr. Jur. Jens Kristiansen (ed.)

Contributions by:

*Jens Kristiansen, Hans Tilly, Lena Maier Söderberg, Flemming Dreesen, Magnús Norðdahl,
Christen Horn Johannessen, Hrafnhildur Stefánsdóttir, Gabriella Sebhardt, Ane Kristine Lorentzen,
Jari Hellsten, Jens Kragh og Ella Sjödin*

ISBN 978-92-893-4151-6 (PRINT)

ISBN 978-92-893-4153-0 (PDF)

ISBN 978-92-893-4152-3 (EPUB)

<http://dx.doi.org/10.6027/TN2015-537>

TemaNord 2015:537

ISSN 0908-6692

© Nordisk Ministerråd 2015

Layout: Hanne Lebech

Omslagsfoto: ImageSelect

Tryk: Rosendahls-Schultz Grafisk

Oplag: 2.000

Printed in Denmark



Denne rapport er udgivet med finansiel støtte fra Nordisk Ministerråd. Rapportens forfattere indestår for rapportens indhold og konklusioner, og rapporten afspejler ikke nødvendigvis Nordisk Ministerråds synspunkter, meninger, holdninger eller anbefalinger.

www.norden.org/nordpub

Det nordiske samarbejde

Det nordiske samarbejde er en af verdens mest omfattende regionale samarbejdsformer. Samarbejdet omfatter Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige samt Færøerne, Grønland og Åland.

Det nordiske samarbejde er både politisk, økonomisk og kulturelt forankret, og er en vigtig medspiller i det europæiske og internationale samarbejde. Det nordiske fællesskab arbejder for et stærkt Norden i et stærkt Europa.

Det nordiske samarbejde ønsker at styrke nordiske og regionale interesser og værdier i en global omverden. Fælles værdier landene imellem er med til at styrke Nordens position som en af verdens mest innovative og konkurrencedygtige regioner.

Nordisk Ministerråd

Ved Stranden 18

1061 København K

Telefon (+45) 3396 0200

www.norden.org

Indhold

Förord.....	9
Sammenfatning.....	11
Del 1.....	13
1. Den nordiske aftalemodels europæiske udfordringer	
<i>Jens Kristiansen</i>	15
1.1 Indledning	15
1.2 Den nordiske aftalemodel i europæisk perspektiv	16
1.3 Fri bevægelighed i det indre marked.....	22
1.4 Grundlæggende rettigheder i arbejdslivet	35
1.5 Harmonisering af løn- og arbejdsvilkår	44
1.6 Flexicurity som beskæftigelsespolitisk retningslinje.....	59
1.7 Generelle udviklingstendenser i de europæiske påvirkninger	64
1.8 Litteraturliste.....	72
Del 2.....	75
1. En förändrad arbetsmarknad efter Vaxholm	
<i>Hans Tilly</i>	77
1.1 Inledning.....	77
1.2 LO och Socialdemokraterna.....	78
1.3 Olika partiers ställningstaganden	80
1.4 Arbetsgivarnas agerande	82
1.5 Småföretagens stöd	83
1.6 Europaarbetet, facket och parlamentet	83
1.7 En förändrad arbetsmarknad.....	84
1.8 Vad kunde vi gjort annorlunda?	87
1.9 Hur är det idag?.....	88
2. Laval, det svenska kollektivavtalssystemet och akademikerna	
<i>Lena Maier Söderberg</i>	91
2.1 Inledning	91
2.2 Påverkar verkligen Lavaldomen Saco och akademikerna?	92
2.3 Decentralisering versus centralisering	94
2.4 Vilken modell för utsträckning av villkor – en fjärde väg?	95
2.5 Vilken väg valde Sverige att gå?	99
2.6 Epilog.....	100

3.	Det danske RUT-register <i>Flemming Dreesen</i>	103
3.1	Indledning.....	103
3.2	Hvad er RUT	104
3.3	Rids over udviklingen af RUT	107
3.4	Den EU-retlige baggrund for RUT	108
3.5	Håndhævelsesdirektivet.....	111
3.6	Registreringssystemer i andre stater, herunder nordiske lande.....	113
3.7	Antallet af registreringer i RUT	115
3.8	Udfordringer for RUT.....	117
4.	Den nordiske model og EU: Implementering af direktiv 96/71/ EF – erfaringer i Island <i>Magnús Norðahl</i>	119
4.1	Findes der én nordisk model?	119
4.2	EØS-ret og national lovgivning.....	121
4.3	Implementering af direktiv 96/71/EU i Island	124
4.4	Afslutning.....	130
5.	Gir EU's lovgivning flyselskaper mulighet til å forkaste den nordiske arbeidsmarkedsmodellen? <i>Christen Horn Johannessen</i>	131
5.1	Den nordiske arbeidsmarkedsmodellen er bærekraftig og lar seg forsøre.....	131
5.2	Mulig å benytte arbeidskamp for å beholde virksomheten som er grunnlaget for tariffavtalen	133
5.3	"Flying Dutchmen of labour law" – grunnleggende problematisk.....	137
5.4	EU-retten beskytter lik konkurranse og fundamentale rettigheter ...	142
6.	Kollektivavtal, föreningsfrihet och EES-avtalets inflytande på isländsk arbetsrätt <i>Hrafnhildur Stefánsdóttir</i>	143
6.1	Kollektivavtal i Island och samarbete mellan arbetsmarknadens parter	143
6.2	Föreningsfrihet och företrädesrättsklausuler i kollektivavtal	145
6.3	EES-avtalets inflytande och inledningen av arbetsrättsdirektiven ...	148
7.	Sist in först ut? Bemannings-direktivet och den svenska bemanningsbranschen som del av den svenska arbetsmarknadsmodellen <i>Gabriella Sebärdt</i>	153
7.1	Inledning	153
7.2	Bemanningsbranschen i den svenska modellen.....	154
7.3	Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige	157
7.4	Hot och möjligheter	164
7.5	Avslutande reflektioner	167
7.6	Källförteckning	168

8.	Implementeringsudvalgets rolle i forbindelse med implementering af EU-direktiver i Danmark samt implementering af vicardirektivet som konkret eksempel <i>Ane Kristine Lorentzen</i>	169
8.1	Grundlaget for implementering af direktiver på det arbejdsretlige område i Danmark.....	169
8.2	Vikardirektivet som konkret eksempel på direktivimplementering i Danmark.....	174
9.	Finska TSN-YTN-målet med några nationella, nordiska och europeiska reflektioner <i>Jari Hellsten</i>	181
9.1	Inledning	181
9.2	Huvuddragen i kollektivavtalet och de nationella rättsprocesserna.....	182
9.3	Fråga om direktivet om föräldraledighet – generaladvokatens förslag till avgörande	183
9.4	Domstolens resonemang.....	184
9.5	Målet i dess sammanhang – en bedömning.....	185
9.6	Epilog i den finska arbetsdomstolen	188
9.7	Några nationella, nordiska och europeiska reflektioner	189
10.	Europæisk mindsteløn <i>Jens Kragh</i>	193
10.1	Indledning	193
10.2	Har EU kompetencer på lønområdet?	193
10.3	Krisen har ændret retsgrundlaget.....	194
10.4	Trojkaen sætter en ny dagsorden.....	195
10.5	En blødere styring gennem Det Europæiske Semester	197
10.6	Mindsteløn i de europæiske lande er en mangfoldighed.....	199
10.7	EFS er delt om behovet for en europæisk mindstelønspolitik	201
10.8	Afslutning.....	203
10.9	Referencer	205
11.	EU:s försök att reglera löner i finanssektorn <i>Ella Sjödin</i>	207
11.1	Inledning	207
11.2	Den nordiska modellen.....	209
11.3	Finanskrisen och viljan att reglera.....	210
11.4	Hur EU närmar sig lönereglering.....	211
11.5	Regleringsvägen.....	212
11.6	Riktlinjer från de europeiska tillsynsmyndigheterna	214
11.7	Vad har vi att vänta?	217
	English Summary	219

Förord

Den nordiska modellen, med stora självständiga arbetsmarknadsparter, hög organisationsgrad och omfattande grad av arbetsmarknadsreglering genom kollektivavtal är unik. Den är framför allt unik i ett vidare europeiskt och internationellt perspektiv. Modellen är flexibel och har utvecklats utifrån vart och ett av de olika nordiska ländernas förutsättningar. På Island och i Finland är de partstecknande kollektivavtalen allmängiltiga, i Danmark och Sverige gäller avtalsfrihet på arbetsmarknaden medan Norge har en kombination av de två systemen. Den nordiska modellen är den grundläggande förutsättningen för att uppnå målen om ekonomisk, social och ekologisk utveckling, tillväxt och välstånd. Kombinationen av starka välfärdssystem, flexibla kollektivavtalsmodeller och allt grönare företag och verksamheter främjar tillväxt och stärker den nordiska konkurrenskraften.

Ryggraden i den nordiska modellen är kollektivavtalet. En av styrkorna är att de över tiden, genom parternas ansvar, hela tiden utvecklats och förändrats utifrån aktuella förutsättningar. Samtidigt utsätts modellen och avtalet för stora utmaningar ur många olika perspektiv. En sådan utmaning är när de nordiska kollektivavtalen och dess regleringar möter den ofta detaljerade lagstiftningen på EU-nivå. Inte sällan uppstår konflikter kring hur lagstiftningen ska tolkas i en nordisk kontext. Ett annat problemområde är att de olika nordiska ländernas implementering av EU-direktiv och lagstiftning ofta skiljer sig åt. Skillnaderna i implementering gör att det skapas nya gränshinder på den gemensamma nordiska arbetsmarknaden.

Mot denna bakgrund har Nordens Fackliga Samorganisation tagit initiativet till detta projekt vars syfte är att sätta fokus på hur den nordiska modellens autonomi står i relation till lagstiftningskrav från EU och analysera var och varför det uppstår problem i implementering och tillämpning. Detta görs genom denna antologi som beskriver olika situationer och

konflikter som uppkommit kring arbetsmarknadsregleringar i de nordiska länderna, eller med anknytning till Norden.

Målet för projektet är att fylla ett kunskaps- och informationsbehov vad gäller problem som uppstår mellan EU-lagstiftning, internationella konventioner, nationell lagstiftning och kollektivavtal samt i relation till den praxis som utvecklats. Antologin riktar sig till arbetstagare, arbetsgivare, parter i den nordiska modellen, lagstiftare på såväl nationell nivå som EU-nivå, stater, forskare och organisationer samt de som vill lära sig mer om den nordiska modellen. Projektet är delfinansierat av Nordiska ministerrådet vilket gjort det möjligt att ta fram antologin.

De nordiska arbetsmarknadsministrarna beslutade i slutet av 2014 att göra en strategisk genomlysning av den gemensamma arbetsmarknaden i syfte att intensifiera nordiskt samarbete. Man kommer bland annat diskutera förutsättningar för trepartssamtal på nordisk nivå och ökat samarbete i EU/EES-frågor samt internationella ärenden. Det är vår förhoppning att denna antologi bidrar till att bredda perspektivet och till arbetet med den strategiska genomlysningen.

Jag vill avslutningsvis rikta ett tack till vår redaktör, professor Jens Kristiansen – Köpenhamns universitet, för ett professionellt och omsorgsfullt arbete med att såväl skapa en helhet i antologin som att analysera problemställningar och utmaningar på ett tankeväckande och utvecklande sätt. Ett stort tack går också till alla medförfattare för ert engagemang och intresse. Det är värdefullt att ni vill dela med er av er kunskap och erfarenhet kring problem och utmaningar i nordiska arbetsmarknadsfrågor i relation till EU-reglering. Utan era bidrag och ert intresse hade vi inte kunnat göra denna antologi. Sist men inte minst vill jag rikta ett tack till våra två projektsamordnare Maria Karlman Noleryd och Alma Joensen som båda på ett föredömligt och engagerat sätt koordinerat arbetet och möjliggjort projektets genomförande.

Stockholm i april 2015

Magnus Gissler
Generalsekreterare
Nordens Fackliga Samorganisation

Sammenfatning

Denne rapport belyser en række af de udfordringer, som de arbejdsretlige systemer i de nordiske lande står over for i mødet med EU, EØS og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Rapporten fokuserer på de generelle tendenser i de europæiske påvirkninger og den måde, som de er blevet håndteret på i de nordiske lande.

I en generel analyse fremhæver professor, dr. jur. Jens Kristiansen, Københavns Universitet, at de europæiske påvirkninger varierer mellem landene, men at der også er tale om en række fællestræk ved de udfordringer, som de nordiske arbejdsretlige systemer står over for:

Det stadig mere komplekse europæiske retssystem: Alle de nordiske arbejdsretlige systemer indgår i et samspil med et stadig mere uoverskueligt europæisk retssystem. Den europæiske retsudvikling foregår i et kompliceret samspil mellem forskellige typer af retskilder, f.eks. generelle retsprincipper (traktater) og konkrete regler (direktiver). De europæiske regler varetager krydsende hensyn – f.eks. fremme af fri bevægelighed og sikring af faglige grundrettigheder – som de tre europæiske domstole ikke nødvendigvis vil have samme tilgang til. Den komplekse retsdannelse gør det ofte vanskeligt at foretage en præcis fastlæggelse af de europæiske forpligtelser.

Forskydning af den nationale balance mellem lovgivning og overenskomster: Lovgivning har fået en mere fremtrædende rolle i alle de nordiske lande som led i implementeringen af europæiske forpligtelser. Der har dog ikke været tale om grundlæggende forandringer i arbejdssdelingen mellem lovgivningsmagten og arbejdsmarkedets parter, og kollektive overenskomster spiller fortsat en vigtig rolle for fastlæggelsen af løn- og arbejdsvilkår i alle lande. Retten til fri serviceudveksling synes at stille de nordiske systemer over for særlige udfordringer og giver løbende anledning til både politisk debat og principielle retssager.

Domstolenes stigende betydning i det arbejdsretlige system: Domstolene har fået en mere fremtrædende rolle i forhold til både overenskomstpar-

terne og lovgivningsmagten. Domstolene skal i videst muligt omfang fortolke national ret i overensstemmelse med de europæiske forpligtelser, herunder den dynamiske udvikling af generelle, vage retsprincipper. Domstolene kan også prøve, om nationale regler er forenelige med de europæiske forpligtelser, f.eks. om et lovindgreb i en arbejdskonflikt var "nødvendigt". Det vil løbende indsævre den politiske handlefrihed og gøre det vanskeligere for arbejdsgivere og lønmodtagere at indrette sig i tillid til en bestemt forståelse af national ret.

I en række konkrete bidrag belyser praktikere fra arbejdsgiver- og lønmodtagerforeninger nogle af de udfordringer, som arbejdsmarkedets parter i de forskellige nordiske lande oplever i samspillet mellem de europæiske systemer og de nationale arbejdsretlige systemer. Bidragene kredser navnlig om temae som udstationeret arbejdskraft, implementering af arbejdsretlige direktiver samt den stigende europæiske interesse for de nationale lønpolitikker.

Del 1

1. Den nordiske aftalemodels europæiske udfordringer

Jens Kristiansen¹

1.1 Indledning

Formålet med dette bidrag er at belyse en række af de generelle udfordringer, som de nordiske arbejdsretlige systemer står over i et stadig mere veludviklet europæisk retssystem. Analysen belyser både de europæiske påvirkninger og den måde, som de nordiske lande har håndteret de europæiske udfordringer på.

Analysen fokuserer på de påvirkninger som kommer via Den Europæiske Union, EØS-samarbejdet og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention under Europarådet. De tre retsgrundlag er karakteriserede ved at have en effektiv domstolskontrol i form af EU-Domstolen, EFTA-Domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Grundlaget for analysen er den undersøgelse af de EU-retlige påvirkninger af den danske aftalemodel, jeg har publiceret i "Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer" i 2013. Hertil kommer en række andre – til dels tværnordiske – undersøgelser af de EU-retlige påvirkninger af de nordiske landes arbejdsretlige systemer, som er anført i litteraturlisten.

Analysen indleder med at fremhæve nogle generelle forskelle og ligheder i de arbejdsretlige systemer i de nordiske lande og i deres tilknytning til de europæiske institutioner (afsnit 2). Derefter følger en analyse af de udfordringer, som den frie bevægelighed – og især den frie serviceudveks-

¹ Professor, dr. jur. ved Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet.

ling – har stillet de arbejdsretlige systemer i alle de nordiske lande over for (afsnit 3). I forlængelse heraf behandler analysen den voksende rolle som grundlæggende rettigheder spiller, herunder Menneskerettighedsdomstolens nye praksis om retten til at forhandle kollektivt og konflikte som en del af foreningsfriheden (afsnit 4). Herefter følger en belysning af den harmonisering af arbejdsvilkårene, som er foregået via arbejdsretlige direktiver, de forskellige måder direktiver bliver implementeret på i de nordiske lande og sammenspillet mellem de nationale og europæiske domstole ved fortolkningen og anvendelse af reglerne (afsnit 5). EU's harmonisering af arbejdsvilkårene er i stigende grad blevet suppleret af en koordinering af beskæftigelsespolitikkerne, som bl.a. kommer til udtryk i form af landespecifikke henstillinger om at gennemføre arbejdsmarkedsreformer (afsnit 6). Analysen rundes af ved at fremhæve nogle generelle, tværgående udviklingstendenser for den europæiske ret og påvirkningerne af de nordiske arbejdsretlige systemer (afsnit 7).

1.2 Den nordiske aftalemodel i europæisk perspektiv

1.2.1 *Den nordiske aftalemodel – ligheder og forskelle*

I arbejdsretlige sammenhænge er det almindeligt at opstille "en nordisk aftalemodel" over for en "en kontinental lovmodel". Formålet er at fremhæve, at de nordiske lande har en række generelle lighedstræk sammenlignet med andre europæiske lande.

Det er et fællestræk for de nordiske lande, at organisationsprocenten er høj på både lønmodtager- og arbejdsgiverside, at kollektive overenskomster spiller en vigtig rolle i de arbejdsretlige systemer, at overenskomsterne som regel foretager en systematisk fastlæggelse af løn- og arbejdsvilkår i den enkelte branche eller fag, og at arbejdsretlig lovgivning spiller en begrænset rolle sammenlignet med de fleste andre europæiske lande.

Det er et iøjnefaldende træk ved de nordiske kollektive aftalesystemer – sammenlignet med andre europæiske lande – at overenskomsterne forpligter både parterne selv og deres medlemmer. Den fredspligt, som knytter sig til overenskomsterne, gælder for både overenskomstparterne (organisatio-

nerne) selv og de lønmodtagere, som er medlemmer af de overenskomstbærende foreninger. Helt undtagelsesfri er den fælles model dog ikke, for finske lønmodtagere er ikke underlagt nogen kollektiv fredspligt.

Overenskomstforpligte arbejdsgivere skal som altovervejende regel overholde overenskomstens løn- og arbejdsvilkår i forhold til alle lønmodtagere, som udfører arbejde under dens faglige område. De nordiske lande benytter til gengæld forskellige mekanismer til at få brancheoverenskomster udbredt til arbejdsgivere uden for arbejdsgiverforeningerne.

I Danmark og Sverige er det overladt til de faglige organisationer at indgå overenskomster ("tiltrædelsesoverenskomster") med udenforstående arbejdsgivere med en vid adgang til at benytte arbejdskonflikter, herunder sympathikonflikter. I Finland og Island er der et system med almennyldige overenskomster, så brancheoverenskomster enten automatisk eller via et offentligt organ udstrækkes til at gælde for alle arbejdsgivere og lønmodtagere i branchen. Norge indtager en mellemposition ved, at de faglige organisationer må benytte arbejdskonflikt på samme måde som i Danmark og Sverige, men der er indført en mekanisme til at gøre (udvalgte dele af) overenskomster almennyldige med det sigte at sikre udenlandske lønmodtagere ligeværdige vilkår med norske lønmodtagere og forebygge social dumping på det norske arbejdsmarked.

Der er ikke en lovfastsat minimumsløn i de nordiske lande for hele eller dele af arbejdsmarkedet, bortset fra den der følger af almennyldige overenskomster i Finland, Island og Norge. Der er væsentlig forskel på den rolle, som arbejdsretlig lovgivning spiller for andre arbejdsvilkår. Mens Danmark og Island i høj grad stadig er præget af kollektive aftaler, spiller arbejdsretlig lovgivning en større rolle i Sverige og en fremtræden-de rolle i Finland og Norge. Der er også markante variationer i beskyttelsesniveauet på en række områder, f.eks. i arbejdsgiveres adgang til at opsigte medarbejdere. Arbejdsgivere har en friere adgang til at opsigte medarbejdere i Danmark og Island end i navnlig Norge og Sverige, hvor en op sagt lønmodtager ydermere har mulighed for at blive stående i stillingen, hvis vedkommende anfægter opsigelsens saglighed ved domstolene.

Det er et fælles træk for de nordiske lande, at arbejdsmarkedets parter har betydelig indflydelse på indholdet af den arbejdsretlige lovgivning. Der er langvarig tradition for, at den arbejdsmarkedsorienterede lovgivning bliver udformet i et samarbejde mellem staten og arbejdsmarkedets

parter. Inddragelsen af arbejdsmarkedets parter foregår på forskellige måder, f.eks. ved at de deltager i sagkyndige komitéer og udredninger eller i en direkte dialog med de ansvarlige ministerier.

Organisationerne indtager en nøglerolle i den arbejdsretlige tvisteløsning i alle de nordiske lande. Overenskomstparterne råder over de kollektive overenskomster og kan påtale brud på overenskomster, som er begået i forhold til udenforstående lønmodtagere.

En stor del af tvisteløsningen foregår ved Arbeudsretten (Arbetsdomstolen). I Sverige har Arbetsdomstolen kompetence inden for hele det arbejdsretlige område, mens kompetencen i de andre lande knytter sig til tvister, der vedrører eller udspringer af en overenskomst.

Både de særlige arbejdsretlige domstole og de almindelige domstole er kendtegnet ved en betydelig loyalitet over for de faglige og politiske kompromisser, som kommer til udtryk i kollektive overenskomster og arbejdsretlige love. Domstolene lægger betydelig vægt på overenskomstparternes fælles forudsætninger ved fortolkning af overenskomster og lovgivers intentioner (forarbejderne) ved fortolkning af love. Den nordiske retstradition er ikke blot udtryk for en loyalitet over for arbejdsmarkedets parter og lovgivningsmagten, men værner også om borgernes – her lønmodtagernes og arbejdsgivernes – adgang til at indrette sig i tillid til aftalte eller vedtagne regler.

1.2.2 Europarådet – Den europæiske menneskerettighedskonvention

Europarådet er det bredeste europæiske samarbejdsorgan, hvad angår antallet af medlemslande, da medlemskredsen nu er oppe på 47 lande. Det europæiske er defineret bredt, da Europarådet også tæller bl.a. Rusland, Tyrkiet og Ukraine som medlemmer.

Europarådet er en traditionel folkeretlig institution – med vægt på humanitært samarbejde – hvor vedtagne konventioner kun binder de medlemsstater, som har ratificeret dem. Den europæiske menneskerettighedskonvention fra 1950 er ratificeret af alle medlemslande og har status af det vigtigste fælleseuropæiske retsgrundlag for borgernes menneskerettigheder. Konventionen fastlægger en række borgerlige og politiske rettigheder, som f.eks. ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed. Den inde-

holder stort set ikke rettigheder af en social og arbejdsmarkedsmæssig karakter (økonomiske rettigheder), men sådanne rettigheder er fastlagt i Den Europæiske Socialpagt, som dog ikke har opnået samme udbredelse og status som menneskerettighedskonventionen.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er speciel i folkeretlig henseende ved, at enkeltpersoner kan klage til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol over påståede konventionsbrud fra medlemsstaterne. Klageren skal først have udømt alle nationale retsmidler, det vil sige gjort sine krav gældende ved de nationale domstole. Menneskerettighedsdomstolen vil først afgøre, om sagen skal realitetsbehandles eller afvises som åbenbart grundløs. Domstolens afgørelse er juridisk bindende og kan pålægge staten at betale en erstatning til klageren for et brud på konventionen.

Menneskerettighedskonventionens bestemmelser er udformet som generelle retsprincipper, som får sit nærmere indhold via Menneskerettighedsdomstolens løbende fortolkning af konventionen. Det følger dermed ikke klart af konventionens ordlyd, hvilke specifikke forpligtelser medlemsstaterne har påtaget sig. Menneskerettighedsdomstolen har anlagt en dynamisk fortolkning af de generelle principper i lyset af samfundsudviklingen "present days conditions". En af de markante – og omdiskuterede – udviklingslinjer i Domstolens praksis er, at medlemsstaterne ikke blot skal aholde sig fra selv at krænke borgernes rettigheder, men også beskytte borgerne mod krænkelser fra andre borgere. Det kan derfor være nødvendigt for staten at indføre ny lovgivning for at honorere kravene til beskyttelse af borgerne.

De nordiske lande var blandt de første lande til at ratificere konventionen, dog ratificerede Finland først konventionen i 1990. Finland var til gengæld det første af de nordiske lande til at indarbejde (inkorporere) konventionen i national ret, mens de øvrige nordiske lande fulgte efter i løbet af 1990'erne. Konventionen er i alle fem lande indarbejdet med almindelig lovskraft, men konventionen har formentlig en varierende retlig status i landene.

I Norge er det f.eks. fastslået i grundlovens § 110 C, at statslige myndigheder skal respektere menneskerettighederne, men bestemmelsen tager ikke specifikt sigte på konventionen. Det følger til gengæld af den norske inkorporeringslov, at konventionen går forud for anden modstridende lovgivning. I Sverige følger det udtrykkeligt af Regeringsformen

(2. kapitel § 19), at der ikke må lovgives i strid med konventionen, og det indebærer måske, at domstolene kan (skal) tilslidesætte konventionsstridig lovgivning. I Danmark nævner grundloven ikke konventionen, og det følger af forarbejderne til inkorporeringsloven, at det ikke har været hensigten at forrykke balancen mellem domstolene og lovgivningsmagten.

1.2.3 Den Europæiske Union og EØS-samarbejdet

Det Europæiske Fællesskab blev oprettet i 1957, og Danmark blev som det første nordiske land optaget i 1973. De øvrige nordiske lande kom med i EØS-samarbejdet i 1994, og Finland og Sverige blev året efter optaget i Den Europæiske Union. I dag er Danmark, Finland og Sverige således med i EU, mens EFTA-landene Island og Norge deltager i det indre marked via EØS-samarbejdet.

Danmark, Finland og Sverige er omfattet af de pligter, der følger af EU's traktatgrundlag – henholdsvis Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). Det er dog kun Finland, som fuldt ud er forpligtet af traktatgrundlaget, da Danmark og Sverige har forbehold for bl.a. den fælles valuta (euroen).

Island og Norge er omfattet af aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS-aftalen). Med EØS-aftalen er de to EFTA-lande deltagere i det indre marked og er samtidig forpligtede til at gennemføre de EU-regler, som knytter sig til det indre marked. Island og Norge er dermed i det væsentlige forpligtet af de samme EU-regler om arbejdsmarkedsretlige forhold som Danmark, Finland og Sverige. De er dog ikke forpligtet til f.eks. at gennemføre beskæftigelsesdirektivet (2000/78), som forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. alder og handicap. Direktivet er ikke vedtaget efter traktatens regler om social- og arbejdsmarkedspolitik (TEUF artikel 153), men en specifik traktatbestemmelse om bekämpelse af forskelsbehandling (nu TEUF artikel 19), som blev indført med Amsterdam-traktaten efter indgåelsen af EØS-aftalen.

EU-Kommissionen og EU-Domstolen kan kontrollere og håndhæve EU-retten (og EØS-aftalen) over for EU's medlemslande, mens de ikke har kompetence over for EFTA-landene. EFTA-landene er imidlertid i medfør af EØS-aftalen undergivet tilsvarende kontrol- og håndhævelsesorganer i form af EFTA-Tilsynsmyndigheden og EFTA-Domstolen. Der er således

tale om to parallelle håndhævelsesmekanismer, men EFTA-Domstolen skal i videst muligt omfang fortolke reglerne i overensstemmelse med EU-Domstolens praksis.

I modsætning til den europæiske menneskerettighedskonvention kan den enkelte borgers ikke indbringe et medlemsland for EU- og EFTA-domstolene. Både EU-Kommisionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden kan til gengæld påtænde traktatbrud over for medlemslandene og indbringe dem for henholdsvis EU-Domstolen og EFTA-Domstolen, hvis de ikke indretter deres retstilstand efter kritikken. Denne håndhævelsesmekanisme spiller en vigtig rolle i forhold til at få gennemført vedtagne direktiver (korrekt) i de nationale systemer.

Den enkelte borgers kan anlægge en retssag ved de nationale domstole og derigennem forsøge at opnå den retstilstand som følger af EU- og EØS-retten. De nationale domstole kan forelægge spørgsmål om uklarheder i EU- eller EØS-grundlaget for henholdsvis EU-Domstolen og EFTA-Domstolen. Det direkte samarbejde mellem de nationale domstole og de to europæiske domstole er en af de væsentligste årsager til den internationalt set meget effektive efterlevelse af EU- og EØS-retten. Der er dog den formelle forskel på de to domstole, at EU-Domstolen afsiger bindende præjudicielle domme, mens EFTA-Domstolen afgiver rådgivende udtalelser.

De nationale domstole er forpligtede til i videst muligt omfang at fortolke national ret i overensstemmelse med EU-retten. Hvis det ikke er muligt, kan domstolene være forpligtede til at anvende EU-retten med forrang (direkte virkning) frem for modstridende national ret. Direktiver har ikke direkte virkning i forhold til private arbejdsgivere, men kan have det i forhold til offentlige arbejdsgivere, hvis implementeringsfristen er udløbet, og reglen har et tilstrækkeligt præcist og ubetinget indhold. Hvis det ikke er muligt at fortolke national ret EU-konformt eller anvende EU-retten direkte, kan staten eventuelt ifalde et erstatningsansvar for den EU-stridige nationale retstilstand, jf. f.eks. dom af 24.1.2012 i C-282/10 (Dominguez).

De nationale domstole er også forpligtede til i videst muligt omfang at anvende national ret på en EØS-konform måde. Til gengæld har domstolene ikke pligt til at anvende EØS-retten med forrang frem for modstridende national ret, men EFTA-landene er forpligtede til at tillægge implementerede EØS-regler forrang frem for anden national lovgivning i deres nationale retssystemer. I tilfælde, hvor en EØS-regel ikke er (korrekt) gennem-

ført i national ret, kan private kræve erstatning fra staten, hvis de har lidt et økonomisk tab på grund af den EØS-stridige retstilstand, jf. f.eks. dom af 3.10.2007 i E-1/07.

1.3 Fri bevægelighed i det indre marked

1.3.1 Fri bevægelighed og lavtlønskonkurrence

Realiseringen af et indre marked for lønmodtagere og virksomheder er en af de vigtige målsætninger for Den Europæiske Union. Denne målsætning er med EØS-aftalen udvidet til også at omfatte Island, Liechtenstein og Norge.

EU's regler om fri bevægelighed har ikke et harmoniserende sigte i forhold til medlemslandenes retssystemer, herunder de arbejdsretlige systemer. Reglernes primære sigte er at give lønmodtagere og arbejdsgivere fri adgang til alle medlemslandenes (arbejds)markeder. Den frie bevægelighed har fået stadig større betydning i takt med udvidelsen af medlemskredsen og især med den markante udvidelse af EU i 2004. De seneste udvidelser har således medført markante variationer i leve- og arbejdsvilkårene. De nordiske lande hører blandt de såkaldte "højtønslande" med et løn- og omkostningsniveau i den øvre ende af skalaen.

Nordiske virksomheders udflytning af arbejdspladser til andre dele af EU (og andre dele af verden) har ikke givet anledning til væsentlige faglige og politiske slagsmål. De nordiske fagforeninger accepterer i almindelighed, at virksomheder flytter virksomhed til andre lande. De primære uoverensstemmelser i forbindelse med udflytning har vedrørt situationer, hvor virksomheden efter udflytningen fortsætter som hidtil med at udføre arbejde i det nordiske land – nu blot efter en udenlandsk overenskomst. Det var denne problematik, der foranledigede EU-Domstolens dom af 11.12.2007 i C-438/05 (Viking) i en konflikt mellem en finsk fagforening og et finsk rederi, som ville udflage et skib med det primære sigte at udskifte en finsk overenskomst med en estisk overenskomst på en sejlrute mellem Finland og Estland.

Nordiske virksomheders anvendelse af udenlandsk arbejdskraft har haft en mere kontroversiel karakter end udflytning af (dele af) virksomheden til "lavtlønslande". Det gælder især i forhold til udstationerede

lønmodtagere, som ikke er omfattet af det ligebehandlingsprincip, der gælder efter EU's regler om arbejdstagernes frie bevægelighed.

Arbejdstagerbegrebet er hverken defineret i TEUF artikel 45 eller den supplerende forordning om arbejdstagernes frie bevægelighed, men ifølge præamblen tog forordningen også sigte på udstationerede lønmodtagere. EU-Domstolen anlagde imidlertid – modsat EU-Kommissionen og Generaladvokaten – en anden forståelse af arbejdstagerbegrebet i dom af 27.3.1990 i C-113/89 (Rush Portuguesa). Ifølge Domstolen er udstationerede medarbejdere ikke omfattet af arbejdstagerbegrebet, men et led i den serviceydelse, som virksomheden leverer. Ifølge dommen var værtslandet dog berettiget til at pålægge udenlandske serviceydere at overholde både arbejdsretlige love og kollektive overenskomster i forhold til det udstationerede personale.

Dommen viste, at der ikke var noget entydigt syn på de vilkår, som gælder for udstationerede lønmodtagere. Usikkerheden blev forstærket ved, at Rom-konventionen fra 1980 byggede på det udgangspunkt, at lønmodtagere ved midlertidigt arbejde i et andet land skulle følge hjemlandets regler (artikel 6, stk. 2), dog med respekt af internationalt præceptive beskyttelsesregler (artikel 7). På tilsvarende vis fulgte det af forordningen om koordinering af sociale sikringsydelser, at udstationerede lønmodtagere var omfattet af hjemlandets sociale sikringsregler (dengang artikel 14 i forordning 1971/1408).

I 1991 fremlagde Kommissionen et direktivforslag om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser med det primære formål at skabe større klarhed over de vilkår, der skulle gælde i forbindelse med udstationering af personale på tværs af EU's landegrænser (KOM (91) 230). Kommissionen beskrev den generelle udfordring således i de indledende bemærkninger til forslaget (s. 4):

"Spørgsmålet er derfor at finde en balance mellem to indbyrdes modstridende principper. På den ene side fri konkurrence mellem virksomhederne, også i forbindelse med underentreiser på tværs af landegrænserne, således at fordelene ved det indre marked udnyttes fuldt ud, også af virksomheder, der er etableret i en medlemsstat, hvis største komparative fordel er lavere lønomkostninger. På den anden side kan medlemsstaterne beslutte at opstille og anvende regler om mindsteløn, som skal finde anvendelse på deres område for at sikre en rimelig levestandard i deres land."

Efter en lang og kompliceret politisk behandling, blev udstationeringsdirektivet vedtaget i 1996 (direktiv 1996/71). Det vedtagne direktiv oprettholdt den centrale bestemmelse i Kommissionens forslag, hvorefter medlemsstaterne skal sørge for, at udstationerede medarbejdere er omfattet af reglerne i love og almennyldige overenskomster om en række nærmere anførte arbejdsvilkår. Blandt de opilstede vilkår var en "mindsteløn", som skulle fastsættes i overensstemmelse med "national lovgivning og/eller praksis" (artikel 3, stk. 1). Den politiske behandling havde ydermere resulteret i en række svært gennemskuelige regler i artikel 3, stk. 2-10. Mens en af bestemmelserne gav mulighed for at give udstationerede lønmodtageure en bedre beskyttelse (artikel 3, stk. 7), forudsatte en anden, at det alene kunne ske i forhold til grundlæggende retsprincipper (artikel 3, stk. 10). Der blev tillige indsat en bestemmelse, som gjorde det muligt for værtslandet at støtte sig til løn- og arbejdsvilkår i overenskomster, som ikke var almennyldige i sædvanlig forstand (artikel 3, stk. 8).

At udstationeringsdirektivet både er kompliceret og kontroversielt blev for alvor klart med EU-Domstolens domme af 18.12.2007 i C-341/05 (Laval), 3.4.2008 i C-346/06 (Rüffert) og 19.6.2008 i C-319/06 (Kommissionen mod Luxembourg). Dommene medførte bl.a. kritiske reaktioner fra Den Europæiske Faglige Samarbejdsorganisation, som ville have præciseret i en protokol til Lissabon-traktaten, at faglige rettigheder vejede tungere end fri bevægelighed. Der blev ikke udarbejdet en protokol til Lissabon-traktaten, men Det Europæiske Råd bekræftede i en erklæring fra topmødet i december 2008, at EU lægger stor vægt på "sociale fremskridt og arbejdstagernes rettigheder".

I foråret 2012 fremlagde Kommissionen forslag til henholdsvis en forordning om udøvelse af konfliktretten inden for rammerne af den frie bevægelighed og et direktiv om håndhævelse af udstationeringsdirektivet. Forslaget til forordning blev fremsat med "gummi-paragraffen" i TEUF artikel 352 som hjemmelsgrundlag. De nordiske lande benyttede den nye procedure i Lissabon-traktaten til at give forslaget "det gule kort" for at krænke nærhedsprincippet (protokol 2 om anvendelse af nærhedsprincippet og proportionalitetsprincippet). Kommissionen kunne have forsøgt at give en uddybende begrundelse for sit forslag, men valgte at frafalde forslaget.

Med sit forslag til et særskilt håndhævelsesdirektiv undgik Kommissionen at åbne den politisk følsomme debat om artikel 3 i udstationeringsdirektivet. Forslaget omfatter lidt forenklede sagt alle de elementer i udstationeringsdirektivet, som ikke vedrører kredsen af de løn- og arbejdsvilkår, som et værtsland kan pålægge udenlandske serviceydere (artikel 3). Forslaget blev vedtaget i foråret og indeholder bl.a. i artikel 12 en regel om kontrahenters ansvar for underkontrahenters løn- og arbejdsvilkår (direktiv 2014/67).

Den nye Kommission har et "targeted review" af udstationeringsdirektivet på sit arbejdsprogram for 2015 i en samlet pakke med sigte på at styrke arbejdskraftens mobilitet og modvirke misbrug. Det er dog indtil videre direktivets artikel 3 og EU- og EFTA-domstolenes praksis herom, der udgør omdrejningspunktet for de krav, som værtslandet kan stille til udenlandske serviceydere.

I det følgende fremhæves nogle af de udfordringer, som de nordiske lande har haft med at håndtere mindstelønsproblematikken. Det er iøjnefaldende, at landene har benyttet ret forskellige implementeringsmodeller, og at de alle har været genstand for principielle sager ved EU- og EFTA-domstolene.

1.3.2 *Forebyggelse af social dumping i de nordiske lande*

Konfliktret som omdrejningspunkt i Danmark og Sverige

Ved implementeringen af udstationeringsdirektivet undlod både Danmark og Sverige at pålægge udenlandske serviceydere at overholde en bestemt mindsteløn. Der var bred enighed om at overlade det til arbejdsmarkedets parter at sørge for, at udstationerede lønmødtagere udfører arbejde på ordnede løn- og arbejdsvilkår. Den stort set identiske implementering af direktivet fik et alvorligt stød med EU-Domstolens dom af 18.12.2007 i C-341/05 (Laval). Begge lande valgte at fastholde det oprindelige udgangspunkt i en ny lovmæssig ramme, men med arbejdsmarkedets parter i en noget forskellig rolle.

a) Sverige

Baggrunden for Laval-dommen var en arbejdskonflikt iværksat af svenske fagforeninger (Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggettan og Svenska Elektrikerförbundet) over for et lettisk byggefirma (Laval un Partnerij), som havde udstationeret en række byggearbejdere til sit datterselskab i Sverige som led i et byggeri. Fagforeningerne ønskede, at Laval skulle tiltræde den sædvanlige byggeoverenskomst på det svenske arbejdsmarked og garantere de udstationerede medarbejdere en timeløn på mindst 145 SEK. Laval indgik overenskomst med en fagforening i Letland og indbragte lovigheden af konflikten for Arbetsdomstolen i Sverige. Arbetsdomstolen spurgte EU-Domstolen, om det var foreneligt med EU-retten, dels at iværksætte kollektive kampsridt til støtte for en overenskomst med en udenlandsk serviceyder, dels at svensk lovgivning gav udenlandske serviceydere med en hjemlig overenskomst en ringere beskyttelse mod en arbejdskonflikt end indenlandske serviceydere med en svensk overenskomst.

EU-Domstolen anerkendte, at konfliktretten har status af en grundlæggende rettighed i medfør af bl.a. EU-chartrets artikel 28, men det kunne ikke bringe den uden for anvendelsesområdet for den fri bevægelighed. Traktatens forbud mod restriktioner i den frie serviceudveksling fandt ydermere anvendelse på faglige organisationer, da de – på linje med staten – er beføjede til at regulere udvekslingen af tjenesteydelser kollektivt. Selv om en blokade kan være en legitim indskrænkning i den fri serviceudveksling, forelå der ikke tvingende grunde i det konkrete tilfælde. Domstolen lagde vægt på, at Laval var forpligtet til at iagttagte den minimumsbeskyttelse i Sverige, som lå inden for direktivets artikel 3, stk. 1, og som samtidig udgjorde det niveau, som et værtsland kan kræve overholdt af en udenlandsk serviceyder. Et krav om (lokale) lønforhandlinger var heller ikke begrundet i tvingende hensyn, da virksomheden dermed ikke på forhånd kunne få klarhed over, hvilke forpligtelser den skulle overholde med hensyn til mindstelønnen. Sammenfattende udtalte Domstolen, at traktatens regel om fri serviceudveksling og udstationeringsdirektivets artikel 3 var til hinder for, at en fagforening iværksatte en konflikt, som den de svenske fagforeninger havde iværksat. Det var tillige i strid med traktatens forbud mod forskelsbehandling, at den svenske medbestem-

melseslov ikke gav Laval med en lettisk overenskomst den samme beskyttelse som en svensk virksomhed havde med en svensk overenskomst.

Med dommen anså Domstolen således "den hårde kerne" af løn- og arbejdsvilkår i artikel 3, stk. 1, for at være det afgørende politiske kompromis. Eventuelle forbedringer af beskyttelsesniveauet kan ikke foregå i medfør af artikel 3, stk. 7 – som forudsætter frivillig tilslutning fra serviceyderen – men skal opfylde kravene i artikel 3, stk. 10 om grundlæggende retsprincipper. Domstolen valgte således den sædvanlige fremgangsmåde at fortolke uklare direktivregler til fordel for den frie bevægelighed.

Udstationeringsdirektivet havde ikke direkte betydning for konflikten, da det er rettet mod medlemsstaterne. EU-Domstolen fortolkede imidlertid den traktatfæstede ret til fri serviceudveksling (nu TEUF artikel 56 og 57) således, at den ikke blot forbyder statslige restriktioner, men også faglige restriktioner. Dermed blev det i realiteten afgørende, om konflikten opfyldte de sædvanlige krav til restriktioner i den frie serviceudveksling, hvilket Domstolen ikke mente var tilfældet.

Arbetsdomstolen dømte efterfølgende de svenske fagforeninger til at betale Laval erstatning for at have iværksat en ulovlig konflikt. I sin dom af 2.12.2009 (AD 2009/89) så Arbetsdomstolen bort fra, at foreningerne havde iværksat konflikten i overensstemmelse med en klar svensk retstilstand. Den svenske retstilstand måtte vige for det traktatfæstede forbud mod uberegtigede restriktioner i den frie serviceudveksling, som efter EU-dommen havde direkte virkning i forhold til de svenske fagforeninger. Samtidig fandt Arbetsdomstolen, at de private foreninger ifaldt erstatningsansvar efter de samme principper som medlemsstaterne ifalder erstatningsansvar for en EU-stridig retstilstand. Arbetsdomstolen fandt ydermere, at der var tale om en overtrædelse af en klar EU-retlig regel, men fandt ikke, at Laval havde dokumenteret et påstået økonomisk tab og dømte derfor alene fagforeningerne til at betale en tabsuafhængig erstatning på 550.000 SEK.

EU-dommen førte tillige til en – kontroversiel – ændring af den svenske udstationeringslov på baggrund af et forudgående udvalgsarbejde (SOU 2008:123 om Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen). Selv om rapporten blev afgivet i december 2008, blev der først vedtaget en ændring af loven i april 2010. Det forslag, som regeringen fremsatte, gav anledning til betydelig politisk debat, og der blev stillet spørgsmål ved,

om det var foreneligt med foreningsfriheden i Regeringsformen. Med den vedtagne ændring af udstationeringsloven blev svenske fagforeningers adgang til at konflikte over for udenlandske serviceydere indskrænket til at omfatte mindsteløn i henhold til landsdækkende overenskomster (direktivets artikel 3, stk. 8, 2. afsnit, 1. led). Konfliktretten blev samtidig betinget af, at den udenlandske serviceyder ikke kan godtgøre, at den allerede overholder mindstelønnen i henhold til den relevante landsdækkende overenskomst.

At den svenske Laval-løsning er kontroversiel viser sig også ved, at de store svenske lønmodtagerforeninger, LO og TCO, har klaget til ILO over de begrænsninger, som den medfører for konfliktretten. ILO's ekspertkomité har i foråret 2013 kritiseret ændringen (Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, International Labour Conference, 102nd Session, 2013, s. 176ff). Tilsvarende har Europarådets komité for sociale rettigheder – efter klage fra de samme foreninger – kritiseret den gennemførte begrænsning af konfliktretten for at være uforenelig med retten til at konflikte uden forskelsbehandling i artikel 6 og 19 i den europæiske socialpagt (afgørelse af 3.7.2013 i klagesag 85/2012). Navnlig kritikken fra Europarådet er iøjnefaldende, da den europæiske socialpagt udgør en del af de grundlæggende værdier i EU via henvisningen til pagten i præamblen til TEU og TEUF artikel 151.

b) Danmark

Med Laval-dommen blev der ikke blot stillet spørgsmål ved den svenske konfliktpaktsis, men også ved den – næsten tilsvarende – danske praksis. Modsat i Sverige prioriterede arbejdsmarkedets parter at finde en fælles løsning på den udfordring, som fulgte med Laval-dommen.

Beskæftigelsesministeren nedsatte en arbejdsgruppe i regi af Implementeringsudvalget med deltagelse af arbejdsmarkedets parter med sigte på at udforme et forslag, som både skulle efterleve dommen og opretholde de danske konfliktregler. Et bredt politisk flertal tilkendegav samtidig i en europapolitisk aftale fra februar 2008, at de lagde vægt på "at fastholde retten til at foretage kollektive kampskridt, der er en vigtig del af den danske arbejdsmarkedsmodel".

Laval-udvalget afgav allerede betænkning i juni 2008 (betænkning af 19. juni 2008 fra udredningsarbejdet om Laval-afgørelsen). Udvalget fore-

slog i enighed at indføje en ny regel om konfliktret i udstationeringsloven, som et bredt flertal af de politiske partier vedtog i uændret form i december 2008. Den nye bestemmelse adskiller sig fra den svenske ved at knytte mindstelønnen til overenskomster indgået af de mest repræsentative parter på det danske arbejdsmarked (artikel 3, stk. 8, 2. afsnit, 2. led). Den største forskel ligger dog i, at reglen – modsat den svenske regel – ikke afskærer konfliktret, selv om den udenlandske serviceyder allerede betaler en løn svarende til den overenskomstmæssige mindsteløn.

Arbejdsmarkedets parters kompromisvilje rakte ikke til – som ellers forudsat i lovens forarbejder – at udforme fælles "Laval-overenskomster" med en nærmere fastlæggelse af mindstelønnen. De faglige organisationer har derfor udformet deres egne paradigmer for overenskomster for udenlandske serviceydere med fokus på at opgøre mindstelønnen så klart som muligt. Arbeudsretten har i dom af 20.2.2014 (2013.0828) anset en konflikt over for en tysk tjenesteyder til støtte for tiltræden af en "tiltrædelsesoverenskomst for udstationerede virksomheder" for at være lovlige. Arbeudsretten lagde til grund, at lønsatserne svarede til brancheoverenskomstens satser, og at denne overenskomst var frit tilgængelig via både Danske Malermestres og Maler forbundets hjemmesider. I mindstelønnen indgik en række konverterede sociale ydelser (bl.a. ferie og pension), dog således at virksomheden kunne modregne eventuelle indbetalinger af tilsvarende sociale bidrag til ordninger i Tyskland.

DA og LO har været enige om i videst muligt omfang at undgå arbejdskonflikter over for udenlandske serviceydere. Ved overenskomstfornyelsen i 2010 blev der indført ordninger på hele DA's og LO's overenskomstområde, som i varierende omfang pålægger overenskomstforpligtede virksomheder at medvirke til at opklare løn- og arbejdsvilkårene hos underleverandører og at forsøge at finde en acceptabel løsning for alle parter. I mange tilfælde har den fastlagte forhandlingsprocedure ført til, at den udenlandske serviceleverandør har indgået overenskomst med den danske fagforening. Der verserer flere fagretlige sager om overenskomsternes overensstemmelse med udstationeringsdirektivet og den traktatfæstede ret til fri serviceudveksling, jf. bl.a. opmandskendelse af 31.10.2014 i faglig voldgiftssag 2014.90 mellem 3F og Solesi, hvor opmanden valgte at henskyde spørgsmålet om eventuel præjudiciel forelægelse for EU-Domstolen til Arbeudsretten.

1.3.3 Generelle almennyldige overenskomster i Finland og Island

a) Finland

I modsætning til Danmark og Sverige har Finland en ordning, der gør det muligt at udvide kollektive overenskomsters anvendelsesområde til uorganiserede arbejdsgivere. Ifølge arbejdsaftaleloven skal alle arbejdsgivere inden for en branche således respektere løn- og arbejdsvilkårene i en landsdækkende overenskomst, som er repræsentativ for branchen. Det er op til en offentlig komité at foretage en helhedsbedømmelse af, om overenskomsten er repræsentativ for branchen. Den finske udstationeringslov pålægger udenlandske serviceydere at iagttagte de mindstelønninger, som er fastslæde i de almennyldige overenskomster. Hvad der vil være en mindsteløn afhænger således af den konkrete almennyldige overenskomst.

Den finske model adskiller sig fra den danske og svenske ved, at staten – via en almennyldig overenskomst – pålægger udenlandske serviceydere at iagttagte en bestemt mindsteløn. To finske almengjorte overenskomster – med en relativt bred fastlæggelse af mindstelønnen – er blevet anfægtet af en polsk virksomhed ved de finske domstole. I sagen har en finsk fagforening (Sähköalojen ammattiliitto) rejst et lønkrav for 186 udstationerede polske arbejdstagere over for den polske virksomhed (Elektrobudowa) støttet på to almennyldige overenskomster. Fagforeningen er bl.a. af den opfattelse, at medarbejderne skulle have været tilbuddt arbejde på akkordvilkår og være indplaceret i forskellige lønklasser, og at de var berettiget til feriepenge, faste dagpenge og en transporttidsgodtgørelse. Virksomheden mente, at kravene var i strid med udstationeringsdirektivet og traktatens regel om fri serviceudveksling. Den finske domstol stillede EU-Domstolen en række spørgsmål med sigte på bl.a. at få afdækket, om forskellige overenskomstmæssige vilkår var omfattet af det EU-retlige mindstelønsbegreb.

Generaladvokaten stillede spørgsmål ved, om det finske system var foreneligt med EU-etten, da virksomheder med finsk overenskomst i visse tilfælde kan fravige den almennyldige overenskomst. Da den forelæggende ret ikke havde stillet spørgsmål herom, undlod generaladvokaten dog at forholde sig udtrykkeligt til spørgsmålet. Generaladvokaten havde ydermere den opfattelse – til dels med henvisning til Lavaldommen – at en mindsteløn i overenskomster med både time- og akkord-

løn måtte være den laveste af de to lønsatser (timelønnen), at ekstra ferriedage (feriegodtgørelse) kan være en del af en mindsteløn, men ikke i forhold til den sædvanlige løn, og at dagpenge og transportgodtgørelse ofte ikke vil være nødvendige af hensyn til den udstationeredes sociale beskyttelse. På det sidste punkt støttede generaladvokaten sig ikke til direktivets artikel 3, men til de generelle regler om fri serviceudveksling i TEUF artikel 56 og 57.

I sin dom af 12.2.2015 i C-396/13 (Elektrobudowa) fastslog Domstolen, at værtslandets regler om mindsteløn skal være "bindende" og "gen-nemsigtige" for at kunne gøres gældende over for en udenlandsk serviceyder. Domstolen overlod det til den forelæggende finske domstol at vurdere, om de to krav er opfyldt, og i praksis drejer det spørgsmål sig i første række om den adgang der er efter arbejdsaftaleloven til at aftale sig ud af en almennydig overenskomst med en (anden) finsk overenskomst. Domstolen fastslog ydermere, at mindstelønnen kan basere sig på såvel en time- som akkordløn i en overenskomst afhængig af de konkrete omstændigheder, at lønmodtagere kan være indplaceret i forskellige lønklasser, og at en ferie-, dagpenge- og transportgodtgørelse kan være et element i en mindsteløn. Med dommen betonede Domstolen, at det er overladt til værtslandet at fastlægge det nærmere indhold af mindstelønnen i overensstemmelse med ordlyden af direktivets artikel 3, stk. 1, sidste afsnit. I modsætning til generaladvokaten bedømte Domstolen ikke, om de enkelte lønelementer tillige var i overensstemmelse med de generelle principper om fri serviceudveksling i TEUF artikel 56 og 57. Men den udelukkede på den anden side heller ikke eksplisit, at et lønelement kan være en uberettiget restriktion i den traktatfæstede ret til fri serviceudveksling.

b) Island

På linje med Finland har Island en generel ordning med almennyldige overenskomster. Udenforstående arbejdsgivere i branchen skal overholde løn- og arbejdsvilkårene i landsdækkende overenskomster. Island har også pålagt udenlandske serviceydere at iagttae mindstelønninger i almennyldige overenskomster.

På baggrund af et udvalgsarbejde med deltagelse af arbejdsmarkedets parter blev der i 2007 foretaget en række ændringer af udstationeringsloven. Udenlandske serviceydere blev i første række pålagt at indberette forskellige oplysninger til Arbejdsdirektoratet (Vinnumálastofnun), men

den nye lov pålagde tillige udenlandske serviceydere at betale udstationerede medarbejdere den sædvanlige løn ved fravær på grund af sygdom og arbejdsulykker samt tegne forskellige former for forsikringer for det udstationerede personale.

Den nye lov gav anledning til kritik fra EFTA-Tilsynsmyndigheden, bl.a. for at have indført en for vidtgående indberetningspligt med karakter af et system med forhåndstilladelser for at levere serviceydelser i Island. EFTA-Tilsynsmyndigheden var også kritisk over for lovens regel om fuld løn ved fravær på grund af sygdom og arbejdsulykke og pligten til at tegne bl.a. ulykkesforsikring. Kritikken førte til en ændring af lovens regel om indberetningspligt, men ikke af retten til fuld løn ved fravær på grund af sygdom og arbejdsulykke.

Ved en dom af 28.6.2011 i E-12/10 blev den islandske stat dømt for at have brudt EØS-aftalen. Ifølge EFTA-Domstolen kunne fuld løn under sygdom og ulykker ikke anses for at være et element i en mindsteløn i udstationeringsdirektivets forstand. Direktivet forudsætter ifølge Domstolen, at lønnen ved sygdom og ulykke skal afspejle mindstelønnen og ikke den sædvanlige (fulde) løn. Domstolen fandt ydermere, at lovens bestemmelse om obligatorisk ulykkesforsikring vedrørte arbejdsvilkår, som faldt uden for den hårde kerne af arbejdsvilkår i artikel 3, stk. 1. Island havde ikke påvist, at de yderligere regler var begrundet i grundlæggende retsprincipper i henhold til artikel 3, stk. 10.

Dommen førte til en ændring af udstationeringsloven. Den ophævede bestemmelsen om obligatorisk ulykkesforsikring og præciserede, at der ved fravær som følge af sygdom eller arbejdsulykke skal betales overenskomstmæssig løn (i stedet for fuld løn).

EU-Domstolens nye dom af 12.2.2015 i C-396/13 (Elektrobudowa) ændrer næppe ved den vurdering, som EFTA-Domstolen foretog i sin dom. I modsætning til de finske overenskomster vedrørte den islandske lov nogle arbejdsvilkår, som lå uden for den hårde kerne af løn- og arbejdsvilkår i udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1.

1.3.4 Specifikke almengyldige overenskomster i Norge

Norge indtager en mellemposition mellem Danmark og Sverige på den ene side og Finland og Island på den anden side. Norge har ikke en almen ordning med almengyldige kollektive overenskomster, men indførte i 1993 en ordning med det begrænsede sigte at sikre udenlandske lønmodtagere ligeværdige løn- og arbejdsvilkår og forebygge social dumping fra udenlandsk arbejdskraft.

Ifølge loven kan et offentligt nævn ("Tariffnemda") beslutte, at en landsdækkende kollektiv overenskomst helt eller delvist skal gælde for alle lønmodtagere som udfører arbejde af den pågældende art i branchen eller en del af branchen. De almengyldige løn- og arbejdsvilkår gælder som ufravigelige mindstelønsvilkår i ansættelsesforholdet. Loven giver tillige fagforeninger en udvidet adgang til at benytte blokader ("boikott") over for udenlandske serviceydere i forhold til det der gælder efter boikott-loven i forhold til indenlandske arbejdsgivere.

Ifølge arbejdsmiljøloven, som implementerer udstationeringsdirektivet, skal en udenlandsk serviceyder overholde løn- og arbejdsvilkårene i de kollektive overenskomster, som er blevet almengyldige i medfør af loven fra 1993. Arbejdsmarkedets parter har ikke været enige om behovet for at almengøre overenskomster, og loven blev første gang anvendt i 2004. I dag er der almengyldige overenskomster i byggebranchen, skibs- og værkstsedsindustrien, herunder olieindustrien, landbruget, gartnerier og rengøringsbranchen.

Ordningen med at almengøre udvalgte dele af overenskomster i særligt udsatte brancher har været genstand for en principiel retssag, som nåede til både EFTA-Domstolen og Høyesterett. En arbejdsgiverforening (NI skipsverft) anfægtede en almengøring af værkstedsoverenskomsten, som pålagde alle arbejdsgivere inden for branchen at respektere overenskomstens regler om mindste timeløn, en ugentlig arbejdstid på 37,5 timer, overtidssatser med 50 og 100 %, et udenbystillæg med 20 % og dækning for udgifter til rejser, kost og logi. De almengjorte bestemmelser omfatte også udenlandske serviceydere som udstationerede medarbejdere i Norge, men arbejdsgiverforeningen mente, at det var i strid med EØS-rettten, herunder udstationeringsdirektivet og EØS-aftalens artikel 36, som svarer til TEUF artikel 56 og 57 om fri serviceudveksling. Næringslivets

Hovedorganisasjon (NHO) og Norsk Industri indtrådte i sagen til støtte for NI skipsverft, mens LO og Fellesforbundet indtrådte til støtte for staten.

Oslo tingrett frifandt staten, mens Borgarting lagmannsrett valgte at forelægge en række præjudicielle spørgsmål for EFTA-Domstolen, som afgav en udtalelse ved dom af 23.1.2012 i E-2/11 (STX). Parterne var enige om, at det almengjorte udenbystillæg opfyldte vilkårene til "mindsteløn" i udstationeringsdirektivet, men var uenige om det også var foreneligt med EØS aftalens artikel 36. EFTA-domstolen mente, at tillægget også måtte bedømmes efter EØS-aftalens artikel 36 og stillede indirekte spørgsmål ved, om det opfyldte kravene, men overlod spørgsmålet til den forelæggende domstol. Tilsvarende ræsonnement anlagde den med hensyn til bestemmelsen om dækning af udgifter til rejser, kost og logi. Lagmannsretten lagde udtalelsen til grund, men gav efter en konkret vurdering staten medhold i, at forskriften ikke var i strid med EØS-retten.

Høyesterett stillede i sin dom af 5.3.2013 spørgsmål ved, om de ydelser som er mindsteløn i direktivets forstand, også skal prøves efter EØS-aftalens artikel 36. Høyesterett fandt det vanskeligt at forene EFTA-Domstolens syn med EU-domstolens praksis og fremhævede, at der i givet fald ikke var opnået noget ved direktivet, som har det sigte at samordne ufravigelige regler om minimumsløn. Høyesterett undlod at tage stilling til spørgsmålet, da retten vurderede, at udenbystillægget i alle tilfælde var foreneligt med artikel 36, da det giver de udstationerede lønmodtagere en objektiv fordel. Høyesterett fandt tillige, at en række tungtvejende hensyn talte for at kræve, at arbejdsgiveren skal betale for lønmodtagerens udgifter til rejser, kost og logi. Hvis lønmodtagerne selv skulle afholde disse udgifter, ville det reelt medføre en markant lavere mindsteløn. Udgifterne ville derfor i alle tilfælde være udtryk for grundlæggende retsprincipper efter direktivets artikel 3, stk. 10. Høyesterett lagde herved også vægt på, at den norske lønforhandlingsmodel har lange traditioner og er en del af det norske samfundssystem. Da de øvrige almengjorte vilkår også var forenelige med udstationeringsdirektivet blev staten frifundet.

Høyesteretts dom er opsigtsvækkende ved – modsat lagmannsrettens dom – at gå i rette med EFTA-Domstolens fortolkning af udstationeringsdirektivet. Høyesterett valgte således – på tværs af EFTA-Domstolens dom – at betvivle, at udenbystillægget og udgiftsdækningen kunne censureres efter EØS-aftalens artikel 36. Dommen har bragt Høyesterett i åben konflikt

med EFTA-Domstolen, hvis præsident, Carl Baudenbacher, rettede en kraftig kritik mod Høyesterett (som er publiceret i Lov og Rett nr. 8/2013). NHO har klaget over dommen til EFTA-Tilsynsmyndigheden, som har valgt at undersøge sagen for at se, om klagen giver grundlag for at rejse en formel sag over for den norske stat. Høyesterett synes imidlertid at være på linje med EU-Domstolen, der ved dom af 12.2.2015 i C-396/13 (Elektrobudowa) udelukkende bedømt de finske almennydige overenskomster efter direktivets artikel 3, stk. 1, og ikke tillige TEUF artikel 56 og 57.

1.4 Grundlæggende rettigheder i arbejdslivet

Et af de karakteristiske træk ved den europæiske retsdannelse er, at den lægger vægt på at etablere en række grundlæggende rettigheder for borgerne. De grundlæggende rettigheder har overvejende karakter af generelle retsprincipper, som overlader den nærmere udfyldning til de europæiske domstole. Den stigende vægt på grundlæggende rettigheder stiller de nordiske lande over for betydelige udfordringer, fordi der ikke er samme forfatningsmæssige tradition – som i mange andre europæiske lande – for at overlade en så vidtgående bemyndigelse til domstolene, som ligger i de vagt formulerede generelle retsprincipper.

1.4.1 *EU's charter om borgernes grundlæggende rettigheder*

EU's traktatgrundlag indeholdt længe ikke noget katalog over grundlæggende rettigheder, men EU-Domstolen udviklede selv en række generelle EU-principper, som Unionen skulle respektere, f.eks. et ligebehandlingsprincip. Stats- og regeringslederne vedtog imidlertid med Nice-traktaten en politisk erklæring om et charter om borgernes grundlæggende rettigheder, der ved Lissabon-traktaten har fået "samme juridiske værdi som traktaterne" (TEU artikel 6, stk. 1).

Chartret fastlægger bl.a. en forsamlings- og foreningsfrihed (artikel 12) og et diskriminationsforbud (artikel 21). Chartret fastlægger imidlertid også i afsnit IV om "solidaritet" en række grundlæggende rettigheder i arbejdslivet: ret til information og høring på virksomhedsniveau (artikel

27), ret til kollektive forhandlinger og kollektive kampskridt (artikel 28), ret til gratis arbejdsformidling (artikel 29), beskyttelse i tilfælde af ubegrundet opsigelse (artikel 30), retfærdige og rimelige arbejdsforhold (artikel 31), forbud mod børnearbejde og beskyttelse af ungarbejdere (artikel 32), ret til at kunne forene familie- og arbejdsliv (artikel 33) og ret til social sikring og social bistand (artikel 34).

Ifølge TEU artikel 6 "anerkender" unionen de rettigheder, friheder og principper, der er nedfældet i chartret. Bestemmelsen giver ikke Unionen en særskilt kompetence til at udmønte rettighederne i efterfølgende politiske vedtagelser. EU har f.eks. stadig ikke kompetence til at regulere retten til at forhandle kollektivt og konflikte (TEUF artikel 153, stk. 5).

Chartret pålægger EU's institutioner at iagttage de grundlæggende rettigheder, når de udøver deres respektive beføjelser. Rådet og Parlamentet skal iagttage chartrets rettigheder i forbindelse med vedtagelse af arbejdsretlige direktiver. Tilsidesætter de chartret, kan det gøre et direktiv – helt eller delvist – ugyldigt, jf. f.eks. dom af 1.3.2011 i C-236/09 (Test-Achats), hvor EU-Domstolen underkendte en bestemmelse i et direktiv om ligebehandling af mænd og kvinder ved levering af varer og serviceydelser, fordi den var uforenelig med chartrets artikel 21 om forbud mod forskelsbehandling og artikel 23 om ligebehandling af mænd og kvinder. EU-Domstolen skal også respektere chartret, når den fortolker EU-regler, jf. f.eks. domme af 11.12.2007 i C-438/05 (Viking) og 18.12.2007 i C-341/05 (Laval) om konfliktretten. I de to domme blev bestemmelsen i chartrets artikel 28 dog ikke tillagt afgørende betydning, da konfliktretten ifølge bestemmelsen skal udøves i overensstemmelse med EU-retten og national ret.

Som en afledet funktion af Unionens pligt til at iagttage chartret skal medlemsstaterne også iagttage rettighederne "i det omfang, de gennemfører EU-ret", jf. chartrets artikel 51, stk. 1. Det er uklart, hvad bestemmelsen sigter til med udtrykket "gennemfører EU-ret", men ifølge de forklarende bemærkninger til chartret henviser det til EU-Domstolens praksis, hvorefter de grundlæggende rettigheder "kun påhviler medlemsstaterne, når de handler inden for rammerne af EU-retten". Det er således en forudsætning for, at en borger kan påberåbe sig chartret over for en medlemsstat, at sagen har en tilknytning til EU-retten, jf. f.eks. dom af 5.2.2015 i C-117/14 (Poclava). Her afviste EU-Domstolen, at den var kompetent til at bedømme, om en fri adgang til at opsigte medarbejdere i en prøveperiode

på ét år i en spansk lov om støtte af iværksættere var forenelig med chartrets artikel 30 om ubegrundet opsigelse.

Det er et uafklaret spørgsmål, om chartret også kan pålægge private pligter. I praksis er spørgsmålet f.eks., om chartret indirekte kan give et direktiv forrang frem for modstridende national lovgivning i tvister med private arbejdsgivere. EU-Domstolen synes i dom af 15.1.2014 i C-176/12 (*Médiation Sociale*) at gå ud fra, at chartrets artikel 21 om ligebehandling kan have direkte virkning i forhold til private arbejdsgivere, mens det ikke er tilfældet med chartrets artikel 27 om information og hørning, som efter sit indhold forudsætter en udmøntning via EU-retten og national ret. På linje hermed forudsætter Domstolen, at det generelle uskrevne EU-princip om ligebehandling – som er kodificeret i chartrets artikel 21 – forpligter private arbejdsgivere med virkning forud for modstridende national lovgivning, jf. dom af 22.11.2005 i C-144/04 (*Mangold*) dom af 19.1.2010 i C-555/07 (*Küçükdeveci*).

Chartret er ikke en del af EØS-aftalen, men det har indirekte betydning for Island og Norge, da EU-Domstolen lægger vægt på chartret ved fortolkningen af arbejdsretlige direktiver, og da EFTA-Domstolen selv har udviklet en række grundlæggende rettigheder i medfør af EØS-aftalen. I praksis vil de rettigheder, som er fastslået i chartret, derfor også kunne forpligte Island og Norge, når de to lande gennemfører EØS-ret. I dom af 18.7.2013 i C-426/11 (*Alemo-Herron*) fastslog EU-Domstolen, at virksomhedsoverdragelsesdirektivets artikel 3 om erhververs pligt til at opretholde løn- og arbejdsvilkårene hos overdrager skal fortolkes i lyset af chartrets artikel 16 om retten til at etablere og drive egen virksomhed. Det førte til, at Storbritannien var afskåret fra at forpligte en erhverver til at respektere overenskomster indgået efter overtagelsen, da en forbedret beskyttelse af lønmodtagerne ikke må gøre indgreb i selve substansen af erhververens ret til at oprette og drive egen virksomhed. I dom af 18.12.2014 i E-10/14 (*Deveci*) undlod EFTA-Domstolen at tage direkte stilling til spørgsmålet om chartrets artikel 16 i en sag om fortolkning af virksomhedsoverdragelsesdirektivet, men bemærkede at retten til at etablere og drive selvstændig virksomhed også er anerkendt i EØS-retten. Det fremgår ikke af dommen, om retten til at drive virksomhed spillede en selvstændig rolle ved fortolkningen af virksomhedsoverdragelsesdirektivets artikel 3 i den konkrete sag.

1.4.2 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Mens EU's charter om borgernes grundlæggende rettigheder i første række retter sig til Unionens egne institutioner, retter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention sig til medlemsstaterne. Konventionen forpligter således medlemsstaterne til ikke at handle i strid med de fastlagte rettigheder (artikel 1).

Konventionen indeholder flere bestemmelser, som kan have betydning for de arbejdsretlige systemer i de nordiske lande. Det gælder især artikel 6 om retfærdig rettergang, artikel 8 om familielivsbeskyttelse, artikel 10 om ytringsfrihed og artikel 11 om foreningsfrihed. Den bestemmelse som har størst principiel og praktisk betydning for de nordiske arbejdsretlige systemer er uden tvivl artikel 11 om foreningsfrihed.

Ifølge artikel 11, stk. 1, har enhver ret til at danne og tilslutte sig foreninger, herunder fagforeninger med det sigte at forsvarer deres interesser. Bestemmelsen giver lønmodtagere og fagforeninger en vid beskyttelse mod organisationsfjendtlig adfærd fra såvel staten som arbejdsgivere, jf. f.eks. dom af 2.7.2002 (The National Union of Journalists). Men Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har også fastslået, at bestemmelsen omfatter en ret til at stå uden for faglige organisationer og en ret til kollektive forhandlinger og arbejdskonflikt. For medlemsstaterne betyder det, at de kun må foretage indgreb heri, når det er "nødvendigt i et demokratisk samfund", jf. artikel 11, stk. 2.

Forbud mod organisationstvang

Da konventionen blev vedtaget, var det et kontroversielt spørgsmål, om den skulle beskytte både retten til at danne og være med i en forening (den positive foreningsfrihed) og retten til at stå uden for en forening (den negative foreningsfrihed). Efter pres fra bl.a. de nordiske lande fik bestemmelsen kun sigte på den positive foreningsfrihed, og det fremgik udtrykkeligt af forarbejderne, at den ikke var til hinder for eksklusivaftaler.

Menneskerettighedsdomstolen dømte på trods af den klare ordlyd og de udtrykkelige forarbejder ved en dom af 13.8.1981 (British Rail) Storbritannien for ikke have beskyttet tre medarbejdere mod at blive afskediget, fordi de nægtede at melde sig ind i den fagforening, som havde indgået en overenskomst med deres arbejdsgiver. Med dommen fik også de

nordiske lande en potentiel udfordring med den negative foreningsfrihed, som ikke var anerkendt i de nationale retsordninger.

I dom af 30.6.1993 (Sigurjonsson) dømte Menneskerettighedsdomstolen Island for at have inddraget en taxavognmands bevilling, fordi han udmeldte sig af den forening, han ifølge loven skulle være medlem af for at få og bevare sin bevilling. Den islandske højesteret havde anset foreningspligten for at være forenelig med både den islandske grundlov og den europæiske menneskerettighedskonvention. Dommen gav anledning til betydelig debat, men den islandske retstilstand blev indrettet i overensstemmelse med dommen.

I en dom af 11.1.2006 (Sørensen og Rasmussen) blev Danmark dømt for ikke at have ydet to lønmodtagere den fornødne retsbeskyttelse mod organisationstvang. I modsætning til den islandske sag bestod Danmarks konventionsbrud ikke i en statslig foreningstvang, men i at have tilladt en for vidtgående overenskomstmæssig foreningstvang. Mens et forslag om at forbyde eksklusivaftaler kort forinden var blevet afvist efter hektisk politisk debat, førte den nye dom til en hurtig ændring af foreningsfrihedsloven i foråret 2006 uden de store politiske sværdsdrag. Med den nye lov blev eksklusiv- og fortrinsaftaler ugyldige, og arbejdsgivere fik forbud mod at lægge vægt på organisationsmæssigt tilhørsforhold ved ansættelse og afskedigelse. Der var bred politisk enighed om, at loven ikke skulle forbyde arbejdsgivere at behandle organiserede og uorganiserede lønmodtagere forskelligt under ansættelsen.

Det er et uafklaret spørgsmål, om den negative foreningsfrihed i konventionens artikel 11 rækker så vidt, at den giver uorganiserede lønmodtagere et krav på ligebehandling med organiserede lønmodtagere. I en dom af 13.2.2007 (Ewaldsson) undlod Menneskerettighedsdomstolen at forholde sig til spørgsmålet i en sag, hvor en række uorganiserede lønmodtagere automatisk havde fået trukket 300 SEK i lønnen til dækning af en lønkontrol, som en svensk fagforening udførte i henhold til en byggeoverenskomst. Selv om parterne udelukkende havde fokus på konventionens artikel 11, undlod Domstolen at nævne bestemmelsen, men dømte Sverige for at have brudt artikel 1 om ejendomsretten i tillægsprotokol 1 ved det automatiske løntræk uden samtykke fra den enkelte. Det fremgår af en dissens fra den svenske dommer, at flertallet ikke fandt tiden moden til (eventuelt) at tage et nyt skridt i beskyttelsen af den negative for-

eningsfrihed. Der verserer en sag ved den danske Højesteret om hvorvidt en overenskomstmæssigt aftalt sygelønsordning, som kun gælder for organiserede lønmodtagere, er forenelig med den negative foreningsfrihed.

Spørgsmålet om organisationstvang har også givet anledning til sager i forhold til faglige konflikter over for (uorganiserede) arbejdsgivere. I en dom af 25.4.1996 (Gustafsson) frifandt Menneskerettighedsdomstolen imidlertid den svenske stat for at have krænket en uorganiseret arbejdsgivers negative foreningsfrihed ved, at Arbetsdomstolen havde erklæret konflikten lovlige efter svensk ret. Domstolen lagde bl.a. vægt på, at der var tale om en indirekte organisationstvang af behersket intensitet, da arbejdsgiveren kunne have valgt at indgå en tiltrædelsesoverenskomst frem for at melde sig ind i en arbejdsgiverorganisation. Domstolen fremhævede tillige, at retten til at iværksætte arbejdskonflikt er anerkendt som en grundlæggende ret, og at den svenske stat måtte have en vid skønsmargin ved afvejningen af de modstående interesser.

Med dommen accepterede Domstolen reelt den nordiske tradition med en vidtgående adgang for faglige organisationer til at konflikte over for enkeltstående arbejdsgivere som led i en udbredelse af overenskomster. På linje hermed afviste Menneskerettighedsdomstolen ved en afgørelse af 7.10.2005 en klage fra en dansk virksomhed, som var blevet utsat for en arbejdskonflikt fra et LO-forbund, selv om virksomheden allerede var dækket af en overenskomst via Kristelig Arbejdsgiverforening. Arbeudsretten anså konflikten for lovlig, da de to fagforeninger stod i et frit konkurrenceforhold til hinanden, og Menneskerettighedsdomstolen afviste klagens som åbenbart grundløs.

Statslige indgreb i arbejdskonflikter

Menneskerettighedskonventionens artikel 11 giver enhver ret til at oprette og tilslutte sig fagforeninger "for at beskytte sine interesser". Menneskerettighedsdomstolen har løbende afvist at indlægge selvstændige rettigheder for faglige organisationer i dette udtryk. Det skete f.eks. i dom af 6.2.1976 (Schmidt and Dahlström, præmis 34 og 36) om et af de sjældne lovindgreb i en svensk arbejdskonflikt.

Domstolen anlagde således ikke samme vidtgående forståelse af foreningsfriheden som Organisationsfrihedskomitén under Den Internationale Arbeudsorganisation (ILO) havde gjort i forhold til ILO konvention 87 om retten til at organisere sig. Selv om konventionen ikke indeholder en

bestemmelse om konfliktret, har Organisationsfrihedskomitéen støttet en konfliktret på, at lønmodtager- og arbejdsgiverorganisationer har ret til selv ”at udforme deres programmer” (artikel 3, stk. 1).

I navnlig Danmark og Norge knytter der sig en betydelig politisk interesse til, om foreningsfriheden omfatter en ret til at forhandle overenskomst og benytte arbejdskonflikt. Det er en bredt accepteret praksis i begge lande, at staten kan gibe ind i en verserende arbejdskonflikt, som truer væsentlige samfundsmaessige interesser. Flere af de statslige indgreb i både danske og norske arbejdskonflikter har ført til kritik fra ILO’s komitéer.

I 1994 indbragte en norsk fagforening et lovindgreb i en konflikt om arbejdsvilkårene på olieboreplatforme for de norske domstole med påstand om, at indgrebet var i strid med grundlovens §§ 110 C og 112 om beskyttelse af menneskerettigheder og fundamentale retsprincipper. Fagforeningen henviste bl.a. til, at den norske stat ved tre forudgående lovindgreb var blevet kritiseret af ILO’s klageorganer med henvisning til konvention 87 artikel 3. Høyesterett afviste i NRT 1997/580 denne kritik, da ”de til dels vidtgående begrensninger i adgangen til inngrep som ILO-organerne går inn for (ikke) har holdepunkter i konvensjonsteksterne slik de blev forhandlet og vedtatt”. Det var efter rettens opfattelse usikkert, hvad der kunne udledes af Menneskerettighedsdomstolens praksis om konventionens artikel 11, men i alle tilfælde ”indeholder ikke EMK (...) detaljerte normer for statens adgang til å begrense retten til streik”. Den norske stat blev herefter frifundet af en enig Høyesterett.

Fagforeningen indbragte dommen for Menneskerettighedsdomstolen, som afviste at realitetsbehandle den ved en afgørelse af 27.6.2002 (Federation of Offshore Workers’ Trade Unions and others). Selv om Domstolen ikke mente, at konfliktretten var beskyttet af foreningsfriheden, valgte den alligevel at vurdere, om lovindgrebet i givet fald ville have været nødvendigt i et demokratisk samfund i henhold til artikel 11, stk. 2. Efter en grundig gennemgang af baggrunden for lovindgrebet fandt Domstolen, at det var et nødvendigt indgreb i et demokratisk samfund. Domstolen accepterede dermed – modsat ILO’s kontrolorganer – at et lovindgreb i arbejdskonflikter kan være nødvendigt af økonomiske grunde.

I 2008 har Menneskerettighedsdomstolen foretaget et af de mest markante paradigmeskifter i dens historie ved at anerkende retten til at forhandle kollektiv overenskomst som en selvstændigt beskyttet ret efter

artikel 11. Ved dom af 12.11.2008 (Demir og Baykara) dømte Domstolen således Tyrkiet for at have brutt konventionens artikel 11 ved, at en tyrkisk appeldomstol havde tilskadesat en overenskomst på det offentlige område som ugyldig og pålagt de offentligt ansatte at tilbagebetale de lønstigninger, de havde modtaget i kraft af overenskomsten. Domstolen var på det rene med, at den i en lang periode havde afvist at anse retten til at forhandle kollektiv overenskomst som en del af foreningsfriheden, men anså ikke desto mindre den for nu at være indbefattet:

"154. Consequently, the Court considers that, having regard to the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters, the right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the "right to form and to join trade unions for the protection of [one's] interests" set forth in Article 11 of the Convention, it being understood that States remain free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions. Like other workers, civil servants, except in very specific cases, should enjoy such rights, but without prejudice to the effects of any "lawful restrictions" that may have to be imposed on "members of the administration of the State" within the meaning of Article 11 § 2 – a category to which the applicants in the present case do not, however, belong (see paragraphs 106-07 above)."

Med dommen var det formelt kun retten til at føre kollektive aftaleforhandlinger, som Domstolen anså for at være et led i foreningsfriheden. Ved en dom af 21.4.2009 (Yapi-Yol Sen) anerkendte Domstolen imidlertid også strejkeretten som en selvstændig beskyttet del af foreningsfriheden og dømte Tyrkiet for at have forbudt en generalstrejke. I en dom af 8.4.2014 har Domstolen fortsat linjen og statueret, at retten til at sympati-konflikte også er beskyttet af foreningsfriheden, om end beskyttelsens rækkevidde er lidt mere usikker her.

Både retten til at forhandle kollektivt og til at konflikte nyder således i dag den særlige beskyttelse, der følger af at være et integreret led i foreningsfriheden i menneskerettighedskonventionens artikel 11, stk. 1. Ethvert statsligt indgreb i de to rettigheder – f.eks. et lovindgreb i en arbejdskonflikt – skal dermed være "nødvendigt" i et demokratisk samfund og kan efterprøves ved domstolene og i sidste ende ved Menneskerettighedsdomstolen.

Konfliktret og fri bevægelighed

Den europæiske menneskerettighedskonvention har ikke kun betydning for medlemsstaterne, men også for EU. Med Lissabon-traktaten forpligte Unionen sig til at tiltræde konventionen (TEU, artikel 6, stk. 2). Efter lange og komplikerede forhandlinger blev der indgået en aftale mellem medlemsstaterne og de besluttende organer i EU og Europarådet om Unionens tiltræden af konventionen. Den aftale har EU-Domstolen imidlertid afvist som uforenelig med EU-rettens autonomi og særlige karakteristika i en udtalelse af 18.12.2014 (2/2013).

At EU-Domstolen har afvist, at Unionen kan tiltræde konventionen på det foreliggende aftalegrundlag ændrer ikke ved, at Unionens institutioner skal respektere konventionen som en del af EU-retten (TEU, artikel 6, stk. 3). Dens rettigheder ligger også til grund for flere af EU-chartrets regler, f.eks. artikel 12 om foreningsfrihed. Bestemmelsen giver ifølge de forklarende bemærkninger – og chartrets artikel 53, stk. 3 – mindst samme beskyttelse som menneskerettighedskonventionens artikel 11 om foreningsfrihed.

Det er iøjnefaldende, at EU-Domstolen ikke nævner Menneskerettighedskonventionens artikel 11 og praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sine domme af 11.12.2007 i C-438/05 (Viking) og 18.12.2007 i C-341/05 (Laval). Domstolen henviser til en række andre internationale konventioner og især EU-chartrets artikel 28 om konfliktret, men ikke dets artikel 12 om foreningsfrihed. Modsat artikel 28 om den kollektive aftalefrihed indeholder artikel 12 om foreningsfrihed ikke et forbehold om, at rettigheden skal udøves ”i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis”.

Den manglende reference til menneskerettighedskonventionens artikel 11 (og chartrets artikel 12) kan bero på, at Domstolen – med en vis føje – ikke har taget Menneskerettighedsdomstolens praksis til indtægt for, at der fulgte en egentlig ret til kollektive forhandlinger og kollektive kampskridt med foreningsfriheden i konventionens artikel 11. Det var først med Menneskerettighedsdomstolens dom af 12.11.2008 (Demir og Baykara), at det stod klart, at retten til at forhandle kollektiv overenskomst var et selvstændigt beskyttet led i foreningsfriheden. Og det var først med dom af 21.4.2009 (Yapi-Yol Sen), at det blev fastslået, at foreningsfriheden også rummer en konfliktret for faglige organisationer.

Menneskerettighedsdomstolens praksisskifte kan få betydning for afvejningen af konfliktretten og retten til fri serviceudveksling. Efter menneskerettighedskonventionens artikel 11 og Menneskerettighedsdomstolens praksis herom vil det afgørende være, om den indskrænkning, som den fri serviceudveksling udgør i konfliktretten, er et nødvendigt indgreb i et demokratisk samfund. Denne test har et andet udgangspunkt end EU-Domstolens test i Laval-dommen, hvor spørgsmålet var, om den restriktion, som konflikten udgjorde i den frie serviceudveksling, var begrundet i tvingende almene hensyn. Det er nærliggende, at medlemsstaterne må nyde samme "vide skøn" i afvejningen af de modstridende hensyn til konfliktretten og den fri serviceudveksling, som de nyder i andre situationer, hvor de skal afveje privates grundlæggende rettigheder over for hinanden, jf. f.eks. dom af 12.6.2003 i C-112/00 (Schmidberger) om varernes frie bevægelighed over for forsamlingsfriheden i forbindelse med en demonstration, der afsperrede Brenner-motorvejen mellem Tyskland og Østrig i mere end 30 timer.

1.5 Harmonisering af løn- og arbejdsvilkår

1.5.1 *EU's harmonisering af arbejdsvilkårene*

Direktiver

Det er et karakteristisk træk ved social- og arbejdsmarkedspolitikken – sammenlignet med reglerne om fri bevægelighed – at der stort set ikke er traktatmæssige forpligtelser for medlemsstaterne. Traktaten indeholder – bortset fra ligelønspligten i TEUF artikel 157 – alene regler, der giver EU kompetence til at vedtage direktiver med mindsteregler om bl.a. arbejdsvilkår.

I 1989 indtrådte et principielt skifte i EU's rolle i social- og arbejdsmarkedspolitikken. De 11 af de 12 daværende medlemslande vedtog fællesskabspagten om lønmodtagernes grundlæggende rettigheder. Den opregnede en bred kreds af kollektive og individuelle rettigheder for lønmodtagere: Rimelig løn (artikel 5), gratis offentlig arbejdsformidling (artikel 6), forbedring af leve- og arbejdsvilkårene, især med hensyn til skriftligt ansættelsesbevis, arbejdstidens tilrettelæggelse og atypiske ansættelsesformer (artikel 7–9), passende social beskyttelse (artikel 10),

foreningsfrihed, forhandling af kollektive overenskomster og konfliktret (artikel 11–14), ligebehandling af mænd og kvinder (artikel 16), information og høring af medarbejderne (artikel 17–18) samt et tilfredsstillende arbejdsmiljø (artikel 19).

Fællesskabspagten blev vedtaget som "en højtidelig erklæring" og var dermed ikke juridisk forpligtende for medlemsstaterne. Fællesskabspagten pålagde således ikke i sig selv medlemsstaterne nye forpligtelser, men for EU-Kommissionen blev den et politisk pejlemærke for en række nye initiativer, herunder forslag til nye direktiver.

Med Maastricht-traktaten gav de 11 medlemslande, der havde undertegnet fællesskabspagten, Unionen kompetence til at vedtage direktiver inden for det arbejdsretlige område med kvalificeret flertal som hovedregel. Det gjorde det nemmere at vedtage arbejdsretlige direktiver, men følsomme forhold som opsigelsesbeskyttelse, kollektiv interessevaretagelse og social sikring forudsatte dog enstemmighed, og lønforhold, organisationsret og konfliktret blev helt undtaget fra Unionens kompetence. Unionen fik ydermere kun kompetence til at vedtage direktiver med minimumsforråbter, og den skulle tage hensyn til både virksomhedernes konkurrencestevne og nationale forskelle (se TEUF artikel 151 og 153).

Der er vedtaget i størrelsesordenen 15–20 arbejdsretlige direktiver (fraregnet de mange særdirektiver om arbejdsmiljø). Hovedparten af direktiverne er blevet vedtaget i 1990'erne, mens det har været mere småt med nye direktiver efter år 2000. Siden vikardirektivet fra 2008 har EU ikke vedtaget nye arbejdsretlige direktiver, og den nyligt trådte Kommission ser foreløbig heller ikke ud til at have nye forslag på tegnebrættet.

De arbejdsretlige direktiver foretager ikke en systematisk harmonisering af arbejdsvilkårene på europæisk plan. Der er næsten ikke vedtaget direktiver om overenskomstmæssige forhold, hvilket også afspejler en begrænset kompetence for EU. Der er i højere grad vedtaget direktiver om ansættelsesforholdet, især om diskriminationsforbud og særlige ansættelsesformer. Den mest systematiske regulering forekommer på arbejdsmiljøområdet med både et generelt rammedirektiv og en stribe særdirektiver.

De ansættelsesretlige direktiver er præget af en kompliceret balancegang mellem at fastlægge grundlæggende principper og at overlade den konkrete udmøntning af de generelt formulerede principper til den enkelte medlemsstat. Mens Kommissionen og Parlamentet i høj grad har foku-

seret på de generelle retsprincipper, har Rådet i højere grad haft fokus på de nationale tilpasninger.

Det er et gennemgående træk ved både direktivforslagene og de vedtagne direktiver, at de indledende betragtninger har udtrykkelige referencer til specifikke rettigheder i fællesskabspagten. Tendensen til at indplace direktiverne i en grundretlig ramme er blevet forstærket med chartret om borgernes grundlæggende rettigheder. Mange af de nyere direktiver indeholder således også tydelige referencer til specifikke rettigheder i chartret.

For Rådet har det været vigtigt at sikre, at arbejdsretlige direktiver ”koncentreres om principielt bindende retningslinjer, så den videre udformning og gennemførelsen i detaljer overlades til medlemsstaterne selv”, og at de ”bliver tilstrækkeligt fleksible og begrænses til bestemmelser, som kan indpasses i de enkelte nationale systemer” (Rådets resolution af 6.12.1994 om visse perspektiver for en social- og arbejdsmarkedspolitik, afsnit I, punkt 17). Mange af direktiverne overlader det på linje hermed til medlemsstaterne at tilpasse de generelt formulerede direktivregler til de konkrete forhold på arbejdsmarkedet i det enkelte medlemsland.

Dilemmaet mellem generelle principper og national udmøntning er f.eks. tydeligt i artikel 7 i arbejdstidsdirektivet (nu direktiv 2003/88). Medlemsstaterne skal på den ene side sikre, ”at alle arbejdstagere får en årlig betalt ferie af mindst fire ugers varighed”, men det skal på den anden side ske ”i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgivning og/eller praksis”.

Europæiske overenskomster

Set med nordiske øjne var det et vigtigt element i Maastricht-traktaten, at Unionens kompetence til at vedtage direktiver blev undergivet en særlig hørings- og aftaleordning i forhold til arbejdsmarkedets parter på europæisk plan. Kommissionen blev forpligtet til at høre organisationerne på europæisk niveau inden den selv fremsatte et direktivforslag, og parterne fik ret til at overtage den videre behandling med sigte på at indgå en aftale. Parterne kan beslutte, om de selv vil iværksætte en eventuel aftale eller anmode Rådet om at gøre det (se nu TEUF artikel 154-55).

I sin resolution af 6.12.1994 fremhævede Rådet vigtigheden af at indrage arbejdsmarkedets parter med sigte på at finde ”pragmatiske løsnin- ger”. Rådet anmodede bl.a. arbejdsmarkedets parter om ”at være sig be-

vidst, at de selv har mulighed for at indgå overenskomster, eftersom de som regel er tættere på de sociale og arbejdsmarkedsmæssige problemer og den sociale og arbejdsmarkedsmæssige virkelighed" (afsnit II, punkt 3).

De europæiske parter indgik tre generelle rammeaftaler i løbet af 1990'erne, som efterfølgende blev iværksat via direktiver om henholdsvis forældreorlov (direktiv 96/34, senere afløst af direktiv 2010/18), deltidsarbejde (direktiv 97/81) og tidsbegrænset arbejde (direktiv 99/70). Aftalerne benytter sig af en traditionel rettighedsterminologi, men giver en fleksibel ramme for nationale tilpasninger. I de indledende betragtninger til aftalerne om deltidsarbejde og tidsbegrænset arbejde er det f.eks. anført, at det er overladt til medlemsstaterne og til arbejdsmarkedets parter at gennemføre de generelle principper, "således at der kan tages hensyn til forholdene i den enkelte medlemsstat og de særlige omstændigheder, der gør sig gældende inden for bestemte sektorer og erhverv".

De europæiske parter har også indgået en række generelle rammeaftaler i 00'erne, men de har en blødere karakter end rammeaftalerne fra det foregående årti. Det drejer sig om rammeaftaler om telearbejde (2002), forebyggelse af stress (2004), mobning og vold på arbejdspladsen (2007) og et inkluderende arbejdsmarked (2010). Alle aftalerne er iværksat af parterne selv og er karakteriserede ved at have fokus på "retningslinjer" frem for "rettigheder og pligter".

Der er væsentlig forskel på den retlige status af de aftaler, som er gennemført ved et direktiv, og de aftaler, som parterne selv har gennemført. En aftale, som er iværksæt ved et direktiv, har samme forpligtende virkninger for medlemsstaterne som andre direktiver. Kommissionen kan påtale en manglende eller mangelfuld gennemførelse, og EU-Domstolen kan afsige præjudicielle domme om fortolkningen af aftalebaserede direktiver. De aftaler, som parterne selv iværksætter, forpligter ikke medlemsstaterne, og Kommissionen kan derfor heller ikke påtale en eventuel manglende eller mangelfuld national gennemførelse. Tilsvarende har EU-Domstolen ikke kompetence til at fortolke selvstændige rammeaftaler.

1.5.2 Implementering i de nordiske lande

De EU-retlige implementeringskrav

Et EU-direktiv retter sig ifølge TEUF artikel 288 til medlemsstaterne, som er forpligtede til at opnå direktivets mål, mens de selv vælger form og midler. At bestemmelsen pålægger staten det overordnede ansvar for at implementere direktiver er en principiel udfordring for de nordiske lande, fordi det kan forrykke den generelle balance mellem lovgivningsmagten og arbejdsmarkedets parter.

Allerede ved implementeringen af det første arbejdsretlige direktiv – ligelønsdirektivet fra 1975 – blev den danske stat dømt for at have gennemført direktivet på en mangelfuld måde, jf. dom af 30.1.1985 i C-143/83 (Kommissionen mod Danmark). Ifølge Domstolen kunne den danske stat overlade det til arbejdsmarkedets parter at gennemføre direktivet, men staten kunne ikke frigøre sig fra sin pligt til at sikre, at alle arbejdstagere kunne nyde godt af direktivets beskyttelse. Det var uforeneligt med traktaten, at loven begrænsede ligelønspligten til ”samme arbejde”, selv om det fulgte af de kollektive overenskomster og den fagretlige praksis, at udtrykket også omfattede ”arbejde af samme værdi”.

Den danske og svenske stat lagde stor vægt på den specifikke implementeringsregel for arbejdsretlige direktiver, som blev introduceret med Maastricht-traktaten (nu TEUF artikel 153, stk. 3). Ifølge bestemmelsen kan en medlemsstat overlade det til arbejdsmarkedets parter at gennemføre arbejdsretlige direktiver, hvis de anmoder om det. I givet fald skal medlemsstaten sikre sig, at arbejdsmarkedets parter senest på den dato, hvor et direktiv skal være gennemført, har indført de nødvendige bestemmelser ad aftalemæssig vej ”idet den skal træffe de nødvendige foranstaltninger for på et hvilket som helst tidspunkt at være i stand til at sikre de resultater, der er foreskrevet i det pågældende direktiv”.

Mens parterne på det svenske arbejdsmarked tilsyneladende ikke efterfølgende har tillagt aftaleimplementering afgørende betydning, spillede en (ren) aftaleimplementering af de arbejdsretlige dele af arbejdstidsdirektivet (daglige pauser, maksimal ugentlig arbejdstid og natarbejde) en afgørende rolle for parterne på det danske arbejdsmarked. Regeringen valgte – med tilslutning fra et bredt flertal af Folketingets partier – at undlade at fremsætte et opfølgende lovforslag med sigte på at dække den (beskedne) restgruppe af lønmodtagere, som ikke var omfattet af de kol-

lektive overenskomster. Flertallet henviste herved bl.a. til, at langt hovedparten af alle lønmodtagere var omfattet af kollektive implementeringsaftaler, at aftalerne ville have afsiddende betydning for den mindre restgruppe, og at arbejdsmarkedets parter havde givet tilsagn om at ville forsøge at løse enhver tvist, der måtte opstå med relation til arbejdstidsdirektivet (beretning af 18.12.1996 afgivet af Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg).

Efter at Kommissionen havde påtalt implementeringen ved både en åbningsskrivelse og en begrundet udtalelse, valgte den danske regering – med tilslutning fra arbejdsmarkedets parter – at gennemføre en lov om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet. Hermed accepterede de danske parter reelt, at implementeringen som minimum forudsætter en opsamlende lovgivning for de lønmodtagergrupper, som falder uden for de kollektive overenskomster.

1.5.3 De nordiske landes implementeringsmodeller

a) Finland og Norge

I Finland og Norge har implementeringen af EU-direktiver ikke givet anledning til de store principielle diskussioner. Finland og Norge adskiller sig fra de andre nordiske lande ved en mere systematisk lovgivning om ansættelsesforholdet i henholdsvis arbejdsafstaleloven og arbejdsmiljøloven. Hovedparten af de arbejdsretlige direktiver er blevet gennemført via de to generelle ansættelseslove.

De generelle ordninger med almennyldige overenskomster har ikke spillet en rolle i forbindelse med implementeringen af arbejdsretlige direktiver. Den norske ordning har ikke det generelle sigte at udbrede løn- og arbejdsvilkårene i repræsentative overenskomster til alle arbejdsgivere og lønmodtagere inden for branchen, men at forebygge social dumping ved at give udenlandske lønmodtagere ligeværdige løn- og arbejdsvilkår med norske lønmodtagere. Den finske ordning har sigte på at udbrede overenskomstmæssige løn- og arbejdsvilkår til alle arbejdsgivere og lønmodtagere inden for branchen, men omfatter ikke alle dele af arbejdsmarkedet. En gennemførelse af et arbejdsretligt direktiv via almennyldige overenskomster vil således ikke komme til at omfatte alle relevante løn-

modtagere på det finske arbejdsmarked og vil derfor ikke i sig selv kunne opfylde de EU-retlige krav til en korrekt implementering.

Implementeringen af arbeudsretlige direktiver har ikke givet anledning til gennemgribende ændringer af de arbeudsretlige systemer i Finland og Norge. Balancen mellem lovgivning og kollektive overenskomster er ikke forrykket markant i favør af (mere) lovgivning. Implementeringen har i første række givet anledning til at revidere gældende lovgivning og kollektive overenskomster, f.eks. for at tilpasse reglerne til direktiverne om deltidsarbejde, tidsbegrænset arbejde og vikararbejde. Udgangspunktet synes i begge lande at have været, at implementeringen af direktiver skal give anledning til færrest mulige ændringer i de bestående regler.

I begge lande synes det politisk-administrative system at have spillet en dominerende rolle, men implementeringen er gennemgående foregået i en tæt dialog med arbejdsmarkedets parter. Samarbejdet har til en vis grad udfoldet sig inden for rammerne af formaliserede trepartsorganer for EU-relaterede spørgsmål.

Arbejdsaftaleloven og arbejdsmiljøloven fastlægger som altovervejende regel ufravigelige mindsteregler. Lovenes regler kan ikke fraviges til skade for lønmodtagerne ved hverken individuelle ansættelseskontrakter eller kollektive overenskomster. Dette grundprincip har også fungeret som den altovervejende retningslinje ved implementeringen af arbeudsretlige direktiver. Det er således lovgivningen, der i begge lande fastlægger det mindsteniveau, som skal gælde inden for direktivernes områder.

Arbejdsmarkedets parter supplerer i varierende omfang de lovfastsatte regler i begge lande alt efter, hvor relevant det pågældende direktiv har været i forhold til de bestående overenskomster. Direktiverne om deltidsarbejde og tidsbegrænset arbejde har f.eks. givet anledning til at justere flere overenskomster i lyset af det ligestillingsprincip, som direktiverne baserer sig på.

b) Danmark, Island og Sverige

I Danmark, Island og Sverige har implementeringen af arbeudsretlige direktiver været en større udfordring end i Finland og Norge. Det har ikke i samme omfang været muligt at implementere direktiverne i eksisterende ansættelseslove. Som altovervejende regel har direktiverne givet anledning til nye, selvstændige love.

I både Danmark og Sverige har den løbende implementering af direktiver ført til en markant vækst i antallet af nye ansættelseslove. Det er til gengæld iøjnefaldende, at nye ansættelseslove stort set begrænser sig til love med baggrund i EU-direktiver i begge lande. Det er ydermere et karakteristisk træk ved implementeringslovene, at de i hovedsagen gennemfører direktivernes minimumsvilkår, og at de har en semi-dispositiv karakter. Overenskomsten skal ikke iagttage lovens, men direktivets minimumsvilkår. Dermed opnår parterne en (lidt) friere forhandlingsposition, end de har i forhold til den finske og norske implementeringslovgivning. Denne lovgivningsteknik er navnlig almindelig i Danmark.

Arbejdsmarkedets parter har spillet en forskellig rolle i Danmark og Sverige i forbindelse med implementeringen af arbejdsretlige direktiver. I begge lande har lovgivningsmagten løbende inddraget arbejdsmarkedets parter i implementeringsprocessen, men der har været betydelig forskel på karakteren af den indflydelse, som arbejdsmarkedets parter har haft.

I Sverige har der – især fra arbejdsgiverside – ikke været et udtalt ønske om at implementere direktiver via kollektive overenskomster. Implementeringen har derfor overvejende været håndteret i sagkyndige udvalg og i det ministerielle system. Arbejdsmarkedets parter har løbende haft mulighed for at fremkomme med deres synspunkter, men de har ofte set forskelligt på de tiltag, som har været nødvendige. De gennemførte lovregler har derfor i flere tilfælde haft en kontroversiel karakter og der har ofte kun været tale om sporadiske opfølgende kollektive aftaler.

I Danmark har det været et fælles ønske fra arbejdsmarkedets parter at aftaleimplementere direktiver i videst muligt omfang. DA og LO opfordrede i en aftale fra 1996 beskæftigelsesministeren til at videresende direktiver til arbejdsmarkedets hovedorganisationer og frarådede enhver form for konkurrerende lovforslag og politiske tilkendegivelser, mens parterne forhandlede om en overenskomstmæssig implementering. Det var også et vigtigt element i DA's og LO's implementeringsaftale at få etableret et udvalg til løbende at rådgive beskæftigelsesministeren i implementeringsprocessen. Beskæftigelsesministeriet nedsatte i 1999 et implementeringsudvalg som et fælles forum for de løbende drøftelser mellem regeringen og arbejdsmarkedets parter om implementering af direktiver. Udvalget har ikke blot været med til at sikre, at parterne har fået lov til at forhandle en overenskomstmæssig implementering uden

politisk indblanding. Det har også givet parterne en væsentlig indflydelse på det lovforslag, som efterfølgende er blevet udarbejdet med sigte på at dække de ansættelsesforhold, som ikke er omfattet af en implementeringsoverenskomst.

Forskellen mellem den danske og svenske implementeringspraksis skal måske også ses i lyset af, at de danske parter har haft et stærkere incitament til at nå til enighed om en overenskomstmæssig implementering. Ved at aftaleimplementere et direktiv flytter parterne konfliktløsningen fra de almindelige domstole (lovens regler) til det fagretlige system (overenskomstens regler) med de gensidige fordele, som det giver. En overenskomstmæssig implementering er ikke på samme måde nødvendig i Sverige, da Arbetsdomstolen – som den eneste i Norden – har en generel kompetence til at behandle arbeudsretlige tvister, hvad enten tvisten udspringer af en overenskomst eller lovgivning.

I modsætning til Danmark og Sverige har Island en model, som gør det muligt at udbrede de overenskomstfastlagte løn- og arbejdsvilkår til alle arbejdsgivere og lønmodtagere inden for branchen. Den model har imidlertid – på linje med den finske – ikke spillet en fremtrædende rolle i forbindelse med implementering af arbeudsretlige direktiver. Det er kun deltidsdirektivet, som er blevet gennemført efter modellen med almengyldige overenskomster. Arbejdsmarkedets parter har til gengæld spillet en fremtrædende rolle i implementeringsprocessen og haft afgørende indflydelse på indholdet af implementeringslovene. Det generelle mønster minder dermed, om det der har præget implementeringen i Danmark og Sverige. De islandske parter har – på linje med de danske parter – haft et fælles ønske om at håndtere direktiver i deres egne kollektive aftaler og der er derfor indgået mange supplerende kollektive implementeringsaftaler.

1.5.4 *Fortolkning og anvendelse af EU-regler*

EU-Domstolens retsskabende fortolkningsstil

Det er et særligt træk ved de regler, som hviler på direktiver, at fortolkningen løbende skal tage højde for EU-Domstolens (og EFTA-Domstolens) fortolkning af direktiverne. EU-Domstolen er den autoritative fortolker af EU-etten, og de nationale domstole kan forelægge præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af direktiver for Domstolen (TEUF artikel 267). Det

er et iøjnefaldende træk ved Domstolens praksis, at den i vidt omfang har fremmet en mere ensartet forståelse og anvendelse af direktiverne, end der umiddelbart følger af ordlyden af direktiverne.

Domstolen betoner i stigende grad, at direktiverne har det generelle formål at forbedre leve- og arbejdsvilkårene på et stadig stigende niveau, og at direktiverne udmønter grundlæggende rettigheder i fællesskabspagten og chartret. Domstolen har i forlængelse heraf klassificeret flere direktivregler som "særligt vigtige principper i EU's sociale lovgivning". Det skete første gang ved dom af 26.6.2001 i C-173/99 (BECTU) om retten til 4 ugers betalt ferie i medfør af artikel 7 i arbejdstidsdirektivet. Denne tilgang til bestemmelsen førte til, at Domstolen lagde særlig vægt på retten til 4 ugers betalt ferie og nedtonede henvisningen til, at den skulle gennemføres i overensstemmelse med national lovgivning og praksis. Med udgangspunkt heri har Domstolen bl.a. fastslået, at et medlemsland er afskåret fra at lade lønmodtageren bære risikoen for sygdom opstået under ferie. Også i dette tilfælde har lønmodtageren krav på at få erstatningsferie, jf. f.eks. dom af 21.6.2012 i C-78/2011 (ANGED).

Denne praksis kunne umiddelbart se ud til at gå i modsat retning af EU-Domstolens dom af 12.2.2015 i C-396/13 (Elektrobudowa), der betonede, at konkretiseringen af mindstelønsbegrebet i artikel 3, stk. 1, i udstationeringsdirektivet var overladt til værtslandet i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd. I modsætning til de arbejdsretlige direktiver tilsigter udstationeringsdirektivet imidlertid ikke at harmonisere, men udelukkende at koordinere de nationale ordninger.

EU-Domstolen har også anlagt en formåls- og rettighedsorienteret fortolkningsstil i forhold til de arbejdsretlige direktiver, som iværksætter rammeaftaler mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan. Ved at lade en aftale iværksætte via et direktiv accepterer parterne – herunder arbejdsgiverparten – således Domstolens generelle fortolkningsparadigme med vægt på at fortolke hovedprincipper udvidende og undtagelser og henvisninger til national praksis indskrænkende. Det spiller ikke nogen rolle ved fortolkningen af de forhandlede direktiver, at parternes autonomi er fastslået i TEUF artikel 152 og retten til at forhandle overenskomst i chartrets artikel 28. I dom af 16.9.2010 i C-149/10 (Chatzi) afviste Domstolen en indgående argumentation fra den tyske regering om at fortolke aftalebaserede direktiver med respekt af aftaleparternes autonomi.

Domstolen har anset § 4 om ligebehandling af deltidsansatte og tidsbegrenset ansatte i aftalerne om henholdsvis deltidsarbejde og tidsbegrænset arbejde for at være udtryk for "et socialretligt princip på fællesskabsplan, der ikke kan fortolkes indskrænkende", jf. dom af 15.4.2008 i C-268/06 (Impact) og i dom af 10.6.2010 i C-395/08 (Bruno og Pettini). Tilsvarende har den anset § 2, stk. 6, om lønmodtageres velerhvervede rettigheder under forældreorlov for at være et udtryk for "et særligt vigtigt princip i Fællesskabets sociallovgivning, der følgelig ikke kan fortolkes indskrænkende", jf. dom af 22.10.2009 i C-116/08 (Meerts). Det er iøjnefaldende, at Domstolen ikke finder støtte for reglernes karakter af "vigtige socialretlige principper" i partsaftalerne selv, men udelukkende eller overvejende i direktivernes indledende betragtninger og i traktatgrundlaget, som parterne ikke har haft indflydelse på.

Arbejdsdelingen mellem de europæiske og nationale domstole

Både de europæiske og de nationale domstole indtager en vigtig rolle i kontrollen med, at medlemsstaterne overholder de EU-retlige regler.

Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden kan indbringe en medlemsstat for EU- og EFTA-Domstolene, hvis den ikke efterlever sine forpligtelser (TEUF artikel 258). Forinden skal der være gennemført en administrativ klageprocedure i forhold til medlemsstaten med sigte på at give denne mulighed for at forklare og forsvare sin retstilstand. Den administrative procedure er "en med traktaten tilsigtet væsentlig garanti, med henblik på at beskytte den pågældende medlemsstats rettigheder", jf. dom af 5.6.2003 i C-145/01 (Kommissionen mod Italien).

Som led i behandlingen af en retssag kan enhver national domstol forelägge præjudicielle spørgsmål om fortolkning af traktaterne og gyldigheden og fortolkningen af retsakter udstedt af unionens institutioner. EU- og EFTA-domstolenes opgave under en præjudiciel sag er at fortolke EU- og EØS-reglerne, mens den nationale domstol skal afgøre den konkrete sag på baggrund af de fortolkede regler. I praksis flyder arbejdsdelingen imidlertid, da de nationale domstole f.eks. ofte anmoder om at få vurderet, om en specifik national retstilstand er forenelig med EU- eller EØS-retten. EU-Domstolen har været meget imødekommande over for at besvare foreläggelser af denne karakter og har tillige fastslået, at en medlemsstat har samme pligt til straks at indrette sin nationale retstilstand i overens-

stemmelse med en præjudiciel dom, som den har i forhold til en traktatbrudsdom, jf. f.eks. dom af 21.6.2007 i C-231/06 (Jonckman).

Udviklingen påvirker ikke kun arbejdsdelingen mellem domstolene, men gør det også vanskeligere for medlemsstaten at forsvere sin nationale retstilstand, fordi den præjudicielle forelæggelsesprocedure foregår uden de retssikkerhedsgarantier, der er knyttet til den formelle traktatbrudsprocedure. En præjudiciel sag er en dialog mellem nationale og europæiske domstole, og det er den forelæggende domstol, der udformer forelæggelseskendelsen og spørgsmålene til Domstolen. Medlemsstaten må nøjes med at varetage sine interesser via indlæg i sagen på linje med andre medlemsstater.

I Danmark var domstolene tilbageholdende med forelæggelser af denne type i de første mange år, men de er blevet mere almindelige gennem de senere år. Højesteret har imidlertid i en række nyere afgørelser afvist at imødekomme en begæring fra en part om at forelægge spørgsmål med det sigte at få EU-Domstolen til at efterprøve, om en dansk retstilstand er forenlig med EU-retten.

I en kendelse af 16.3.2012 (U2012.2033H) afviste Højesteret således at spørge EU-Domstolen, om artikel 6, stk. 1, i beskæftigelsesdirektivet var til hinder for en regel i forskelsbehandlingsloven, som gør det muligt for overenskomstpartner at tillade en lavere aflønning af unge under 18 år. Afvisningen skete med den principielle begrundelse, at det "tilkommer" Højesteret at bedømme, om den omtvistede nationale retstilstand var forenlig med beskæftigelsesdirektivet, og at den "vil inddrage de retningslinjer, der kan udledes af EU-Domstolens praksis". Højesteret frifandt i en efterfølgende dom af 14.11.2013 (U2014.470H) den private virksomhed og Beskæftigelsesministeriet for HK's påstand om, at 18-års-reglen var uforenlig med beskæftigelsesdirektivet. Det skete efter en grundig gennemgang af de relevante kriterier for en legitim forskelsbehandling på grund af alder i beskæftigelsesdirektivets artikel 6, stk. 1.

Højesteret har også i efterfølgende sager afvist at spørge EU-Domstolen, om specifikke danske regler har været uforenlige med EU-retten med henvisning til, at vurderingen tilkommer danske domstole, og at de vil inddrage de generelle retningslinjer, som kan udledes af EU-Domstolens praksis. Højesteret har f.eks. afvist at imødekomme en begæring fra LO om at spørge EU-Domstolen, om arbejdstagernes frie bevægelighed var til hinder for en regel i lov om Dansk Internationalt Skibsregi-

ster, som giver DIS-registrerede skibe adgang til at sejle med udenlandske besætninger på hjemlandets løn- og arbejdsvilkår (kendelse af 20.3.2012, U2012.2052H). Østre Landsret havde frifundet Beskæftigelsesministeriet for LO's påstand, og LO valgte at hæve anken efter at Højesteret havde afvist at forelægge præjudicielle spørgsmål for EU-Domstolen.

Højesterets klare udmelding om arbejdsdelingen er iøjnefaldende – også i nordisk sammenhæng – men harmonerer med den arbejdsdeling, der er fastlagt i TEUF artikel 267, der kun giver EU-Domstolen kompetence til at "fortolke" EU-retsakter. Den nye linje bringer til gengæld Højesteret på kollisionskurs med EU-Domstolen. I dom af 12.10.2010 i C-45/09 (Rosenbladt) afviste Domstolen således en indvending fra den irske regering om, at den savnede kompetence til at bedømme, om beskæftigelsesdirektivet var til hinder for en tysk regel om automatisk fratræden ved det fylde 65. år. Ifølge den irske regering var der tale om anvendelse – ikke fortolkning – af EU-retten i dette tilfælde, men det afviste Domstolen.

De nationale domstoles pligt til EU-konform fortolkning

Ifølge EU- og EFTA-domstolenes praksis har nationale domstole pligt til at fortolke nationale regler i overensstemmelse med underliggende direktiver (og anden EU- og EØS-ret). EU-Domstolen beskriver pligten således, at de nationale domstole "i videst muligt omfang" skal fortolke nationale regler EU-konformt i medfør af "fortolkningsmetoder, der er anerkendt" i den nationale ret. Den EU-konforme fortolkning er ydermere begrænset "af generelle retsprincipper" og "kan ikke tjene som grundlag for en fortolkning contra legem af national ret", jf. f.eks. præmis 25 og 27 i dom af 24.1.2012 i C-282/10 (Dominguez). De generelle EU-retlige principper omfatter bl.a. retssikkerhedsprincippet og hensynet til rettens forudsigelighed.

Plogten til EU- og EØS-konform fortolkning er en udfordring for nordiske domstole, der har langvarig tradition for at lægge vægt på den konkrete bestemmelses ordlyd og forarbejder. Domstolene anser forarbejderne til en lov for at være en bindende retskilde og ikke blot for at være et muligt støtteargument for et resultat, som de i øvrigt anser for det rigtige. Et politisk flertal kan således indrette sig i tillid til, at domstolene vil respektere de tilkendegivelser om reglernes forståelse, som kommer til udtryk under den politiske proces. Tilsvarende kan arbejdsmarkedets parter regne med, at de politiske kompromisser som de eventuelt har været med

til at indgå i forbindelse med lovforberedende arbejde bliver respekteret af domstolene.

Den store vægt på forarbejderne har ikke kun betydning for den politiske beslutningsproces. Den er også med til at gøre det nemmere for både lønmodtagere og arbejdsgivere at forudberegne deres retsstilling. Mens lovreglerne ofte vil være beskrevet i generelle – og måske vague – vandringer, vil forarbejderne som regel give en mere detaljeret og sikker vejledning. Muligheden for at skaffe sig en mere sikker vejledning om lovens indhold og rækkevidde via undersøgelse af forarbejderne spiller også en vigtig rolle for lønmodtager- og arbejdsgiverforeninger i deres rådgivning af medlemmer.

De nordiske domstole har generelt anvendt EU- og EØS-retten på en loyal måde og tilstræbt at fortolke nationale regler på en EU- og EØS-konform måde. Der er få eksempler på, at en nordisk domstol har afvist at foretage en EU- eller EØS-konform fortolkning af en national regel, fordi det ikke har været muligt inden for rammerne af de anerkendte fortolkningsprincipper i national ret. Der er flere markante eksempler fra f.eks. dansk retspraksis på, at domstolene har set bort fra forarbejderne som led i en EU-konform fortolkning, jf. f.eks. Arbeudsrettens dom af 26.1.2011 (sag 2009.469), der anså kommunale tjenestemænd for at være omfattet af virksomhedsoverdragelsesloven, selv om de ifølge både forarbejderne og en fast praksis faldt uden for lovens område.

Den danske Højesteret har for første gang afvist at foretage en EU-konform fortolkning ved en dom af 18.12.2013 (U2014.914H) om ferielovens § 13 om erstatningsferie ved sygdom, som viste sig at være i strid med EU-Domstolens fortolkning af arbejdstidsdirektivets artikel 7. Bestemmelsen blev ændret af Folketinget med virkning for fremtiden, men CO-industri krævede på vegne af et medlem også erstatningsferie for sygdom opstået under en ferie før lovens ikraftræden. Østre Landsret gav foreningen medhold i, at ordlyden af § 13 ikke udelukkede en EU-konform fortolkning, men Højesteret frifandt virksomheden. Højesteret lagde vægt på, at retstilstanden var klar (navnlig klare forarbejder og langvarig administrativ praksis), at det ikke ville være muligt i medfør af anerkendte fortolkningsprincipper i dansk ret at fortolke EU-konformt, og at det ville krænke retssikkerheden og hensynet til rettens forudsigelighed at lægge risikoen for sygdom opstået under ferie på den private arbejdsgiver.

Højesteret har i en efterfølgende forelæggelseskendelse af 22.9.2014 (C-114/14 – Ajos) fastslået, at det heller ikke er muligt at foretage en EU-konform fortolkning af funktionærlovens § 2 a, stk. 3, som afskærer en funktionær fra fratrædelsesgodtgørelse i de tilfælde, hvor vedkommende ”vil oppebære” en alderspension fra arbejdsgiveren. EU-Domstolen fandt i en dom af 12.10.2010 i C-499/08 (Ole Andersen), at bestemmelsen var uforenlig med beskæftigelsesdirektivets forbud mod aldersdiskrimination, i det omfang en funktionær midlertidigt giver afkald på sin ret til alderspension for at forfølge sin erhvervsmæssige karriere. Generaladvokaten havde fremhævet, at det var muligt at fortolke bestemmelsen EU-konformt, da der var tale om en restriktiv fortolkning i retspraksis. Højesteret fastslog imidlertid i sin forelæggelseskendelse, at det ikke er muligt at fortolke bestemmelsen EU-konformt på grund af en fast forståelse i retspraksis.

Med avisningen af at foretage en EU-konform fortolkning stod Højesteret over for det principielle problem, om retten skulle anvende det EU-retlige forbud mod aldersdiskrimination med direkte virkning over for en privat arbejdsgiver i overensstemmelse med EU-Domstolens kontroversielle domme af 21.11.2005 i C-144/04 (Mangold) og 19.1.2010 i C-555/07 (Küçükdeveci). Ifølge EU-dommene har det generelle EU-princip, som forbyder forskelsbehandling på grund af alder, og som er konkretiseret ved beskæftigelsesdirektivet, direkte virkning i tvister med private arbejdsgivere med forrang frem for eventuel modstridende national lovgivning. Landsretterne og Sø- og Handelsretten havde i en række domme anvendt principippet med direkte virkning, men Højesteret valgte i første omgang at forelægge EU-Domstolen to spørgsmål.

Højesteret vil for det første være sikker på, at funktionærlovens § 2 a, stk. 3, ikke kun er uforenlig med beskæftigelsesdirektivet – som fastslået i Ole Andersen-dommen – men også med det generelle EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination. For det andet vil Højesteret have EU-Domstolen til eksplicit at forholde sig til afvejningen af ligebehandlings- og retssikkerhedsprincippet og især til, om danske domstole må tillægge retssikkerhedsprincippet større vægt end ligebehandlingsprincippet med den følge, at en privat arbejdsgiver må frifindes. Det fremgår indirekte af forelæggelseskendelsen, at forelæggelsen skal ses i lyset af den omfattende kritik, som EU-Domstolens domme har været udsat for af bl.a. dens egne generaladvokater.

1.6 Flexicurity som beskæftigelsespolitiske retningslinje

1.6.1 Reformer af det europæiske arbejdsmarked

Sideløbende med harmoniseringen af arbejdsvilkårene har EU i stigende grad fået den opgave at koordinere medlemslandenes beskæftigelsesmæssige politikker. I modsætning til social- og arbejdsmarkedspolitikken har beskæftigelsespolitikken ikke sigte på at fastlægge fælles mindsteregler, men på at tilskynde medlemslandene til at gennemføre reformer af deres arbejdsmarkeder.

Medlemsstaterne er forpligtede til at arbejde for en samordnet strategi for beskæftigelse for bl.a. at fremme "en veluddannet, velkvalificeret og smidig arbejdsstyrke og arbejdsmarkeder, som reagerer på økonomiske forandringer" (TEUF artikel 145). Det Europæiske Råd fastlægger de overordnede retningslinjer for beskæftigelsen, som medlemsstaterne derefter skal lade indgå i deres egne beskæftigelsespolitikker. Rådet gen nemgår årligt en rapport fra hvert enkelt medlemsland om de vigtigste beskæftigelsespolitiske foranstaltninger og kan med kvalificeret flertal rette henstillinger til det enkelte land (TEUF artikel 148).

De retningslinjer, som Rådet vedtager, skal være i overensstemmelse med de overordnede økonomisk-politiske retningslinjer (TEUF artikel 121, stk. 2, artikel 146, stk. 1, og 148, stk. 3). Unionens økonomiske politik hviler på en "snæver samordning af medlemsstaternes økonomiske politikker" (TEUF artikel 119). Unionen fremmer samordningen ved, at Rådet – efter forudgående drøftelse i Det Europæiske Råd – vedtager en henstilling om de overordnede retningslinjer for Unionens og medlemsstaternes økonomiske politik. Rådet skal ydermere overvåge, om den økonomiske udvikling i hver medlemsstat forløber i overensstemmelse med de overordnede retningslinjer. Rådet kan efter forslag fra Kommissionen give det enkelte medlemsland henstillinger (TEUF artikel 121).

Siden 2005 har der været en tæt koordinering mellem de økonomiske og de beskæftigelsesmæssige retningslinjer som led i en forstærket indsats for vækst og beskæftigelse. Siden 2011 er rapporteringen foregået inden for rammerne af Det Europæiske Semester med sigte på en strammere europæisk styring af overvågningen.

Det Europæiske Semester afvikles med udgangspunkt i bl.a. Rådets henstilling af 13.7.2010 om overordnede retningslinjer for medlemsstaterne og Unionens økonomiske politikker og Rådets afgørelse af 21.10.2010 om retningslinjer for medlemsstaternes beskæftigelsespolitikker. Flere af retningslinjerne retter sig mod forhold af interesse for de arbejdsretlige systemer i medlemslandene.

Det fremgår således af den beskæftigelsesmæssige retningslinje nr. 7, at medlemsstaterne skal arbejde for en øget arbejdsmarkedsdeltagelse, reduceret arbejdsløshed og bedre jobkvalitet. I de uddybende bemærkninger til retningslinjen er det bl.a. anført, at medlemsstaterne bør "indføre en kombination af fleksible og troværdige aftalesystemer, aktive arbejdsmarkedspolitikker, effektiv livslang læring, politikker til fremme af arbejdstagernes mobilitet og hensigtsmæssige sociale sikringssystemer i forbindelse med arbejdsmarkedsskift ledsaget af klare rettigheder og forpligtelser for arbejdsløse til aktivt at søge arbejde". Medlemsstaterne bør også "sammen med arbejdsmarkedets parter sikre, at flexicurity på arbejdsplassen får særlig bevågenhed".

En række regelsæt retter sig specielt mod euro-landene og de EU-lande, som frivilligt tilslutter sig retningslinjerne. Det gælder f.eks. for Europluspagten – stærkere koordinering af den økonomiske politik med henblik på konkurrenceevne og konvergens (konkurrenceevnepagten). De deltagende medlemsstater forpligter sig til at træffe alle nødvendige foranstaltninger for at fremme konkurrenceevnen og beskæftigelsen, bidrage yderligere til holdbare finanser og styrke den finanzielle stabilitet. Det enkelte land beslutter selv, hvilke politiske tiltag, det vil iværksætte, men pagten peger på en række særligt relevante områder. Med hensyn til punktet om "fremme af konkurrenceevnen" vil der være særlig opmærksomhed på "foranstaltninger til at sikre en omkostningsudvikling, der er i overensstemmelse med produktiviteten, med respekt for de nationale traditioner for arbejdsmarkedsdialog og -relationer". For så vidt angår punktet om "fremme af beskæftigelsen" vil der være fokus på "arbejdsmarksreformer for at fremme flexicurity".

1.6.2 Reformhenstillinger til nordiske lande

De beskæftigelsesmæssige retningslinjer og den hermed forbundne overvågningsprocedure inden for rammerne af Det Europæiske Semester forpligter kun Danmark, Finland og Sverige. Beskæftigelsespolitikken kom først med i EU-samarbejdet med Amsterdam-traktaten og er derfor ikke omfattet af EØS-aftalen. Det er kun Finland, der som euro-land, er direkte forpligtet af det forstærkede samarbejde inden for rammerne af bl.a. Europluspagten. Danmark har dog selv valgt at tilslutte sig det forstærkede samarbejde.

Som led i Det Europæiske Semester udsteder Rådet som hovedregel – og efter forslag fra Kommissionen – henstillinger til medlemsstaterne i overensstemmelse med TEUF artikel 121 og 148. Udgangspunktet er, at Rådet følger Kommissionens forslag, men det kan vælge at se bort fra forslaget eller udforme det på en anden måde. Hvis Kommissionen er uenig i de foreslædte ændringer, skal Rådet forklare sin holdning i en officiel note.

De henstillinger, som medlemsstaterne modtager fra Rådet, er ikke retligt bindende (TEUF artikel 288). Det enkelte medlemsland nyder således en betydelig grad af frihed til at vælge, hvorledes det mest hensigtsmæssig forholder sig til en henstilling.

En række lande har fået henstillinger om at gøre deres lønsystemer mere fleksible med sigte på at skabe større sammenhæng mellem løn- og produktivitetsudvikling. På tilsvarende måde har Rådet afgivet henstillinger til en række lande om at gøre deres opsigelsesbeskyttelse mere fleksibel. Henstillerne kan rette sig mod både at lempe opsigelsesbeskyttelsen for fastansatte og forbedre mulighederne for at benytte fleksible ansættelsesformer. De ændringer af national ret, som henstillerne måtte give anledning til, har formentlig ikke karakter af en "gennemførelse af EU-ret" med den virkning, at EU-Domstolen kan efterprøve, om de overholder chartret om borgernes grundlæggende rettigheder, jf. dom af 21.10.2014 i C-665/13 (Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins) om suspendering af ferie- og juletillæg for offentligt ansatte i Portugal og dom af 5.2.2015 i C-117/14 (Poclava) om lempelse af opsigelsesregler i Spanien.

Danmark, Finland og Sverige har også modtaget henstillinger med sigte på deres beskæftigelsespolitikker, men de har haft en mere afdæmpet form, end de henstillerne som mange af de andre europæiske lande har

modtaget. Der var dog i foråret 2012 optræk til en mere alvorlig henstilling til den svenske regering, men den resulterede efter svenske protester i en mere moderat henstilling.

Kommissionen foreslog den 30.5.2012, at Sverige skulle gøre sit lønsystem mere fleksibel og lempe sin opsigelsesbeskyttelse i form af en mere lempelig adgang til at ansætte på prøve (KOM (2012) 328). Forslaget havde følgende ordlyd:

"Forbedre unges og sårbarer gruppers erhvervsfrekvens ved at fokusere på effektive aktive arbejdsmarkedspolitiske foranstaltninger, tilskynde til øget lønfleksibilitet, især i den lavere ende af lønskalaen, og revidere bestemte dele af lovgivningen om beskæftigelsessikkerhed som f.eks. prøveperioder for at lette overgangen til fastansættelse. Der bør ses nærmere på effektiviteten af den reducerede momssats for restauranter og cateringvirksomheder, hvis formål det er at bidrage til jobskabelsen."

Den svenske regering vendte sig i markante vendinger mod forslaget, bl.a. fordi lønforhandlinger udelukkende er et anliggende for arbejdsmarkedets parter på det svenske arbejdsmarked. Rådet imødekom langt hen ad vejen de svenske indvendinger i sin mere afdæmpede henstilling af 10.7.2012 (EUT C 219/2012, s. 85):

"Øge unges og sårbarer gruppers erhvervsfrekvens, f.eks. ved at forbedre effektiviteten af aktive arbejdsmarkedsföranstaltningar, lette övergången från skola till arbete, fremme politikken för att öga efterfrågan efter sårbara grupper och förbedra arbejdsmarkedets funktion. Undersöka effektiviteten av den nuvarande reducerade momssatsen för restauranger och cateringfirmsområden, hvis formål är att bidrage till jobskabelsen."

Rådet fjernede således anbefalingerne om både større lønfleksibilitet og mindre restriktiv opsigelsesbeskyttelse. Den ændring var Kommissionen imidlertid ikke enig i, og Rådet måtte derfor afgive følgende offentlige begrundelse for ændringen (EUT C 219/2012, s.101):

"Rådet var enigt om at tilpasse teksten, så den bedre afspejler de konkrete udfordringer på det svenske arbejdsmarked, dvs. en mere effektiv aktiv arbejdsmarkedspolitik, bedre overgang fra skole til arbeje samtid en regeringspolitik, der øger efterfrågten efter sårbarer grupper på arbejdsmarkedet.

Desuden anerkendte Rådet, at Sverige har en decentral lønforhandlingsramme, og var enigt om, at arbejdsmarkedets parter er ansvarlige for lønforhandlingerne, og at regeringens indblanding i processen ikke ville være i overensstemmelse med det nationale lønforhandlingssystem. Henvisningen til at ”tilskynde til øget lønfleksibilitet” blev derfor anset for uhensigtsmæssig.”

Kommissionen fremsatte ligeledes den 29.5.2013 et forslag til anbefaling til Finland om at tilpasse reallønsudviklingen til produktivitetsudviklingen i dialog med arbejdsmarkedets parter (KOM (2013) 376). På trods af protester fra den finske regering blev henstillingen medtaget i samme ordlyd i Rådets henstilling af 9.7.2013 (EUT C 217/2013, s. 24). Kommissionen har ikke foreslået en tilsvarende henstilling i 2014.

Selv om der kun er tale om en henstilling – og rammen er mere fleksibel end ved et direktiv – er det politisk følsomt for de nordiske regeringer at modtage henstillinger om at gøre lønsystemerne mere produktivitetsorienterede. I de nordiske systemer er det ikke en opgave for staten at pålægge parterne på især det private arbejdsmarked at gennemføre mere produktivitetsorienterede lønsystemer. I forhold til de nordiske lande spiller det derfor også en vigtig rolle, at Rådet udformer de landespecifikke henstillinger med respekt for overenskomstparternes autonomi i henhold til TEUF, artikel 152 og retten til at forhandle overenskomst i chartrets artikel 28.

Det vil også være et politisk følsomt spørgsmål for de nordiske lande, hvis beskæftigelsespolitikken skal benyttes til at fremme de tanker om en europæisk minimumsløn, som Kommissionens formand Jean-Claude Juncker, har været inde på i forbindelse med sin tiltræden. En koordineret indsats for indførelse af generelle minimumslønninger i alle EU-lande kan måske forenes med de generelle beskæftigelsesmæssige målsætninger i TEUF artikel 145, men vil være en udfordring for de nordiske lande med vægt på frie lønforhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter.

1.7 Generelle udviklingstendenser i de europæiske påvirkninger

1.7.1 Det stadig mere komplekse europæiske retssystem

Som det fremgår af de foregående analyser, har det europæiske retssystem, som det især tegnes af EU og EØS, en kompleks karakter. Unionen har en bred kompetence til at vedtage regler, den har vedtaget mange regler med sigte på arbejdsmarkedsforhold, og der kommer en lind strøm af retsafgørelser fra EU- og EØS-domstolene. Samtidig indgår EU- og EØS-retten i et stadig tættere samspil med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som ydermere har sin egen domstolskontrol i form af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Medlemslandene overlod Unionen kompetence til at vedtage regler om arbejdsvilkår og andre arbejdsforhold i forbindelse med Maastrichttraktaten, men det var et vigtigt element i det politiske kompromis at holde lønforhold og konfliktret uden for Unionens kompetence. Unionen kan således ikke vedtage arbejdsretlige direktiver om minimumsløn eller udøvelse af konfliktretten. Det har imidlertid efterfølgende vist sig, at faglige konflikter kan udgøre en uberegtiget restriktion i retten til frit at etablere sig og udveksle serviceydelser. Det har også vist sig, at Unionen kan henstille til medlemslandene at gennemføre reformer af deres lønsystemer inden for rammerne af den koordinerede økonomiske og beskæftigelsesmæssige politik. At Unionens institutioner er inkompentence efter ét retsgrundlag, udelukker dem således ikke fra at agere efter et andet retsgrundlag.

De forskellige kompetencegrundlag varetager ikke de samme hensyn. Mens social- og arbejdsmarkedspolitikken overvejende har sigte på at forbedre leve- og arbejdsvilkårene ved at udforme fælles minimumsvilkår, har beskæftigelsespolitikken overvejende sigte på at forbedre beskæftigelsen ved at gennemføre nationale arbejdsmarkedsreformer. De to forskellige målsætninger kan give det indtryk, at EU med den ene hånd pålægger medlemslandene at indføre et stadig højere (fælles) minimumsniveau for arbejdsvilkårene på tværs af medlemslandene, mens EU med den anden hånd tilstræber at få medlemslandene til at lempe en eksisterende beskyttelse i de nationale arbejdsretlige systemer.

Unionen vedtager ikke blot regler efter forskellige kompetencegrundlag, men reglerne på de enkelte områder indgår tillige i et kompliceret retligt hierarki. Retten til fri serviceudveksling er fastslået i både EU's traktatgrundlag og EØS-aftalen, men er også nærmere udmøntet i en række direktiver, herunder udstationeringsdirektivet, som også gælder for Island og Norge. Direktivet var igennem en kompliceret politisk proces og fremtræder som et kompromis mellem modstridende interesser i at fremme den frie serviceudveksling, beskytte udstationerede lønmodtagere og forebygge social dumping i værtslandene. Ifølge direktivets artikel 3 er fastsættelsen af en mindsteløn overladt til værtslands lovgivning og praksis. Det dobbelte retsgrundlag – traktatregler og direktiv – har imidlertid givet anledning til usikkerhed om, hvem der reelt fastlægger mindstelønsniveauet. Er det som fastsat i direktivet overladt til medlemsstaterne eller kan EU- og EFTA-Domstolene censurere de nationale mindstelønsordninger i medfør af de generelle principper om fri serviceudveksling i EU-traktaten og EØS-aftalen.

Spørgsmålet er ikke blevet mindre kompliceret af, at der er to – principielt uafhængige – europæiske domstole, der har anlagt en forskellig tilgang til spørgsmålet. EFTA-Domstolen fastslog således i sin dom af 23.1.2012 i E-2/11 (STX), at mindstelønnen både skal være forenelig med direktivets artikel 3 og EØS-aftalens artikel 36. En national mindsteløn, der er forenelig med direktivets artikel 3, kan ifølge dommen godt udgøre en uberettiget restriktion i den traktatfæstede ret til fri serviceudveksling. EU-Domstolen bedømte imidlertid i sin dom af 12.2.2015 (Elektrobudowawa) udelukkende en række lønelementer efter direktivets artikel 3 og ikke tillige TEUF artikel 56 og 57, selv om generaladvokaten havde anlagt et kritisk syn på nogle af lønelementerne ud fra de traktatretlige principper. Med dommen sendte EU-Domstolen et tydeligt signal om, at fastlæggelsen af mindstelønnen er et anliggende for værtslandet, men den udelukkede på den anden side ikke eksplisit, at elementer i en national fastsat mindsteløn kan udgøre en uberettiget restriktion i den frie serviceudveksling.

Endnu mere kompliceret er spørgsmålet om faglige organisationers adgang til at konflikte for (bedre) løn- og arbejdsvilkår for udstationerede lønmodtagere. EU-Domstolen anså i dom af 18.12.2007 i C-341/05 (Laval) en faglig konflikt for at være en uberettiget restriktion i den frie serviceudveksling. Den efterfølgende svenske lovgivning er imidlertid blevet kritise-

ret af klageorganer under ILO og Europarådet for at krænke konfliktretten. Det er usikkert, hvordan Menneskerettighedsdomstolen vil se på spørgsmålet, men med sin dom af 12.11.2008 (Demir og Baykara) har den opstillet en ny menneskeretlig ramme for retten til at forhandle kollektivt og konflikte. Selv om EU-traktaterne, Menneskerettighedskonventionen og Socialpagten er forskellige retsgrundlag med hver sine overvågningsorganer, indgår de i et stadig tættere samspil med hinanden. Unionen respekterer ifølge EU-traktaterne både Menneskerettighedskonventionen og Socialpagten (se f.eks. præamblen til og artikel 6 i TEU).

De arbejdsretlige direktiver giver umiddelbart ikke anledning til samme komplicerede samspil med traktatregler, som tilfældet er for udstateringsdirektivet. EU-traktaterne forpligter kun medlemslandene til at indføre princippet om lige løn for mænd og kvinder, men stats- og regeringslederne har til gengæld knæsat en række arbejdsvilkår som grundlæggende rettigheder i det charter, som blev proklameret som led i Nice-traktaten og efterfølgende givet samme juridiske værdi som traktaterne i Lissabon-traktaten. Flere af de arbejdsretlige direktiver reflekterer udviklingen i form af udtrykkelige referencer til både fællesskabspagten om lønmodtagernes grundlæggende rettigheder og chartret om borgernes grundlæggende rettigheder.

De arbejdsretlige direktivers samspil med navnlig chartret gør det vanskeligere at forudsige rækkevidden af de pligter, som følger af de enkelte direktiver. Det har været vigtigt for en voksede kreds af medlemslande med stadig mere forskelligartede arbejdsretlige systemer at sikre en vid adgang til at tilpasse direktivernes generelle principper til forholdene i det enkelte medlemsland. Det afspejler sig f.eks. tydeligt i direktiverne om tilrettelæggelse af arbejdstiden, deltidsarbejde, tidsbegrenset arbejde og vikararbejde. EU-Domstolen har imidlertid fortolket en række af direktivernes regler i lyset af, at de udmønter grundlæggende rettigheder i bl.a. chartret.

Arbejdstidsdirektivets artikel 7 om 4 ugers årlig betalt ferie er blevet fortolket i lyset af fællesskabspagtnens artikel 8 og chartrets artikel 31, stk. 2. Bestemmelsen er blevet klassificeret "som et særligt vigtigt princip i EU's sociale lovgivning" med den følge, at Domstolen i store træk har set bort fra, at de 4 ugers ferie skal udmøntes "i overensstemmelse med de kriterier for opnåelse og tildeling heraf, som er fastsat i national lovgiv-

ning og/eller praksis". Den konkrete udmøntning af direktivreglen bliver således i mindre grad et anliggende for den enkelte medlemsstat og i højere grad et anliggende for EU- og EFTA-domstolene. Derved får medlemsstaterne også vanskeligere ved at forudse, hvilke forpligtelser der følger af arbejdstidsdirektivets artikel 7.

EU-Domstolen har anlagt en tilsvarende rettighedsorienteret fortolkningsstil i forhold til de direktiver, som iværksætter rammeaftaler mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan. Ved at lade en aftale iværksætte via et direktiv accepterer parterne således, at aftalernes hovedprincipper får en udvidende fortolkning, og at undtagelser og henvisninger til national praksis får en indskrænkende fortolkning. Den vide nationale fleksibilitet, som især direktiverne om deltidsarbejde og tidsbegrænset arbejde lægger op til, er således ikke slået igennem i EU-Domstolens fortolkning af direktiverne. Det er nærliggende, at denne tilgang til fortolkningen af partsaftaler ikke vil styrke parternes (og især arbejdsgivernes) incitament til at indgå rammeaftaler med sigte på efterfølgende iværksættelse via direktiver.

1.7.2 *Den ændrede balance mellem lovgivning og overenskomster*

Det er et iøjnefaldende træk ved påvirkningerne fra de europæiske regler, at lovgivningsmagten har fået en mere fremtrædende rolle i forhold til overenskomstparterne. Medlemsstaterne har det primære ansvar for at efterleve EU-traktaterne, EØS-aftalen og den europæiske menneskerettighedskonvention. Det kræver en lovgivningsmæssig ramme – i den ene eller anden form – at gennemføre direktiver. Der er derfor ingen tvivl om, at den løbende implementering af EU- og EØS-ret rykker balancen mellem lovgivning og overenskomster i favør af lovgivning.

Påvirkningerne fra EU- og EØS-retten har ikke ført til mere grundlæggende forandringer i arbejdsdelingen mellem arbejdsmarkedets parter og lovgivningsmagten i de nordiske lande. Når forandringerne ikke har været mere dybtgående hænger det formentlig især sammen med to forhold:

For det første har medlemsstaterne overladt begrænsede reguleringsbeføjelser til EU inden for det arbejdsretlige område. Det er reelt ikke muligt for EU at vedtage direktiver om en række fagligt og politiske sensi-

tive arbejdsforhold, herunder organisations- og konfliktret, lønforhold, opsigelsesbeskyttelse og socialt prægede ordninger, som f.eks. arbejdsmarkedspension.

For det andet har arbejdsmarkedets parter og lovgivningsmagten i alle de nordiske lande tilsyneladende været enige om at gennemføre EU- og EØS-retlige forpligtelser på en måde, så de i mindst mulig grad har kolideret med den eksisterende nationale arbejdsdeling. Det forekommer at være et fælles træk, at de EU- og EØS-retlige forpligtelser er gennemført i en neutral form, således at direktiver ikke har fungeret som afsæt for yderligere lovgivning om det pågældende arbejdsvilkår.

De arbejdsretlige direktiver har ført til mere ansættelsesretlig lovgivning i alle de nordiske lande, men ikke til en systematisk lovgivning om løn- og arbejdsvilkårene. Lovgivning har især fået en mere synlig rolle i Danmark, Island og Sverige, mens direktiverne i Finland og Norge i vidt omfang er blevet indarbejdet i henholdsvis arbejdsaftaleloven og arbejdsmiljøloven, som i forvejen har reguleret en bred vifte af arbejdsvilkår.

Flere af direktiverne har været vanskelige at håndtere i den nationale implementeringsproces. Det gælder f.eks. for vikardirektivet fra 2008, som har givet anledning til væsentlige problemer i de fleste af landene. I Danmark måtte arbejdsmarkedets parter opgive at implementere direktivet, og det var først muligt at få gennemført en implementeringslov, efter at Kommissionen havde taget skridt til at indbringe den danske stat for EU-Domstolen. I Sverige har det også knebet med at få implementeret direktivet, bl.a. fordi direktivet fokuserer på at ligestille vikarer med skiftende brugervirksomheders egne ansatte, mens den svenske model i højere grad fokuserer på at etablere en fast tilknytning mellem vikarbureauet og vikaren. I Finland og Norge har der været faglig og politisk debat, om vikardirektivet hindrer eksisterende restriktioner i brugen af vikararbejde. Den finske implementering er blevet anfægtet af en arbejdsgiver for ikke at bringe ubegrundede overenskomstfastsatte restriktioner for vikararbejde til ophør, og den finske domstol har forelagt EU-Domstolen en række spørgsmål om forståelsen af vikardirektivet (C-533/13). EFTA-Tilsynsmyndigheden har i januar 2015 anmodet den norske regering om at redegøre for og begrunde de restriktioner i brugen af vikarer, som der stadig er i arbejdsmiljøloven og kollektive overenskomster.

De arbejdsretlige direktiver har næsten ikke rettet sig mod at harmonisere overenskomstsystemerne som sådan, idet der kun er vedtaget direktiver om information og høring af lønmodtagere. Der er til gengæld foregået en markant udvikling inden for rammerne af Europarådet. Det beror ikke på, at de politiske organer har vedtaget nye regler om kollektiv aftalefrihed og konfliktret, men Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har gennem de senere år anlagt en stadig mere dynamisk fortolkning af den eksisterende bestemmelse om foreningsfrihed i menneskerettighedskonventionens artikel 11, som giver lønmodtagere ret til at danne og indmelde sig i fagforeninger "for at varetage deres interesser". Udviklingen indebærer, at retten til at forhandle overenskomst og konflikte i dag er fælleseuropæiske menneskerettigheder, og at f.eks. de jævnlige statslige indgreb i arbejdskonflikter på det danske og norske arbejdsmarked nu kan efterprøves retligt af både nationale domstole og Menneskerettighedsdomstolen.

Det spørgsmål, som har givet anledning til størst politisk debat i de senere år på tværs af de nordiske lande er uden tvivl udstationeringsdirektivet. Der er tale om et kompliceret område med en række krydsende hensyn, som det har været meget svært at opnå bred konsensus om på tværs af arbejdsmarkedets parter og de politiske partier. Det er iøjnefaldende, at de nationale implementeringer af udstationeringsdirektivet i alle de nordiske lande er blevet udfordret af enten EU-Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden eller ved afgørelser fra EU- og EFTAdomstolene som led i præjudicielle forelæggelser fra de nationale domstole. Den dom, som har haft størst principiel og praktisk betydning, er uden tvivl Laval-dommen. Den førte for både Danmarks og Sveriges vedkommende til en principiel nydannelse i form af en lovmæssig ramme for udøvelsen af konfliktretten over for serviceydere fra andre EU-lande. I Danmark valgte arbejdsmarkedets parter selv at udforme en fælles løsning, mens det ikke var muligt i Sverige. Den svenske løsning er stadig kontroversiel og er efter klager fra LO og TCO blevet kritiseret af både ILO og Europarådet for at krænke konfliktretten.

1.7.3 Domstolenes ændrede rolle i det arbejdsretlige system

Et af de mest iøjnefaldende træk ved de europæiske påvirkninger af de nordiske arbejdsretlige systemer er, at domstolene har fået en mere fremtrædende rolle i forhold til overenskomstparterne og lovgivningsmagten. Domstolene har fået en mere retsskabende funktion i kraft af deres pligt til at fortolke nationale regler EU-, EØS- og EMRK-konformt. De har samtidig fået en mere rettighedskontrollerende rolle i kraft af deres pligt til at efterprøve, om en anfægtet national retstilstand er forenelig med de EU-, EØS- eller EMRK-retlige forpligtelser.

Domstolenes mere fremtrædende rolle vil indskrænke det vide (politiske) råderum, som lovgivningsmagten og overenskomstparterne normalt har haft i de nordiske landes arbejdsretlige systemer. Både de nationale og europæiske domstole har allerede forholdt sig til et stort antal spørgsmål, som i en nordisk tradition overvejende har været opfattet som rene politiske spørgsmål. Det gælder f.eks. om et statsligt indgreb i en arbejdskonflikt er et uberettiget indgreb i foreningsfriheden, om faglige arbejdskonflikter er forenelige med retten til fri serviceudveksling og om en lovmaessigt fastsat aldersgrænse for ansættelsens automatiske ophør er aldersdiskriminerende. I alle tre tilfælde er det politiske skøn, som lovgivningsmagten kan udøve, undergivet domstolscensur på baggrund af generelle og vagt formulerede europæiske retsprincipper.

Domstolenes mere fremtrædende rolle har ikke kun betydning for det politiske handlerum, men også for lønmodtageres og arbejdsgiveres muligheder for at indrette sig i tillid til gældende national ret. De nationale lov- og overenskomstregler skal i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med de europæiske forpligtelser. De nordiske domstoles fortolkning skal dermed så vidt muligt spejle den dynamiske retsudvikling som foregår ved de europæiske domstole. Hvis det ikke er muligt at fortolke national ret EU-konformt, kan domstolene være forpligtede til at give EU-retten forrang frem for national ret. At en EU-regel har direkte virkning (forrang) kan indebære, at private får risikoen for en EU-stridig national retstilstand.

Et iøjnefaldende eksempel er de svenske fagforeninger, som blev dømt af Arbetsdomstolen til at betale erstatning til den lettiske virksomhed, Laval, for at have iværksat en konflikt, som var lovlig efter svensk ret, men

– viste det sig – i strid med det traktatfæstede EU-retlige princip om fri serviceudveksling. Det er iøjnefaldende, at flertallet af Arbetsdomstolens dommere tilsyneladende ikke havde nævneværdige betænkeligheder ved at pålægge private foreninger et erstatningsansvar for at have udvist en adfærd, som var i overensstemmelse med svensk lovgivning.

Et andet iøjnefaldende eksempel er de danske virksomheder, som er blevet dømt til at betale godtgørelse for opsigelser, som har været forenelige med funktionærloven, men i strid med det EU-retlige ligebehandlingsprincip, som forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. alder og handicap. Højesteret har foreløbig fastslået, at det ikke er muligt at fortolke en af reglerne i funktionærloven i overensstemmelse med EU-etten og har ydermere forelagt EU-Domstolen spørgsmål om afvejningen af EU's ligebehandlings- og retssikkerhedsprincip. Højesteret antyder dermed, at EU-Domstolen bør tillægge hensynet til privates retssikkerhed større vægt i sin praksis.

De nationale domstole befinner sig i et særligt dilemma i de tilfælde, hvor de europæiske domstole (måske) anlægger et forskelligt syn på det samme retlige spørgsmål. Det var det dilemma, den norske Høyesterett befandt sig i, da den skulle afgøre, om en almennydig overenskomst var forenlig med udstationeringsdirektivet og EØS-aftalens artikel 36. Høyesterett var ikke overbevist om, at EFTA-Domstolen havde ret i, at en række lønrelaterede ydelser ikke kun skulle bedømmes efter udstationeringsdirektivets artikel 3, stk. 1, men også efter EØS-aftalens artikel 36 om fri serviceudveksling. Når Høyesterett var tøvende over for udtalelsen i EFTA-Domstolens dom af 23.1.2012 i E-2/11 (STX) beroede det således ikke kun på, at den selv anlagde en anden forståelse af EØS-retten, men også på at den fandt denne forståelse i harmoni med EU-Domstolens praksis. Høyesterett bragte sig med dommen i åben konflikt med EFTA-Domstolen, men dens forståelse af EØS-retten synes at være på linje med den forståelse, som EU-Domstolen (efterfølgende) har anlagt af EU-retten i sin dom af 12.2.2015 i C-396/13 (Elektrobudowa) i sagen om de almen-gjorte finske overenskomster.

Den danske og norske højesteret har reageret på den fælles udfordring, der opstår i de situationer, hvor nationale domstole ikke er overbevist om det rigtige i de afgørelser, som er truffet af europæiske domstole. Den norske højesteret valgte den lidt dristige fremgangsmåde åbent at

distancere sig fra den forståelse, som var anlagt af EFTA-domstolen, mens den danske højesteret valgte den mere forsigtige fremgangsmåde at forelægge EU-Domstolen formelt neutrale – men reelt kritiske – spørgsmål om dens praksis. Uanset de forskellige fremgangsmåder antyder de to afgørelser, at de to højesteretter forventer at kunne føre en åben kritisk dialog med de europæiske domstole om vigtige principielle spørgsmål.

1.8 Litteraturliste

- Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (1996). *Kollektivavtal i EU. Om allmängiltiga avtal och social dumping*.
- Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (2010). *Upphandling och arbete i EU*. Sieps 2010:3.
- Andersen, Søren Kaj (2003). *EU og det nordiske spil om lov og aftale*. SALTS Report 2:2003.
- Andersen, Søren Kaj, Dølvik, Jon Erik & Ibsen, Christian Lyhne (2014). *De nordiske aftalemodeller i åbne markeder – udfordringer og perspektiver*. Fafo-rapport 2014.08.
- Bruun, Niklas m.fl. (1990). *Den nordiska modellen*.
- Bruun, Niklas m.fl (1992). *The Nordic Labour Relations Model*.
- Bruun, Niklas & Malmberg, Jonas (2005). Finska og svenska domstolar som arbetsrättsliga gemenskapsdomstolar. I: Birgitta Nyström, *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, 2005, s. 65–90.
- Bruun, Niklas & Malmberg, Jonas (2005). Arbetsrätten i Sverige och Finland efter EU-inträdet. I: Kerstin Ahlberg (red.), *Tio år med EU – effekter på arbetsrätt, partsrelationer, arbetsmarknad och social trygghet*, 2005, s. 7 ff.
- Dølvik, Jon Erik (2005). De nordiske arbeidslivspartene i EU: Europeisering, påvirkning og forsvar av de nasjonale avtaleregimene. I: Kerstin Ahlberg (red.), *Tio år med EU – effekter på arbetsrätt, partsrelationer, arbetsmarknad och social trygghet*, 2005, s. 51ff.
- Eldring, Line & Alsos, Kristin (2014). *European Minimum Wage: A Nordic Outlook – an update*. Fafo-paper 2014:21.
- Evju, Stein (2010). Kollektiv autonomi, "den nordiske modell", og dens fremtid. *Arbeidsrett*, Vol VII (2010), s. 1–29.
- Evju, Stein (red.) (2013). *Cross-Border Services, Posting of Workers and Multilevel Governance*. Institutt for privatrett, Skriftserie 193.
- Evju, Stein (red.) (2014). *Regulating Transnational Labour in Europe: The quandries of multilevel governance*. Institutt for privatrett, Skriftserie 196.
- Kristiansen, Jens (2013). *Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer*.

- Källström, Kent & Sigemann, Tore (1990). *Komparativ nordisk arbetsrätt i huvuddrag*. NORD 1990:93.
- Malmberg, Jonas (red.) (2000). Laglönekonkurrens och arbetstagares integritet. *Arbetsliv i omvandling*, 2000:2.
- Malmberg, Jonas & Sigemann, Tore (2008). Industrial actions and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice. *Common Market Law Review* 2008, s. 1115–46.
- Malmberg; Jonas (2011). Arbetsrätten efter EU-inträdet. *Svensk Juristtidning* 2011, s. 430–39.
- Nergaard, Kristine (2010). *Fagorganisering i Norden, Status og utviklingstrekk*. Fafo-rapport 2010:25.
- Nielsen, Ruth (2002). Europeanization of Nordic Labour Law. *Scandinavian Studies in Law*, 2002, s. 37–75.
- Nielsen, Ruth (2013). *EU labour law*. (2. udg.).
- Nyström, Birgitta (2010). The internal market and the future of labour law in Europe: Insights from the Nordic countries. *European Labour Law Journal* 2010, s. 7–18.
- Nyström, Birgitta (2011). *EU och arbetsrätten*, (4. udg.).
- Sigemann, Tore m.fl. (1990). *Arbetsrätten I Norden*. NORD 1990:42.
- Stokke, Torgeir Aarvaag (2010). *Allmenngjøring i EU og Norge*. Fafo-rapport 2010:14.
- Wahlgren, Peter (red.) (2002). Stability and change in nordic labour law. *Scandinavian Studies in law*, Volume 43, 2002.

Del 2

1. En förändrad arbetsmarknad efter Vaxholm

Hans Tilly²

1.1 Inledning

Sitter en kväll och läser tidningar och tidskrifter som jag hade med hem i portföljen. En av dessa är tidningen Nyliberalen. I tidningen finns en artikel om Byggnads och en bild på vår logga – loggan som är en profilbild på en person med hjälm. Vad jag får se skulle kunna göra vilken lugn man som helst upprörd. Man hade nämligen satt in en nazistisk SS-symbol på vår logga! Det var ett av alla påhopp från debattörer och journalister i framför allt olika borgerliga tidningar.

DN var värst med journalisten Marcej Zaremba i spetsen som tog som sin uppgift att smutskasta Byggnads. Ett exempel är där han i en artikelseerie har ett foto på ett standar, alltså en bordsflagga som vi ofta har inom fackföreningsrörelsen. Bilden var manipulerad och på standaret hade texten "Arbetare i alla länder förenen eder" ändrats till "Arbetare i alla länder stanna där ni är".

Peter Wolodarski skrev i en ledare i DN "Mårte Byggnads skamlösa hållning aldrig bli Sveriges". Moderata ungdomsförbundet (MUF) mejlbombade mig dagligen under en period och på MUF:s hemsida hade man också i en bild klippt in mitt ansikte på Don Corleones (Gudfaderns) kropp och mitt ansikte på hans kropp. Bildtexten lön "Likasom bär".

² Förbundsordförande för Byggnads, Svenska Byggnadsarbetarförbundet, 2002–2012.

En dag kom ett bud till arbetet med ett paket som jag öppnade. I paketet låg ett hästhuvud, alltså samma typ av varning som maffian skickar till sina ovänner. Tack och lov var det bara ett avskuret hästhuvud från en gunghäst inköpt i en leksaksaffär. Tänk vilket besvär man gjorde sig i Moderata ungdomsförbundet.

Hästhuvudet har jag sparat för att visa när jag pratar om Laval och Vaxholmsfrågan. Jag ser det faktiskt som en kreativ och humoristisk idé från motståndarsidan under den här tiden. Listan på påhopp och nidbilder i övrigt kan göras hur lång som helst.

Detta var mitt uppe i händelserna efter det som startade sommaren 2004 och som kom att bli ett omfattande kapitel i arbetarrörelsens historia i Sverige – Vaxholmskonflikten. En fråga som påverkade hela Europa och som kom att bli politisk konflikt mellan Sverige och Lettland.

Vilken slags arbetsmarknad skulle detta leda till i framtiden? Vad kunde vi förvänta oss gällande våra starka kollektivavtal? Fanns det en uppställning för den svenska modellen eller var det ett spel som nu skulle utnyttjas av krafter som ville förändra styrkeförhållandet på arbetsmarknaden?

I följande beskrivning görs ett utdrag från händelser som påverkat arbetsmarknaden under ett antal år. Det är långt från heltäckande, men ett antal exempel från vardagen.

1.2 LO och Socialdemokraterna

När Vaxholmsfrågan kom upp var det inte som en blixte från klar himmel. Byggnads hade under ett par år haft olika strider med oseriösa arbetsgiare. Polenkonsulten började t.ex. sin verksamhet 2002 i Skåne. De annonserade fräckt i tidningar om billig arbetskraft som låg långt under avtal, så lågt att det var lätt att förstå att det skulle vara omöjligt för dem att betala skatt och sociala avgifter för företag och anställda.

Ett annat uppmärksammatt fall var när 92 slovakiska ugnsmurare under sommaren 2003 skulle mura nya ugnar till SSAB i Luleå. I vanlig ordning var Byggnads avdelning snabbt ute för att teckna kollektivavtal och träffa löneöverenskommelse som földe normal lön på erten. Avtal tecknades och överenskommelse om timlön träffades på 137 SEK per timme.

Under arbetets gång inträffade en tragisk olycka där en av murarna omkom. Efteråt försökte berörda företag att mörka olyckan. Men en olycka som är så allvarlig är svår att dölja och vår avdelning fick känneedom om vad som hänt.

När vår avdelning undersökte förhållandet på arbetsplatsen kom det fram under vilka vidriga arbetsförhållanden som murarna arbetade. Skyddsutrustningar var obefintliga t.ex. skyddsmasker för att skydda mot asbest som ugnar innehåller för att klara värmén. Handskar är ett annat exempel – när det här arbetet utförs är fortfarande teglet varmt. I båda fallen plockade de slovakiska ugnsmurarna upp sina svenska kollegors använda skyddsmasker och handskar som låg bland soporna.

Vid genomgången kom murarnas verkliga lön fram och den visade sig vara 13–18 SEK per timme. Det avtalet hade de skrivit på under bussresan från Slovakien till Luleå. De visste inget om den löneöverenskommelse som Byggnads träffat med företaget. Efter ett framgångsrikt arbete från Byggnads fick murarna till slut 149 SEK per timme.

Under den här tiden började ett intensivt arbete från min sida med att ta upp frågan med politiker och LO-kollegor. Jag minns speciellt ett samtal med Göran Persson, som då var statsminister, där jag berättade om vad som är på väg att hända på byggarbetsmarknaden med osériösa företag. Göran Persson blev ganska upprörd av det jag berättade och tyckte att det var viktigt att fortsätta arbetet med att värna om kollektivavtalen.

Under hösten 2003 arbetade Berit Rollén med en utredning inför EU:s utvidgning. Hon skrev bl.a. om att det borde finnas ett krav på visst antal arbetstimmar per vecka för att få utnyttja svenska sociala förmåner. I en kommentar sade då Göran Persson: ”Fri rörlighet vill vi ha men inte social turism”. Det var ju naturligtvis ett olyckligt uttalande som han fick många kommentarer om och som jag tror gjorde att Persson backade från att ta en starkare ställning för vår kamp. Tyvärr, jag tror vi annars hade haft en starkare ställning mot alla felaktiga angrepp som vi fick mot oss.

När det gäller övriga S-politiker var uppställningen bra framförallt från politiker som hade koppling till LO. Men det fanns även personer som såg oss med tvivelaktiga ögon.

Från fackförbunden var det viktigt att få stöd från de förbund som var stora och som inte hade varit indragna i liknande konflikter, IF Metall och Kommunal exempelvis. Vid flera tillfällen blev jag inbjuden till olika fack-

förfund för att berätta om vårt arbete och hur vi kunde arbeta tillsammans i dessa frågor. Ett par år senare kom allt fler att drabbas av den "nya arbetsmarknaden". En ny aktör, Farmartjänst, hade startat verksamhet inom Kommunals avtalsområde och de erbjöd tjänster inom jordbruket. 2005 startade Byggnads och Kommunal ett gemensamt projekt i Skåne i syfte att bevaka arbetsmarknaden.

1.3 Olika partiers ställningstaganden

Inom S var det stor uppställning bakom oss och många gav mig uppmuntrande tillrop när jag träffade dem vid riksdagsbesök och vid partisammanträden. Det var också vid de tillfällen jag fick signaler om andra politikers åsikter och ställningstaganden, både inom det egna partiet men framförallt i andra partier.

Vissa var väldigt villiga att vädra sin syn på vårt agerande i media eller i debattartiklar. Det fanns de som ville få människor att tro att höga byggkostnader berodde på Byggnads avtal. Vi hade avtal med lokala löneförhandlingar som gjorde att byggnadsarbetarna hade ett bra löneläge. Många gånger fick jag förklara att lönekostnaden var ca 17 procent av den totala byggkostnaden. Med utländska byggnadsarbetare som arbetade för lägre löner och sämre villkor trodde våra kritiker att byggkostnaderna skulle sänkas.

Fredrik Federley, ordförande för Centerns ungdomsförbund, frågade sig: "Varför anser Tilly det vara ok att köpa en tröja som är producerad billigt – men en lägenhet ska vara dyr." Fredrik Reinfeldt, Moderaternas ordförande, hävdade att "Byggnads är en skamfläck för hela LO". Dessutom sa han att byggnadsarbetare tjänade för mycket. Värst av alla var MUF, Moderata ungdomsförbundet, som förutom hästhuvudet som de skickade till mig ständigt jämförde vårt agerande med att använda maffiametoder. MUF var aktiva med debattartiklar runt om i landet där de sa att vi hade en vidrig människosyn och uppmanade byggnadsarbetare att inte gå med i facket.

Moderaternas partisekreterare Sven Otto Littorin skrev på hemsidan att han stödjer MUF när de liknar oss vid maffian och skickar hästhuvu-

den. Littorin blev sedan arbetsmarknadsminister och bidrog till att fackets möjligheter att bevaka arbetsmarknaden försvårades.

En av de personer som uttryckte sin aggression återkommande var Carl B Hamilton, riksdagsman för Folkpartiet. Han måste verkligen hata fackföreningar i allmänhet och Byggnads i synnerhet. Han uttalade sig bland annat om lönefrågan på följande sätt: "Svenska löner och jobb måste säkras under delvis nya förutsättningar". Det går inte att feltolka vad han ville, nämligen sänkta löner och sämre arbetsvillkor för vanliga löntagare.

Den 17 december 2004 höll riksdagen en särskild debatt om kollektivavtalen. Debatten hade begärts av Anders Karlsson, S-riksdagsman med medlemskap i Byggnads. Vid den debatten ställde sig Vänsterpartiet och Miljöpartiet bakom kraven på att kollektivavtal och den svenska modellen ska säkras. I borgerliga tidningar fick borgerliga politiker och motståndare mycket utrymme för att ge uttryck för sin syn att Byggnads agerande skulle vara ett uttryck för nationalism.

Det var svårt att få in artiklar som svar på osakliga påhopp som gjordes framförallt på ledarsidor. En seger fick jag mot DN och Peter Wolodarski som vägrade ta in replik från mig. DN:s läsarombudsman kritiserade då tidningen för att vägra publicera min replik. Detta resulterade i stora rubriker och gav fler läsare, då delar av repliken återgavs i tidningen.

Jag fick tillfälle att träffa många av våra beläckare under de här åren och bland dem Peter Wolodarski som idag är chefredaktör på Sveriges största morgontidning, Dagens Nyheter. Då en aggressiv motståndare, idag känns det som att han förstår att vi faktiskt stod för människors lika värde.

Allt stöd som vi fick sög jag åt mig som en svamp, eftersom det stärkte självförtroendet när jag gick in i olika diskussioner. Exempelvis var stöd från tjänstemannaförbunden HTF och SKTF värdefullt. Men allra bäst var hedersutmärkelsen från Artister mot nazister för framtagande av en policy och utbildning för förtroendevalda i syfte att stoppa rasism och högerextrema grupper. Ledande var två stora artister Mikael Weihe och Tomas Ledin. Vi blev ofta anklagade för att vara främlingsfientliga när vi egentligen arbetade för allas lika villkor på den svenska arbetsmarknaden och därfor kändes denna hedersutmärkelse särskilt bra.

En extra krydda var att den senare världsberömda författaren Stieg Larsson skrev vår policy. Mitt arbete i dessa frågor ledde senare till att jag

fick äran att bli styrelseledamot i EXPO, den organisation som arbetar aktivt mot racism och främlingsfientlighet i Sverige.

1.4 Arbetsgivarnas agerande

Arbetsgivarna talade med kluven tunga. Varje gång jag träffade Sveriges Byggindustriers VD tog jag upp frågan om vem som finansierade och drev frågan mot oss i Vaxholm. Svaren var att de stod upp för den svenska modellen och inte visste vem som finansierade Lavals två advokater. Jag frågade också om vi kunde gå ut i en gemensam debattartikel, eftersom de faktiskt hävdade att de stod bakom den svenska modellen med kollektivavtal. Det skulle också ge en klar signal till alla mindre företag som var medlemmar hos arbetsgivarna och som riskerade bli utkonkurrerade av företag som inte följde våra lagar och regler. Svaret blev alltid detsamma, att de inte ville gå in i den frågan nu.

Så småningom avslöjades det att Svenskt Näringsliv betalade Lavals advokatkostnader. Denna fråga måste ha varit väl känd för Byggindustrierna, eftersom deras VD alltid sitter i Svenskt Näringslivs arbetsutskott.

Vissa arbetsgivarförbund var mer aggressiva än andra och anordnade seminarier om kollektivavtalens innehåll, men passade samtidigt på att ifrågasätta hela arbetsrätten. För mig var det prioriterat att delta på allt som jag fick förfrågan om. Det gav mig tillfälle att ge vår syn på frågan och kunna avfärdha de grövsta felaktigheterna och myterna om Byggnads.

Vid ett tillfälle satt jag som åhörare på ett seminarium när moderatorn ”spydde galla” över Byggnads och gav en felaktig bild av hur vi agerat och vad vi krävt under förhandlingarna med Laval. Under pausen tog jag, mycket upprörd, kontakt med moderatorn och sa att han inte känner till frågan tillräckligt för att kommentera den eller också gav han medvetet en felaktig bild av vad som hänt. Kommentaren han gav var: ”Jag visste inte att du var här.”

Exemplet visar hur viktigt det var för oss att vara aktiva i kontakter på alla plan. Samtidigt märkte vi hur marknaden började förändras. Många beställare och oseriösa företag tog detta till intäkt för att det var okej att kringgå både avtal och lagar.

1.5 Småföretagens stöd

Om lönedumpning blir tillåtet tvingas svenska småföretag bli fuskare för att överleva i den oseriosa konkurrensen. Jag var mycket förvånad att inte arbetsgivarnas organisationer lyfte den frågan. Slutsatsen var att de tyckte att kollektivavtalet skulle göras om eller helt skrotas.

På Svenskt Näringslivs hemsida kunde man läsa: "Det ska inte finnas någon skyldighet för utländska företag att tillämpa genomsnittliga svenska lönenivåer." Många småföretagare ringde eller kontaktade mig under den här tiden och förklarade hur de miste många jobb för att det nu blev mer accepterat att anlita svart arbetskraft, vilket det naturligtvis var när utländska företag tog uppdrag för 100–150 SEK per timme. Jag frågade varje gång om vi skulle göra gemensam sak med debattartikel eller liknande men det ville man inte för att företaget kunde mista uppdrag.

I en undersökning som gjordes ansåg åtta av tio att svenska kollektivavtal ska gälla för utländsk arbetskraft som arbetar i Sverige. Sju av tio ansåg att vi har rätt att ta till stridsåtgärder för att avtalet ska gälla.

Flera år senare, 2010, skrev jag tillsammans med PEAB:s vd Mats Paulsson en debattartikel om förhållanden som hela tiden försämrades. Framförallt var det lagen om offentlig upphandling som var grunden till artikeln. I artikeln tog vi upp frågor som att skatter och avgifter undanhölls, att arbetstiderna går långt över det tillåtna och att en förändrad arbetsmiljösyn gjorde att vår inslagna väg mot en allt bättre arbetsmiljö istället riskerade att bli ett ras mot botten.

För mig var det en stor framgång med den artikeln, medan Mats Paulsson fick mycket kritik från sin arbetsgivarorganisation. "Jag står för det vi skrev," sa Mats till mig. Det ska han ha en stor eloge för.

1.6 Europaarbetet, facket och parlamentet

Som ordförande i vår nordiska federation, NBTF, var det viktigt att få informera om vad som hänt samt få en uppställning för våra fackliga krav som trots allt handlade om vårt arbete med rätten att teckna avtal.

Uppställningen var mycket bra inledningsvis, men började så småningom bli tveksam eftersom situationen var olika i våra grannländer. Det

danska byggfacket var det som hade förhållanden som mest liknade våra i Sverige. Vi drev också frågan gemensamt, inte minst i vår europeiska federation, EBTF, under de första åren. Danskarna valde sedan att lösa frågan mellan parterna och blev därmed emot att frågan skulle lösas utan inblandning av Lissabonfördraget.

I EBTF uppfattade jag att flera länder var tveksamma till de frågor som var kopplade till Lavalfrågan. Jag tror det berodde på att våra avtal och våra organisationer i Norden hade en starkare roll med mer inflytande än facken hade i många andra europeiska länder.

En fråga där vi hade helt motsatta åsikter var frågan om minimilöner med statligt inflytande. Vi var helt emot medan övriga Europa, förutom de nordiska länderna, tyckte det var bra och trodde att det skulle lösa en del av de problem som de hade för att höja löner och organisationsgraden.

Hur stort problemet var med oseriösa företag eller utnyttjade arbetare berodde till stor del på hur byggkonjunkturen såg ut i de olika länderna. Under de här åren startade olika fackförbund många projekt i Norden och i Tyskland i syfte att informera om löne- och arbetsvillkor, men också att få arbetarna att bli medlemmar i facket.

1.7 En förändrad arbetsmarknad

Det blev många turer och mycket vatten hinner rinna under broarna under några år och konflikter uppstår på många håll i landet inte minst på stora infrastrukturprojekt. Ett av dessa var det stora tunnelbygget i Malmö. Ett byggprojekt som sträckte sig över tre år och beräknades till tio miljarder i kostnad. Arbetare från Polen domininerade bland dem som fick göra det tunga och "skitiga" jobbet. Kanske var de 60 byggnadsarbetare eller kanske var de 100. Det är svårt att svara på för en som saknade full insyn. Anställningen hade de hos det irländska företaget Rimec. Skrivna var de på Irland, många gånger ett 40-tal på samma adress enligt uppgifter som kommit fram av journalister som besökt arbetsplatsen. De rekryterades i Polen, flögs till London för att skriva på papper för att sedan transporteras vidare till Sverige. På så vis tillhör de Storbritannien och kan sänka de sociala avgifterna från 32 till 10 procent. Det betyder också att miljoner undanhölls i skatt.

Arbetarna hade avtalsenliga löner, men jobbade 220–260 timmar per månad istället för normala 178 timmar per månad. Till det ska man lägga att de arbetade under jord, då det enligt avtal ska arbetas färre timmar per vecka eller månad.

Att bli medlem i facket är en stor risk för dessa arbetare, eftersom det kan betyda avsked med omedelbar verkan. Det gjorde att nästan alla valde att inte bli medlemmar. Det gjorde att våra avdelningar hade mycket svårt att följa upp vilka löner och andra villkor som gällde på företaget.

Ett exempel på svårigheten att följa upp kollektivavtal, arbetstidslagar och arbetsmiljölagar är ett fall som togs upp i Arbetsdomstolen. Stämningen till AD gällde det irländska företaget Rimec för ett arbete som pågått under lång tid. Byggnads hade genomfört både lokala och centrala förhandlingar utan resultat. När förhandlingarna började i Arbetsdomstolen meddelar arbetsgivarorganisationen att Byggnads har förhandlat med fel part. Byggnads hade förhandlat med Rimec Ltd istället för Rimec Group där arbetarna var anställda av dotterföretaget Rimec Construction. Ett mycket medvetet sätt att försvåra för den fackliga organisationen att följa upp avtalsbrott.

1.7.1 *Lavallagen*

Regeringen beslutade tillsätta en särskild utredare. Uppdraget var att göra bedömningar av och om vilka förändringar som behövdes i den svenska lagstiftningen med anledning av EG-domstolens dom. Utredningens olika tolkningar av direktivet och förslag berörs inte här eftersom de redovisas i andra dokument.

Utredningen kom att handla om möjligheten för ett svenskt fackförbund att kräva avtal om det redan finns ett avtal i det utstationerade företagets hemland. Kort sammanfattat kan sägas att det ska vara känt vilken minimilön som ska utgå för utstationerade arbetare. Kritiken riktades mot Byggnads avtal eftersom löneförhandlingar genomfördes först efter att avtal tecknats.

De villkor som man kräver enligt kollektivavtal ska vara tydliga och förutsägbara för arbetsgivare som utstationerar arbetare till Sverige. För att ett utländskt företag ska kunna söka information om vilka regler som gäller upprättades ett förbindelsekontor. Uppdraget som förbindelsekontor i Sve-

rige fick sedan Arbetsmiljöverket. Efter remissrundor och vissa justeringar fattade riksdagen beslut och lagen trädde i kraft den 15 april 2010.

Kritiken mot lagen kom från flera håll, både från fackliga organisationer och arbetsgivare. Svenskt Näringsliv ville ha förbud mot att kunna undanträffa utländska kollektivavtal. Byggnads menade att arbetsgivaren lätt kunde visa upp falska löneuppgifter, vilket var svårt att kontrollera eftersom arbetarna hotades med avsked om de uppgav de verkliga löner som de hade. Byggnads menade att bevisbördan övergick till facket om felaktiga löner betalandes. Debatten pågår om behovet av att ändra lagen och har diskuterats i 2014 års valrörelse i Sverige.

1.7.2 *Arbetsdomstolens och EU-domstolens roll och betydelse*

Enligt min mening är arbetsdomstolens beslut i Lavalfrågan ett stort frågetecken från början till slut. Med det menar jag att de i december 2004 beslutar att konflikten är lovlig och inte behöver avbrytas. Beslutet innebar att Laval inte kunde åberopa fredsplikt med hänvisning till EU-fördraget om diskriminering av utländska arbetsgivare.

I mars 2005 hölls huvudförhandling i Arbetsdomstolen i Lavalfrågan.

AD kom att behandla frågan utifrån vilka lönekrev som Byggnads hade framfört i förhandlingarna samt om kravet på svenska kollektivavtal undanträffade ett utländskt avtal.

Opinionstrycket var oerhört stort på vad som var rätt och fel i denna fråga. AD föll till föga och beslutade att man inte kunde avgöra frågan förrän EG-domstolen lämnat ett förhandsavgörande. AD beslutade målet vilande. Här menar jag att AD föll för det mediala trycket från framförallt en högröstad borgerlig press. Att AD fem år senare kom att döma Byggnads och Elektikerförbundet till ett stort skadestånd är för mig obegripligt.

Reaktionerna på EG-domstolens behandling och förarbeten med uttalanden från olika personer skiftade från förhopning till besvikelse. Italiennaren Paolo Mengozzis yttrande våren 2007 var positivt för oss och vi fick en känsla av att vi kom att vinna frågan i EG-domstolen. Sex månader senare kom avgörandet från EG-domstolen, vilket var en förlust för Byggnads, facket, svenska modellen och de arbetstagare som kommer till Sverige för att arbeta.

1.8 Vad kunde vi gjort annorlunda?

Det är en fråga som många ställt sig genom åren och vid några tillfällen har vi naturligtvis diskuterat det internt. Det borde varit tydligare att avtalsteckning var en del och inte skedde samtidigt med att löneförhandlingar togs upp. Kontakt med beställare, i detta fall Vaxholms kommun, kan klara ut vilka krav kommunen hade på företag som får bygguppdrag. Vaxholms kommun hade som krav att företaget skulle ha kollektivavtal. En möjlighet hade varit att frågan tagits över centralt för att få diskussioner innan frågan blev så stor att ingen part kunde backa från sina krav.

Frågan är naturligtvis om inte konflikten inträffat förr eller senare eftersom det enligt min mening fanns starka krafter som ville driva denna fråga.

En viktig faktor var att vi kände oss så trygga i det avtal vi hade och att ett kollektivavtal var så självklart att teckna. Visst var det företag som vägrade, men efter diskussioner och hot om blockad så återställdes ordningen.

Normalt hade vi de anställda bakom oss och de visste vikten av ett avtal som ger trygghet och att försäkringar finns, inte minst när företaget går i konkurs. I byggbolagen händer det alltför ofta att företag går i konkurs och det vanliga var att små nystartade företag inte ville ha avtal.

Det största problemet med utländska företags anställda var att de var skrämda för facket på två sätt: dels genom att förtroendet för det egna hemlandets fackföreningar var i botten och åsikten var att facket var en myndighets förlängda arm och korrumperat, dels genom att man var hotad med att ett medlemskap eller kontakt med facket innebar avsked och att bli hemskickad omedelbart.

Det här med hotade arbetare träffade vi tyvärr på många gånger under åren. Därför utvecklade och intensifierade vi informationen till utländsk arbetskraft genom stormöten eller enskilda kontakter för att förklara vilka facket arbetar för.

Byggnads anställda egna tolkar för att klara språkproblemen. Det var till stor hjälp och förtroendet ökade. Det var många som kontaktade våra avdelningar när problem uppstod med obetalda löner m.m. Det här var naturligtvis en verksamhet som vi borde ha startat tidigare, men det är lätt att vara efterklok.

1.9 Hur är det idag?

Opinionen har förändrats och förståelsen för kraven om kollektivavtal med ordning och reda på arbetsmarknaden kom att ändras när situationen för bärplockarna och trädplanterarna inom skogsnäringen uppmärksammades i flera tv-program. Arbetare hade lurats till Sverige med löfte om att tjäna stora pengar. För att kunna resa till Sverige hade man i många fall sålt egendom eller lånat pengar. När löner uteblev och det inte fanns pengar till hemresan såg allmänheten vilka hjärtlösa arbetsgivare det fanns i samhället.

Utländska företag och arbetare finns det många idag. Dels i stora infrastrukturprojekt, dels på den privata villamarknaden, men också på företag som anställer mycket utländsk arbetskraft. Till stor del enligt villkor som stämmer med de avtal som finns mellan parterna.

Den privata villamarknaden är svår att överblicka i och med att bevakningen upphört från Byggnads sida. Uppfattningen är dock att det finns problem med arbetsmiljön och en del svartarbete även om rot-avdragen tagit bort en del problem. Arbetsmiljöfrågorna är en stor fråga för hela branschen och speciellt för utländsk arbetskraft som tyvärr inte vågar ställa de krav som de bör för att ha en säker arbetsmiljö.

Det känns bra att synen på vilken ordning vi ska ha på arbetsmarknaden har förändrats i rätt riktning. Bäst är att ingen beskyller facket för att vara främlingsfientliga eller rasister. Men det finns fortfarande frågor att lösa för att människor inte ska utnyttjas. Det gäller att jobba proaktivt och ligga steget före alla de oseriösa arbetsgivare som ständigt hittar nya sätt att kringgå regler, avtal och lagar.

1.9.1 *Har det påverkat klimatet mellan arbetsmarknadens parter?*

Nej, egentligen tycker jag inte det. Som jag skrivit tidigare kom olika händelser på arbetsmarknaden faktiskt att förändra synen hos många svenskar, t.ex. när det kom fram i media hur thailändska bärplockare och afrikanska skogsplanterare behandlades. Vid olika seminarier som jag deltog i med Byggindustriernas vd efter domslutet var vi överens om vikten av villkor enligt kollektivavtal. Däremot var vi oense om vad kollektivavtalet ska reglera.

1.9.2 Ny rapport

Frågan om arbetskraftsinvandring kopplat till händelserna i Vaxholm lever vidare. Den 27 januari 2015 kom en ny rapport från Fredrik Segerfeldt på det liberala opinionsinstitutet Migro. Rapporten heter "LO ropar på vargen – facklig skrämselpropaganda om migration efter EU:s utvidgning".

Trots att tio år har gått innehåller rapporten ett angrepp på facket. I den finns många olika uttalanden som gjorts och flera av dessa är tagna ur sitt sammanhang, vilket enligt min mening är ett sätt för författaren att vinkla rapporten åt det håll han vill och det är inte till fackets fördel.

Rapporten skriver inget om att det faktiskt handlade om människors rätt till lika villkor oavsett om de kom från Lettland eller Linköping. Segerfeldt beskriver bara exempel från förhållanden där arbetskraften faktiskt har arbetat under villkor som är kollektivavtalsliknande. Däremot nämns ingenting om de förfarande exemplen som jag ger i min beskrivning från Luleå och SSAB, från thailändska bärplockare eller afrikanska skogsarbetare.

För egen del är jag övertygad om att det är innehållet i kollektivavtalen som är problemet. Många som säger att de tycker att kollektivavtal ska finnas vill att de ska vara tunna som en flugsmälla och inte reglera frågor i detalj. Det öppnar för tolkningar som tyvärr skulle vara till fördel för arbetsgivarna till största del.

2. Laval, det svenska kollektivavtalssystemet och akademikerna

Lena Maier Söderberg³

2.1 Inledning

Arbetsmarknadens partners autonomi och EU-rättens inverkan på de nationella kollektivavtalssystemen och den nationella lönebildningen hamnade i fokus i hela Europa när EU-domstolens dom i Lavalmålet meddelades i december 2007 (C-341/05 Laval, ECLI:EU:C:2007:809). I målet prövade EU-domstolen frågan om vilka kollektivavtalskrav som kan ställas för arbetstagare som tillfälligt utstationeras av sin arbetsgivare till ett annat EU-land än hemlandet. I målet aktualiseras främst tolkningen av EU:s utstationeringsdirektiv (direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster), men också fördragets bestämmelser om fri rörlighet av tjänster.

Många hyllmetrar har skrivits om Vaxholmskonflikten och Lavalmålet. Få rättsliga avgöranden har blivit så väl belysta. Samtidigt ser vi nu tio år senare fortfarande efterverkningarna av Vaxholmskonflikten. I skrivande stund sitter två offentliga utredningar som ser över den svenska utstationeringslagen och lex Laval, som kom till som en anpassning till EU-domstolens Lavaldom.

³ Chefjurist på Saco, Sveriges Akademikers Centralorganisation.

Trots att konflikten endast berör en begränsad del av den svenska arbetsmarknaden, har den gått rakt in i den svenska kollektivavtalsmodellens värdegrund. EU-domstolens Lavaldom har också rubbat balansen mellan den sociala och ekonomiska dimensionen i EU, där den fria rörligheten på ett tydligare sätt fått företräde framför fackliga grundläggande rättigheter.

Mitt bidrag blir att belysa Laval utifrån Sacos och akademikernas perspektiv. I och med att jag utgår från detta perspektiv kommer jag inte ta upp alla frågor som rör Laval och det svenska kollektivavtalssystemet. Istället kommer jag att uppehålla mig vid några av de frågeställningar och problem som var mer specifika för just Saco och akademikerna när Lavaldomen kom.

2.2 Påverkar verkligen Lavaldomen Saco och akademikerna?

Sedan EU-domstolens Lavaldom meddelades och när den offentliga Lavutredningen (SOU 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen) senare startade sitt uppdrag har Saco ofta fått frågan om detta över huvud taget är en angelägenhet för Saco, Sacoförbunden och deras medlemmar.

Laval handlar om den fria rörligheten av tjänster och utstationering, alltså en begränsad del av arbetsmarknaden. Hittills har det i princip stämt att Sacoförbundens medlemmar, som alla är akademiker, i praktiken inte berörts i någon större utsträckning. Detta även om vi idag ser att det blivit vanligare med utstationering inom vissa branscher där Sacoförbundens medlemmar verkar, till exempel inom IT-branschen.

Saco har sedan Sverige blev medlem i EU bejakat den fria rörligheten, som skapar nya möjligheter för akademiker som vill arbeta ute i Europa. På samma sätt har Saco välkomnat utländska arbetstagare och företag till Sverige.

Innan Lavaldomen föll var det dock för Saco en självklarhet att ett kollektivavtalssystem som det svenska måste respekteras, på samma sätt som andra nationella arbetsmarknadsmödeller måste få finnas inom EU. Vi ansåg att det med den mångfald som finns inom EU är svårt att uppnå

full förutsägbarhet avseende de arbets- och anställningsvillkor som ska tillämpas vid utstationering. Inte heller den lagstiftning som ska följas, exempelvis på arbetsmiljöområdet, är alltid helt lätt att förstå för ett utländskt företag som inte är insatt i svensk rätt. Inom ramen för system med allmängiltigförklaring av kollektivavtal, som i Finland och Norge, är det dessutom inte alltid fullt ut klart hur den hårda kärna som ska tillämpas vid utstationering ska bestämmas.

När Lavaldomen kom insåg vi dock att en anpassning till Laval kunde få både direkta och indirekta effekter på det svenska kollektivavtalssystemet och dess värdegrundar, såsom avtalsfrihet, flexibilitet, ömsesidighet och ansvarstagande parter. Om dessa värden inte värnas riskerar systemet som sådant att förlora i legitimitet.

Ytterligare en konsekvens av Laval, som står i skarp kontrast till det svenska kollektivavtalssystemet, är EU-domstolens strikta tolkning av den "hårda kärnan". I Sverige ser vi på kollektivavtalet som en helhet, ett paket med villkor, där olika intressen noga vägts samman. I och med Laval blev det tydligt att ett fackförbund i förhållande till ett utstationerande företag inte kan kräva kollektivavtalsvillkor utanför den hårda kärnan. Det innebär att de krav som kan krävas plockas ut ur den sammanvägdta helhet som det framförhandlade kollektivavtalet utgör.

Det stod också klart för oss att våra grupper och avtalsområden skulle kunna beröras i framtiden. Om lagstiftaren skulle välja att gå in och till exempel ange kriterier för vilka kollektivavtal som kvalificerar sig i utstationeringssammanhang, skulle det kunna påverka möjligheten att hävda Sacoförbundens avtal. En sådan statlig inblandning är främmande för vår modell.

Saco menade därför från start att alla anpassningar i lagstiftningen med anledning av Laval måste ta hänsyn till *alla* arbetsmarknadsparter och branschavtal. För även om vi talar om den svenska kollektivavtalsmodellen som en samlad modell, är den långt ifrån homogen. Vi har i Sverige mer än 115 centrala parter, cirka 55 arbetsgivarorganisationer och 60 fackförbund, som tillsammans tecknar totalt omkring 670 kollektivavtal om lön och allmänna villkor (Avtalsrörelsen och Lönebildningen 2013, Medlingsinstitutets årsrapport, s 21). Dessutom är det inte ovanligt att flera parter tecknar kollektivavtal inom samma bransch. Det kan finnas olika avtal för arbetarsidan respektive tjänstemannasidan. Också

på tjänstemannasidan kan kollektivavtal inom samma bransch finnas både med Sacoförbund och med TCO-förbund.

2.3 Decentralisering versus centralisering

Partsautonomin i svensk lönebildning är en grundbult i den svenska kollektivtalsmodellen. I Sverige ligger ansvaret för lönebildningen på arbetsmarknadens parter, utan statlig inblandning. I denna avtalsfrihet ligger också att det inom ramen för det svenska kollektivavtalssystemet ryms olika lönebildningsmodeller. Endast i Sverige, Danmark och Italien är lönebildningen en ren angelägenhet för parterna. Den italienska regeringen har dock under hösten 2014 lagt fram ett förslag till minimilönelagstiftning.

EU saknar enligt artikel 153.5 FEUF lagstiftningskompetens på löneområdet, i vart fall när lagstiftningsinitiativ tas på socialpolitikens område. Tanken bakom detta undantag är att lönebildningen är en nationell angelägenhet. Det har dock inte hindrat EU från att gripa in löneområdet på olika sätt. EU-rättens regler om fri rörlighet verkar oberoende av EU:s lagstiftningskompetens. I Laval prövade EU-domstolen frågan om vilka lönekrev som ska och får ställas för utstationerade arbetstagare. Av domen framgår att det inte är möjligt för en fackförening att kräva annat än en minimilön. I Sverige saknas minimilönelagstiftning, så den minimilön som kan krävas måste följa av kollektivavtal.

Utvecklingen på svensk arbetsmarknad går tydligt mot en lönesättning som är allt mer decentraliserad, individuell och differentierad, samtidigt som tariffavtal minskar i betydelse. Lönen fastställs på arbetsplatsen bland annat med beaktande av den anställdes kompetens och arbetsprestation. De kollektivavtal som omfattar Sacoförbundens medlemmar föreskriver alla en individuell lönesättning och innehåller inte heller några minimilöner.

Det är inte helt enkelt att förena EU-domstolens syn på lönesättning med en individuell lönesättning. Utgångspunkten är centralt fastställda minimilönenivåer. Domstolen säger också uttryckligen att en medlemsstat inte har en på utstationeringsdirektivet grundad rätt att ålägga utstationerande företag att förhandla från fall till fall, på arbetsplatsen och med beaktande av de anställdas kvalifikationer och arbetsuppgifter, för att få

vetskap om vilken lön företaget ska betala vid en utstationering (Mål C-341/05 *Laval un Partneri* p 77). Av detta bör följa att en framförhandlad eller individuell lönesättning inte är tillräckligt transparent, utan tvärtom utgör den ett otillbörligt hinder mot den fria rörligheten. När Lavaldomen kom så beklagade Saco denna paradox, att den inre marknaden som bygger på fri konkurrens hämmar lönesättningen på en fri marknad med avtalsfriheten som grund.

Denna problematik blir dock i praktiken endast aktuell om ett fackförbund vill träffa kollektivavtal som stipulerar individuell lönesättning med ett utstationerande företag. Avtalsfrihet bör då råda. Av Laval följer inte något krav på att införa minimilön i kollektivavtal. Om ett Sacoförbund i framtiden skulle vilja få till stånd ett kollektivavtal innehållande lönevillkor med ett utstationerande företag, ytterst genom stridsåtgärder, krävs det ändemot att en minimilön förhandlas fram och fastställs. En sådan minimilön måste då även gälla i relation till svenska arbetsgivare.

2.4 Vilken modell för utsträckning av villkor – en fjärde väg?

En av de viktigaste frågorna som den svenska lagstiftaren hade att ta ställning till efter Lavaldomen och som nära anknöt till den svenska kollektivavtalsmodellen, var vilken metod som skulle användas för att fastställa lön och andra villkor inom den hårda kärnan.

Utstationeringsdirektivet anvisar tre metoder för att utsträcka arbets- och anställningsvillkor inklusive lön till utstationerade arbetstagare: minimilönelagstiftning, allmängiltigförklaring av kollektivavtal samt kollektivavtal som gäller allmänt alternativt kollektivavtal som ingåtts av de mest representativa parterna (artikel 3.8 utstationeringsdirektivet).

När utstationeringsdirektivet genomfördes i Sverige valde lagstiftaren att helt enkelt bibehålla det kollektivavtalssystem vi redan hade, med autonoma kollektivavtal som ytterst kan drivas igenom med stridsåtgärder (SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare). Införlivandet har varit omdiskuterat både i Sverige och i EU (se mer i till exempel Maier, Lena, Utstationering av arbetstagare och det svenska kollektivavtalssystemet, Saco, 2005, s 20 ff). Framför allt ifrågasattes det om Sverige uppfyllde

åtagandet att garantera en minimilön för de utstationerade arbetstagarna, i och med att vi saknar en lagstadgad minimilön och inte heller har ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Också det faktum att Sverige valde att inte tillämpa någon av de metoder som utstationeringsdirektivet anvisar togs av vissa för intäkt att det endast var lagstadgade arbets- och anställningsvillkor som kunde tillämpas på utstationerade arbetstagare (se bland annat KOM (2003) 458 slutlig, Kommissionens meddelande om genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna). Även den svenska Arbetsdomstolen väckte den sistnämnda frågan i sin förhandsbegäran till EU-domstolen (AD beslut 2005 nr 49).

När nu frågan om utsträckning av löne- och anställningsvillkor i den hårda kärnan åter aktualiseras i samband med en anpassning till Lavaldomen, såg Saco en risk för att lagstiftaren i praktiken skulle anvisa vilket eller vilka kollektivavtal inom en bransch som skulle kvalificera sig och vars villkor ska tillämpas vid utstationering. Det skulle innebära att lagstiftaren gick in i de gränsdragningar mellan avtalsområden som parterna i dag själva gör samtidigt som bland annat avtalsfriheten äventyras. Det var med andra ord viktigt för Saco att värna om den mångfald och den välfungerande kollektivavtalskonkurrens som finns på svensk arbetsmarknad och som grundar sig på avtalsfriheten.

De största hoten mot kollektivavtalssystemets värdegrundar som Saco såg var minimilönelagstiftning eller allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Lönebildning är i Sverige en ren angelägenhet för arbetsmarknadens parter. En minimilönelagstiftning skulle innebära en tydlig statlig inblandning i lönebildningen. Dessutom är det svårt att förena minimilönelagstiftning med en lönebildning som är individuell och differentierad. Sacoförbundens löneavtal innehåller över huvud taget inte några minimilöner. Ett system med allmängiltigförklaring av kollektivavtal innebär även det ett avsteg från det svenska kollektivavtalssystemet med autonoma kollektivavtal. Saco ser avtalsfrihet, ömsesidighet och ansvartagande parterna som grundbultar i den svenska modellen. Om ett kollektivavtal gäller inom en viss bransch genom allmängiltigförklaring oavsett om en arbetsgivare är avtalspart eller inte riskeras dessa värden. I Sverige finns dessutom konkurrerande fackförbund inom samma branscher, vilket skulle kunna skapa gränsdragningsproblem och särskilt i dessa fall skulle avtalsfriheten äventyras.

Det rådde vid tidpunkten för Lavalutredningens arbete relativt stor konsensus om att minimilönelagstiftning och allmängiltigförklaring är två modeller som inte är förenliga med den svenska kollektivavtalsmodellen och att de därför inte är aktuella att införa i Sverige. Men de andra metoderna som anvisas i artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet såg Saco inte heller som helt oproblematiska.

Det första alternativet i artikel 3.8 är att använda sig av kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området. Detta alternativ tillkom för att tillgodose kollektivavtalssystem som det svenska och danska. En oklarhet med denna modell var när ett kollektivavtal "gäller allmänt" och för "alla likartade företag". Dessa rekvisit antyder en relativt stor täckningsgrad. Frågan var om alla svenska branschavtal skulle kvalificera sig, också om det finns flera kollektivavtal inom samma bransch. Och vad gäller om flera kollektivavtal inom samma bransch endast sammantaget leder till en hög täckningsgrad?

Det andra alternativet i artikel 3.8 är att använda sig av kollektivavtal som ingårts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå som gäller inom hela det nationella territoriet. Detta alternativ tillkom för att i första hand tillgodose det italienska kollektivavtalssystemet, men skulle i och för sig kunna bli aktuellt även i Sverige. De avgörande frågorna här är hur man ska avgöra vilka parter som är mest representativa och till vad representativiteten ska relateras, såsom sektor, bransch, arbetet, tjänstemän/arbetare, yrke med mera. Detta alternativ verkar förutsätta att lagstiftaren måste ange hur en eventuell organisatorisk gränsdragning ska göras, vilket är en fråga som idag är förbehållen parterna själva.

Om inte alla branschavtal skulle kvalificera sig vid en tillämpning av de två alternativ som artikel 3.8 erbjuder skulle det helt klart leda till ingrepp i partsautonomin och i balansen på arbetsmarknaden. Utöver dessa problem så pekade Saco också på att det inte var helt klart om en tillämpning av metoderna i artikel 3.8 förutsatte någon form av utsträckning eller om det fortsatt skulle gå att använda sig av våra svenska autonoma kollektivavtal, som ytterst kan krävas genom stridsåtgärder.

EU-domstolen förtydligar dock i Laval att utstationeringsdirektivet inte har till syfte att harmonisera systemen för fastställande av arbets- och

anställningsvillkoren i medlemsstaterna. Tvärtom är medlemsstaterna fria att på nationell nivå välja ett annat system än de system som uttryckligen anges i direktivet (C-341/05 *Laval un Partneri* p 68). Detta handlingsutrymme begränsas på så sätt att systemet inte får hindra tillhandahållandet av tjänster mellan medlemsstaterna.

Det här betyder att EU-domstolen egentligen inte underkände det svenska kollektivavtalssystemet och därmed inte heller det svenska införlivandet av utstationeringsdirektivet. Det som underkändes i Laval var de kollektivavtalskrav som ställdes, tillsammans med de stridsåtgärder som vidtogs för att få igenom kraven. En högst trolig gissning är därför att om de kollektivavtalskrav som ställdes hade varit klara och förutsägbara minimikrav inom ramen för utstationeringsdirektivets hårda kärna, skulle EU-domstolen inte funnit avtalskraven och stridsåtgärderna oförenliga med EU-rätten (dock med undantag för lex Britannia som underkändes för att den stred mot nationalitetsdiskrimineringsförbjudet, eftersom det var möjligt att undanträffa utländska kollektivavtal).

Saco förordade i samband med Lavalutredningens arbete minsta möjliga ingrepp i det svenska kollektivavtalssystemet. Mot bakgrund av de problem och oklarheter som Saco såg inför valet av metod för att fastställa lön och andra villkor inom den hårda kärnan, ville Saco att en fjärde metod som låg utanför utstationeringsdirektivet skulle övervägas. Utgångspunkten skulle då ha varit den ordning som gällde innan Laval, dock med de krav som följer av EU-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för tjänster, vilka genom Lavaldomen inkluderar utstationeringsdirektivet. Det skulle då bli parternas ansvar att se till att avtalskrav i samband med stridsåtgärder är förenliga med EU-rätten.

Saco bedömde att denna möjlighet i flera avseenden skulle leda till minsta ingrepp i parternas autonomi och i balansen mellan konkurrentrande parter på arbetsmarknaden. En sådan modell skulle samtidigt lägga ett stort ansvar på parterna och på ett fackförbund som vill kräva kollektivavtal ytterst med stöd av stridsåtgärder. Inte minst EU-domstolens Lavaldom och Arbetsdomstolens slutliga dom i Laval (AD 2009 nr 89), visar att det är vanskligt för en fackförening att förutse hur EU-domstolen vid en eventuell prövning kan komma att tolka EU-rätten i det enskilda fallet när stridsåtgärder vidtas.

EU-domstolens tolkning av EU-rätten i Laval var långt ifrån given och därför föga förutsägbar. Om inte annat visar det sig genom de relativt stora skiljelinjerna mellan EU-domstolens dom och generaladvokatens förslag till avgörande i målet. De fackliga organisationerna följe svensk rätt. De fick också stöd för sina åtgärder i Arbetsdomstolens interimistiska beslut (AD beslut 2004 nr 111), där domstolen inte bedömde stridsåtgärderna olovliga. Trots detta fann Arbetsdomstolen i dess slutliga dom att de fackliga organisationerna var skadeståndsskyldiga och dömdes ut ett betydande skadestånd samt att organisationerna fick betala motpartens omfattande rättegångskostnader. Frågan är dock om en liknande utgång skulle vara möjlig idag, inte minst med tanke på att ILO:s expertkommitté senare funnit att de fackliga organisationernas föreningsfrihet allvarligt kränktes genom det ådömda skadeståndet (*Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Report III (Part 1A)*).

2.5 Vilken väg valde Sverige att gå?

Den 15 april 2010 trädde lex Laval i kraft. Det innebar flera förändringar i den svenska utstationeringslagen och även i medbestämmelagen. Jag kommer här inte att gå igenom alla förändringar, utan istället tar jag upp förändringar som relaterar till de frågeställningar jag behandlat här.

I och med lex Laval finns det nu i den svenska utstationeringslagen, till skillnad från tidigare, bestämmelser som berör lönevillkor. De villkor som kan krävas genom stridsåtgärd ska avse en tydligt definierad minimilön. Med den lösning som lagstiftaren valde så införs dock inte någon skyldighet för arbetsmarknadens parter att införa minimilön eller lägstalöner. Detta är fortfarande en fråga som parterna förfogar över.

Vad gäller valet av metod för att fastställa lön och andra villkor inom den hårda kärnan så valde Lavalutredningen att föreslå en lösning inom ramen för artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet. Det var det första alternativet som utredningen stannade för, det vill säga kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.

Enligt den nya lagregeln ska de villkor som kan krävas genom stridsåtgärd motsvara villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Av förarbetena till lagen framgår tydligt att alla 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 avgöras med ledning av avtalets principiella tillämpningsområde.

Saco var nöjd med denna lösning och ansåg att den valda metoden rymmer inom den svenska kollektivavtalsmodellen och möjliggör för parterna att, inom ramen för den hårda kärnan, förhandla fram villkoren i kollektivavtalet. Saco poängterade samtidigt att 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 handla om yrkeskategorier, arbetare och tjänstemän, men också akademiker inom en bransch.

De praktiska erfarenheterna av lex Laval har i princip uteblivit. Hittills har inget fackförbund vidtagit stridsåtgärder med stöd av lagstiftningen. Det är därför svårt att veta om tillämpningen av lagstiftningen och den modell som infördes skulle kunna innebära några problem och om bedömningen att alla svenska branschavtal rymmer inom den modell som valdes med stöd av artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet håller. Effekterna av lex Laval har snarare varit indirekta genom att lagstiftningen tillsammans med Arbetsdomstolens dom sannolikt hämmat fackförbundens stridsvilja.

2.6 Epilog

Idag, tidig vår 2015, ser två olika utredningar över utstationeringsreglerna. En utredning, som tillsattes hösten 2012 efter ett tillkännagivande från riksdagen, är den parlamentariska utstationeringskommittén som består av representanter för de politiska partierna i riksdagen (kommittédirektiv 2012:92). Kommittén har därefter fått tilläggsdirektiv (kommittédirektiv 2014:149) av den nya regering som tillträdde hösten 2014. Det övergripande uppdraget är att utvärdera lex Laval. Kommittén ska enligt tilläggs-

direktiven också överväga vilka lagändringar och eventuella andra åtgärder som krävs för att stärka kollektivavtalens ställning i utstationeringssituationer. Uppdraget ska redovisas senast den 31 maj 2015.

Socialdemokraterna, som idag regerar tillsammans med Miljöpartiet, gick till val med löftet att riva upp lex Laval och att svenska kollektivavtal ska gälla fullt ut för alla som arbetar i Sverige. Om regeringen får igenom sin vilja kan vi räkna med förändringar i lex Laval och att de begränsningar i det svenska kollektivavtalssystemet som följde efter Lavaldomen åtminstone delvis kommer att tas bort.

Den andra utredning som tillsattes sommaren 2014 (kommittédirektiv 2014:81 samt tilläggsdirektiv 2014:150) har i uppdrag att se över genomförandet av EU:s direktiv om tillämpning av utstationeringsdirektivet (direktiv 2014/67/EU om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster). Utredningens uppdrag ska redovisas senast den 31 mars 2015.

Lex Lavals framtid ska också ses i ljuset av den kritik som både ILO:s expertkommitté och Europarådets kommitté för sociala rättigheter riktat mot lagstiftningen. Om kritiken hörsamas krävs det av den svenska regeringen att den genomför ändringar i lex Laval.

Samtidigt pågår i Sverige och i EU en livlig debatt om minimilönelagstiftning. Allt fler svenska aktörer, bland andra fackförbund och forskare, anser att Sverige bör överväga möjligheten att införa ett system med allmäntigförklaring av kollektivavtal. Så även om lex Laval i stora delar hittade lösningar inom ramen för den svenska kollektivavtalsmodellen och vi framöver kan få ytterligare anpassningar till vår modell, så har trycket på förändringar ökat. Vi kan endast spekulera över om vi skulle ha sett en sådan utveckling i debatten utan EU-domstolens Lavaldom.

3. Det danske RUT-register

Flemming Dreesen⁴

3.1 Indledning⁵

Udenlandske virksomheder, som leverer tjenesteydelser i Danmark, og som udstationerer medarbejdere i den forbindelse, har siden 2008 haft pligt til at anmeld en række oplysninger i det såkaldte RUT-register. Register for udenlandske tjenesteydere (RUT) bliver i Danmark anset som et centralt redskab for myndigheder og arbejdsmarkedets parter til kontrol af udenlandske virksomheder og deres ansatte, når de udstationerer medarbejdere til Danmark.

Krav om at udenlandske virksomheder skal forhåndsanmelde oplysninger kendes også i andre nordiske lande.

Håndhævelsesdirektivet fra 2014 giver mulighed for, at en medlemsstat kan forpligte en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, til "at afgive en simpel erklæring til de ansvarlige nationale kompetente myndigheder".

Udstationeringsdirektivet er i Danmark gennemført i udstationeringsloven fra 1999. I udstationeringsloven er også indsat den løsning, som er den danske reaktion på navnlig EU-Domstolens afgørelse i Laval-sagen og reglerne om RUT. Der er tale om en minimumsimplementering bl.a. i den

⁴ Ansættelsesretschef i DA, Dansk Arbejdsgiverforening.

⁵ Jeg vil ikke anvende terminologien "social dumping", da dette er et unøjagtigt værdibegreb.

forstand, at Danmark ikke har fastsat bestemmelser om mindsteløn i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, a). At direktivet ikke skulle medføre indførelse af en dansk lovbasert mindsteløn eller alment gældende kollektive overenskomster, var arbejdsmarkedets parter enige om ved implementeringen, og ligeledes når spørgsmålet i kraft af en revisionsbestemmelse i loven eller ved Laval-løsningen har været drøftet siden.

3.2 Hvad er RUT

3.2.1 Den danske stats officielle register

Udenlandske tjenesteydere (virksomheder), som udstationerer lønmodtageure i Danmark, og udenlandske selvstændige har pligt til at anmeldе en række oplysninger til RUT. Anmeldelsen sker elektronisk. Reglerne fremgår navnlig af den danske udstationeringslov kapitel 3 a (§§7 a-7 e).

Registreringen i RUT fritager ikke virksomheder eller medarbejdere for registreringer, der i øvrigt f.eks. måtte være nødvendige om skatte- og afgiftsforhold eller social sikring.

På registrets egen hjemmeside bliver det oplyst, at det er "den danske stats officielle register til at anmelde udenlandske tjenesteydelser". Registrering kan ske på dansk, tysk, engelsk og polsk. Der er forskellige indgange til registret: www.virk.dk: Arbejdstilsynet, www.posting.dk og Beskæftigelsesministeriets hjemmeside.

En række særlige ydelser er undtaget fra registrering i RUT.⁶

⁶ Deltagelse i seminarer og konferencer, professionelle artister og professionelle idrætsudøvere og -trænere i enkeltstående begivenheder, forretningsrejser, regnskab og revision i op til otte dage, cabotage-kørsel, samt virksomhedsintern udstationering i op til otte dage, som ikke angår bygge- og anlægsvirksomhed, landbrug, skovbrug og gartneri, rengøring, herunder vinduespudsning og hotel- samt restaurationsvirksomhed.

3.2.2 Oplysninger, der skal anmeldes

Den udenlandske virksomhed, som udstationerer lønmodtagere, skal anmeldе:

- Virksomhedens navn og adresse m.v.
- Dato for levering af tjenesteydelsen.
- Arbejdssteder.
- Kontaktperson.
- Branchekode og eventuelt momsnummer i udlandet.
- Identiteten af de udstationerede medarbejdere og udstationerings-periodens varighed (navn, statsborgerskab, identitetsnumre m.v. fødselsdato og start- samt slutdato af udstationeringen).

Virksomheden kan om sine udstationerede medarbejdere også registrere oplysninger om A1-attest om social sikring og erhvervsmæssige kvalifikationer efter anerkendelsesdirektivet.

Enhver, der udfører arbejde i Danmark, skal efter anmodning fra Arbejdstilsynet opgive eget navn og navn på virksomheden, som vedkommende arbejder for, til brug for kontrol med anmeldelsespligten i RUT.

En udenlandsk virksomhed, der ved udførelse af arbejde i Danmark leverer tjenesteydelser uden at udstationere lønmodtagere til Danmark (selvstændige), skal ligeledes anmelde sig til registret.

Oplysningerne skal være anmeldt senest samtidig med, at arbejdet i Danmark bliver påbegyndt. Ændringer af oplysningerne skal være anmeldt senest førstkommende hverdag, efter at ændringen er foretaget.

3.2.3 Hvervgiveransvar

Hvis tjenesteydelsen angår bygge- og anlægsvirksomhed, rengøringssyddeler eller landbrug, skovbrug og gartneri, har bestilleren/hvervgiveren medansvar for anmeldelsen i RUT.

Hvervgiveransvaret omfatter også private (ikke erhvervsdrivende) personer. Den udenlandske virksomhed skal give hvervgiver en kvittering for registreringen i RUT. Hvis hvervgiver henvender sig til Arbejdstilsynet inden tre dage om manglende registrering, er hvervgiver straffri.

3.2.4 *Straf*

Overtrædelsen af anmeldelsespligten, herunder hvervgiveransvaret, kan blive straffet med bøde. Arbejdstilsynet kan udstede et administrativt bødeforlæg.⁷ Bødeniveauet er 10.000 DKK i almindelige tilfælde.⁸

3.2.5 *Anvendelse af oplysningerne*

Arbejdstilsynet har hovedansvaret for kontrollen med udenlandsk arbejdskraft. Arbejdstilsynet vil f.eks. kunne trække på oplysningerne i RUT-registret i forbindelse med tilrettelæggelsen og gennemførelsen af tilsynet over for udenlandske virksomheder. Skattemyndighederne trækker på oplysningerne i registret med henblik på kontrol af skatereglerne. Tilsvarende adgang har andre myndigheder. Derudover indgår oplysningerne i statistik.

Nogle af oplysningerne i registret er tilgængelige for offentligheden. Alle offentlige myndigheder kan se alle registrerede informationer vedrørende virksomheden. Andre, herunder private, har også adgang til oplysninger om f.eks. arbejdssted, men ikke medarbejdernes identitet.

Fagforeninger har således indsigt i oplysninger i RUT. De kan bruge oplysningerne til at kontakte den udenlandske virksomhed om indgåelse af kollektiv overenskomst, herunder varsle kollektive kampskridt.

⁷ Arbejdstilsynet kan give de udenlandske virksomheder forslag til en bøde (bødeforlæg). Hvis virksomheden ikke vil acceptere denne administrativt indstillede bøde, fortsætter sagen som en retssag. Bødeforlæg bliver ikke brugt over for hvervgivere. Det er i øvrigt politiet, der på baggrund af Arbejdstilsynets oplysninger, har ansvaret for at efterforske og sanktionere.

⁸ Som følge af finanslovsaftalens for 2015 mellem den danske regering og støttepartier er bøden ved overtrædelse af anmeldelsespligten til RUT hævet med 100 %, anden gang reglerne bliver overtrådt.

3.3 Rids over udviklingen af RUT

3.3.1 Udvidelse med øst-og centraleuropæiske medlemsstater

Baggrunden for registrets oprettelse var udløbet af overgangsordningen fra 2004 i forbindelse med udvidelsen af EU, hvorefter der var krav om arbejds- og opholdstilladelse og om danske vilkår, når arbejdstagere fra de nye øst- og centraleuropæiske medlemsstater arbejdede i Danmark. Registret skulle sikre, at der er et overblik – et ”styreredskab” – vedrørende antallet af udenlandske arbejdere/tjenesteydere i Danmark.⁹

Registret afløste en tilsvarende registrering efter skattereglerne inden for bygge og anlæg. Her påhvilede registreringspligten alene den danske brugervirksomhed/hvervgiver.¹⁰

3.3.2 Ligevægt mellem udenlandske og danske virksomheder

Registret skal efter lovforslaget fra 2008 (L 70, Folketinget 2007–08) sikre ligevægt mellem danske og udenlandske virksomheder, da virksomheder, der er etableret eller har fast driftssted i Danmark, er underlagt pligt til registrering. Oplysninger om virksomheden og ansatte er derfor tilgængelige via offentlige registre. I det centrale virksomhedsregister (CVR) er bl.a. oplysninger om virksomheden, dens adresse og antal ansatte også tilgængelige for offentligheden. Tilsvarende oplysninger var ikke tilgængelige om udenlandske virksomheder, der udstationerede ansatte til Danmark.

⁹ Den danske organisering af drøftelser om udenlandsk arbejdskraft består af tre led: En politisk forligskreds, en følgegruppe med deltagelse af embedsmænd og arbejdsmarkedets parter samt jævnlige kontaktmøder nationalt og regionalt mellem myndigheder og arbejdsmarkedets parter om kontrolindsatsen.

¹⁰ Skattekontrollov § 7 E blev indført i 1995 bl.a. på baggrund af erfaringerne med bygningen af Storebæltstunnelen.

Myndighederne fik med registret et forbedret datagrundlag med henblik på et mere effektivt og målrettet tilsyn med, at også udenlandske virksomheder og deres ansatte, som midlertidigt opererer i Danmark, overholder danske regler, f.eks. arbejdsmiljølovgivningen og skatte- og afgiftslovgivningen.

En række oplysninger blev tillige gjort tilgængelige for offentligheden. Dette er efter lovforslaget navnlig møntet på de faglige organisationer for at "blandt andet tilgodese arbejdsmarkedets parters muligheder for at sikre de udstationerede lønmodtagere løn- og arbejdsvilkår svarende til niveauet i Danmark".

Senere i 2008 blev der indsat en ny bestemmelse i udstationeringslovens § 6 a, som er den danske opfølgning på EU-Domstolens afgørelse i navnlig Laval-sagen. Bestemmelsen sikrer, at fag forbundene kan bruge konfliktvåbnet, herunder via oplysningerne fra RUT.

Registret er ændret flere gange.

3.3.3 *Andre tiltag i Danmark om udenlandsk arbejdskraft*

RUT er kun en del af den palet af tiltag, der er gennemført i navnlig de sidste 10 år i Danmark om udenlandske virksomheder og udenlandske arbejdstagere. Temaer om udenlandsk arbejdskraft og stramninger i RUT har været et fast tema under de seneste års finanslovsforhandlinger.

3.4 Den EU-retlige baggrund for RUT

Lovforslaget fra 2008 henviser til udstationeringsdirektivets artikel 3, hvorefter medlemsstaterne bl.a. skal påse, at udstationerede lønmodtagere bliver sikret de arbejds- og ansættelsesvilkår, der gælder i værtsmedlemsstaten. Medlemsstaterne skal endvidere efter direktivets artikel 5 sikre overholdelse af direktivet. Det bagvedliggende retlige grundlag vil i øvrigt være TEUF artikel 56 og 57 om fri bevægelighed. Med håndhævelsesdirektivet fås dog en direktivretlig ramme; se nedenfor under 3.5.

3.4.1 Simpel forudgående erklæring

Lovforslaget fra 2008 bygger navnlig på Europa-Kommissionens meddelelse fra 2006 "Retningslinjer for udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser" KOM(2006) 159. Kommissionen gennemgår på baggrund af bl.a. EU-Domstolens retspraksis de administrative procedurer, som værtsmedlemsstaten inden for fællesskabsretten kan kræve for at kontrollere, at udstationeringsdirektivets bestemmelser om arbejdsvilkår bliver overholdt under udstationeringen.

Kommissionen konkluderer i meddelelsen "på grundlag af gældende retspraksis, at værtsmedlemsstaten med henblik på at kontrollere overholdelsen af direktivets bestemmelser om arbejdsvilkår under hensyntagen til proportionalitetsprincippet bør kunne kræve, at tjenesteyderen senest ved påbegyndelsen af de pågældende aktiviteter indgiver en erklæring med oplysninger om de udstationerede arbejdstagere samt tjenesteydelsernes varighed, sted og art".

Kommissionen anfører også i meddelelsen, at disse "erklæringer synes at have til formål dels at give de nationale myndigheder mulighed for at kontrollere de oplysninger om udstationeringen, der opnås ved inspektion på stedet, dels at hjælpe de nationale arbejdstilsyn i deres risikovurdering med henblik på at fokusere deres indsats på de mere risikobetonede situationer eller virksomheder".

I meddelelsen henviser Kommissionen bl.a. til EU-Domstolens afgørelser i C-43/93, Vander Elst, C-244/04, Kommissionen mod Tyskland og C-445/03, Kommissionen mod Luxemborg. Nævnes kan også C-168/04, Europa-Kommissionen mod Østrig og senere C-219/08, Kommissionen mod Belgien, C- 515/08, Santos Palhota samt C-319/06, Kommissionen mod Luxemborg.

I sagen C-91/13, Essent, henviste EU-Domstolen i september 2014 i en art obiter dictum i præmis 57 og 58 til, "en simpel forudgående erklæring" som alternativ til anden kontrol ved udstationeringer. I sagen C-315/13 de Clerq om det belgiske LIMOSA, udtalte Domstolen i december 2014, at hvergiveransvar kan indgå et sådant system og bekræftede

i øvrigt sin praksis, jf. præmis 71,¹¹ herunder at der kan kræves en forudgående erklæring.

Den verserende sag C-56/14, De Beukeleer, vedrører også hervgiveransvar i det belgiske LIMOSA. Den forelæggende domstol inddrager tillige om modtagerens rettigheder i tjenesteydelsesdirektivet.¹²

3.4.2 Kun begrundede foranstaltninger

EU-Domstolens ramme for forudgående registreringer er, at der er tale om "en simpel forudgående erklæring", som ikke bliver anvendt og indhentet til brug for en forudgående kontrol, men til den nødvendige kontrol i forbindelse med tjenesteydelsens udførelse.

Det følger endvidere af EU-Domstolens øvrige praksis, at kontrolforanstaltninger, der er nødvendige for at sikre opfyldelse af krav, som i sig selv er begrundede i almene hensyn, er berettigede. Denne kontrol må dog ikke gå ud over fællesskabsrettens grænser, herunder kravene til proportionalitet, og ikke gøre den frie udveksling af tjenesteydelser illusorisk eller mindre tilstrækkende.

EU-domstolens afgørelse i C-577/10, EU-Kommissionen mod Belgien, vedrørte krav i det belgiske LIMOSA om forhåndsregistreringer af selvstændige erhvervsdrivende, som EU-Domstolen underkendte som ubegrundede. Afgørelsen fra december 2014 i C-513/13, de Clerq, kan også bruges til at illustrere, at medlemsstaten skal kunne begrunde sin foranstaltning. Dette kunne Belgien i den sag og således også et hervgiveran-

¹¹ ... "at Domstolen har (allerede) fastslættet, at en forpligtelse for en arbejdsgiver med hjemsted i en anden medlemsstat til forud for udstationeringen at give myndighederne i værtsmedlemsstaten meddelelse om tilstedsvarrelsen af en eller flere udstationerede arbejdstagere, der skal udstationeres, den påtænkte periode for denne tilstedsvarrelse og den eller de tjenesteydelser, der begrunder udstationeringen, er en effektiv og forholdsmaessig foranstaltung, der gør det muligt for disse myndigheder dels at kontrollere overholdelsen af værtsmedlemsstatens social- og ansættelseslovgivning i udstationeringsperioden under hensyntagen til de forpligtelser, som denne arbejdsgiver allerede er pålagt i medfør af socialretten i oprindelsesmedlemsstaten, dels at bekæmpe svig.."

¹²"Art. 19. Forbudte restriktioner. Medlemsstaterne må ikke stille krav til en tjenestemodtager, der begrænser anvendelsen af en tjenesteydelse, som bliver udført af en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, herunder navnlig: a) at tjenesteyderen skal indhente en tilladelse fra deres kompetente myndigheder eller afgive en erklæring til disse..."

svar i en national ordning med forudgående meddelelse (og ikke som i RUT senest ved påbegyndelsen af tjenesteydelsen). Dette medfører derimod ikke, at Danmark, uden at kunne dokumentere et krav om forudgående registrering som begrundet i Danmark, kan indføre dette.

3.5 Håndhævelsesdirektivet

3.5.1 *Håndhævelsesdirektivets artikel 9*

I artikel 9, stk. 1, præciseres:

"Medlemsstaterne må kun indføre administrative krav og kontrolforanstaltninger, der er nødvendige for at sikre effektiv overvågning af overholelsen af de forpligtelser, som er fastsat i dette direktiv og i direktiv 96/71/EF, hvis disse er berettigede og forholdsmaessige i forhold til EU-retten."

Efter håndhævelsesdirektivets artikel 9, stk. 1, a), kan medlemsstaterne indføre:

"en forpligtelse for en tjenesteyder, der er etableret i en anden medlemsstat, til at afgive en simpel erklæring til de ansvarlige nationale kompetente myndigheder senest ved påbegyndelsen af udførelsen af tjenesteydelsen på det (eller et af de) officielle sprog i værtsmedlemsstaten eller et andet (eller andre) sprog, der accepteres af værtsmedlemsstaten, med de relevante oplysninger, der er nødvendige for at kontrollere de faktiske forhold på arbejdspladsen, herunder:

- tjenesteyderens identitet
- det forventede antal tydeligt identificerbare udstationerede arbejdstagere
- de personer, der er nævnt i litra e) og f)[kontaktpersoner m.v.]
- udstationeringens forventede varighed og planlagte begyndelsesdato
- slutdato
- arbejdspladsens adresse(r)
- arten af de tjenesteydelser, der begrunder udstationeringen."

Medlemsstaterne kan efter artikel 9, stk. 1, b)-f), kræve, at den udenlandske virksomhed udpeger en kontaktperson og skal opbevare, udlevere og oversætte følgende dokumenter og gøre dem tilgængelige: ansættelsespapirer, lønsedler, arbejdsmeddelelser, herunder om daglig udført arbejdstid samt dokumentation for lønbetaling,

Om krav om yderligere krav end nævnt i direktivet hedder det i artikel 9, stk. 2, at medlemsstaterne (kun):

"kan indføre andre administrative krav og kontrolforanstaltninger, i tilfælde af, at der opstår situationer eller en ny udvikling, hvor de eksisterende administrative krav og kontrolforanstaltninger ikke forekommer tilstrækkelige eller virkningsfulde nok til at sikre effektiv overvågning af overholdelsen af de forpligtelser, der er fastsat i direktiv 96/71/EF og i nærværende direktiv, forudsat at disse er berettigede og forholdsmaessigt afpassede."

3.5.2 Skærpet overvågning fra Europa-Kommisionen

I henhold til 9, s artikel 2–5, vil kommissionen nøje følge medlemsstaternes anvendelse af artikel 9, stk. 1, og særligt yderligere foranstaltninger efter artikel 9, stk. 2, med henblik på, om de overholder EU-lovgivningen.

3.5.3 Den nye forankring i håndhævelsesdirektivet

Adgangen for medlemsstaterne til at kræve forhåndsoplysninger af udenlandske tjenesteudbydere er indtil håndhævelsesdirektivets ikraftræden forankret i TEUF, artikel 56 og 57, (senest bekræftet af EU-Domstolen i afgørelsen i C-315/13 de Clerq), men får nu via artikel i håndhævelsesdirektivets artikel 9 en retlig ramme, som skal overholdes. Håndhævelsesdirektivet stiller i øvrigt krav om et øget myndighedssamarbejde og bedre håndhævelse.

Håndhævelsesdirektivet vedrører alene udstationeringsdirektivet og f.eks. ikke forhåndsregistreringer af andre hensyn. Direktivet bygger på den almindelige EU-ret. jf. også indledningen i artikel 9, stk. 1. Det må medføre, at både de krav, som en medlemsstat kan kræve efter artikel 9, stk. 1 a), men særligt de, som en medlemsstat indfører i henhold til artikel 9, stk. 2, skal kunne begrundes som berettigede og forholdsmaessige i forhold til EU-etten, herunder TEUF, artikel 56 og 57, om fri bevægelighed.

Det er et spørgsmål, om håndhævelsesdirektivet i EU-Domstolens optik udvider eller indskrænker adgangen for medlemsstaterne til at kræve forhåndsoplysninger af udenlandske tjenesteudbydere. Man kan formentlig antage, at håndhævelsesdirektivet på den ene side kan siges at give en relativ sikker havn, når en medlemsstat utvivlsomt kan henvise til f.eks. en informationsforpligtigelse, der er nævnt i artikel 9, stk. 1. På den anden side vil medlemsstater nok for foranstaltninger, der ikke er udtrykkeligt nævnt i direktivet, stadig kunne henvise til den almindelige EU-ret og direktivets artikel 9, stk. 2, men der vil under alle omstændigheder ske en mere systematisk prøvelse af alle foranstaltninger af Europa-Kommissionen. Som eksempel i relation til RUT kan nævnes muligheden for adgang til oplysningerne i registret for andre end danske myndigheder.

3.6 Registreringssystemer i andre stater, herunder nordiske lande

Pligt for udenlandske tjenesteudbydere til forhåndsregistreringer er kendt fra andre EU-medlemsstater. I en rapport fra kommissionen fra juni 2012 fremgik, at 18 medlemsstater allerede havde sådanne systemer.¹³

3.6.1 *Vanskeligt at sammenligne¹⁴*

Det kan være vanskeligt at adskille registreringer, som skal ske af hen-syn til navnlig skatte- og afgiftslovgivningen fra registreringer af arbejdsmarkedshensyn.

Hertil kommer, at der tillige kan være andre krav til dokumentation m.v., der samlet set kan bidrage til at give et tilsvarende oplysningsniveau, som

¹³ Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union Project DG EMPL/B2 – VC/2011/0015.

¹⁴ Mit grundlag for sammenligninger er alene foregået via nettet. Oplysninger kunne som udgangspunkt blive indgivet på flere sprog og altid på engelsk. Det er vigtigt, at oplysninger om registreringer er umiddelbart tilgængelige på nettet, jf. også håndhævelsesdirektivets artikel 9, stk. 4: "Medlemsstaterne sikrer, at procedurer og formaliteter vedrørende udstationering af arbejdstagere, jf. denne artikel, kan gennem-føres af virksomhederne på brugervenlig vis, på afstand og så vidt muligt ad elektronisk vej."

en forudgående registrering kan give. De forskellige landes oplysningsystemer er dermed nøje knyttet til og kan kun begrundes i et sammenspil mellem den pågældende stats samlede arbejdsmarkedssystem, kollektivretlige system, skattesystem, myndigheder og arbejdsmarkedets parter.

3.6.2 Sverige

I Sverige blev der i 2013 i den svenske udstationeringslov indført et registreringssystem, der ligner RUT. Den udenlandske virksomhed skal anmelde arbejdssted, arbejdstagere og kontaktperson inden påbegyndelsen til det svenske arbejdstilsyn. Den udenlandske virksomhed kan blive strafet med bøde for manglende overholdelse af reglerne på 20.000 SEK. Udstationering på op til fem dage skal ikke anmeldes. Der er offentlig indsigt i oplysninger om arbejdsgiver, arbejdssted, opdragsgiver og branche. Anmeldelse sker elektronisk.

3.6.3 Island

I Island er der et registreringssystem, som er reguleret i den islandske udstationeringslov. Systemet synes også at svare til RUT. Den udenlandske virksomhed skal give oplysninger om virksomheden og medarbejderne. Arbejdsdepartementet kan endvidere anmode om flere oplysninger. Der er en selvstændig pligt til, at virksomheden, hvis udstationeringen varer mere end seks arbejdsdage, skal udpege en kontaktperson. Der er tillige et hervgiveransvar. Ved overtrædelsen kan virksomheder få dagbøder på op til 100.000 ISK.

3.6.4 Norge

I Norge er der et anmeldelsessystem, der primært synes at forfølge et skattemæssigt hensyn. I Norge skal både den udenlandske virksomhed og den norske hervgiver oplyse om brug af en udenlandsk virksomhed og udenlandske arbejdstagere ved bygge- og anlægsarbejder. Oplysningerne bliver indgivet til den norske skattemyndighed og har hjemmel i norsk skattelovgivning. Oplysningerne skal være indgivet snarest efter, at kontrakten er indgået og senest 14 dage efter at arbejdet er påbe-

gyndt. Rapporteringspligten gælder for virksomheder og offentlige myndigheder, men ikke private. Bøde for manglende information er minimum 10.000 NOK.

3.6.5 Finland

I Finland er der et registreringssystem, der primært synes at være møntet på skatteforhold. Der skal f.eks. ske underretning til skattemyndighederne, hvis der bliver udstationeret medarbejdere inden for bygge og anlæg. Finland synes tillige at kunne være eksempel på, at interaktivitet mellem de forskellige dokumentationskilder m.v. kan tilvejebringe samme oplysninger, som ligger i RUT i Danmark.

I henhold til den finske udstationeringslov skal virksomheden udpege en virksomhedsrepræsentant, der ikke behøver at befinde sig i Finland. Denne skal altid have deltaljerede data om medarbejdere og deres ansættelsesforhold liggende. Der er i den finske hæftelsesordning ved entreprise en due diligence-procedure, hvor det indgår, at den udenlandske virksomhed skal oplyse og dokumentere løn- og arbejdsvilkår inden kontraktindgåelsen.

3.6.6 Andre EU-stater

Registre som RUT er som nævnt også kendt i andre medlemsstater. Den danske regering har interveneret til støtte for det belgiske LIMOSA. Det gælder således C-577/10, Europa-Kommissionen mod Belgien, og C-315/13, De Clerq, og C-56/14, De Beukeler, om hvervgiveransvar.

3.7 Antallet af registreringer i RUT

3.7.1 Antal registrerede

Oplysningerne er tilgængelige på www.jobindsats.dk, hvor der sker en månedlig opdatering.

Der er ingen tvivl om, at der stadig er og, navnlig i de første år efter RUT blev etableret, har været en underregistrering i RUT.

Der er kun oplysninger i RUT-registret for de seneste tre år. De selvstændige er opgjort sammen med lønmodtagere.

Antal virksomheder i RUT

		Virksomheder	Gnm. antal personer pr. Virksomhed
Hele landet	2011	2.839	5,2
	2012	4.033	5,1
	2013	3.960	4,9
	1.–2. kvartal 2014	3.964	4,0

Kilde: RUT.

Antal lønmodtagere og selvstændige i RUT

		Personer	Fuldtidspersoner
Hele landet	2011	14.823	3.543
	2012	20.606	4.954
	2013	19.374	4.522
	1.–2. kvartal 2014	16.052	7.271

Kilde: RUT.

Hovedparten af virksomhederne og de udstationerede kommer fra Polen, Tyskland og Litauen. Fra de nordiske lande ligger Sverige højst.

Den gennemsnitlige udstationeringsperiode er 12 uger. Den største gruppe arbejder inden for bygge og anlæg. En anden stor gruppe er landbrug og skovbrug. Der er næsten ingen registreringer inden for hotel og restauration.

3.7.2 Antal sager om overtrædelse

Kontrol af registrering indgår som kontroltemaer hos både skattemyndighederne, politiet og Arbejdstilsynet.

Der er ikke et fuldstændigt billede af sanktioner. Der er et overlap mellem tallene fra politiet og anklagemyndigheden samt Arbejdstilsynet.

Der har fra 2011 til midten i 2014 været 847 sager for politiet. De fleste sager vedrører tjenesteydere.

Fra den 1. juli 2013, hvor Arbejdstilsynet fik adgang til at afgøre sager ved bødeforlæg, til den 1. april 2014 er der udstedt i alt 177 administrative bødeforlæg. 28 blevet accepteret af den udenlandske virksomhed, der

således har erkendt forholdet. 88 er overgivet til politiet på grund af manglende vedtagelse eller indsigelse. I samme periode har Arbejdstilsynet til politiet videregivet 330 sager, som ikke er egnet til bødeforlæg. Arbejdstilsynet har i perioden 2012–1. kvartal 2014 sendt 760 sager til politiet for tiltalerejsning.

Arbejdstilsynet fremhæver i notat af 24. november 2014 om resultatet af myndighedssamarbejdet om udenlandsk arbejdskraft, at det generelle billede er, at udenlandske virksomheder, som er anmeldt i RUT, i højere grad lever op til arbejdsmiljølovgivningen end udenlandske virksomheder, der ikke overholder RUT-anmeldepligten.

3.8 Udfordringer for RUT

Den danske regering arbejdede under forhandlingerne i ministerrådet om håndhævelsesdirektivet for, at registre som RUT fik en forankring i direktivet. Regeringen arbejdede også – efter fælles ønske fra DA og LO – for, at RUT kunne blive anvendt som element i den due diligence-procedure, som medlemsstaterne kan indføre om hæftelsesansvaret efter direktivets artikel 12, stk. 2, jf. betragtning 37. Dette skal nu udmøntes i den danske implementeringsproces.¹⁵

Håndhævelsesdirektivet forholder sig i bestemmelsen ikke til registrering af selvstændige, jf. således C-577/10, Europa-Kommissionen mod Belgien.¹⁶ Håndhævelsesdirektivet omhandler heller ikke hvervgiveransvar. Se ovenfor 3.4. om C-315/13, De Clerq.

¹⁵ Hensigten er, at hvis den danske virksomhed eller hvervgiver i en ordning med hæftelsesansvar i henhold til håndhævelsesdirektivets artikel 12, kan godtgøre, at den udenlandske tjenesteyder er registreret i RUT, er den danske hvervgiver, fri af ansvaret, da både myndigheder og fagbevægelsen have adgang til enten den fornødne kontrol eller fagretlig dækning.

¹⁶ Den danske regering har om EU-Domstolens afgørelse i C-577/10 tilkendegivet, at domstolen: "... principielt anerkender muligheden for at kræve forhåndserklæring fra selvstændige uden ansatte. Imidlertid fastslår dommen, at Belgien ikke har argumenteret godt nok for, at ordningen er proportional" (notat af 9. maj 2013, BEU, 2012–13, bilag 195).

Den danske regering har i sit indlæg i C-56/14, om det belgiske LIMO-SA henvist til fortolkningen af EU-Domstolens praksis, og at denne bliver understøttet af bl.a. håndhævelsesdirektivets artikel 9.¹⁷

Der har i den danske presse været oplysninger om, at den polske regering har henvendt sig til Europa-Kommissionen om RUT. Henvendelsen har efter det oplyste også vedrørt bl.a. offentlighedens adgang til oplysninger i RUT, herunder for konkurrenter og fagbevægelsen. Offentlighedens adgang til oplysninger i RUT-registret er således en af de særlige danske forhold, som ikke fremgår af håndhævelsesdirektivets artikel 9.

Beskæftigelsesministeriet har i september 2013 orienteret Folketinget om, at der er en uformel dialog med kommissionen om anmeldelsespligten for selvstændige i RUT.

17 Udenrigsministeriets notat af 19. maj 2104, EUU 2013–14, almindelig del, bilag 457.

4. Den nordiske model og EU: Implementering af direktiv 96/71/ EF – erfaringer i Island

Magnús Norðdahl¹⁸

4.1 Findes der én nordisk model?

Et af de fælles karakteristika ved de nordiske lande er det vi kalder den nordiske arbejdsmarkedsmodel. Den er kendetegnet ved forholdsvis stærke fagforeninger, som organiserer mellem 55 % og 86 % af alle lønmodtagere. Af andre fælles kendetegn kan nævnes: En blanding af centrale og decentrale overenskomstforhandlinger, en fælles og solidarisk lønpolitik, veletableret trepartssamråd, en stærk og respekteret fredspligt, den fremtrædende rolle den offentlige forligsinstitutioner indtager, indarbejdelse af lønmodtageres almindelige rettigheder og retsbeskyttelse i lovgivning og overenskomster, og endelig fraværet af lovfæstet mindsteløn. På trods af disse fælles hovedtræk er der en del forskel på de nordiske lande. Island adskiller sig på en række måder: Der er en meget høj organiseringssgrad på det private arbejdsmarked, hvor 86 % af lønmodtagere er fagligt organiseret og 70 % af arbejdsgiverne er medlemmer af arbejdsgiverorganisationen, en forholdsvis lille arbejdsretslovgivning, overenskomsternes lovfæstede og automatiske almene gyldighed (*automatic ex-*

¹⁸ Chefjurist på ASÍ, Landsorganisationen på Island.

tension, erga omnes) om minimumsvilkår som den islandske fagforening ser som et verktøj i kampen mod ”social dumping”, løndannelsen er fleksibel, og endelig er beskyttelsen i ansættelsesforhold relativt lav.

Dertil kommer, at Island er et lille land, fjerntbeliggende og uden fælles fysiske grænser med andre lande. Island er ikke medlem af Den Europæiske Union (EU), men er en del af et fælles økonomiske område igennem aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), og har begrænset indflydelse på udviklingen inden for EU. Dette skaber andre udfordringer for det islandske arbejdsmarked og faktisk også andre muligheder hvad arbejdsmarkedet angår end for EU-medlemsstaterne, deriblandt de nordiske lande, som er medlemmer af EU.

De afvigelser som her nævnes, betyder ikke at de andre nordiske lande mere eller mindre er ens. Eksempelvis findes der både i Norge og Finland former for implementering af overenskomsternes *erga omnes*-princip, mens arbejdsmarkedets parter i Danmark indtager en mere omfattende rolle i EU-rettens implementering end tilfældet er i de andre nordiske lande undtagen Island.

Selv om de nordiske landes arbejdsmarkedsmodeller således ikke er identiske, ligner de ifølge forskere hinanden nok til at man kan tale om én model med meget stærke fællestræk. Arbejdsmarkedsmodellen er tæt forbundet med det, som omtales som det nordiske velfærdssystem, og er faktisk en integreret del af det. Disse to systemer supplerer hinanden og udgør tilsammen den nordiske model. Denne model forklarer udmærket hvordan det er lykkedes de nordiske lande at værne om deres grundlæggende værdier under og efter de sidste årtiers økonomiske kriser, og hvordan det er lykkedes for dem alle at minimere arbejdsløsheden. (Simon Sturm 2013. *Are corporatist labour markets different? Labour market regimes and unemployment in OECD countries*. International Labour Review. Vol. 152. Bls. 237). Når man derimod diskuterer arbejdsmarkedsmodellen og implementering af EU-retsakter, bør man tage i betragtning, at de nordiske EØS-stater (Island og Norge) har en særstilling med hensyn til implementering af EU-retsakter. Domme i Højesteret i Island og Norge tilkendegiver tydeligt at EØS-staternes domstole har mulighed for – og lov til – at tiltage sig en bredere hjemmel til at beskytte deres arbejdsmarkedsmodeller end de andre nordiske lande, når det drejer sig om EU-lovgivningen (se nærmere i kap. 2).

Det er i dette lys, at der nedenfor gøres rede for den trinvise implementering af direktiv nr. 96/71/EF i Island.

4.2 EØS-ret og national lovgivning

Samspillet mellem islandsk lovgivning og EØS-retsakter adskiller sig grundlæggende fra samspillet mellem EU-retten og EU's medlemsstaters nationale lovgivning.

EØS-lovgivningens hovedregel hvad dette angår finder man i EØS-aftalens protokol 35, hvor der står: "Såfremt der opstår kollision mellem EØS-regler som er trådt i kraft, og andre parlamentarisk vedtagne love, forpligter EFTA-staterne sig til, såfremt det er påkrævet, at indføre lovbestemmelser om at EØS-reglerne skal gælde i sådanne tilfælde." EØS-domstolen har tolket protokollen på den måde, at en EØS-regel som er blevet inkorporeret i national lovgivning, skal have forrang for en modstridende bestemmelse i national lovgivning (se f.eks. sag E-1/07).

Protokollen blev inddraget i islandsk lov som lovfortolkningsregel, men artikel 3, lov nr. 2/1993, siger: "Så vidt det er relevant skal love og regler fortolkes i overensstemmelse med EØS-aftalen og de regler som bygger på den." Islands Højesteret har i nogle tilfælde behandlet denne lovbestemmelse. Første gang det skete, i 2003 (HRD 477/2002), mente man at EØS-aftalens regel om forbud mod en bestemt beskatning burde anses som en særregel med forrang over en ældre lovbestemmelse som var i strid mod særregelen. I senere domme nærmer Islands Højesteret sig emnet på en anden måde, og en dom fra januar 2013 (HRD 10/2013) siger:

"I artikel 3, lov nr. 2/1993, står, at love og regler, i den grad det er relevant, skal tolkes i overensstemmelse med EØS-aftalen og de regler der bygger på den. Det fremgår af Højesterets dom af 9. december 2010, i sag nr.

79/2010, at lovfortolkning jf. lov nr. 1/1993, artikel 3, i følge sagens natur også handler om at sproget i islandske love, så vidt muligt, afspejler en betydning som rummes af og som nærmest muligt svarer til de fælles regler som skal gælde inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.

En lovfortolkning af den art kan imidlertid ikke føre til at man ser bort fra formuleringen i islandsk lov, som der står i dommen [i kursiv]."

Dette betyder helt enkelt at EØS-regler ikke har forrang for islandsk ret, og samtidig at Island ved implementering af EØS-ret forbeholder sig mere fleksibilitet end EU-medlemsstaterne har.

Norges Højesteret har indtaget en holdning, som ikke adskiller sig meget herfra. I en sag fra 2000, (HR-2000-49-B) blev den norske trafiklovs bestemmelser om skadeserstatning behandlet, men i en rådgivende udtalelse fra EØS-domstolen blev den anset for delvis at stride imod EØS-ret samt tre bestemte EU-direktiver som Norge mente at have implementeret. I sin konklusion kommer Norges Højesteret frem til at: "... i norsk rett gjelder et såkalt presumsjonsprinsipp, hvoretter en lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, og dermed i samsvar med de tre EØS-direktivene. I dette tilfelle hadde man å gjøre med en bestemmelse som vanskelig kunne forstås på flere måter. Dersom den skulle settes til side, ville man være utenfor det som med rimelighet kunne anses som en tolkning av bestemmelsen, og dette ville nærmest innebære at de ikke gjennomførte direktivene ble gitt direkte virkning med forrang fremfor formell lov. Det ville bli problematisk for private rettssubjekter om de ikke skulle kunne innrette seg etter gjeldende norsk lov...". Her er konklusjonen den samme som Islands Højesterets, dvs. at EØS-ret ikke har forrang over national lovgivning.

I en senere dom fra marts 2013 (HR-2013-0469-A) behandlede Norges Højesteret vigtigheden af det som i dommen kaldes "den norske arbejdslivsmodellen", og hvorvidt den og bestemte dele af den (overenskomstens erga omnes-effekt i henhold til en specifik beslutning) kunne nyde beskyttelse under bestemmelser i artikel 3.10 i direktiv nr. 96/71/EF om udstationerede arbejdstagere, hvor undtagelser fra direktivets regler på baggrund af bestemmelse om grundlæggende retsprincipper (public policy provision) behandles og hvori står: "Dette direktiv er ikke til hinder for, at medlemsstaterne under iagttagelse af traktaten uden forskel pålægger nationale virksomheder og andre staters virksomheder: – arbejds- og ansættelsesvilkår på andre områder end dem, der er nævnt i stk. 1, første afsnit, for så vidt der er tale om grundlæggende retsprincipper," Norges Højesteret konkluderede, at det kunne være tilfældet, og i dommen står der (stk. 161): "Spørsmålet er om bestemmelser av betydning for stabiliteten i en slik grunnleggende samfunnsordning kan sies å angå "offentlig orden" i direktivets forstand. Ut fra den redegjørelse departementet gir i

Ot.prp. nr. 88 (2008–2009) må dette etter min oppfatning langt på vei kunne besvares bekreftende.”

I samme dom gjorde Norges Høyesteret også brug af sit råderum til at fravige EØS-domstolens rådgivende udtalelser, men i dommen står der (stk. 94):

”... at Høyesterett ikke skal legge EFTA-domstolens uttalelse uprøvet til grunn, men har både myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad dette skal gjøres. På denne bakgrunn kan jeg ikke se at Høyesterett er formelt avskåret fra å bygge på et avvikende syn.”

Dette forhold mellem EØS-ret og det enkelte lands nationale lovgivning, som afspejles i dommene fra Høyesteretten i Island og Norge, er fuldstændig forskelligt fra forholdet mellem EU-retten og det enkelte medlemslands lovgivning, og dermed også fra de regler som gælder i Danmark, Sverige og Finland i kraft af deres medlemskab af EU. Der har EU-Domstolen for længst slætt fast at EU-retten har forrang over medlemssternes lovgivning (Costa v. ENEL, sag nr. 6/64), samt at EU-regler kan have direkte retsvirkning i national lovgivning uden at de er blevet implementeret. Man kan heller ikke se bort fra at EU's kompetence på det sociale område blev markant større med Amsterdamtraktaten i 1997 (som EØS-landerne ikke er bundet af) og heller ikke den udvikling inden for EU-retten, at EU's direktiver på grund af harmoniseringsprinsippet kan få ”indirect horizontal effect”.

Derfor konkluderer jeg, at både Island og Norge har større råderum end de andre nordiske lande til at værne om deres respektive arbejdsmarkedsmodeller og dermed om den nordiske arbejdsmarkedsmodel, når det gælder EU-rettens udvikling som EØS-landerne ser som truende for sine arbejdsmarkedsmodeller. Dette indebærer ikke stillingtagen til, hvorvidt Islands situation er bedre uden for EU end inden for. Det er et åbent spørgsmål, som heller ikke vil blive besvaret, før det afklares i de medlemsforhandlinger med EU som man p.t. har lagt på is.

4.3 Implementering af direktiv 96/71/EØF i Island

4.3.1 Oprindelig implementering ved lov nr. 54/2001

Der blev arbejdet på direktivets ikraftræden i løbet af 1999 og 2000 hvor Landsorganisationen i Island (ASÍ) deltog i alle faser af forberedelsen. Da et lovforslag om udstationerede arbejdstagere blev fremsat i 2001, kritiserede ASÍ forslagets indhold for ikke at gå langt nok for at beskytte det islandske arbejdsmarked. I ASÍ's udtalelse om lovforslaget står der bl.a.:

"Her i landet er det hovedreglen at aftalte løn- og andre arbejdsvilkår for arbejdstagere i henhold til overenskomster er minimumsvilkår som den enkelte lønmodtager ikke kan frasige sig. Dette fremgår som bekendt af lov nr. 55/1980, artikel 1. Loven gælder for alle lønmodtagere som arbejder i Island, hvad enten den der betaler lønnen er islandsk eller udenlandsk, hvad enten vedkommende er hjemmehørende i Island, inden for EØS-området eller et andet sted."

På denne baggrund foreslog ASÍ, at alle bestemmelser i islandske overenskomster skulle gælde om løn og andre vilkår, for så vidt som de har *erga omnes*-effekt i henhold til lov nr. 55/1980, og i betragtning af at der er forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet, skal udstationerede arbejdstagere have samme løn som andre på det islandske arbejdsmarked, dvs. den til enhver tid gældende markedsløn. Det slog ikke igennem, og en forholdsvis simpel lovgivning om udstationerede arbejdstagere blev vedtaget, hvor der udelukkende blev henvist til de vigtigste gældende lovbestemmelser omkring minimumsvilkår, arbejdsmiljø m.m.

4.3.2 Overenskomst om udlændinge på det islandske arbejdsmarked 2004

De følgende år strømmede et stort antal udenlandske arbejdere til Island, hovedsagelig i forbindelse med store kraftværksanlæg og ekspansion i byggebranchen. Der kom en del sager op om overtrædelse af udenlandske lønmodtageres rettigheder, deriblandt af udstationerede arbejdstagernes. Foranlediget heraf lavede ASÍ og Arbejdsgivernes Centralorganisation (SA) i 2004 en aftale omkring udenlandsk arbejdskraft på det islandske arbejdsmarked (<http://www.asi.is/%C3%BEinn-rettur/foreign-workers/english/>). Hermed

erklærede arbejdsmarkedets parter, at det var deres fælles projekt at bevare den gældende ordning på arbejdsmarkedet, og at det var deres fælles projekt at arbejde for at virksomheder som benytter udenlandsk arbejdskraft i forbindelse med deres produktion eller tjenesteydelser betaler løn og arbejdsvilkår i henhold til gældende overenskomster og love i Island. Aftalen indebærer bestemmelser omkring oplysninger til fagforeningernes tillidsrepræsentanter og omkring aftaleparternes samrådsudvalg som bl.a. har den opgave at løse konflikter i enkeltsager. Efterfølgende sikrede myndighederne med en ændring i lov nr. 55/1980 om lønmodtageres arbejdsvilkår, at aftaler mellem arbejdsmarkedets parter om behandling af konflikter om arbejdstageres løn- og ansættelsesvilkår på det islandske arbejdsmarked er i overensstemmelse med lovens bestemmelser, og at overenskomster skulle have samme gyldighed som aftaler om løn- og arbejdsvilkår, dvs. at de skulle have samme *erga omnes*-effekt for hele arbejdsmarkedet som de kollektive overenskomster.

4.3.3 Forberedelse og vedtagelse af lov nr. 45/2007.

Erfaringen fra aftalens gennemførelse i 2004 samt et voksende pres på den islandske arbejdsmarkedsmodel de følgende år førte til at socialministeren oprettede en arbejdsgruppe med arbejdsmarkedets parter for at gennemgå situationen for udlændinge på det islandske arbejdsmarked. Arbejdsgruppen foreslog bl.a. revision af lov nr. 54/2001 som i sin tid havde implementeret direktiv nr. 96/71/EF. Arbejdsgruppen mente at det var vigtigt at styrke det gældende arbejdsmarkedssystems grundlag vedrørende udenlandske virksomheder som udstationerer deres ansatte midlertidigt i Island i forbindelse med ydelse af tjenester på grundlag af EØS-aftalen. Efterfølgende blev der vedtaget en ny helhedslovgivning, lov nr. 45/2007, som indeholdt en del grundlæggende ændringer.

Her forudsættes det, at udenlandske virksomheder som har hjemsted i et andet land inden for EØS, og som vil yde tjenester i Island på baggrund af EØS-aftalen i længere tid end ti hverdage inden for en tolvmåneders periode, skal afgive bestemte oplysninger til Arbejdssdirektoratet (Vinnumálastofnun) om deres aktiviteter her i landet senest otte hverdage inden hver gang tjenesteydelsen indledes. Virksomheder som udstationerer deres ansatte i landet for at yde tjenester i fire uger eller mindre inden for en tolvmåneders periode, er undtaget fra ovennævnte oplysningspligt,

forudsat at tjenesten består af specialiseret samling og opsætning af, tilsyn med eller reparation af udstyr. Endvidere pålægges virksomheder, som sædvanligvis har seks eller flere ansatte udstationeret i Island, og som yder tjenester i længere tid end fire uger inden for en tolvmåneders periode, at have en herværende særlig kontaktperson som repræsenterer virksomheden over for myndighederne og arbejdsmarkedets parter. Endvidere forpligtes virksomheder, som modtager tjenesteydelser, til at sikre sig, at de udenlandske virksomheder, som de har lavet kontrakter med, har afgivet de basisoplysninger til Arbejdssdirektoratet (Vinnumálastofnun), som de skal ifølge loven. Det drejer sig bl.a. om virksomhedens navn, oplysninger om dens hjemsted i hjemlandet, hvoraf navnet på virksomhedens repræsentant fremgår, adressen i hjemlandet, arten af den tjeneste der skal ydes, momsnummer eller anden tilsvarende dokumentation for virksomhedens aktiviteter i hjemlandet som dokumenterer at virksomheden arbejder lovligt i hjemlandet inden for den respektive erhvervsgren i henhold til det respektive lands nationale lovgivning, og endelig navnet på den virksomhed der modtager tjenesteydelsen og dennes cvr-nummer eller anden tilsvarende identifikation. Desuden skal der følge en oversigt over alle ansatte, som skal arbejde på virksomhedens vegne i landet, hvoraf skal fremgå navn, fødselsdag, adresse i hjemlandet, statsborger-skab, dokumentation for at vedkommende er socialt sikret i hjemlandet (E-101), opholdssted og planlagt opholdstid i landet, samt et arbejdscertifikat om påkrævet. Hvis en ansat ikke er statsborger i EØS-området, skal en gyldig arbejdstilladelse i hjemlandet vedlægges og en bekræftelse på at de ansatte i Island har en ulykkesforsikring som er nærmere defineret i loven. Loven indeholder også klare bestemmelser om de udstationerede arbejdstageres ret til en fast løn i henhold til en ansættelseskontrakt (ikke mindsteløn i henhold til en overenskomst) i tilfælde af sygdom og ulykke, bestemmelser som afspejler de grundlæggende rettigheder som er indarbejdet i overenskomster på det private arbejdsmarked. Loven indeholder bestemmelser om Arbejdssdirektoratets (Vinnumálastofnun) tilsyn, om den oplysningspligt som både den virksomhed der leverer og den der modtager tjenesteydelsen har over for direktoratet, deriblandt pligt til at aflevere ansættelseskontrakter, og endelig en bestemmelse om hjemmel til at standse arbejdet hvis loven ikke følges.

Under lovens forberedelsestid havde ASÍ stor indflydelse på dens indhold og accepterede de resultater, der kom ud af arbejdet.

4.3.4 ESA's og Islands reaktioner

Efter at den nye lov blev vedtaget, så ESA den igennem og konkluderede i en begrundet udtalelse, at visse bestemmelser er i modstrid med EØS-aftalens artikel 36 og direktiv nr. 96/71/EØF, bl.a. fordi loven indeholder krav som kan sidestilles med, at der skal søges om forhåndstilladelse for at kunne starte virksomhed i landet (*prior authorisation requirement*). Nærmere bestemt var der følgende kommentarer:

- En tjenesteyder skal afgive oplysninger til Arbejdssdirektoratet (Vinnumálastofnun) otte hverdage inden tjenesten indledes.
- Arbejdssdirektoratet skal skriftligt bekræfte modtagelse af de dokumenter som tjenesteyderen, inden tjenesten ydes, er forpligtet til at aflevere til den modtagende virksomhed.
- At en virksomhed ikke har hjemmel til at yde tjenester i Island hvis den undlader at oplyse Arbejdssdirektoratet om sin repræsentant eller udskiftning af denne.
- At lovens bestemmelse om ret til løn under sygdom og ved ulykke og om ulykkesforsikring ved dødsfald, vedvarende legemsbeskadigelse og midlertidigt tab af arbejdsevne, ikke er en del af de arbejdsvilkår som Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 96/71/EØF om udstationerede arbejdstageres arbejde i forbindelse med tjenesteydelser forudsætter, jf. direktivets artikel 3, stk. 3, litra a-g.

Efter samråd med arbejdsmarkedets parter besluttede Altinget at imødekomme en del af ESA's kommentarer. Lov nr. 45/2007 blev efterfølgende ændret således, at det nu bl.a. er tilstrækkeligt, at oplysninger fra virksomheder, som udstationerer ansatte i Island på grundlag af direktiv nr. 96/71/EØF, afleveres samme dag som arbejdet i landet indledes. Oplysningsbestemmelse om bekræftelse af social sikring i hjemlandet blev forenklet, dvs. at der kan tages hensyn til flere beviser end formular E-101, og at Arbejdssdirektoratet forpligtes til at bekræfte modtagelse af doku-

mentation inden for to dage. Virksomhedernes forpligtelse blev tilsvarende ændret. Loven blev tilføjet en særlig bestemmelse om dagbøder, hvis de respektive virksomheder ikke udbedrer de mangler som Vinnumálastofnun kræver. Disse ændringer blev først og fremmest begrundet med henvisning til generelle regler om proportionalitet i statsforvaltningen, jf. artikel 12 i forvaltningslov nr. 37/1993.

Ændringer i lovens bestemmelser om rettigheder ved sygdom og ulykke, som ESA havde stillet krav om, jf. pkt. 4 ovf., blev dog ikke vedtaget. I en betænkning til forslaget til ændringer i loven står der: "Ifølge [ESA] indebærer disse bestemmelser en hindring for fri udveksling af tjenesteydelser på grundlag af artikel 36 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, eftersom deres indhold ikke indgår i de arbejdsvilkår som Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 96/71/EF om udstaterede arbejdstagere i forbindelse med tjenesteydelser forudsætter, jf. direktivets artikel 3, stk. 3, litra a-g. *Man må imidlertid antage at lovens nævnte bestemmelser indebærer overenskomstmæssige rettigheder på islandsk arbejdsmarked som er en del af lønmodtageres minimumsvilkår, og på den måde indebærer en vigtig beskyttelse for lønmodtagere som arbejder her i landet. For at garantere at udenlandsk arbejdskraft nyder de minimumsrettigheder og -vilkår som gælder på islandsk arbejdsmarked på samme måde som andre som arbejder her, har man derfor ment at det er vigtigt at disse bestemmelser fastholdes i lovgivningen* [min kursivering]. Der lægges ligeledes vægt på, at deres indhold gælder med forbehold for at ansatte kan have mere favorable vilkår ifølge enten ansættelseskort med den respektive virksomhed, ved overenskomst eller i kraft af lovgivning i den stat hvor de sædvanligvis arbejder." Med andre ord, Altinget forbeholdt Island retten til at beskytte en vigtig del af den islandske arbejdsmarkedsmodel, dvs. at alle lønmodtagere i Island skal have de samme minimumsrettigheder som syge- og ulykkesret er en integreret del af. ESA's reaktion var at anlægge sag mod Island for EØS-domstolen.

4.3.5 Dom i sag E-12/10 og Islands reaktion

ESA byggede sit sagsanlæg hovedsagelig på at bestemmelsen om retten til løn under sygdom og i tilfælde af ulykke faldt uden for mindstelønsbegrebet i direktivets artikel 3, stk. 1, og ikke var med i den samlede opstilling.

Den burde i stedet indgå i bestemmelsen om social sikring i forordning nr. 1408/71. Island byggede hovedsagelig sit forsvar på, at bestemmelser om løn under sygdom og i ulykkestilfælde falder under mindstelønsbegrebet i direktivets artikel 3, stk. 1, og at bestemmelser om ulykkesforsikring falder under den nationale lovgivnings bestemmelser om skadeserstatning og forsikringer og derfor faldt uden for direktivets område og på den baggrund var hjemlet. Endvidere byggede man på, at begge dele legitimeres med henvisning til undtagelsesbestemmelsen i direktivets artikel 3, stk. 10, om grundlæggende retsprincipper (*public policy*). EFTA-domstolen mente, at direktivets artikel 3, stk. 1, indebar en udtømmende opstilling af de arbejds- og ansættelsesvilkår, som en EØS-stat kan kræve at virksomheder med hjemsted i et andet EØS-land respekterer, når de udstiller arbejdstagere til at arbejde på dens område. I den opstilling fandtes ”mindsteløn samt overarbejdsbetaling”. Domstolen mente at lønudbetaling i tilfælde af sygdom og ulykker i henhold til islandsk lovgivning ikke kunne falde under begrebet mindsteløn i direktivets forstand, eftersom det forudsætter at løn ved sygdom og ulykke tager udgangspunkt i fast løn, men ikke i mindstelønnen. Domstolen mente endvidere, at lovens bestemmelse om obligatorisk ulykkesforsikring berører arbejdsvilkår, men ikke national lov omkring skadeserstatning og ulykkesforsikring, og at den derfor faldt uden for den samlede opstilling i direktivets artikel 3, stk. 1. Endelig konkluderede domstolen, at de islandske regler om arbejdstagernes ret til løn ved sygdom og ulykke ikke kunne retfærdiggøres på baggrund af generelle retsprincipper, eftersom Island ikke havde påvist at de var nødvendige for at møde en reel og alvorlig trussel mod det islandske samfunds grundlæggende interesser.

Efter nært samråd med arbejdsmarkedets parter besluttede Altinget at modtage dommen og acceptere dens konklusion vedrørende obligatorisk ulykkesforsikring og fjernede de pågældende bestemmelser fra lov nr. 45/2007. Man minimerede lovtilpasningen om løn under sygdom og ved ulykke således, at der nu henvises til overenskomstmæssig løn i stedet for fast løn, hvilket er i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 1 i lov nr. 55/1980.

4.4 Afslutning

Man har fremført argumenter om at Island og Norge på basis af EØS-aftalen bedre kan modstå EU-lovgivningen, end man kan forvente af de nordiske lande der er medlemmer af EU. Det kunne betyde, at Islands og Norges stilling er bedre end de andre nordiske landes med henblik på at stå vagt om den nordiske model som indebærer et integreret samspil mellem de arbejdsmarks- og velfærdsmodeller, som de gennem de sidste årtier har opbygget.

Det er i dette lys, man skal vurdere den holdning, man indtog i Island allerede fra begyndelsen, som var at implementere direktiv nr. 96/71/EF på en forholdsvis selvstændig måde og tilstræbe at dets implementering i mindst muligt omfang skulle påvirke de rets- og kommunikationsregler som gælder på det islandske arbejdsmarked. Arbejdsmarkedets parter var, i overensstemmelse med nordisk tradition, nøgleaktører i forløbet og havde samtidig et tæt og godt forhold til myndighederne, når det virkelig gjaldt. I dette forløb strakte man sig hver gang så kort som muligt for at imødekomme, dels det der blev udlagt som en klar og fyldestgørende opstilling i direktivets artikel 3, dels begrundede udtalelser fra ESA og dels EØS-domstolens dom. Under hele forløbet var det ASÍ's formål så vidt muligt at sikre, at vilkår for udstationerede arbejdstagere i Island er de samme som gælder generelt på det islandske arbejdsmarked. Under forløbet lykkedes det faktisk at implementere direktivet minimalt nødvendigt i den nationale lovgivning som har forrang over EØS' regler. I lyset af indhøstede erfaringer blev implementeringen senere genoptaget og der blev fremsat anbefalinger vedrørende vigtige forpligtelser for de virksomheder som udstationerer arbejdstagere i Island, ligesom der blev indført tilsyn med, at de sikrer arbejdstagernes rettigheder i overensstemmelse med islandsk lovgivning og de overenskomster som gælder som minimumsvilkår for alle arbejdstagere i Island.

5. Gir EUs lovgivning flyselskaper mulighet til å forkaste den nordiske arbeidsmarkedsmodellen?

Christen Horn Johannessen¹⁹

5.1 Den nordiske arbeidsmarkedsmodellen er bærekraftig og lar seg forsvare

Norsk luftfart har møtt noen nye utfordringer de siste årene. Hvis ikke de andre nordiske landene allerede har møtt de samme utfordringene, antar jeg de snart vil gjøre det.

Det er særlig to situasjoner som utfordrer den nordiske modellen. Den ene er hvordan tradisjonell norsk luftfartsvirksomhet flyttes til egne datterselskaper eller virksomheter utenfor Norden, men fortsetter å betjene de samme rutene og samme passasjergrunnlag. Den andre er knyttet til utenlandske selskapers etableringer av ny virksomhet i Norge for å konkurrere i vårt marked.

I det første eksempelet kan det norske morselskapet forsøke å drive "kannibalisme" på egen norsk virksomhet ved å bytte den ut med virksomhet formelt plassert utenfor den nordiske modellen. I det andre eksempelet utfordres den nordiske modellen av eksterne virksomheter som baserer seg på en helt annen bedriftskultur enn det vår mo-

¹⁹ Advokat i arbeidstakerorganisasjonen Parat.

dell legger opp til. Spørsmålet er om EUs lovgivning er til hinder for å forsvere den nordiske modellen.

I begge eksemplene innebærer utviklingen at organisert fast arbeidskraft byttes ut med uorganisert midlertidig eller innleid arbeidskraft. Samtidig motarbeider flere av de nye virksomhetene aktivt organisasjonsfriheten, noe som er i konflikt med en av grunnpillarene i den norske arbeidsmarkedsmodellen slik denne er beskrevet i Stortingsmelding 29 (2010–2011) fra det norske Arbeids- og sosialdepartementet: ”sterke organisasjonar, universelle velferdsordningar og eit utstrekkt trepartssamarbeid, blir ofte framheva som ein føresetnad for dei gode resultata vi har oppnådd, med eit velfungerande arbeidsliv, eit godt arbeidsmiljø, høg yrkesdeltaking, låg arbeidsløyse og høg produktivitet.”

Flyselskaper som ønsker å drive virksomhet basert på det passasjergrunnlag modellen har skapt, uten samtidig å ville være en del av den, vil bidra til å bryte modellen ned. Jo større utbredelse en slik virksomhet som ”gratisspasasjer” har, dess hurtigere går nedbrytingen. Det er derfor avgjørende å demme opp for slik utnyttelse av den nordiske arbeidsmarkedsmodellen.

”Konkurransefortrinnet” arbeidsgivere kan oppnå ved ikke å forholde seg til den nordiske samarbeidsmodellen, er kortsiktig og korttenkt. Verdiens av lojale, fornøyde, stabile og kompetente medarbeidere er et langt større konkurransefortrinn enn den kortsiktige kostnadseffektiviteten som oppnås utenfor samarbeid med fagforeningene.

Flyselskapet Norwegian har vist at de klarte å etablere seg i et sterkt konkurranseutsatt marked nettopp gjennom respekt for og samarbeid med fagforeningene. Selskapets suksess er dessuten basert på passasjergrunnlaget som har oppstått som resultat av den nordiske modellen. Muligheten for å fortsette lønnsomt innenfor samme modell avhenger av like konkurransevilkår.

Det bør ikke være nødvendig eller mulig for noen selskaper å konkurrere innenfor dette markedet uten å forholde seg til det norske systemet og de norske reglene. Både tariffavtalen og norsk internasjonal privatrett kan benyttes til å forsvere den nordiske arbeidsmarkedsmodellen, også i lys av EU-retten og de fire friheter.

5.2 Mulig å benytte arbeidskamp for å beholde virksomheten som er grunnlaget for tariffavtalen

5.2.1 *Tariffavtalens posisjon og virkning i norsk rett*

Tariffavtalen står sterkt i Norge og regulerer i utgangspunktet *alle* lønns- og arbeidsvilkår. Gjennom inngåelse av tariffavtalen oppstår også en grunnleggende lojalitetsplikt mellom tariffpartene.

Både tariffavtalen og lojalitetsplikten som følger med den, gjelder etter at tariffavtalens formelle gyldighetstid har utløpt og partene setter seg ned for å reforhandle avtalen. I Norge omtales dette som tariffavtalens ettervirkninger, og hjemmelen fremgår av arbeidstvistloven § 8 (3). Tariffavtalers ettervirkninger er anerkjent også i andre europeiske land, jf. også EU-domstolens avgjørelse i september 2014, C-328/13 om ettervirkningenes beskyttelse ved en virksomhetsoverdragelse.

Tariffavtalen er normalt begrenset til en kategori arbeidstakere, og den har sitt grunnlag i den aktivitet eller "virksomhet" arbeidsgiver benytter disse arbeidstakerne til å utføre. I arbeidsrettslig sammenheng omtales denne aktiviteten som en "virksomhet" (it takes a business to run a business). Denne virksomheten er selve grunnlaget for tariffavtalen, og uten dette tariffgrunnlaget uthules tariffavtalen slik at den og arbeidsforholdene etter hvert opphører. Derfor er dette tariffgrunnlaget og arbeidsgivers lojale omgang med det avgjørende nettopp for å unngå omgåelser gjennom formelle selskapsrettslige grep.

I tariffavtalens gyldighetstid vil den grunnleggende fredsplikten etter arbeidstvistloven § 8 (1) hindre organisasjonene fra å benytte streik. Under tariffperioden må arbeidsgivers brudd på tariffavtalen og lojalitetsplikten derfor møtes med søksmål som i enhver annen rettstvist. Men, nettopp av denne grunn har det for norske fagforeninger i luftfarten de senere år vært nødvendig å inngå ettårige eller kortvarige tariffavtaler slik at denne typen omgåelser relativt umiddelbart kan tas opp under reforhandlingene av avtalene der fredsplikt ikke foreligger.

Ved interesselsetvister – "tvist mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om ordningen av fremtidige arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold som ikke omfattes av en tariffavtale eller som skal avløse en tidligere tariffavtale", jf. arbeidstvistloven

§ 1 bokstav j) – er utgangspunktet i norsk rett at bruk av kampmidler ikke er underlagt verken proporsjonalitets- eller rimelighetsbegrensninger. I Norge kan man som utgangspunkt derfor innlede streik for ethvert krav fagforeningen ser seg tjent med.

Dersom et norsk flyselskap ønsker å "flytte" deler av eller hele sin virksomhet basert på det norske passasjergrunnlaget, til etableringer utenfor Norge, oppstår spørsmålet om denne grunnleggende friheten til streik er like ubegrenset, jf. spørsmålet om det grenseoverskridende elementet og EU-retten. Spørsmålet er ikke om streikeretten er vernet i slike situasjoner, men hvor mye den etter omstendighetene innskrenkes i lys av EU-rettens krav om legitimt formål og proporsjonalitet.

5.2.2 EU- og EØS-retten gjelder naturligvis for tariffpartene, men det gjør også de grunnleggende menneskerettighetene som konfliktretten er en del av

I situasjon som beskrevet over må EUs fire friheter iakttas i lys av Viking Line- (C-438/05) og Laval- (C-341/05) doktrinen.

I Viking Line-saken ble de to grunnleggende rettighetene både anerkjent og stående mot hverandre, jf. retten til streik og retten til fri etablering. EU-domstolen anerkjenner i premiss 77 retten til streik som et hensyn som kan begrense etableringsretten. I premiss 79 gir domstolen uttrykk for at økonomiske formål og sosiale formål og arbeidsformål ved kollisjon må "afbalanceres" konkret i hvert tilfelle. Bruken av streik som virkemiddel kan med andre ord være akseptabel selv om det vil innebære en begrensning i retten til fri etablering. Hvor grensen går, avhenger av vurderingen av hvor alvorlig trussel etableringen utgjør for arbeidsplassen, og hvilke andre mindre inngripende muligheter organisasjonene har til rådighet, jf. krav om proporsjonalitet.

British Airways (BA) skulle i 2008 starte et datterselskap i Frankrike uten tariffavtale med fagforeningen BALPA. Dette ville BALPA stanse og varslet streik. BA truet derved med betydelig erstatningssøksmål ettersom de mente streiken ville bryte etableringsretten. BALPA oppga sin planlagte aksjon i lys av de to nevnte sakene fra EU-domstolen og i frykt for et millionansvar.

Etter Viking- og Laval-doktrinen har Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) avgjort en dom som styrker den kollektive forhandlingsrettens posisjon og derved også konfliktretten etter EMK artikkel 11. Dommen i Demir and Baykara v Tyrkia (2008 EMD 1345) er omtalt som en milepæl i denne sammenhengen, jf. avsnitt 145 og 154 særlig:

Consequently, the Court considers that, having regard to the developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in such matters, the right to bargain collectively with the employer has, in principle, become one of the essential elements of the "right to form and to join trade unions for the protection of [one's] interests" set forth in Article 11 of the Convention, it being understood that States remain free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions.

Utfallet i en fremtidig avveining mellom de relevante hensynene for EU-domstolen er etter denne avgjørelsen betydelig mer åpen enn den tilsynelatende var etter Viking/Laval.

5.2.3 Legitimt formål og innenfor forholdsmessighetsvurderingen i relasjon til etableringsretten

Et flyselskap som er etablert i Norge, står naturlig nok fritt til å etablere ny virksomhet utenfor Norge og utenfor det som er omfattet av tariffavtalen. Men det bryter med den grunnleggende tariffmessige lojaliteten om selskapet snur sin produksjon ved å begynne å fly passasjerer med utgangspunkt i en annen base og ved hjelp av virksomhet utenfor Norge. Det bryter også lojaliteten hvis selskapet fortsetter fra samme base i Norge, men med et utenlandske registrert datterselskap. I begge tilfeller driver selskapet "kannibalisme" på egen produksjon som allerede er etablert og underlagt en tariffregulering.

I en slik situasjon bør en fagforening kunne forsvere sitt tariffgrunnlag – den virksomheten tariffavtalen bygger på – uten å komme i konflikt med EUs fire friheter. Arbeidskamp for å hindre undergraving eller omgåelse av tariffavtalen bør derfor også kunne forsveres. Gode grunner tilslier at en omorganisering av virksomheten uten annet fornuftig formål enn å omgå tariffavtalen, bør stå tilbake for den grunnleggende konfliktretten den

nordiske samarbeidsmodellen er bygget på, jf. tilsvarende gjennomskjæringssprinsippet i skattemessig sammenheng (E-3/13 og E-20/13 premiss 164 og 165).

Som fremhevet av EFTA-domstolen i E-3/13 og E-20/13 premiss 96 og 97, er begrepet "etablering" vidt og omfatter enhver enhet som "utøver reell økonomisk aktivitet ... i et ubestemt tidsrom". Dette er en funksjonell tilnærming som samsvarer med den arbeidsrettslige tilnærmingen til "virk-somhetsbegrepet" i punkt 2.1 over. Når den reelle økonomiske aktiviteten forblir den samme på tross av formelle endringer, står vi heller ikke overfor noen reell nyetablering slik EØS artikkel 31 og fri flyt er ment å beskytte.

Tilsvarende bør en fagforening etter omstendighetene naturlig også kunne organisere de ansatte i og kreve opprettet norsk tariffavtale med en utenlandsk arbeidsgiver som etablerer virksomhet med base i Norge. Bruk av kollektive rettigheter overfor en slik arbeidsgiver vil ikke være noen restriksjon på etableringsretten ettersom slike krav representerer en grunnleggende rettighet innenfor alle nasjoner i det frie markedet. Virksomheten risikerer med andre ord å bli møtt med tilsvarende krav i samtlige land der de etablerer seg på denne måten, jf. ingen forskjellsbehandling eller særnorsk ordning. På denne måten sikres nettopp formålet med etableringsretten, jf. "nasjonal behandling i vertsstaten".

5.2.4 *Betydningen av arbeidstakernes og virksomhetens tilknytning til Norge*

Dersom arbeidstakerne knyttet til den aktuelle virksomheten fortsatt må anses å ha Norge som senter for sin aktivitet, skiller disse situasjonene seg grunnleggende fra situasjoner der virksomheten flytter ut i tradisjonell forstand, som for eksempel flytting av produksjon av varer til et lavkostland slik at arbeidsutførelsen følger med dit. Det er også noe annet når arbeidstakere midlertidig utstasjoneres for å ferdigstille en entreprise ute. For dem som utfører arbeid i flybransjen, vil den aktuelle tjenesten eller aktiviteten nødvendigvis fortsatt utføres i Norge uansett hvor arbeidsgiver har hjemsted.

Muligheten for å utøve de grunnleggende rettighetene representert ved det å kreve forhandlinger og innlede arbeidskamp som beskrevet i punkt 2.3, vil derfor også ha en side til spørsmålet om hvor de aktuelle

arbeidsforholdene i virksomheten har sin nærmeste tilknytning. Dersom arbeidstakerne i slike virksomheter reelt må sies å arbeide i eller fra Norge, vil dette kunne være et avgjørende element i domstolens avveining. Med dette er vi over på det andre hovedspørsmålet, som er knyttet til lovvalg og verneting, jf. hvilket lands rett og hvilket lands domstol som skal legges til grunn i arbeidsforholdene til de flygende. Dette elementet vil kunne være avgjørende ved vurderingen av spørsmålet i overskriften.

5.3 "Flying Dutchmen of labour law" – grunnleggende problematisk

Ryanair har de siste årene utfordret etablerte flyselskaper i Norge. Dette gjelder særlig på flyplassen Moss (Rygge) fra 2010. Etableringen har øvd et press mot norske flyselskapers måte å drive sin virksomhet på. Det er derfor viktig – også for å skape en "level playing field" – at de som etablerer seg innenfor den nordiske modellen, må forholde seg til samfunnet de vil drive virksomhet i og tjene sine penger på.

Ryanair dominerer Rygge flyplass. Selskapet har forsøkt å drive denne basen ved fullstendig å unnlate å forholde seg til norsk lov og den nordiske arbeidslivsmodellen. Ifølge Ryanair har de blant annet i lys av de fire friheter rett til å etablere slik virksomhet i Norge så lenge de forholder seg til irsk rett og det irske systemet. Ryanairs hovedargument er bygget på at de er et irsk selskap, arbeidstakerne er ansatt på en irsk kontrakt med et irsk selskap, de skatter til Irland, har sine sosiale rettigheter der, og de utfører sitt arbeid om bord i irskregistrerte fly. All instruksjon og innflytelse over arbeidsforholdet kommer fra Irland, og reglene om utstasjonering og fri flyt er til hinder for at de underlegges norsk rett og norske domstoler.

Problemet med et slikt system Ryanair legger opp til, er at svært få av dem som bor og arbeider i Norge for Ryanair, har noen reell mulighet til å benytte seg av de rettighetene og fordelene som følger av irsk rett og det irske systemet. Fordi det ikke er noen sammenheng mellom arbeidsforholdet og det systemet som skal ivareta arbeidstakeren, blir de ansatte som "flying Dutchmen of labour law, condemned to fly without any jurisdiction in which they can seek redress" slik dette er beskrevet av Lord

Hoffmann i en sak fra House of Lords, jf. Marie Nesviks artikkel med tittelen "Hvor arbeider flypersonell?" i LoR nr. 7 for 2013.

Den norske fagbevegelsen har sett problemene med Ryanair-modellen, og de begynte tidlig å organisere flere av dem som gjør tjeneste for Ryanair i Norge. Gjennom denne organiseringen og fagforeningenes arbeid har Ryanair møtt betydelig motstand og blitt dratt gjennom to rettsrunder i Norge. En slik motstand er helt nødvendig for å håndheve grunnleggende rettigheter slik at regelverk og system fungerer slik lovgiver har forutsatt. Dette hadde ikke vært mulig uten fagforeningene, som gir den nødvendige faglige og økonomiske støtte til individene slik at de lange rettsprosessene har latt seg gjennomføre.

5.3.1 EU's regulering av sosial sikring

EU vedtok den 22. mai 2012 (EU No 465/2012) særlege regler for å styrke den sosiale sikring for flygende. Essensen i endringen fremkommer i fortalen punkt (4), der det fremgår at sosial sikring skal baseres på "a special rule whereby the concept of 'home base' becomes the criterion for determining the applicable legislation for flight crew member". Med dette har EU på dette særskilte området sørget for at hjemmebasens land – der man møter på jobb og begynner og avslutter sin arbeidsperiode – også er der man har sin sosiale sikring. Ikke bare tetter dette et av hullene i systemet, men det er ett av flere elementer som peker mot at det generelle lovvalg og verneting også bør være i landet der de flygende har sin arbeidsplass.

Foreløpig er ikke de nordiske landene blitt enige om hvordan man skal fortolke disse reglene. Dette har blant annet kommet til uttrykk i et brev av 11. november 2014 fra Likestillingsdepartementet i Danmark i forbindelse med sosial sikring av kabinansatte i Norwegian. Ved bytte av arbeidsgiver oppstod det uklarheter med hensyn til hvor de flygende var sosialt sikret. Departementet uttalte i den sammenheng at dette skyldes "uensartet anvendelse af lovvalg i forbindelse med social sikring".

5.3.2 EUs regler om verneting og lovvalg

Norge er bundet av Luganokonvensjonen om verneting. Luganokonvensjonen artikkel 19 nr. 2 bokstav a) tilsvarer EUs Artikkel 21 (b) (i) Brussel I-forordningen (i kraft 10. januar 2015), og den skal tolkes på samme måte. Begge bestemmelser skal forstås slik at en ansatt kan reise sak "in the courts for the place where or from where the employee habitually carries out his work or in the courts for the last place where he did so; ..." Endringen kodifiserer EU-domstolens rettspraksis slik at det fra januar 2015 ikke innføres noen ny regel her.

Spørsmålet om verneting og lovvalg er i utgangspunktet to forskjellige spørsmål som skal avgjøres etter hvert sitt regelverk. Norge har ikke egne skrevne regler om lovvalg, men i senere rettspraksis jf. Rt. 2011 side 531 avsnitt (46) er det lagt til grunn at Norge under hensynet til rettsenhet bør følge EUs faste og forutsigbare lovvalgsregler. EUs lovvalgsregler følger av Roma I forordning, jf. artikkel 8 nr. 2 der det fremgår at arbeidsavtalen "(er) undergivet loven i det land, *hvori* eller subsidiært *hvorfra* arbejdstageeren ved opfyldelsen af aftalen *sædvanligvis udfører sit arbejde*" [min kursivering]. Artikkel 8 er en videreutvikling av tidligere artikkel 6, som manglet ordet "hvorfra". EU-kommisjonen uttalte om denne endringen følgende: "This change will make it possible to apply the rule to personnel working on board aircraft, if there is a fixed base from which work is organised and where the personnel perform other obligations in relation to the employer (registration, safety checks)."

5.3.3 Ryanair I- og Ryanair II-sakene i Norge

Det har vært ført to saker mot Ryanair på vegne av ansatte på Rygge flyplass. Ryanair har i begge saker tapt spørsmålet om verneting.

I Ryanair II-saken har spørsmålet om verneting vært anket til Høyesterett to ganger. Høyesteretts formuleringer i Rt. 2013 side 1589 har parkert flere av Ryanairs hovedargumenter. For det første parkerer Høyesterett i avsnitt (43) betydningen av at alt arbeid om bord i flyene skjer på registreringslandets territorium, jf. Chicagokonvensjonen.

Ryanair har anført at det var uriktig av lagmannsretten å se bort fra at A har utført det meste av sitt arbeid om bord i fly som er registrert i Irland, og at irske fly etter Chicagokonvensjonen er irsk territorium. *Utvale-*

get kan ikke se at det er rettslig uriktig å se bort fra dette forholdet, som for arbeidstakeren må fremstå som en ren formalitet. Å legge vekt på dette forholdet ville medføre en betydelig svekkelse av arbeidstakerbeskytelsen i artikkel 19* nr. 2 bokstav a), som man måtte ha klare rettskildemes-sige holdepunkter for å kunne legge til grunn. [Min kursivering].

For det andre parkerer Høyesterett i avsnitt (44) Ryanairs argumentasjon om at de som gjør tjeneste for Ryanair i Norge, når som helst skal kunne flyttes til andre baser, og at de derfor som ansatt i et irsk selskap skulle anses som utstasjonerte:

Utvalget kan ikke se at anførselen om at lagmannsrettens tolking er i strid med utstasjoneringsdirektivet og at det innebærer en restriksjon i tjenestefriheten. Utvalget nøyser seg her med å konstatere at den aktuelle be-stemmelse er anvendt i tråd med den rettsforståelse som EU-domstolen har lagt til grunn for den parallelle bestemmelsen.

Partene i saken hadde i denne sammenheng trukket frem de to transportsakene Koelzsch i C-29/10 og Voogsgeerd C-384/10 om lovvalg som Høyesterett ved dette viste til.

Ryanair har i tillegg hele veien argumentert sterkt i tilknytning til både lovvalg og vernetingsspørsmålet for at arbeidsavtalens bestemmelser om irsk rett og irsk verneting må ha avgjørende betydning. Høyesterett har ikke knyttet bemerkninger direkte til disse spørsmålene. Lagmannsretten har i sin kjennelse av 5. mars 2014 på generelt grunnlag tillagt slike formaliteter liten betydning ettersom "Det dreier seg i stor utstrekning om mer formelle forhold der arbeidstakeren antagelig i liten grad kan påvirke valg av løsning".

I forlengelsen av dette har lagmannsretten vist til Schlecker-saken, C-64/12, der en snever unntaksbestemmelse kom til anvendelse ettersom alle andre tilknytningspunkter enn selve arbeidsplassen pekte mot arbeidstakerens hjemland og bostedsland. I Schlecker-saken fulgte domsto-len Generaladvokatens forslag til avgjørelse. Generaladvokaten la vekt på at de sosiale tilknytningspunkter og ikke de formelle ensidig innførte fra arbeidsgiver, burde være utslagsgivende.

EUs lovvalgsregler utgjør i seg selv en effektiv beskyttelse mot at an-satte på denne måten påtvinges et annet lovvalg enn det som følger av tilknytningskriteriene, jf. Roma I-forordning artikkel 8 nr. 1, andre setning om at: "Et sådant lovvalg må dog ikke medføre, at arbeidstageren berøves

den beskyttelse, der tilkommer ham af bestemmelser, som ikke kan fraviges ved aftale til den lov, som ville have fundet anvendelse efter stk. 2, 3 og 4 i denne artikel, såfremt partene ikke havde aftalt lovvalg."

Når det gjelder spørsmålet om lovvalg i Ryanair I, la tingretten til grunn at "saken har sin nærmeste tilknytning til Norge og at norsk rett således får anvendelse for behandlingen av tvisten". Spørsmålet ble den gang ikke anket videre av Ryanair, og saken ble deretter løst utenfor domstolene.

I Ryanair II-saken har tingretten avgjort at saken skal løses etter norsk rett, men avgjørelsen er ikke rettskraftig, og vi venter at også den vil måtte finne sin løsning i Høyesterett.

Parallelt med rettsakene mot Ryanair har det norske Datatilsynet vært innom spørsmålet om Ryanairs bruk av overvåkningskameraer, det norske Luftfartstilsynet har gjennomført to tilsyn med virksomheten i Norge, samt at den norske skatteetaten har fattet interesse for de ansatte som i henhold til arbeidskontrakten har forpliktet seg til å bo innenfor 1 time fra flyplassen. Luftfartstilsynet viste i sin rapport av 11. juli 2013 til at "The Ministry of Labour and the Ministry of Transport and Communication have jointly stated that aircrew is comprised by this act when they start and end their roster in Norway, without regard to where the main activity is taking place or where the airline have its principal place of business".

5.3.4 *Hvilke konsekvenser får Ryanair-sakene?*

Det er nå rettskraftig avgjort at Ryanair har plikt til å møte i en norsk domstol. Selskapet driver virksomhet i arbeidsrettslig forstand i Norge, og de sysselsetter i den sammenheng arbeidstakere. Ryanair må også forholde seg til store deler av den offentlige siden ved den nordiske modellen. Deres arbeidstakere har sosiale rettigheter i Norge, og selskapet må forholde seg til de offentligrettslige regler om tilsyn og skatt. Arbeidstakerne kan organisere seg i norske fagforeninger, og de norske fagforeningene kan kreve opprettet tariffavtaler for virksomheten i Norge.

Til tross for at Høyesterett ennå ikke har tatt stilling til spørsmålet om lovvalg for den konkrete arbeidstakeren i Ryanair II-saken, er det på det rene at Ryanair etter omstendighetene vil måtte forholde seg til norsk lov og norsk domstol.

5.4 EU-retten beskytter lik konkurranse og fundamentale rettigheter

Det er viktig å få plassert Ryanair som en virksomhet i Norge fordi det beskytter individene som gjør tjeneste for dem, men også fordi det innebærer at alle som er etablert her i landet, må forholde seg til de samme spillereglene. Formålet med det indre markedet er ikke å bryte ned markedsgrunnlaget, men å legge til rette for sunn konkurranse. For øvrig vil det være i strid med EU-retten å legge til rette for arbeidsforhold der folk må arbeide og bo i et sosialt miljø de ikke kan benytte seg av, eller sette til side grunnleggende tariffrettslige mekanismer sikret gjennom EMK og EMD. Ved å opprettholde den nordiske arbeidsmarkedsmodellen slipper flyselskapene å konkurrere med hverandre på bekostning av det systemet og den velferden deres virksomhet er basert på. Samtidig sikres muligheten for ansatte til å arbeide, bo og leve der de faktisk arbeider.

Svaret på spørsmålet i artikkelen overskrift bør derfor bli et klart "NEI".

6. Kollektivavtal, föreningsfrihet och EES- avtalets inflytande på isländsk arbetsrätt

*Hrafnhildur Stefánsdóttir*²⁰

6.1 Kollektivavtal i Island och samarbete mellan arbetsmarknadens parter

Kollektivavtal mellan fackföreningarna samt deras förbund och arbetsgi-varna, dvs. arbetsmarknadens parter, har haft avgörande inflytande på den isländska arbetsmarknadens utveckling alltsedan 1938 när lagen om fackföreningar och arbetskonflikter trädde i kraft. Lagen som fortfarande gäller handlar om fackföreningar, deras befogenheter, kollektivavtal och arbetskonflikter samt Arbetsdomstolen och bygger huvudsakligen på den nordiska modellen. Något huvudavtal har dock aldrig ingåtts. Fackföreningen är lagstadgad avtalspart i kollektivavtal när det gäller att fastställa medlemmarnas minimilöner och arbetsvillkor. Enskilda fackförenings-medlemmar är samtidigt bundna av föreningens stadgar och avtal. Fackföreningen förfogar dessutom över strejkrätten enligt lagen. För de offentliga anställdas kollektivavtal gäller särskild lagstiftning som i många avseenden överensstämmer med 1938 års lag.

²⁰ Chefsjurist på SA-Samtök Atvinnulífsins (Business Iceland).

Kollektivavtalen har haft allmän giltighet (*erga omnes*) enligt lag sedan 1974. Anledningen till 1974 års lag om löntagares arbetsvillkor var att Högsta domstolen i sina domar hade ändrat tidigare antaganden om att kollektivavtalen enligt 1938 års lag var bindande för samtliga arbetsgivare och arbetstagare oavsett medlemskap i de föreningar som undertecknade avtalet. Detta ansågs skapa osäkerhet som kunde försämra arbetstagarnas villkor samt konkurrenssituationen för de organiserade arbetsgivarna. Därför var enighet om lagstiftningen.

Gällande lag om löntagares arbetsvillkor föreskriver att lön och andra arbetsvillkor som arbetsmarknadens parter träffar kollektivavtal om är minimivillkor – oberoende av kön, nationalitet eller anställningstid – för alla arbetstagare i respektive bransch på avtalsområdet. Avtal mellan enskilda arbetstagare och deras arbetsgivare om sämre villkor än de som de allmänna kollektivavtalen föreskriver är ogiltiga. Med allmänna kollektivavtal avses de avtal som en fackförening eller ett fackförbund tecknar med en arbetsgivarorganisation. Dessa har allmän giltighet inom avtalsområdet. Däremot har de kollektivavtal som endast omfattar ett eller flera bestämda företag inte någon allmän giltighet eftersom avtalsområdet begränsas till företaget.

Det kan tilläggas att arbetsmarknadens parter under en längre tid har samarbetat i olika sociala frågor. Den största uppgiften är pensionssystemet som upprättades i samband med kollektivavtalen 1969 och fortfarande styrs av parterna, jfr 1997 års pensionsfondslag. Arbetsrehabiliteringsfonden grundades i kollektivavtalen 2008 i syfte att underlätta återgång till arbetslivet efter sjukdom eller olycka, jfr 2012 års rehabiliteringsfondslag. Därtill kommer parternas kollektivavtalsrelaterade samarbete i utbildningsfrågor förutom tidsbegränsade samarbetsprojekt som till exempel arbetsförmedling och rådgivning.

Fackföreningarna driver dessutom särskilda sjuklönefonder för sina medlemmar. De finansieras med ett kollektivavtalsbundet arbetsgivarbidrag på 1 procent. Enligt LO:s stadgar är huvudregeln att medlemsföreningarnas sjuklönefonder vid frånvaro på grund av sjukdom eller olycksfall ska betala sina medlemmar minst 80 procent ersättning i 120 dagar efter att rätt till sjuklön från arbetsgivaren har upphört. Fondernas regler kan i övrigt vara olika. Tjänstemännens sjuklönefond betalar till exempel ersättning upp till 270 dagar. Sjuklönefonderna ersätter dessutom från-

varo på grund av allvarligt sjuka barn och make förutom utbetalning av olika bidrag. Sjuklön betalas inte av försäkringskassan. Medlemskap i fackförening är fölaktligen viktigt för den enskilda arbetstagaren.

Medlemskap i fackföreningarna är 85 procent vilket kan förklaras av nämnda bidrag samt kollektivavtalens företrädesrättsklausuler.

6.2 Föreningsfrihet och företrädesrättsklausuler i kollektivavtal

Så kallade företrädesrättsklausuler som förpliktar arbetsgivare att ge medlemmar i respektive fackföreningar företrädesrätt till "allt arbete om krav ställs däröm och kompetenta medlemmar för arbetet i fråga är tillgängliga" finns i flertalet kollektivavtal på den privata arbetsmarknaden i Island.

Dessa företrädesrättsklausuler fanns redan innan lagen om fackföreningar och arbetskonflikter trädde i kraft 1938 och har ansetts överensstämma med lagens bestämmelser.

Dessutom ska arbetsgivaren enligt kollektivavtal och lag inkassera de anställdas föreningsavgifter och överlämna dessa till fackföreningen förutsatt att de är fackföreningsanslutna, jfr Högsta domstolens dom 390/2010.

Enligt LO-Island är syftet med kollektivavtalens företrädesrättsklausuler huvudsakligen att främja allmänt medlemskap i fackföreningar. Oavsett det faktum att företrädesrätten medför ökat medlemsantal anser LO inte att arbetstagare blir uteslagna från arbeten. Skälet är dels att fackföreningarna enligt lag är förpliktade att bevilja dem som arbetsgivaren vill anställa inträde i fackföreningen, dels på grund av att företrädesrätten begränsas av tillgången till kompetenta medlemmar. Fackföreningsanslutna arbetstagare har därför inte automatiskt företräde framför de som är oorganiserade. Enligt LO berör företrädesrätten därför arbetstagarrörelsens organisation och är avsedd att underlätta ökad social disciplin inom branschen och ökad sammanhållning i löne- och anställningsfrågor.

Företrädesrättens lagenlighet blev föremål för diskussion i anslutning till ändringen av Islands konstitution år 1995 då det ifrågasattes om företrädesrättsklausuler var förenliga med konstitutionens nya föreningsfrihetsbestämmelse i artikel 74.2 som lyder så här:

"Ingen får påtvingas medlemskap i en förening. Sådan skyldighet får dock bestämmas i lag om det är nödvändigt för att föreningen ska kunna fullfölja sitt lagenliga ändamål på grund av allmänintresse eller andras rättigheter."

I förarbetena hänvisas till att Island enligt Europeiska domstolens för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolens) dom i Sigurjonsson-målet av den 30 juni 1993 hade brutit mot sina skyldigheter enligt artikel 11 i Euro-pakonventionen genom att i lag förplikta taxichaufförer till medlemskap i en fackförening. I förarbetena görs ett tillägg att konstitutionsbestämmelsen i artikel 74.2 om rätten att vara oorganiserad innehåller huvudregeln om att ingen får förpliktas till medlemskap i en förening och att den endast kan frångås om det berättigas av de omständigheter som anges i artikeln.

Denna ändring i konstitutionen ledde till allvarliga anmärkningar ifrån fackföreningsrörelsen under Althingsbehandlingen. Alltingets konstitutionsutskott påpekade följaktligen att det hade framkommit att de företrädesrättsklausuler som finns i flertalet kollektivavtal överhuvudtaget inte nämns i förarbetarna. Följaktligen kunde rättsläget vara osäkert.

Konstitutionsutskottet påpekar vidare att enligt ordalydelsen i artikel 74.2 får ingen förpliktas bli medlem i en förening genom lag eller myndighetsbeslut. Det anses därför oreglerat vad man är förpliktad att göra på grundval av fria avtal, inklusive kollektivavtal. Vad angår fackföreningar och medlemskap i dem påpekas vidare att arbetstagare inte är förpliktade till medlemskap i en fackförening enligt gällande lagstiftning. Därför är de omständigheter som avser fackföreningar inte nämnda i artikel 74.2 och därmed har inga ändringar av regler om arbetstagares medlemskap i dylika föreningar föreslagits. Det ansågs finnas särskild anledning att nämna att kollektivavtalens företrädesrättsklausuler inte föranleder medlemsplikt av det slag som avses i artikel 74.2.

Med hänvisning till detta ansåg konstitutionsutskottet att godkännande av bestämmelserna i artikel 74.2 inte medförde att rättsställningen på arbetsmarknaden angående företrädesrättsklausuler och arbetstagares kollektivavtalsbundna förpliktelser att betala avgifter till fackföreningar i något avseende hade ändrats. Betänkandet var enhälligt och utan reservationer.

Arbetsdomstolen har lagt nämnda betänkande till grund för senare domslut. I mål 7/2006 påpekar domstolen att lagstiftaren har utgått från detta vid nämnda ändring av konstitutionen att företrädesrättsklausuler på

arbetsmarknaden förblev oförändrade. Denna inställning har framkommit efter att Europakonventionen införlivades med isländsk lag 1994. Enligt domstolen kan det inte antas att några ändringar beträffande tolkning i detta avseende har föranletts av Europadomstolens dom den 11 januari 2006 i målet Sörensen och Rasmussen mot Danmark, eftersom där prövades betydelsen av medlemsplikt och bakgrunden därfor inte jämförbar.

Här hänvisar Arbetsdomstolen till skillnaden mellan tidigare nämnda företrädesrättsklausuler och exklusivavtal enligt vilka samtliga arbetstagare som omfattas av avtalet är förpliktade till medlemskap i fackföreningen. I samband med den omtalade ändringen av konstitutionen drogs en linje där mellan. Företrädesrättsklausulerna förklarades av konstitutionsutskottet vara förenliga med konstitutionens nya föreningsfrihetsbestämmelser medan exklusivavtalet som fortfarande fanns i vissa kollektivavtal ansågs olagliga. LO-Island ändrade följdaktligen sina stadgar och förbjöd exklusivklausuler i medlemsföreningarnas stadgar.

Arbetsdomstolen har samtidigt varit av den åsikten att företrädesrätten gäller, inte endast vid anställning men också vid uppsägning, jfr 2/2002 och 7/2006. Därmed avvisade domstolen att företrädesrätten skulle tolkas med hänsyn till konstitutionens artikel 74.2 och ansåg det vara kollektivavtalsbrott att säga upp medlemmar i respektive fackförening och samtidigt ha i arbete medlemmar i andra fackföreningar även om deras anställning inte strider emot kollektivavtalets företrädesrättsbestämmelse. Med hänsyn till det som framgår i det föregående är denna tolkning ytterst tveksam.

Vad gäller Europadomstolens dom i målet Sörensen och Rasmussen nämner Elín Blöndal (isländska juristtidningen 2.2006) att i Island har gjorts skillnad mellan medlemskapspliktsbestämmelser i kollektivavtal och företrädesrättsklausuler men att av domen i Sörensen och Rasmussen-målet kan utläsas att den indelningen som sådan inte har någon betydelse enligt artikel 11 i Europakonventionen.

Det bör uppmärksamas att i samtliga rättsfall är det arbetsgivarparten som har byggt sin talan på föreningsfrihetsreglerna i konstitutionens artikel 74.2 och Europakonventionen. Arbetstagarnas föreningsfrihet verkar inte heller ha varit en politiskt kontroversiell fråga under senare tid.

Kollektivavtalens företrädesrättsklausuler har också en viss stabilisrande funktion i isländsk arbetsrätt eftersom de medför att arbetsgivaren

i realiteten är bunden av att erkänna endast en fackförening som kollektivtalspart, jfr till exempel Arbetsdomstolens dom 9/2009. Bakgrunden är att fackförening B väckte talan mot företaget samt fackförening A och krävde erkännande som förhandlingspart gentemot företaget på sina medlemmars vägnar. I domskälen hänvisas till att A ingått kollektivavtal för sina medlemmar vid företaget vad gäller samma arbeten som fackförening B kräver avtal om. Företaget var enligt kollektivavtal bundet av A-medlemmarnas företrädesrätt till arbete. På grund av denna företrädesrätt var företaget i realiteten bundet av att erkänna endast en fackförening inom varje bransch i respektive föreningsområde. Huvudregeln på den privata arbetsmarknaden är därför den att en och samma fackförening har avtalsmandat för respektive bransch i det område som avtalet omfattar.

Dessa regler används på så sätt till att begränsa antalet kollektivavtalsparter på den privata arbetsmarknaden. Lagen om offentliganställdas kollektivavtal ställer å andra sidan vissa formkrav som fackföreningar behöver uppfylla för att de kan ha förhandlingsrätt gentemot de offentliga arbetsgivarna.

6.3 EES-avtalets inflytande och inledningen av arbetsrättsdirektiven

Medlemskapet i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) har haft avsevärt inflytande på isländsk arbetsrätt och då främst anställningsrätten. Hittills utan större ändringar av grundprinciperna eftersom EES-reglerna i de flesta fall varit tillägg till redan föreliggande lagstiftning. Formella informations- och samrådsförfaranden var till exempel inte vanliga och några krav på detta hade inte heller ställts ifrån fackföreningarnas sida. Med arbetsstidsdirektivet kom också andra främmande tillägg, speciellt vad gäller reglerna om maximal arbetstid per vecka som tidigare ansågs tillräckligt reglerad genom dygnsvilan. Reglerna om överlätelse av företag var också nya och främmande liksom i övriga Norden.

En särskild kommitté tillsattes 1993 i syfte att dryfta genomförandet av EES-reglerna på arbetsrättsområdet. Kommittén var rådgivande angående regeringens utformning av förslag när det gäller genomförandet av nya EES-regler. Förutom social-, finans- och utrikesdepartementens delegater ingick

representanter från arbetsmarknadens parter i kommittén, dvs. LO-Island, Förbundet för statligt och kommunalt anställda (BSRB) och Arbetsgivarföringen (SA). Arbetsmarknadens parter har genom kommittén och sedan talrika trepartsmöten med departementet om genomförandet av respektive direktiv haft väsentligt inflytande i samband med implementeringen av de arbetsrättsliga direktiven. Detta trots att samarbetet inte har varit särskilt formellt. Möjligheten till genomförande i kollektivavtal har också utnyttjats om parterna så önskat och kunnat komma överens.

Direktiven om kollektiva uppsägningar genomfördes från början i lagstiftningen. En ny lag om kollektiva uppsägningar antogs år 2000 med anledning av genomförandet av direktiv 98/59/EG utan andra ändringar än de som föranleddes av direktivet. Samma förfarande tillämpades vid genomförandet av direktiv 2001/23/EG om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlätelse av företag som också genomfördes i lagstiftningen. Ämnesinnehållet i båda dessa direktiv var nytt i isländsk arbetsrätt, trots att arbetsgivare tidigare varit förpliktade att meddela myndigheterna om kollektiva uppsägningar. Även om informations- och samrådsförfarandet upplevdes som främmande av arbetsgivarna har få saker gällande kollektiva uppsägningar blivit föremål för domstolsavgöranden. Det kan delvis bero på att företagen frivilligt har rättat till sina misstag. Lagen om överlätelse av företag visade sig vara mer problematisk vilket har resulterat i omkring tio rättsfall i Högsta domstolen under perioden 2001–2006. Till största delen har tvisterna avsett frågan om det rörde sig om överlätelse av företag i lagens mening.

Genomförandet av direktiv 2002/14/EG om inrättande av en allmän ram för information till och samråd med arbetstagare visade sig vara svårare. Som nämnt fanns ingen tradition för formellt informations- och samrådsförfarande i företagen, förutom de relativt nya reglerna angående kollektiva uppsägningar.

Arbetstagarna har från 1938 haft möjlighet att ha en facklig förtroende-man på arbetsplatsen med uppgift att ta emot de anställdas klagomål och vidarebefordra önskemål om förbättringar om anmärkningarna anses befolkade. Med lagarna om kollektiva uppsägningar, överlätelse av företag och inte minst lagen om information och samråd i företag fick förtroendemännen en annan och ny roll i samband med uppsägningar och ändringar av

verksamheten som de inte haft tidigare. Samtidigt har arbetsgivarna ålagts att genomföra den lagstadgade informations- och samrådsprocessen.

Direkta kontakter mellan fackförening och arbetsgivare angående personalfrågor, utan förtroendemannen som mellanhand, har dock under längre tid varit vanliga. Det bör tilläggas att förtroendemännen inte är bundna av tystnadsplikt utöver det som framgår av kollektivavtal och lagarna om kollektiva uppsägningar och information och samråd. Förtroendemän ska enligt lagen om kollektiva uppsägningar behandla den information förtroligt som har erhållits i enlighet med lagen. Vad gäller lagen om information och samråd kan arbetsgivaren kräva att den information som lämnas ska förbli förtrolig på grundval av företagets legitima intressen.

I ministeriets samrådkommitté kom det ursprungligen fram önskemål om att direktivet om information och samråd skulle genomföras i kollektivavtal. Det lyckades inte eftersom parterna inte kunde komma överens. Då det inte fanns samma tradition angående information och samråd inom företagen som i grannländerna tar lagen i huvuddrag utgångspunkt i direktivets text. Samtidigt är lagen delvis semidispositiv eftersom det är möjligt att ingå avtal med respektive fackföreningar eller de anställdas representanter om informations- och samrådsförfarandet i företaget. I enlighet härförmed ingick LO och SA 2008 ett kollektivavtal om organiseringen av information och samråd i företagen.

Trots uppmärksamhet och omfattande diskussion mellan arbetsmarknadens parter i samband med direktivets genomförande har lagen inte väckt större intresse. Krav angående brott mot lagens informations- och samrådsplikt verkar inte ha uppkommit. Överträdelse av lagen om information och samråd kan straffas med böter.

Vad gäller direktivet om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens, nu 2008/94/EG, blev det antaget att redan gällande lagstiftning var tillräcklig. Detta visade sig vara oriktigt vad angår krav från vissa släkttingar till företagets företrädare, enligt EFTA-domstolen E-9/97. Dessutom bekräftade EFTA-domstolen att grundregeln om statens skadeståndsansvar är en del av EES-avtalet och att EES-avtalets parter skulle se till att ersätta den skada som en individ råkar ut för med anledning av att en stat inte riktigt genomfört direktivbestämmelser som utgör en del av EES-avtalet. Högsta domstolen i Island har följaktligen fastslagit att vid tolkning av EES-avtalets bestämmelser bör EFTA-domstolens rådgivande

yttranden beaktas, om det inte framkommer något som ger anledning till avvikeler från detta. I enlighet med konstitutionen är det däremot de isländska domstolarna som ska avgöra om ersättningsansvaret har tillräckligt lagstöd enligt isländsk rätt, jfr H 236/1999.

Arbetstidsdirektivet 93/104/EG genomfördes i kollektivavtal 1996 och dess regler lagfästes sedan, eftersom de medförde ändringar av både kollektivavtalens och arbetsmiljölagens arbetstidsregler. Samrådskommittén hade tidigare försökt bedöma arbetstidsdirektivets inverkan och rekommenderat att arbetsmarknadens parter skulle ges utrymme att nå överenskommelse sinsemellan och försöka anpassa direktivets regler till förhållandena på den isländska arbetsmarknaden. Organisering av arbets-tiden grundas allmänt på kollektivavtal som också innehåller bestämmelser om minimivila. Enligt arbetsmiljölagen har närmare utformning av arbetstidsbestämmelserna inom lagens ram överlätts till arbetsmarknadens parter, och man har utgått ifrån att de har avsevärt utrymme att träffa avtal inom den ram som arbetstidsdirektivet föreskriver. Arbetstidsdirektivets undantagsmöjligheter har utnyttjats i avtalet. Parterna kom överens om längre referensperioder vid beräkning av genomsnittlig arbetstid samt tillåtelse att förkorta viloperioden vid särskilda omständigheter mot beviljande av motsvarande vila i stället. Begränsning av tillåten arbetstid per vecka var en nyhet som varken mottogs positivt av arbetsgivare eller arbetstagare, åtminstone inte till en början. Referensperioden vid beräkning av genomsnittarbetstiden per vecka är enligt kollektivavtalet sex månader med möjlighet till förlängning till tolv månader förutsatt att ett sådant beslut bygger på särskilda objektiva omständigheter och godkänns av vederbörande arbetstagarförenings landsförbund. Direktivets så kallade opt out-bestämmelse har inte utnyttjats.

Direktivreglerna om barn och ungdomars arbetstid, EEG 94/33, infördes i arbetsmiljölagen. Semesterbestämmelserna täcks sedan tidigare av semesterlagen samt kollektivavtal. Kollektivavtalens regler om ersättningsssemester vid sjukdom utomlands har sedan förändrats på grund av anmärkningar från EFTA:s tillsynsmyndighet ESA.

Arbetsmarknadens parter ingick 1996 ett kollektivavtal om arbetsgivarens skyldighet att teckna skriftliga anställningskontrakt eller ett skriftligt bekräftande av anställningen för genomförande av direktiv 91/533/EG. ESA anmärkte senare på genomförandet på grund av att det

saknades bestämmelser om sanktioner. Detta föranledde att bestämmelser om arbetsgivarnas ersättningsansvar togs upp i kollektivavtalen 2013.

Dessutom tecknade parterna på den privata arbetsmarknaden kollektivavtal till genomförande av deltidsdirektivet 2002. De offentliganställda lyckades dock inte komma överens med sina arbetsgivare, vilket ledde till att deltidsdirektivet i stället blev genomfört i lag.

Övriga direktiv har blivit genomförda i isländsk rätt med nya lagar.

Dessutom är avtalen mellan arbetsmarknadens parter på den europeiska nivån, som gjorts inom ramen för den sociala dialogen utan att omvandlas till direktiv, avtalsparternas ansvar. Deras medlemsförbund skall genomföra avtalen i enlighet med den praxis som gäller mellan arbetsgivare och arbetstagare i respektive länder. I Island är det LO och SA.

Avtalet om distansarbete (Framework Agreement on Telework) var det första kollektivavtalet av denna typ. Avtalet blev genomfört i Island 2006 genom kollektivavtal mellan LO och SA. Liksom andra isländska kollektivavtal innehåller det bindande minimiregler om arbettaganas rättigheter och skyldigheter. Andra europeiska avtal har ingåtts under samma förutsättningar.

7. Sist in först ut? Bemanningsdirektivet och den svenska bemanningsbranschen som del av den svenska arbetsmarknadsmodellen

Gabriella Sebhardt²¹

7.1 Inledning

Bemanningsdirektivet – *Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG av den 19 november 2008 om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag* – har beskrivits som en dröm för jurister och då särskilt i unionens norra delar. Som slutprodukt av flera decenniers behandling och förhandling är direktivet fullt av de otydligheter och inkonsekvenser som denna profession gillar. I Norden är det vidare få saker som engagerar så mycket som när arbetsmarknadens reglering inte sköts av parterna. Utstationeringsfrågan har tydligt visat vad som händer när EU:s rättsutveckling krockar med nationella intressen och traditioner. Eftersom personaluthyrning som verksamhet är betydligt mer omfattande än utstationering finns nu stor risk att motsvarande förflopp är att vänta.

²¹ Arbetsgivarpolitisk expert inom Almega (f.d. kanslichef och förbundsjurist för Bemanningsföretagen, ett av sju tjänstesektorsförbund inom förbundsgruppen Almega).

Uppgiften i denna artikel är just att analysera ett fall där en nationell arbetsmarknadsregleringsmodell bryts mot EU:s dito. Diskussionen kommer att använda den svenska bemanningsbranschen som epicentrum för de krafter som bemanningsdirektivet släppt loss. Bidraget har formulerats som en fråga: Kommer den svenska bemanningsbranschen som en följd av direktivet bli föremål för den inom arbetsrätten välkända principen "sist-in-först-ut", dvs. ett relativt nytt tillskott som också blir först med att lämna den svenska arbetsmarknadsmallen?

Texten är uppbyggd enligt följande. Efter denna inledning presenteras den svenska bemanningsbranschen så som den integrerats i den svenska modellen. Detta sker i avsnitt 2. *Bemanningsbranschen i den svenska modellen*. Därefter redovisas de vedermödor som bemanningsdirektivets genomförande i Sverige inneburit, detta i avsnitt 3. *Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige*. I avsnitt 4. *Hot och möjligheter*, analyseras de potentiella utvecklingslinjer som bemanningsdirektivet kan ge upphov till. Avslutningsvis, i avsnitt 5. *Avslutande reflektioner*, summeras diskussionen med en utblick mot den alltid så svårfångade framtiden. Som framgår nedan skrivs detta dessutom i en tid då flera potentiellt spelförändrande händelser står för dörren.

7.2 Bemanningsbranschen i den svenska modellen

Den svenska bemanningsbranschens insteg i den svenska modellen började redan i slutet av 1970-talet då de första kollektivavtalens slöts för personal som jobbade på bemanningsföretagens kontor, så kallad stationär personal. För ambulerande personal, dvs. anställda som utförde arbete hos kund, dröjde det emellertid till 1988. Detta var dock tre år innan företeelsen legaliseras.

Under ca fyrtio år hade det från offentligt håll nämligen förts en kamp, om än sporadisk, mot de kvinnor som genom sina skrivbyråer från och med 1950-talet lagt grunden för branschens etablering i Sverige (Johnson 2010). Eftersom personaluthyrning enligt svenskt manér tidigt lagts in i begreppet arbetsförmedling, och den bärande idén under en stor del av 1900-talet var ett offentligt arbetsförmedlingsmonopol, passade dessa pionjärers verksamheter inte alls in i bilden. Under nästan ett halvt sekel

rådde därför också ett straffsanktionerat förbud mot personaluthyrning, med både böter och fängelse som påföljd. Det senare kom visserligen aldrig på fråga men ändå påfördes de nämnda kvinnorna böter vid ett par tillfällen. Branschens utveckling utgör därmed även en intressant relief till den svenska arbetsmarknadspolitikens utveckling under det gångna århundradet.

När så legalisering följdes av avreglering i början av 1990-talet uppstod ett utrymme för bemanningsbranschen att växa och etablera sig som näring. Fram till millennieskiftet drevs bransch- och arbetsgivarfrågor åtskilt, men 2003 bildades bransch- och arbetsgivarorganisationen Bemanningsföretagen (www.bemanningsforetagen.se). Tre år tidigare hade även ett kollektivavtal slutits med samtliga LO-förbund, vilket gjorde att branschen började utvecklas även utanför tjänstemannaområdet. Det senare hade varit den helt dominerande inriktningen tack vare ursprunget i ovannämnda skrivbyråer.

Idag återfinns lejonparten av den svenska bemanningsbranschens anställda i bransch- och arbetsgivarorganisationen Bemanningsföretagens drygt 500 medlemsföretag. Förbundet bär fem egna centrala kollektivavtal och har därmed över trettioåret arbetstagarorganisationer som motparter – förmögligen ett rekord på svensk arbetsmarknad. Som en följd är kollektivavtalstäckningen i den svenska bemanningsbranschen även betydligt mer omfattande än för svensk arbetsmarknad överlag.

Ytterligare en drivkraft bakom denna höga täckning är Bemanningsföretagens auktorisation (www.tryggbemanning.se) som utvecklats till ett signum för seriöst företagande på området. Denna delvis partsgemensamma ordning – företag och fack är representerade i den auktorisationsnämnd som tar fram förslag till beslut som sedan sluttgiltigt fattas av Bemanningsföretagens styrelse – etablerades 2004 och innebär att särskilda krav ställs på företag som bedriver bemanningsverksamhet och är medlemmar i förbundet. Sedan 2009 är auktorisation obligatorisk för medlemskap i Bemanningsföretagen och endast nystartade företag kan under sin etableringsfas vara medlemmar utan auktorisation. Alla måste dock ha kollektivavtal för de avtalsområden inom vilka de verkar. Vidare måste de också leva upp till vissa grundläggande medlemskapsvillkor som gäller samma för alla, ett av de mest centrala är att vara ekonomiskt "hel och ren".

Det är alltså ingen överdrift att säga att den svenska bemanningsbranschen är fullt integrerad i den svenska arbetsmarknadsmallen. Villkoren för anställning och arbete i branschen följer därmed också de normer som gäller i stort på svensk arbetsmarknad. Detta gäller såväl anställningsformer som principer för ersättning. Tillsvidareanställning är huvudregel i den svenska bemanningsbranschen och lönerna följer antingen genomsnittligt förtjänstläget (GFL) hos kund (LO-området) eller är differentierad och individuell (den bärande principen för tjänstemannaområdet i Sverige). Det som främst särskiljer bemanningsbranschens kollektivavtal från andra branschers är behovet av regler för konsulternas utbokning på uppdrag hos kund, tillika ersättning mellan sådana uppdrag, dvs. om inte rak månadslön överenskomits (vilket är möjligt på tjänstemannaområdet).

Vad gäller just ersättning mellan uppdrag, s.k. garantilön, är en bärande tanke att bemanningsföretaget i sin egenskap av arbetsgivare inte ska föra över kostnader för icke-utbokad tid på samhället. Anställningen följer därmed inte heller uppdragets längd annat än när utrymme för detta skapats genom regler i kollektivavtal (dvs. grund finns för visstidsanställning), precis så som är fallet i de flesta andra branscher på den svenska arbetsmarknaden. Som en följd har svenska bemanningsföretag också fått möjlighet att utveckla sina verksamheter på affärsmässiga grunder, på samma sätt som andra företag. De har därmed också getts förutsättningar att ta fullt arbetsgivaransvar, precis som andra företag. Detta kallas ibland den svenska bemanningsmodellen där möjligheten till långa affärsavtal alltså skapat förutsättningar för långa anställningsavtal och bemanningsföretag ses som självständiga bolag med egna löner och villkor.

Som kontrast är bemanningsbranschen i många andra EU-länder istället en påhuggsbransch som helt följer kundens villkor, bland annat eftersom långa uppdrag hos kund inte heller är tillåtna. Vid legaliseringen 1991 fanns även i Sverige både grunder för uthyrning och tidsbegränsningar för uppdragen hos kund, något som skapade suboptimering i förhållande till affärsavtalens. Detta togs dock bort följande år och mängden speciallagstiftning för personaluthyrning har därefter också varit mycket begränsad, i vart fall till mycket nyligen.

7.3 Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige

Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige har inneburit en hel del vedermödor för berörda parter, dels då det fått en utformning som inte passar den svenska arbetsmarknadsmodellen, dels då politisk majoritet saknats i riksdagen för en smidig behandling. Detta avhandlas nedan.

7.3.1 *Direktivets utformning*

Som nämnts tog det lång tid innan ett direktiv för uthyrd arbetskraft antogs inom EU. Vägen dit var kantad av olika försök att reglera frågan och direktivet kom därmed även att utvecklas på ett sätt som inte gjort slutprodukten helt lättillgänglig. Bland annat har utrymme skapats för att undanta de arbetsmarknadsmöbler från tillämpning som passar sämst med de vedertagna principerna – den tyska, de skandinaviska och den brittiska. Eftersom detta skett vid olika tidpunkter är undantagen heller inte lättolkade, särskilt inte om de läses tillsammans. Som en direkt följd har direktivets genomslag dessutom kommit att variera mycket mellan de olika medlemsländerna.

Historien har också kommit att förse direktivet med två syften: Först ett skydd för uthyrd arbetstagare. Senare även ett erkännande av bemanningsföretag som legitima arbetsgivare som bidrar till sysselsättning och en välfungerande arbetsmarknad. Nycklarna är direktivets artiklar 5 och 4 som handlar om verktygen för detta: likabehandling av uthyrd arbetskraft med utgångspunkt i villkoren för direkstanställning i kundföretaget, respektive en översyn av begränsningar och förbud mot anlitande av uthyrd arbetskraft, dvs. villkoren vid anlitande av bemanningsanställda. Logiken i detta är att många hinder mot inhyrning tillkommit just för att skydda den aktuella arbetstagargruppen och de blir därmed överflödiga när en generell skyddsregel – likabehandlingsprincipen – blir huvudregel inom EU. Endast de hinder som kan motiveras av allmänintresset är fortfarande acceptabla. Exakt vad som inryms i det senare begreppet, samt vad effekterna av detta är, har dock kommit att bli en stridslinje. Men mer om detta nedan.

När väl bemanningsdirektivet med närmare trettio år på nacken som idé plötsligt rasslade igenom i ministerrådet i juni 2008, efter en uppgörelse på den brittiska arbetsmarknaden föregående månad, hade den svenska branschen redan konstaterat att regleringen egentligen var överflödig. Som framgått ovan var branschen vid det laget fullt integrerad i den svenska modellen med väl etablerade former för såväl skydd av uthyrd arbetskraft, dvs. jämbördiga villkor för anställning och arbete, som erkänning av bemanningsföretag som legitima arbetsgivare. Skapandet av ett alternativt regelverk, som dessutom byggde på andra grunder, uppfattades därför som ett reellt hot och strategin blev därmed att försöka minimera skadeverkningarna. En rapport beställdes och seminarier hölls med alla berörda parter (Malmberg 2009). Branschens oro över risken för åverkan på den svenska (bemannings)modellen delades dock inte i övriga läger, inte ens på den punkt där samsyn borde ha rått: att det "tyska" undantaget i Sverige främst skulle få betydelse för oorganiserade företag och därmed inte borde användas. På arbetstagarsidan verkade direktivets antagande mest ha varit en fråga om en solidarisk handling med arbetstagare i det forna östblocket.

7.3.2 Utredning om genomförandet

För att genomföra direktivet i Sverige tillsattes i sedvanlig ordning en offentlig utredning med professor Birgitta Nyström som särskild utredare. Till att biträda utredningen utsågs en referensgrupp med företrädare för arbetsmarknadens parter. Efter ett och ett halvt år och två förlängningar lämnades, i enlighet med god svensk rättsvetenskaplig tradition, ett hel täckande förslag för den restlagstiftning som ansetts behövlig, detta i form av en ny uthyrningslag.

Arbetet i utredningen var emellertid inte helt okomplicerat, dels på grund av frågorna i sig, dels på grund av vissa centrala parters inställning till bemanningsbranschen. Vad gäller de förra handlade det bland annat om befintliga kollektivavtals status men även om till Sverige utstationerad uthyrd arbetskrafts behov av förstärkt skydd och möjligheten att vidta stridsåtgärder för att påverka detta. I svallvågorna efter Laval-domen var den nötens givetvis inte lätt att knäcka och meningsskiljaktigheterna var stora både om det fanns formell grund för att reglera frågan och om det

borde göras överhuvudtaget, eftersom en komplicerad svensk utstationeringslagstiftning riskerade att bli än mer komplicerad tillika twistedrivanande, med oanade följer för den svenska arbetsmarknadsmodellen.

Vad gäller den senare komplicerande faktorn i utredningsarbetet – central parts inställning – framförde en representant i referensgruppen ståndpunkten att personaluthyrning bara skulle kunna komma i fråga för att möta tillfälliga behov hos kundföretagen. När utredaren inte ville hörsamma detta, utan hävdade att frågan föll utanför utredningens uppdrag, begärde samma part istället tilläggsdirektiv, dock fortfarande utan framgång. I ett brev till arbetsmarknadsministern angavs att grunden för begäran var att den svenska modellen ”bygger i allt väsentligt på att man som arbetstagare är verksam rent fysiskt på det företag eller myndighet man är anställd”. Önskemålet var därför också att införandet av en dylik begränsning skulle ske i form av en semi-dispositiv regel, som alltså skulle flytta frågan om verksamhetens bemanning bort från arbetsgivarens ledningsrätt och till förhandlingsbordet. Inte oväntat uppfattades detta som ett frontalangrepp av bemanningsbranschen och avtalsförhandlingar som hade pågått parallellt fick skjutas upp.

Även bristande översättning har bidragit till att vissa frågor fått slagsida i den svenska debatten kring direktivets implementering. Detta gäller framförallt exemplifieringen av allmänintresset och de grunder som kan motivera begränsningar och förbud. I den svenska versionen av direktivet har *uthyrd* fallit bort – på alla andra språk är det första exemplet specificerat såsom ”särskilt uthyrda arbetstagares skydd”. Fokus har därmed flyttats bort från den grupp som direktivet är tillkommet för att skydda: de bemanningsanställda, och istället kommit att handla om alla andra grupper på arbetsmarknaden. Men även bestämmelsen om tillträde till gemensamma anläggningar och inrättningar, en nymodighet men med begränsad praktiskt genomslag i Sverige, är i den svenska översättningen behäftad med motsvarande fel. Där hade ordet förmåner smugit sig in, utan grund i andra texter, och riskerade först att ge denna bestämmelse en helt annan omfattning än avsett. Här skedde emellertid en justering.

7.3.3 Översyn av hinder och förbud

Det mest problematiska för bemanningsbranschen har emellertid frågan om artikel 4:s innehörd och ställning varit, och är det alltjämt (se nästa avsnitt). Även om de exempel på hinder mot anlitande av uthyrd arbetskraft som spelats in till arbetsmarknadsdepartementet en dryg månad efter att direktivet utfärdats också bereddes av utredningen, gjordes ingen ansats till egen översyn. Detta var beklagligt främst av två skäl. Dels eftersom förbudstiden lämnat efter sig allehanda tillämpningar som på olika sätt fortfarande beskär möjligheten att anlita uthyrd arbetskraft. Dels eftersom en egen översyn skulle ha visat behovet av att en spärregel mot omotiverade hinder fördes in i den nya uthyrningslagen. Utredaren ansåg emellertid att det var oklart om bestämmelsen hade en materiell innehörd och inte bara en processuell. I vart fall ville hon inte föregripa EU-kommissionens översyn av direktivets genomförande bland unionens medlemsstater. Regeringen gick sedermera på samma linje.

Från branschens sida hade man helst sett en spärregel inskriven i den nya uthyrningslagen, både för att underlätta ifrågasättande av befintliga hinder men också för att hindra uppkomsten av nya. Samma tydlighet önskades också vad gäller den för bransen väsentliga rätten till skälig ersättning för tjänster till kundföretaget för uppdrag, rekrytering och utbildning av uthyrd arbetskraft, som också återfinns i direktivet. Här blev dock skrivningarna i förarbetena bättre än vad gäller artikel 4.

Beträffande de hinder som blev föremål för utredningens översyn var det två som vann gehör. Det ena gällde den karantänregel som funnits i arbetsförmedlingslagen som ett skydd för arbetsgivare mot att arbetstagare skaffar sig bättre villkor genom att söka sig till bemanningsföretag, en regel av betydelse främst för stora dominerande arbetsgivare såsom landsting (dvs. monopsoner). Den slopades med hänvisning till direktivet. Det andra hindret handlade om rätten till a-kassa som inte erkänts fullt ut för del- och visstidsanställda i bemanningsbranschen. Där konstaterade utredaren att rättsläget nu var klart men att a-kassornas tillämpning inte följt utvecklingen. Båda dessa hinder har påverkat villkoren för anlitande av uthyrd arbetskraft i det att de begränsat utbudet av kandidater genom att minska deras benägenhet att söka anställning i bemanningsbranschen.

Vad gäller begränsningar och förbud i kollektivavtal lämnades översynen till parterna. Inom Svenskt Näringsliv gjordes en systematisk invente-

ring med efterföljande analys. Som kontrast menade LO och TCO att det inte fanns några hinder som inte var motiverade, dock utan att närmare specificera detta. Övriga organisationer menade att det inte fanns några hinder inom deras avtalsområden.

Utdredaren överlämnade sitt betänkande i januari 2011 men där tog det stopp. Sedan valet 2010 hade Allianspartierna regerat i minoritet och framförallt i arbetsmarknadsutskottet hade de stött på patrull. Att baxa direktivets genomförande vidare visade sig mycket svårt.

7.3.4 *Klagomål till EU-kommissionen*

För företagande är bristande förutsägbarhet bland de värsta ting och således påtalade branschen detta när inga framsteg gjordes under resten av 2011 eller första hälften av 2012. Detta skedde dels via upprepade kontakter med regeringskansliet, dels via ett första klagomål till EU-kommissionen i mars 2012, något som ingavs på uppmaning av dess tjänsstemän efter möte med dem i Bryssel vid samma tidpunkt. Kommissionen tillskrev därefter också konungariket Sverige om bristen på såväl genomförande som information om detta arbete. Fram till dess hade Lagrådet, dit lagförslag skickas för synpunkter innan proposition lämnas till riksdagen, varit branschens enda källa till information om regeringskansliets ideligen uppskjutna planer på en ny uthyrningslag.

Först efter ytterligare påtryckningar från EU-kommissionen, denna gång i form av ett motiverat yttrande daterat den 22 juni 2012, nådde Alliansregeringen en uppgörelse med Miljöpartiet om genomförande. Av uppgörelsen följe dock också en restpost: ytterligare en utredning men denna gång för att undersöka om uthyrning används för att kringgå regler om anställningsskydd. Diskussionens vågor om sådant påstått miss bruk hade gått höga, särskilt i riskdagen och i media. När branschens existens ändå var på tal hängdes alltså ytterligare frågor på förloppet.

Två år senare konstaterade den särskilda utredaren professor Eskil Wadensjö att inhyrning av personal från bemanningsföretag i situationer där arbetstagare som tidigare har sagt upp på grund av arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning är mycket sällsynt förekommande. (SOU 2014:55). Istället anlitas bemanningsföretag för att hantera variationer och för att lösa organisationsproblem. Det förmodades även att de regler

om inhyrning och företrädesrätt som förts in i kollektivavtal på LO-området 2010 haft viss påverkan, även om utredaren också noterade att dessa i princip aldrig tillämpats. Paradoxalt nog hade frågan om införande av begränsningar mot inhyrning seglat upp under avtalsrörelsen 2010, dvs. parallellt med att den andra utredningen arbetade med en översyn av sådana hinder.

Den 5 juli 2012 skickades så det lagförslag på remiss till Lagrådet som hade aviserats första gången närmare ett år tidigare. I september beslutade regeringen om en proposition på området och i slutet av november antogs den av riksdagen för ikraftträdande vid årsskiftet, dvs. mer än ett helt år för sent.

När det då gick att konstatera att inte heller lagförslaget gett artikel 4 ett materiellt innehåll valde branschen att följa upp med ytterligare ett klagomål, i november 2012. Under lagstiftningsprocessen hade strategin varit att försöka påverka slutprodukten, nu ändrades taktiken till att om möjligt få saken prövad rättsligt, antingen via en överträdelsetalan eller via egen rättsprocess som i slutänden skulle fastställa bestämmelsens innebörd.

Klagomålet gällde effekten av att inte ha en materiell förbudsregel att åberopa mot begränsningar och förbud mot anlitande av uthyrd arbetskraft. 2013 åtföljdes det av ytterligare två kompletterande klagomål som illustrerade problematiken. Det ena gällde den karantänregel som tidigare funnits i arbetsförmedlingslagen men som trots att den tagits bort ändå fortsatte att användas och detta i en större omfattning och på fler grupper än vad som gällt enligt tidigare lagregel. Det andra gällde den absoluta förhandlingsskyldigheten inför anlitande av uthyrd arbetskraft i 38 § 2 st. MBL, som utöver att omotiverat särbehandla branschen också visat sig fungera som plattform för uppgörelser främst på lokal nivå om allehanda begränsningar av anlitande av uthyrd arbetskraft. Branschen blir där lätt växelpengar i utbyte mot annat.

7.3.5 Rättsutveckling via process i domstol

Även om EU-kommissionen i ett tidigare skede påtalat bristerna i Sveriges hantering av bemanningsdirektivet visade sig fortsättningen inte vara lika enkel. Alla som på nära håll följt arbetet med direktivets genomförande

har kunnat notera en ambivalent hållning till artikel 4 hos kommissionen, där olika direktorat anlagt olika perspektiv på frågan. Formellt har detta tagit sig uttryck i en mycket sent tillkommen implementeringsrapport och i en motstridig hållning till det finska mål C-533/13 som nu ligger för avgörande i EU-domstolen. Inget svar har heller lämnats på Bemanningsföretagens klagomål utan man har meddelat att man avvaktat implementeringsrapporten och sedan rättsutvecklingen.

Förberedelser vidtogs också för att få saken prövad i svensk domstol, med möjligt hänskjutande till Luxemburg, men innan detta burit frukt beslutade den finska arbetsdomstolen att i oktober 2013 begära förhandsbesked i en tvist om bemanningsdirektivets innehörd. Detta finska fall rör kollektivavtalade begränsningar mot anlitande av uthyrd arbetskraft, såväl grunder för detta som uppdragens längd, och frågorna som ställts gäller artikel 4:s eventuella direkta effekt, tillåtligheten av de aktuella kollektivavtalsbestämmelserna samt nationella domstolars roll i förverkligandet av direktivets mål.

Generaladvokaten har nyligen lämnat sitt förslag till avgörande och det är både roande och oroande. Det är roande i det att artikel 4 presenteras som ett materiellt förbud mot omotiverade hinder, giltigt mot såväl lag som kollektivavtal. Vidare erkänns direktivets dubbla mål och branschens roll för en välfungerande arbetsmarknad. Det är oroande i det att de aktuella hindren anses motiverade då direktanställningar alltid är att föredra, något som emellertid verkar bygga på ett antagande om att anställning i bemanningsbranschen alltid är tidsbegränsad, dvs. tillfällig. Vidare förs resonemang om att denna form av arbete inte är anpassad till alla omständigheter, särskilt när behovet av arbetskraft är permanent. Det konstateras också att medlemsstaterna lämnats stort utrymme för skönsmässig bedömning av de situationer som berättigar anlitande av uthyrd arbetskraft. Likväl påpekas att sektorsvisa förbud eller kvoter inte kan motiveras som åtgärd för att förebygga missbruk (ett allmänintresse) utan varje annat objektivt mål.

Värt att notera är att domstolen valt att bereda frågan i Grand Chambre, dvs. med det maximala antalet femton domare. Av ett ombud har detta beskrivits som en beredskap för att kunna "släppa en bomb". Frågan infinner sig om vad som skulle kunna utgöra en sådan bomb. Frågorna i plenum handlade till stora delar om direktivets rättsliga grund och dess

betydelse för tolkningen av direktivet. Vissa parter har hävdat att den utesluter möjligheten att tolka artikel 4 som ett förbud mot omotiverade hinder. Såsom generaladvokaten också konstaterar i sitt förslag skulle ett sådant resonemang leda till en ogiltigförklaring av artikeln, även om han själv inte köper detta eftersom han menar att direktivet har, och kan ha, ett dubbelt mål. Föresatsen om ogiltighet är givetvis skrämmande eftersom det skulle dra undan mattan för många av branschens strävanden. Måhända finns det fortfarande anledning att förvänta sig det oväntade. Under tiden har emellertid ett fall om karantänreglers tillåtlighet i offentlig upphandling seglat upp på den svenska horisonten. Eventuellt skulle en prövning av detta i EU-domstolen kunna nyansera bilden på sikt.

7.4 Hot och möjligheter

En vedertagen ståndpunkt är att framförallt avsaknaden av två egenskaper i den svenska arbetsmarknadsmallen gör införande av EU-direktiv på arbetsmarknadens område komplicerat: allmängiltiga kollektivavtal samt minimilönelagstiftning. En uppfattning har funnits att undantag beviljades för det svenska kollektivavtalets icke-heltäckande natur vid inträdet i EU men rättspraxis från EU-domstolen har ställt detta på ända. Istället har behov av kompletterande restlagstiftning aktualiseras, med följder som fortfarande är svåra att överblicka. En enkel slutsats är att det är olika rättstraditioner som här bryts mot varandra. Detta gäller i allra högsta grad bemanningsdirektivet. Nedan följer en genomgång av vissa hot och möjligheter som identifierats.

Direktivets genomförande har medfört flera exotiska inslag i den svenska modellen som på sikt riskerar rubba balansen inom modellen. För det första har bemanningsbranschen via den nya uthyrningslagen getts ett alternativ till reglering genom kollektivavtal och detta inte bara avseende villkor utan även löner. För det andra, genom att likabehandlingsprincipen pekar ut den ordning som gäller hos kundföretaget, vilken i de flesta fall fortfarande har ett kollektivavtal som grund, ges kundens kollektivavtal en tillämpning utanför kretsen av invigda: en form av indirekt allmängiltigförklaring således. För det tredje blottas efterlevnadsmekanismens beroende av de etablerade parterna. Utanför den organiserade de-

len av arbetsmarknaden står individen återigen ensam att göra sin rätt gällande. För det fjärde, om generaladvokatens förslag står sig mejslas gränsen för parternas avtalsfrihet ut ytterligare en bit.

Även själva restlagstiftningen, uthyrningslagen, är i vissa delar problematisk. Undantag från likabehandling görs för den svenska modellen, dvs. reglering genom kollektivavtal kan träda i dess ställe. Samtidigt utgör direktivets likabehandling en måttstock och öppnar potentiellt för angrepp på regleringar i kollektivavtal som inte uppfattas leva upp till denna standard. Och, eftersom likabehandlingsprincipen inte omfattar mer än grundläggande anställnings- och arbetsvillkor, så finns det därmed även risk att villkor på samma områden i kollektivavtal men som tillkommit genom att givanden och taganden på andra områden rivas upp, med följd att den ursprungliga motvalutan omvärderas. Detta medför i sin tur en obalans i avtalsrelationen och på sikt att överenskommelser faller. Ett exempel på detta är semester, som har markant olika omfattning i statlig kontra privat sektor. Faktum är att det just är inom offentlig sektor där diskussioner om nivån på parternas överenskommelser uppstått, även om dessa ännu ej lett till tvist eller prövning i domstol.

Uthyrningslagen är i vissa delar även tillämplig på utstationerad uthyrd arbetskraft. Önskas likabehandling istället för utstationeringslagens hårda kärna krävs dock en insats från arbetstagarorganisationerna: det så kallade förstärkta skyddet. Det innebär att svenska fackföreningar kan, under hot om stridsåtgärder, begära likabehandling av till Sverige utstationerad uthyrd arbetskraft med mindre det utländska bemanningsföretaget visar att det har motsvarande nivå. Detta är ett till synes mindre ingrepp än att göra likabehandling tillämplig på alla. Samtidigt har det visat sig att det finns arbetstagarorganisationer som låter bli att använda denna rätt då detta möjliggör för dem att till kundföretaget påpeka att det utländska bemanningsföretaget i fråga saknar svenskt kollektivavtal. Ett inte förutsett men förmodligen effektivt sätt att begränsa utbudet på arbetskraft.

Beträffande den praxis som nu stundar från EU-domstolen är en avgörande fråga i vilken utsträckning andra parter tillåts bestämma villkoren för anlitande av arbetskraft. Frågan slår mot bemanningsbranschen på två sätt, dels mot dess utveckling, dels mot dess existens. Dessa aspekter illustreras i nämnd ordning i figurerna nedan.

Som redan diskuterats och som visas i fält D i Figur 1 har den svenska bemanningsbranschen kommit att kunna erbjuda sina anställda långa anställningsavtal genom att dess företag också tillåtits ta uppdrag på affärs-mässiga grunder, dvs. göra långa affärer (D). En sådan kvalitetsstrategi är dock svår att upprätthålla om uppdragen hos kund begränsas i tid eller på annat sätt som inte relaterar till kundens förutsättningar eller behov. I de länder där dylika restriktioner finns är som regel bemanningsbranschen en utvecklad påhuggsbransch med många korta anställningar som följd (A). Motsvarande utveckling i Sverige skulle leda till att dagens kvalitetsstrategi byts mot sådan kvantitetsstrategi. Som också illustreras är övriga kombinationer svåra att hantera för fack (B) respektive företag (C).

Figur 1

		<u>Affärsstrategi</u>	
		Kortsiktig	Långsiktig
<u>Anställnings-strategi</u>	Kort-siktig	A. Korta affärer Korta anställningar = Kvantitetsstrategi	B. Långa affärer Korta anställningar = Problematiskt för fack
	Lång-siktig	C. Korta affärer Långa anställningar = Problematiskt för bemanningsföretag	D. Långa affärer Långa anställningar = Kvalitetsstrategi

Ett minst lika allvarligt hot som också följer av andras reglering är att bemanningsbranschen som samlad kraft för företag med personaluthyrning som verksamhetsidé kan komma att upplösas. Detta illustreras i Figur 2.

Figur 2

		<u>Reglering</u>	
		Extern	Intern
<u>Organisering</u>	Extern	A. Andra aktörer organiserar Andra aktörer reglerar = ingen egen bransch	B. Andra aktörer organiserar Egen reglering
	Intern	C. Egen organisation Andra aktörer reglerar	D. Egen organisation Egen reglering = en egen bransch

För att undvika att begränsningar införs kommer fler bemanningsföretag att söka sig till de sektorer där deras affärsförutsättningar avgörs, en utveckling från D till A. När branschens företag då sprids ut kommer det inte heller att finnas en tydlig part som kan ta ansvar för utvecklingen eller för att bevaka den. För att summa, då lämnar bemanningsbranschen den svenska arbetsmarknadsmodellen.

7.5 Avslutande reflektioner

En välfungerande arbetsmarknad är i stora delar en europeisk ödesfråga. Utöver att företag och förvaltningar får svårt att utvecklas skapar en alltför stor missmatch mellan efterfrågan och utbud på arbetskraftslitningar i samhället tillika dåliga förutsättningar att finansiera befintliga välfärdsmodeller. Sedd som andel av arbetskraften är bemanningsbranschen inte stor i något av EU:s medlemsländer. Likväld kan den om adekvat reglerad bidra till att fler företag utvecklas och fler arbetstagare finner sig till rätta på arbetsmarknaden.

Verksamhetens specialisering är en trend som pågått under längre tid och behoven av olika kompetensförsörjningstjänster följer i dess spår. För arbetstagarorganisationerna borde dessutom personaluthyrning vara det mest attraktiva alternativet när företag väljer att inte driva verksamhet med egen personal. Antingen regleras deras villkor i kollektivavtal eller så i uthyrningslagen. Motsvarande möjlighet finns inte vid "outsourcing", än

mindre vid "offshoring", alternativ som driver arbetskraften allt längre bort från facklig kontroll.

I Sverige är bemanningsbranschen en segsliten företeelse och förmodligen kommer den, i en eller annan form, att överleva även de påfrestningar som diskuteras ovan. Förmodligen finns det även starkare krafter som riskerar att göra större åverkan på den svenska arbetsmarknadsmodeellen än en krock mellan rättsliga traditioner. Den sjunkande organisationsgraden på arbetstagarsidan är en sådan som på sikt riskerar orsaka underminering och behov av fler parallella lösningar. Sedan 90-talet har skillnaden mellan parterna i den privata sektorn vuxit till sexton procent (Kjellberg 2014). Detta är givetvis problematiskt i sig. Särskilt synligt blir det emellertid i bemanningsbranschen där många unga finns. Organisationsgraden i åldersgruppen 17–29 år är nu nere i ett snitt på 47 procent. Med andra ord är det just i bemanningsbranschen hålet i den svenska arbetsmarknadsmodeellen blottas. Fråga är om regleringsinstrument såsom bemanningsdirektivet kommer att bidra till att vidga detta ytterligare. Risken är då att det fylls av annat, eftersom strategier och lösningar alltid finns och alternativ kommer att uppstå. Fråga är bara om de blir lika aptitliga.

7.6 Källförteckning

- Johnson, Anders (2010). *Hyrt går hem: historien om den svenska bemanningsbranschen*. Stockholm: Informationsförlaget.
- Kjellberg, Anders (2014). *Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund*. Lund: Sociologiska institutionen, Lunds universitet.
- Malmberg, Jonas (2010). *Hur ska bemanningsdirektivet genomföras i Sverige?* Uppsala: Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.
- SOU 2011:5 *Bemanningsdirektivets genomförande i Sverige*. Stockholm: Fritzes officiella publikationer.
- SOU 2014:55 *Inhyrning och företrädesrätt till återanställning*. Stockholm: Fritzes officiella publikationer.
- www.bemanningsforetagen.se
- www.tryggbemanning.se

8. Implementeringsudvalgets rolle i forbindelse med implementering af EU- direktiver i Danmark samt implementering af vicardirektivet som konkret eksempel

Ane Kristine Lorentzen²²

8.1 Grundlaget for implementering af direktiver på det arbeudsretlige område i Danmark

8.1.1 Lovgivers ønske om direktivimplementering inden for rammerne af det danske aftalesystem

Ved traktatændringen i Maastricht, der trådte i kraft den 1. november 1993, blev der via den særlige social- og arbejdsmarkedsprotokol åbnet adgang til, at EU-landene, herunder Danmark, kunne vedtage arbeudsretlige direktiver med kvalificeret flertal. Social- og arbejdsmarkedsprotokol-

²² Advokat hos LO, Landsorganisationen i Danmark.

len blev sidenhen indarbejdet i EF-traktaten. EU-Domstolen accepterede tidligt overenskomster som implementeringsinstrument, dog således at staten til enhver tid skal være i stand til at sikre direktivets resultater.

Samtidig med vedtagelsen af den øgede adgang for EU til at vedtage regler på det arbejdsretlige område, har det været vigtigt for Danmark at fastholde aftalesystemet som det centrale omdrejningspunkt for fastsættelsen af løn- og arbejdsvilkår.

Dette afspejler sig i vedtagelser i Folketinget tilbage fra 1993 samt i den metode, der har været anvendt og fortsat anvendes i forbindelse med implementering af arbejdsretlige direktiver i Danmark.

Grundlaget for implementering af arbejdsmarkedsdirektiver i Danmark hviler bl.a. på Folketingets motiverede dagsorden fra 30. november 1993. Her gav Folketinget sin støtte til at fastholde den danske model i EU-samarbejdet, og således at arbejdsmarkedets parter i Danmark fik mulighed for at implementere inden for rammerne af aftalesystemet, herunder ved kollektive overenskomster eller aftaler.

Af den opfordring, der blev vedtaget i 1993, fremgår følgende:

"Folketinget opfordrer regeringen til at arbejde aktivt for virkeliggørelsen af den sociale dimension med henblik på at skabe et socialt afbalanceret fællesskab.

Folketinget konstaterer, at det i dansk interesse i EU-samarbejdet på arbejdsmarkedsområdet at fastholde den danske model med overvejende aftaler frem for lovgivning, og opfordrer regeringen til i samarbejde med arbejdsmarkedets parter i behandlingen af forslag til fællesskabsdirektiver og i generelle arbejdsmarkedsdebatter i EU konsekvent at arbejde for,

...

- at fællesskabsforanstaltninger giver råderum for nationale traditioner og beslutninger,
- at parterne i Danmark får mulighed for at implementere foranstaltningerne inden for rammerne af aftalesystemet, herunder ved kollektive overenskomster og/eller aftaler..."

8.1.2 LO/DA-aftale om en implementeringsprocedure for direktiver på det arbejdsretlige område

Denne linje er videreudviklet i Danmark bl.a. med baggrund i opfordringer fra LO og DA. LO og DA indgik i 1996 en aftale om en implementeringsprocedure i forbindelse med implementering af EU-direktiver, jf. LO/DA-aftale af 1. juli 1996.

Om baggrunden for LO/DA-aftalen fremgår følgende:

"Det er afgørende for LO og DA, at tilpasningen på det danske arbejdsmarked til de beslutninger, der træffes i EU, sker på en måde, som giver arbejdsmarkedets parter mulighed for at fortsætte den selvforvaltning, som har været normen på det danske arbejdsmarked i hele dette århundrede. Der tænkes her især på mulighederne for at bevare det fagretlige system, og på respekten for de aftaler, der indgås decentralt af overenskomstpartnerne. På denne baggrund og med henblik på at sikre en fyldestgørende implementering af EF-direktiver via aftaler har DA og LO vedtaget nærværende implementeringsprocedure..."

Henstillingen til beskæftigelsesministeren om proceduren går herefter ud på, at der, så snart et direktiv er vedtaget på det arbejdsmarkedspolitiske område, indrømmes en periode til at afsøge mulighederne for at gennemføre direktivet via aftalesystemet, uden at der samtidig fremsættes konkurrerende lovforslag.

Herefter henstilles der til, at der efter afslutningen af forhandlingerne mellem overenskomstpartnerne gøres status mellem Beskæftigelsesministeriet og hovedorganisationerne over omfanget af den aftalemæssige implementering. Med baggrund i denne status fastlægges det herefter, hvilke supplerende implementeringsskridt, det er nødvendigt at foretage for at opfylde kravene til en rettidig og fyldestgørende implementering af direktivet. Yderligere fremhæves i aftalen den fælles opfattelse mellem LO og DA, at det ved den supplerende implementering sikres, at indgåede aftaler om implementering ikke ændres under forudsætning af, at aftalerne opfylder direktivets minimumskrav.

For at sikre disse hensyn i implementeringsprocessen foreslår LO og DA, at der nedsættes et udvalg med repræsentanter fra arbejdsmarkedets parter, der skal rådgive ministeren i implementeringsprocessen.

8.1.3 Nedsættelse af implementeringsudvalget i Danmark

Siden 1993 og i forbindelse med arbejdet med implementeringen af direktiverne på det ansættelsesretlige område i årene herefter udviklede der sig i Danmark en praksis, der i store træk svarer til de ønsker, som indeholdes i LO/DA-aftalen for så vidt angår selve processen om implementering og det gennemgående ønske om respekten for de kollektive overenskomster som primært implementeringsinstrument.

Den udviklede praksis ønskes imidlertid kodificeret i en lidt fastere ramme, og regeringen nedsatte derfor det såkaldte Implementeringsudvalg i december 1999. Udvalget blev nedsat af beskæftigelsesministeren til rådgivning om gennemførsel af arbejdsmarkedsdirektiver. Implementeringsudvalget blev nedsat med deltagelse af repræsentanter for arbejdsmarkedets parter, såvel offentlige som private. Af kommissorium for udvalget henvises dels til Folketingets vedtagelse i 1993 om ønsket om implementering inden for rammerne af aftalesystemet, dels ønsket om at sikre en hensigtsmæssig og fyldestgørende implementering af EU-direktiver. I kommissoriet beskrives den proces, der ønskes formaliseret i forbindelse med udvalgets arbejde.

Der etableres herefter en proces i Implementeringsudvalget, hvor arbejdsmarkedets parter efter vedtagelsen af et direktiv tilkendegiver overfor ministeriet, om der er tilslutning til hel eller delvis implementering af direktivet ved aftale. Herefter afholdes der møde i udvalget med henblik på at tilrettelægge forløbet af implementeringen, herunder aftale fælles frister for gennemførelsen. Generelt afsættes der på dette tidspunkt i processen et vist tidsrum for arbejdsmarkedets parter til gennemførelse ved aftale, dog således at udvalget løbende orienteres om status herfor. Dette gælder naturligvis ikke i tilfælde, hvor et direktiv ikke åbner nogen muligheder for overenskomstimplementering. I så fald igangsætter Implementeringsudvalget straks arbejdet med forberedelse af lovimplementeringen. Konkret sker dette ofte ved, at Implementeringsudvalget nedsætter en arbejdsgruppe under Implementeringsudvalget med deltagelse af arbejdsmarkedets parter med henblik på at udarbejde konkrete forslag til lovimplementeringen.

I de situationer, hvor der åbnes op for overenskomstimplementering, vil der i udgangspunktet altid være behov for indførelse af supplerende lovgivning, således at alle lønmodtagere – dvs. de grupper, der ikke omfattes af en implementeringsoverenskomst – sikres rettigheder ved lov i overensstemmelse med direktivet. I Danmark gælder overenskomsterne alene for de parter, som er forpligtet af overenskomsten ved aftale – typisk via medlemskab af den relevante arbejdsgiverforening eller ved en tiltrædelsesoverenskomst med fagforeningen.

Når arbejdsmarkedets parter har foretaget den mulige overenskomstimplementering eller når det i øvrigt skønnes nødvendigt at opstarte processen for den supplerende lovimplementering, påbegyndes den vanskelige del af udvalgets eller arbejdsgruppens arbejde, nemlig at omsætte direktivets bestemmelser til lov i respekt af de aftaler, der er indgået mellem arbejdsmarkedets parter. Det forudsættes i øvrigt, at den implementering, der sker i overenskomsterne, ikke berøres af den supplerende lovimplementering under forudsætning af, at aftaleimplementeringen lever op til direktivets bestemmelser. Desuden arbejdes der for, at lovimplementeringen ligger tæt op ad de aftaler, der er indgået i overenskomstimplementeringen. Den her beskrevne proces for implementering finder ikke alene anvendelse ved implementering af direktiver i Danmark. Implementeringsudvalget spiller en tilsvarende stor rolle i de efterhånden hyppigt forekommende situationer, hvor afgørelser fra EU-domstolen nødvendiggør ændringer i danske overenskomster og/eller lovgivning. F.eks. spillede Implementeringsudvalget en afgørende rolle i den ændring af praksis og lovgivning, som blev resultatet af EU-domstolens afgørelse i Laval-sagen, C-341/05. Tilsvarende kan nævnes Implementeringsudvalgets arbejde med forslag til ændring af funktionærlovens bestemmelser om fratrædelsesgodtgørelse til medarbejdere med lang anciennitet som følge af EU-Domstolens afgørelse i Ole Andersen-sagen, C-499/08. Her er der nu fremsat forslag til ændring af loven på baggrund af et fælles forslag i Implementeringsudvalget fra LO og DA.

Sammenfattende er arbejdet i Implementeringsudvalget præget af den gensidige forståelse, der er omkring principperne i den danske model, og præmissen om, at reguleringen af de arbeudsretlige regelsæt sker ved aftale. Men det afspejler sig naturligvis i Implementeringsudvalgets arbejde, at staten på de EU-regulerede områder har en selvstændig forpligtelse til at påse fyldestgørende implementering.

Set fra LO's synsvinkel og formentlig de fleste arbejdsmarkedsparter i Danmark er det helt centralt, at direktivimplementering i Danmark har dette stærke udgangspunkt i de kollektive overenskomster – både som primært implementeringsinstrument, men også i relation til den lovgivning, som samler restgrupperne op. Det kan vel også udtrykkes på den måde, at den danske model i udgangspunktet ikke understøtter ideen om omfattende arbeudsretlig lovregulering, men når denne lovregulering er nødvendig eller hensigtsmæssig f.eks. pga. den grænseoverskridende arbejdskraft eller i forhold til særligt udsatte grupper, så er det centralt, at overenskomstparternes implementeringsmodeller danner udgangspunkt for regelfastsættelsen.

8.2 Vikardirektivet som konkret eksempel på direktivimplementering i Danmark

Ovenfor er beskrevet de overordnede principper for implementeringen af EU-direktiver på det arbeudsretlige område i Danmark, men det skal siges, at der har været en del forskelligheder fra direktiv til direktiv med hensyn til den konkrete implementeringsform og overenskomsternes betydning i relation hertil. Dette hænger især sammen med det forhold, at en del direktiver, særligt fra før årtusindskiftet, ikke rummer reel mulighed for overenskomstimplementering. Dette har i visse tilfælde sammenhæng med, at de forpligtelser, der følger af direktivet, er uegnede til overenskomstimplementering eller at direktivet formelt ikke åbner op for overenskomstimplementering. For så vidt angår en del lovimplementering af direktiver i Danmark, er der dog ved senere lovændringer indskrevet bestemmelser i loven, som formelt giver forrang til overenskomstbestemmelser på niveau med direktivet.

Senere hen er direktiverne i højere grad udformet således, at der leveres overenskomstparterne og overenskomsterne en mere regulær rolle med hensyn til implementering.

8.2.1 Implementering af et semidispositivt direktiv – vikardirektivet

Vikardirektivet blev vedtaget den 19. november 2008 med en implementeringsfrist den 5. december 2011. Direktivet havde et særdeles langt tilblivelsesforløb, for allerede i foråret 2000 tilkendegav arbejdsmarkedets parter på europæisk plan, at man ønskede at indlede en aftaleproces, som dog blev opgivet i 2001, hvorefter Kommissionen fremsatte det første forslag i 2002.

Direktivets formål er at beskytte vikaransatte, forbedre kvaliteten af vikararbejde ved at sikre, at princippet om ligebehandling gælder for vikaransatte, at anerkende vikarbureauer som arbejdsgivere, og at etablere passende rammer for vikararbejde med henblik på at skabe arbejdsplatser og fleksible former for arbejde.

I Danmark blev direktivet først implementeret ved lov til ikrafttræden den 1. juli 2013, altså mere end 1,5 år senere end implementeringsfristen. Implementeringen af dette direktiv var ganske vanskelig i Danmark, hvilket den sene implementering også er udtryk for. Baggrundene herfor kan der naturligvis være flere vurderinger af, men nogle bud vil blive skitseret i det følgende.

Som nævnt ovenfor er vikardirektivet et såkaldt semidispositivt direktiv og dermed et direktiv, der i visse henseender og under visse betingelser tillader overenskomstmæssige fravigelser fra direktivet i nedadgående retning. Konkret er det muligt at fravige det bærende princip om ligebehandling i forskellige situationer, som er opregnet i direktivet. En af disse situationer fremgår af direktivets artikel 5, stk. 3:

"Medlemsstaterne kan efter høring af arbejdsmarkedets parter give disse mulighed for på det relevante niveau og på betingelser, som medlemsstaterne fastsætter, at videreføre eller indgå kollektive overenskomster, hvorved der, samtidig med at den generelle beskyttelse af vikaransatte respektes, kan indføres ordninger vedrørende vikaransattes arbejds- og ansættelsesvilkår, som kan afvige fra dem, der er omhandlet i stk. 1."

I Danmark har der gennem de senere år været stor fokus på anvendelsen af vikarbureauvikarer, i særdeleshed på LO-områderne. På mange områder er anvendelsen af vikarer – fra lønmodtagerside – set som en adgang for virksomhederne til at omgå overenskomster og lokale aftaler. Denne tilgang er for så vidt stadig udbredt, men det må dog siges, at mange vikarbureauer i dag er overenskomstdækkede, ligesom vikarerne kan være omfattet af den overenskomst, der gælder i brugervirksomheden. Den overenskomstmæsige regulering af vikarer i Danmark er imidlertid præget af store forskelle og i øvrigt af relativ stor retsusikkerhed. For ansatte i danske vikarbureauer gælder det som udgangspunkt, at både vikaren og vikarbureauet kan afbryde ansættelsen uden varsel, med mindre andet følger af overenskomst eller individuel aftale. Selv vikarer, der er overenskomstdækket, opnår imidlertid sjældent længere opsigelsesvarsler, idet der ikke er ret hertil i overenskomsten, eller idet vikarerne ikke opnår den nødvendige anciennitet. I Danmark er vikararbejde således præget af korttidsansættelser og ringe garanti for længerevarende beskæftigelse.

Nogle overenskomster – som f.eks. Industriens Overenskomst – er i udgangspunktet ikke en overenskomst, der retter sig mod vikararbejde, men den indeholder enkelte bestemmelser om vikarer og rummer et ligebehandlingsprincip i forhold til brugervirksomhedens egne ansatte.

Det fremgår nemlig af protokollatet i Industriens Overenskomst, at overenskomsten ”er gældende for de medarbejdere, der af et vikarbureau udsendes til at arbejde på en medlemsvirksomhed inden for IO’s faglige gyldighedsområde i den tidsperiode, som vikararbejdet strækker sig over. Begrebet Industriens Overenskomst omfatter også bestående lokalaftaler og kutymmer, gældende for de arbejdsfunktioner, vikaren udfører”.

Lignende bestemmelser gælder for en række overenskomster i byggefagene omend principippet ikke nødvendigvis er protokolleret i overenskomsten, men følger af overenskomsternes karakter af områdeoverenskomster. Ordningen er, at de overenskomstdækkede bruger-virksomheder er forpligtet til at påse, at vikarerne modtager løn mv. i overensstemmelse med overenskomsten og de indgåede lokalaftaler. Ligebehandlingsprincipippet svarer på disse områder i mange henseender til vikardirektivets ligebehandlingsprincip. En række andre overenskomst-områder i Danmark har imidlertid en noget anden ordning. Størstedelen af de danske vikarbureauer er i dag omfattet af overenskomster, der specifikt regulerer vikarers løn- og ansæt-

telsesvilkår. Som et typisk eksempel kan nævnes Landsoverenskomsten for vikarer mellem Dansk Erhverv Arbejdsgiver og Fagligt Fælles Forbund (3F), hvori er defineret en række vilkår, som gælder uafhængigt af vilkårene i brugervirksomheden. Dette gælder f.eks. med hensyn til opsigelsesvarsler. Efter overenskomsten er der først ret til et opsigelsesvarsel ved mere end 1.924 timers lønnet beskæftigelse inden for en periode på 15 måneder, hvorefter der i øvrigt alene og maksimalt kan opnås et varsel på 14 dage fra arbejdsgiverside. Tilsvarende rummer overenskomsten selvstændige bestemmelser om pension, ferie, søgnehelligdagsbetaling, feriefri Tage, løn under sygdom, ved barsel mv.

Omvendt er den egentlige løn og arbejdstid reguleret således, at der gælder samme vilkår, som følger af den i brugervirksomheden gældende overenskomst for det faglige område. Er brugervirksomheden ikke overenskomstdækket følges mht. løn og arbejdstid visse udvalgte toneangivende overenskomster på 3F's områder.

Yderligere skal bemærkes, at mange overenskomster i Danmark (gældende for brugervirksomheder) ikke indeholder bestemmelser om brugen af vikarer eller ikke har en afklaring om eventuelle forpligtelser ved brug af vikarer.

Dette meget brogede billede i forhold til overenskomstmæssige vilkår for vikaransatte i Danmark dannede grundlaget for det forestående arbejde med implementeringen af vikardirektivet i Danmark.

Efter vedtagelsen af direktivet blev det besluttet i Implementeringsudvalget, at der skulle indrømmes arbejdsmarkedets parter en mulighed for at lave aftaler eller fremkomme med modeller for en overenskomstimplementering. Det kunne imidlertid efter omkring 2 år konstateres, at der ikke var indgået nogen aftaler eller fremkommet nogen forslag til modeller mellem arbejdsmarkedets parter, hvilket medførte, at forhandlingerne nu fortsatte i regi af Implementeringsudvalget.

Men hvorfor var det så svært at opnå en fælles forståelse?

For det første kunne det konstateres, at der herskede en betydelig uenighed om, hvorvidt der skulle gøres brug af en af direktivets muligheder for at fravige det fastsatte ligebehandlingsprincip. Parterne fokuserede naturligvis på den fravigelsesmulighed, der ligger i artikel 5, stk. 3, om fravigelsesadgang ved kollektiv overenskomst, men det var også lønmodtagersidens opfattelse, at fravigelse af ligebehandlingsprincippet ved

overenskomst alene kunne blive aktuel, hvis de enkelte overenskomstpartner kunne forhandle sig til rette herom. Mange lønmodtagerorganisationer var og er af den opfattelse, at en række overenskomster reelt ikke er egnede til at håndtere vikarsituationer samt at vikardirektivets princip om ligebehandling var den mest egnede løsning, såfremt man ikke på det enkelte overenskomstområde kunne forhandle sig til rette om andet. Omvendt var der på arbejdsgiverside, vel tydeligst udtalt fra visse organiserede vikarbureauers side en meget stor utilfredshed med netop direktivets ligebehandlingsprincip. Disse vikarbureauer ønskede ikke at blive pålagt et fuldstændigt ligebehandlingsprincip, som det der fulgte af vikardirektivets bestemmelser.

Hertil kommer, at der i Danmark som beskrevet var og er en betydelig retsusikkerhed omkring vikarerets stilling – både i relation til lovgivning og i relation til overenskomsterne samt den komplikation, der følger af, at vikarsituationerne rummer et trepartsforhold og derfor ikke passer ind i den sædvanlige aftalemodel mellem en part på arbejdsgiversiden og en part på lønmodtagersiden.

Endelig kan nævnes det fokus, der var fra lønmodtagersiden, på den stigende anvendelse af udenlandske vikarer i Danmark og social dumping i den forbindelse.

Disse forhold har utvivlsomt spillet ind i forhold til den lange proces og den svære opgave der lå i at finde en fælles løsning.

8.2.2 Den danske vikarlov

Situationen blev således i sommeren 2011, at der i Implementeringsudvalget var relativt stor konsensus om bestemmelser til implementering af alle direktivets bestemmelser, bortset fra den ret væsentlige mulighed for nationalstaten til at indføre bestemmelse om en adgang til at fravige direktivets ligebehandlingsprincip ved kollektiv overenskomst. Den fastlåste situation hindrede imidlertid ikke industriens parter i at indgå en implementeringsaftale i Industriens Overenskomst. Det er dog værd at bemærke, at Industriens Overenskomst som nævnt ovenfor, i forvejen rummede et vikarprotokollat med et nedskrevet ligebehandlingsprincip.

Implementeringsaftalen mellem industriens parter gik i store træk ud på at fastholde det allerede gældende ligebehandlingsprincip i overenskomsten med nogle nødvendige tilrettelæggelser som følge af direktivet.

For det øvrige arbejdsmarked, hvor der ikke gælder et ligebehandlingsprincip, eller hvor dette kun gælder i begrænset omfang, var der imidlertid stor modstand fra arbejdsgiversiden mod at indføre et generelt ligebehandlingsprincip, og der var derfor ikke grundlag for en fælles løsning, heller ikke i forbindelse med overenskomstforhandlingerne på det private arbejdsmarked i foråret 2012. Da der fortsat ikke var fundet en løsning i starten af 2013, rettede industriens parter henvendelse til LO, DA og Beskæftigelsesministeren med et forslag til en løsningsmodel, som endte med at blive den model, der anvendtes i den danske implementeringslov.

I Danmark er løsningen således blevet en ret direktivnær implementering med en adgang til at fravige lovens ligebehandlingsprincip ved kollektiv overenskomst. Den danske vikarlov indeholder følgende bestemmelse i § 3, stk. 5:

"Stk. 1-4 [herunder ligebehandlingsprincippet] finder ikke anvendelse, hvis vikarbureauet omfattes af eller har tiltrådt en kollektiv overenskomst, som er indgået af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter i Danmark og som gælder på hele det danske område, hvorved den generelle beskyttelse af vikarer respekteres."

Overordnet har modellen den fordel, at den anerkender de danske overenskomster som retningsgivende for ordentlige løn- og ansættelsesvilkår og dermed også sikrer, at vikararbejde foregår på danske vilkår. Herved forhindres i store træk social dumping ved brug af udenlandsk arbejdskraft.

Omvendt kan det indvendes, at vikarer er en særligt utsat gruppe og udgør en arbejdskraftressource, der kan underminere betydningen af de overenskomster, der gælder i brugervirksomhederne og disse ansattes forhandlingsposition og derfor kræver særlige aftaler. Hertil kommer det overordnede problem, der ligger i, at mange danske overenskomster ikke er egnede til at håndtere vikaransættelser samt at modellen ikke sikrer, at lokalaftaler i brugervirksomhederne finder anvendelse i forhold til vikarer, og at der dermed reelt kan være ret store lønmæssige forskelle på vikarer og sammenlignelige ansatte i brugervirksomhederne.

Sammenfattende kan det siges, at der i forhold til implementering af vikardirektivet ikke opnåedes fælles forståelse mellem arbejdsmarkedets parter, selv om modellen tager udgangspunkt i de gældende overenskomster. De danske overenskomster håndterer vikarbeskæftigelse meget forskelligt, hvorfor den reelle beskyttelse for vikarer er meget forskellig på de enkelte overenskomstområder. Endelig er det åbenbart, at processen vedrørende implementeringen af vikardirektivet ikke var optimal set i lyset af, at den danske vikarlov først blev implementeret mere end 1,5 år efter implementeringsfristens udløb.

9. Finska *TSN-YTN*-målet med några nationella, nordiska och europeiska reflektioner

*Jari Hellsten*²³

9.1 Inledning

Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) meddelade sitt avgörande i de förenade finska målen C-512/11 *TSN* och C-513/11 *YTN* den 13 februari 2014. De två finska fackliga organisationerna *TSN* (Hälso- och socialvårdens förhandlingsorganisation) och *YTN* (De högre tjänstemännen) drev de båda målen i den finska arbetsdomstolen. Båda gällde rätten till ersättning under ny mammaledighet, enligt respektive nationellt kollektivavtal. De berörda kvinnliga arbetstagarna gick till ny mammaledighet från obetald föräldraledighet och deras arbetsgivare vägrade då betala den ersättning för mammaledighet som finns inskriven i deras respektive kollektivavtal. Villkoren för sådan ersättning i de båda kollektivavtalen tolkades och tillämpades av arbetsgivaren som att kvinnan måste återgå i arbete före den nya mammaledigheten för att ha rätt till mammapeng. EU-domstolen fann att ett sådant villkor inte är förenligt med EU:s direktiv 96/34 om föräldraledighet. De fackliga organisationerna vann alltså dessa mål, vilka också bör diskuteras med utgångspunkt från den sociala dialogen och kollektivavtal i nationellt, nordiskt och europeiskt avseende. I detta sammanhang är också samspelet mellan lag och kollektivavtal av

²³ Jurist på FFC, Finlands Fackförbunds Centralorganisation.

betydelse. Vidare ställs vi i dessa mål inför problemen med tänjbarheten i förfarandet med förhandsavgörande i EU-domstolen och effekten av tolkning av unionsrätten.

9.2 Huvuddragen i kollektivavtalet och de nationella rättsprocesserna

De berörda sektorsövergripande kollektivavtalet, dels för tjänstemän inom hälso- och sjukvården (TSN-målet), dels för högre tjänstemän inom teknikbranschen (YTN-målet), har sedan många år inkluderat rätt till viss ersättning under mammaledighet. Tjänstemän (som omfattas av TSN-avtalet) har rätt till full lön i 72 veckodagar, förutsatt att modern varit anställd i minst tre månader utan avbrott före mammaledigheten. För de berörda högre tjänstemännen (som omfattas av YTN-avtalet) anges följande i kollektivavtalet: "Under mammaledighet ska full lön utgå i tre månader, förutsatt att (moderns) anställningsförhållande har fortlöpt utan avbrott under minst sex månader före nedkomsten."

I båda fallen hade kvinnorna fått rätt till mammaledighet under obetald föräldraledighet för utbildning/vårdledighet. Deras arbetsgivare vägrade betala ersättning för mammaledighet eftersom kvinnorna inte gått till mammaledighet från arbete eller betald ledighet. Båda de fackliga organisationerna väckte därför talan mot arbetsgivarna i arbetsdomstolen (den enda nationella instansen) för brott mot respektive kollektivavtal. Respektive arbetsgivarorganisation utgjorde avtalsparter i de aktuella kollektivavtalet och blev som sådana svaranden i de rättsliga förfarandena enligt gällande lag. Arbetsgivarorganisationerna stödde sina medlemsföretag.

I ekonomiskt avseende gällde målen skillnaden mellan den lagstadgade ersättningen för mammaledighet och full lön för de båda perioderna om 72 veckodagar respektive tre månader. Båda arbetsgivarna godtog mammaledigheten utan invändningar, dock utan ersättning.

De fackliga organisationerna hävdade i sin talan att arbetsgivarna gjort en felaktig tolkning av kollektivavtalens utformning, dvs. av formuleringarna i dessa, och även av behovet av att undvika att försätta mödrar i en situation som kan tolkas på olika sätt beroende på antalet graviditeter och när dessa infaller. Som rättslig grund hänvisade de fackliga organisation-

erna till nationella regler för genomförande av direktiv 92/85, om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, samt direktiv 2006/54, om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. Båda organisationerna åberopade dessutom domen i mål C-116/06 *Kiiski* (som redogörs för närmare nedan), som bl.a. hänvisade till graviditetens ibland oförutsebara natur.

I de i allt väsentligt identiska begärandena om förhandsavgörande betonade Arbetsdomstolen betydelsen av hur man tolkar sättet på vilket ett villkor tillämpas (i detta fall till förfång för arbetstagarsidan) i ett kollektivavtal, men påpekade – naturligtvis – också att tvingande lag alltid har företräde. Utifrån detta ställde Arbetsdomstolen i princip samma fråga i båda målen där man begärde ett förhandsavgörande, nämligen:

"Utgör direktiv 2006/54... och rådets direktiv 92/95/EEG hinder mot bestämmelser i ett nationellt kollektivavtal, eller tolkningen av dessa bestämmelser, enligt vilka en arbetstagare som under en obetald vårdledighet ("hoitovapaa") påbörjar sin mammaledighet inte har rätt till den moderskapspenning som föreskrivs i kollektivavtalet?"

Som framgår av citatet ovan sågs frågan ursprungligen i huvudsak som ett diskrimineringsärende, dvs. vägte aspekterna "liko möjligheter och likabehandling i arbetslivet" och "säkerhet för gravida arbetstagare" tyngre än arbetsgivarsidans tolkning i dessa mål, med resultat att moderskapspenning skulle utgå?

9.3 Fråga om direktivet om föräldraledighet – generaladvokatens förslag till avgörande

Eftersom de fackliga organisationerna hade åberopat domen i *Kiiski*-målet, som avsåg två på varandra följande ledigheter, dels långvarig vårdledighet, dels mammaledighet, är det förståeligt att domstolen ställde en skriftlig fråga till parterna sommaren 2012 om den exakta verkan av direktiv 96/34 om föräldraledighet (dess nuvarande version, direktiv 2010/18, var inte tillämplig på den aktuella tidpunkten). De fackliga orga-

nisationerna åberopade naturligtvis direktivet till stöd för sin sak medan arbetsgivarsidan avvisade det.

Generaladvokaten diskuterade de tänkbara effekterna av direktivet om föräldraledighet i sitt svar på den fråga som hänskjutits för ett förhandsavgörande (punkt 66 till 84 i förslaget till förhandsavgörande). Innan hon kom fram till en slutsats konstaterade hon först att det inte var motiverat att jämföra situationen för kvinnor som blev gravida medan de arbetade (eller var på betald ledighet) och kvinnor som går från vårdledighet till ny mammaledighet (punkt 79 och 80). Hon diskuterade därefter svarandens ombuds uppfattning att villkoret om återgång till arbete för rätt till ersättning för moderskapsledigheten ifråga avsåg att stimulera kvinnor att återvända till sin arbetsplats för en viss tid innan de på nytt är frånvarande på grund av vård av barn (punkt 81). Hon ansåg vidare att en sådan stimulansåtgärd är förenlig med ramavtalet (och därmed med direktivet), som i skäl 5 under Allmänna överväganden hänvisar till vikten av att återgå till arbetslivet (punkt 82). Slutligen konstaterar hon att kravet på återgång i arbete före en ny och betald moderskapsledighet både är nödvändig och proportionerlig. Hon åberopar här skäl 6 som anger att åtgärder för att förena arbetsliv och familjeliv ska tillgodose såväl företagens som arbetstagarnas behov (punkt 83).

9.4 Domstolens resonemang

Domstolen grundade sina överväganden på fast rättspraxis, enligt vilken domstolen inte är ålagd att beakta enbart de bestämmelser i unionsrätten som hänvisas till i det mål som hänskjutits till den för ett förhandsavgörande (punkt 32–34 i domen). Domstolen valde därför att introducera direktiv 96/34 och omformulerade den fråga som ställts till den: utgör direktiv 96/34 ett hinder för det avtalsgrundade nationella kravet om att betald moderskapsledighet endast kan följa på arbete och inte på obetald ledighet (punkt 35)?

Domstolen noterade därefter den centrala frågan, nämligen en av de två målsättningarna i de europeiska arbetsmarknadsparternas ramavtal, som utgjorde grunden för direktiv 96/34, enligt följande:

"38....Ramavtalet utgör ett åtagande av arbetsmarknadens parter att införa minimiföreskrifter för att främja rätten till lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män genom att erbjuda dem möjlighet att förena åtaganden i arbetsliv och familjeliv (Mål C-116/08 *Meerts* [...], punkt 35, och Mål C-149/10 *Chatzi* [...])."(Författarens kursivering)

Domstolen noterade naturligtvis också hur ramavtalet i § 2, punkt 5, garanterar systemet för föräldraledighet genom att kräva att arbetstagaren kan återgå till sitt arbete på samma villkor som de som gällde när ledigheten påbörjades (punkt 39, med hänvisning till Mål C-7/12 *Riežniece*). I punkt 41 presenterar domstolen detta argument som en del av "unionsrätten". Man konstaterar vidare att enligt denna ska en typ av ledighet, såsom föräldraledighet, inte påverka rättigheter som har att göra med annan ledighet enligt unionsrätten, i detta fall mammaledighet (punkt 42 till 48). Domstolen fortsätter sedan att visa hur det aktuella finska kravet på återgång till arbete innebär att arbetstagaren i förväg måste avsäga sig rätten till betald mammaledighet vid en ny graviditet under föräldraledigheten samt att graviditeter inte alltid är förutsebara (punkt 49 till 51). Slutsatsen blir att ett sådant krav skulle uppmuntra arbetstagaren att avstå från att utnyttja sin rätt till föräldraledighet, vilket skulle undermina verkan av direktiv 96/34 (punkt 52). Den slutsats domstolen drog var att kravet på återgång till arbete är oförenligt med direktiv 96/34 och att betald mammaledighet ska utgå, i enlighet med denna slutsats, till arbetstagare i 72 dagar respektive tre månader. Jag redogör nedan för hur och på vilka grunder den finska Arbetsdomstolen, å sin sida, resonerade kring detta utslag.

9.5 Målet i dess sammanhang – en bedömning

EU-domstolen grundade sålunda sin analys på en noggrann genomgång och tolkning av de europeiska arbetsmarknadsparternas ramavtal som ett åtagande och en ordning som inrättats av arbetsmarknadens parter. I det avseendet agerade domstolen som en arbetsdomstol när man tolkar ett kollektivavtal. Det är föga överraskande att avtalets syfte spelade en framträdande roll i domstolens resonemang. Avtalets tillämpning i praktiken blev den mindre viktigare frågan eftersom detta var det första målet i sitt

slag, dvs. gällande ersättning under en ny mammaledighet som påbörjas under en föräldaledighet.

Skillnaden mellan generaladvokatens och domarnas resonemang är den springande punkten i detta mål. Generaladvokaten fann bl.a. att det inte var motiverat att jämföra kvinnor som går till mammaledighet från arbete (eller betald ledighet) med kvinnor som går till mammaledighet från obetald ledighet. Den kanske mest grundläggande skillnaden framgår av generaladvokatens ställningstagande – efter att hon accepterat svarandens argument om att stimulera till återgång till arbete – nämligen att kravet om återgång till arbete som en förutsättning för den nya mammaledigheten var nödvändigt (punkt 83 i förslaget till förhandsavgörande). I praktiken innebar detta att hon satte ett tak för arbetsmarknadsparternas befogenhet att själva fastställa regler för ersättning under mammaledighet. En sådan ingång kan kritiseras kraftfullt och utförligt, men jag begränsar mig här till några kommentarer.

Arbetsmarknadsparternas regleringsbefogenhet – och rätten till kollektivförhandlingar och att träffa kollektivavtal – grundas på föreningsfriheten som fastslås i ILO-konventionerna 87 och 98, liksom i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och, inte minst, i EU:s egen stadga om grundläggande rättigheter. En begränsning av denna regleringsbefogenhet måste, för att vara legitim, bl.a. vara ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle”, se under EKMR, särskilt *Demir*-domen (ansökan 34503/97, punkt 154 till 170). Dessutom skulle ett sådant tak stå i uppenbar strid med de minimibestämmelser som anges i direktiv 92/85 om skydd vid moderskap (åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar).

Domarnas analys skilje sig radikalt från generaladvokatens. Den grundades på frågan huruvida direktiv 96/34, med ramavtalet som en integrerad del i detta och därmed en del av ”unionsrätten” (punkt 41), tillåter det aktuella villkoret om återgång till arbete i det finska kollektivavtalet. Detta ledde också till frågan om direktiv 96/34 syftar till att garantera rättigheter för enskilda personer, dvs. rättigheter som slutgiltigt genomförs genom nationell lagstiftning eller kollektivavtal. Resultatet av domarnas analys innebar att det definitivt är fråga om rättigheter för enskilda personer som inrättats genom ett normerande ”mönster” och in-

kluderar föräldra- och mammaledighet. Det var dock inte här fråga om någon mer omfattande rättslig aktivism, eftersom själva utgångspunkten för domen (punkt 38 och 39) låg i de två målsättningarna i arbetsmarknadsparternas ramavtal: (i) deras åtagande att genom ramavtalet utforma ett faktiskt *regelverk* för föräldraledighet, (ii) som inte skulle leda till försämring av villkoren (jfr villkoren för mammaledighet) för en arbetstagare som tar ut föräldraledighet.

Grunden för domarnas resonemang var dock det klassiska begreppet inom unionsrätten om att säkerställa den ändamålsenliga verkan (*effet utile*) av direktiv 96/34, dvs. att villkoren för mammaledighet inte ska uppmuntra kvinnliga arbetstagare att avstå från att ta ut föräldraledighet. *Effet utile* genomsyrar och utgör *de facto* en allmän princip i unionsrätten, varför ingen hänvisning till rättspraxis krävdes i domens punkt 52, följaktligen inte ens med avseende på arbetsmarknadsparternas ramavtal som införlivats i unionsrätten genom ett direktiv. Vad beträffar det avgörande inflytandet av *effet utile* (verkansprincipen) på särskilt detta område, se t.ex. de förenade målen C-395/08 och 396/08 *Bruno och Pettini*, punkt 73, med avseende på ramavtalet om deltidsarbete (direktiv 97/81). Detta innebär att det är etablerad rättspraxis att i en situation där flera olika tolkningar av en EU-norm är möjliga ska den tolkning som upprätthåller verkan av normen ges företräde (se t.ex. mål 187/87 Saarland, punkt 19 och citerad rättspraxis).

Om vi återkommer till skillnaden mellan generaladvokatens och domarnas respektive analyser är det också värt att notera att generaladvokaten betraktar villkoren för mammaledighet i Finland som en förlängning av och förenlig med skäl fem och sex av de allmänna övervägandena i ramavtalet. Domarna, å andra sidan, noterar i första hand det övergrändande syftet med regelverket för föräldraledighet, såsom anges i ramavtalets ingress (och avspeglas i punkt 38 i domen). Av avgörande betydelse är dock att domarna helt bortsåg från dessa skäl och grundade sitt resonemang på det praktiska genomförandet av själva regelverket för föräldraledighet som utformats på grundval av texten i ramavtalet, dvs. klausulerna 1 och 2 med tillhörande punkter.

I domen grundades resonemanget på de kvinnliga arbetstagarnas ställning, i förlängningen deras rättigheter, i praktiken, snarare än på den vaga formuleringen om att "tillgodose såväl företagens som arbetstagar-

nas behov”, såsom anges i skäl 6 i de allmänna övervägandena. Bedömmningen av denna status i praktiken omfattade t.o.m. graviditeters ibland oförutsebara natur. Domen fick därmed också en biologisk dimension och gav vikt åt ett ”verklighetsargument”.

Sammanfattningsvis representerar domstolens avgörande i *TSN-YTN*-målet EU:s verkliga arbetsrätt.

9.6 Epilog i den finska arbetsdomstolen

I sina två, i allt väsentligt identiska, domar av den 22 augusti 2014 slöt den finska arbetsdomstolen den rättsliga cirkeln. De fackliga organisationer som drev målen åberopade naturligtvis på detta stadium EU-domstolens förhandsavgörande och därigenom direktiv 96/34.

För det första är det anmärkningsvärt att arbetsgivarsidan först då, efter EU-domstolens utslag, hemställde till Arbetsdomstolen att denna skulle ogilla talan av procedurskäl. Den finska rättegångsbalken innehåller nämligen ett förbud mot att ändra i en talan. På denna grund hävdade arbetsgivarsidan att arbetstagare inte kan åberopa direktiv 96/34. Arbetsdomstolen var av annan åsikt och hävdade att de yrkanden som framfördes i talan inte hade ändrats men försetts med en ny grund, vilket hade skett under målets preliminära fas. Förfarandet för förhandsavgörande ägde rum under denna fas.

För det andra förtjänar Arbetsdomstolens resonemang att kommenteras. Man noterar inledningsvis att direktiv 96/34 undanröjer möjligheten att i ett kollektivavtal skriva in en bestämmelse om krav på återgång till arbete som ett villkor för att betala ersättning för mammaledighet, såsom det definieras i de båda aktuella kollektivavtalen. Arbetsdomstolen tog dock inte en ”direkt” rutt i sin tolkning av bestämmelserna i kollektivavtalet (se nedan), utan valde i stället en säkrare väg via nationell lagstiftning.

Arbetsdomstolen noterade alltså verkan av tolkning av unionsrätten på nationell nivå och åberopade uttryckligen de klassiska domarna *Wagner Miret* (C-334/92, punkt 20) och *Pfeiffer m.fl.* (C-397/01 – C-403/01, punkt 113). Den förra utgår ifrån ett fullständigt genomförande av unionsrätten som förutsättning för att tolka och tillämpa nationell genomförandelagstiftning. Den senare redogör för skyldigheten att tolka

och tillämpa nationell genomförandelag så långt som möjligt, i enlighet med ett EU-direktivs utformning och syfte för att uppnå målen med detta. Detta resonemang kring unionsrätten var alltså Arbetsdomstolens väg till nationell lagstiftning för genomförande av direktiv 96/34, dvs. till tillämpningen av de olika föreskrivna reglerna (rättigheterna) i den finska arbetsavtalslagen. Domstolen anger kort och koncis hur dessa regler ska tillämpas så långt som möjligt i enlighet med direktivets innehåll och målsättningar.

Resten av Arbetsdomstolens resonemang var lika koncis. Den av arbetsgivarsidan föreslagna tolkningen av bestämmelsen i kollektivavtalet om ersättning för mammaledighet skulle äventyra ett fullständigt genomförande av de rättigheter som föreskrivs i arbetsavtalslagen, av de skäl som anges i EU-domstolens dom i *TSN-YTN*-målet. Sålunda skulle arbetsgivarsidans tolkning av kollektivavtalet, dvs. att återgång till arbete krävs för att ersättning ska utgå under ny mammaledighet, stå i strid med de obligatoriska reglerna i arbetsavtalslagen.

I båda målen beslutade Arbetsdomstolen att ersättning för mammaledighet skulle utgå, men att talan avseende brott mot kollektivavtalet, vilket de fackliga organisationerna gjorde gällande, skulle ogillas eftersom frågan var ”öppen för olika tolkningar”. Om brott mot kollektivavtal konstateras ska detta normalt leda till att särskild kompenstation ska utgå till de fackliga organisationerna. Arbetsdomstolen beslutade vidare att parterna skulle betala sina egna rättegångskostnader. Domstolen var enhällig i båda målen.

Efter domarna i Arbetsdomstolen har identiska uppgörelser träffats utanför domstol med avseende på olika kollektivavtal.

9.7 Några nationella, nordiska och europeiska reflektioner

I finska arbetsrättskretsar, åtminstone på arbetsgivarsidan, har EU-domstolens utslag i *TSN-YTN*-målet mottagits med tämligen stor förvåning. Traditionellt har man ansett i Finland att varken nationell lagstiftning eller direktiv 92/85 ålade arbetsgivaren att betala lön under mammaledighet och att arbetsmarknadsparternas befogenheter att sluta avtal om detta endast

begränsades av reglerna om icke-diskriminering. I Finland betalar staten, som en del av det sociala trygghetssystemet, en mammapeng som är lika stor som sjukersättningen. Dock innehöll redan EU-domstolens dom i *Kiiski*-målet 2007 ett inslag avseende betalning (som uttryckligen täcks av den tredje frågan som hänsköts för förhandsavgörande och av "de rättigheter som gäller vid mammaledighet" i slutet av domskälen), men utan något villkor om "återgång till arbete" i kollektivavtalet eller i dess praktiska tillämpning. *Kiiski*-domen angav också att en typ av ledighet inte ska ha negativ verkan på en annan typ av ledighet. Dessa aspekter gav upphov till ett nytt resonemang från de fackliga organisationernas sida, vilket ledde till att man väckte talan i Arbetsdomstolen avseende löner i dessa mål. Man hänvisade också till *Kiiski*-domen i skälen för begäran om förhandsavgörande. Arbetsdomstolen var dock osäker på om *Kiiski*-domen innehöll någon rättsregel som kunde tillämpas i *TSN-YTN*-målet.

Detta var emellertid första gången som man i finska arbetsrättskretsar i ett finskt arbetsrättsmål fick erfara EU-domstolens befogenheter – dvs. den fasta rättspraxisen – att i ett förhandsavgörande svara på grundval av EU-normer som låg utanför den fråga som ställdes av den nationella domstolen. Direktiv 96/34 introducerades alltså i dessa mål med full kraft på EU-domstolens initiativ. Förfarande för förhandsavgörande är elastiskt – ett slags rättsligt fråga-och-svar-spel – och går längre än gränserna för det traditionella nationella civilrättsliga förfarandet. Domen i *TSN-YTN*-målet visar sålunda hur tolkningen och verkan av unionsrätten kan följa av att olika rättsliga instrument och principer läses tillsammans. En sådan samlad läsning – som ibland t.o.m. kan innebära att man studerar ett "normerande komplex" – kan i princip utgå från fördraget och instrument som reglerar grundläggande och mänskliga rättigheter, och därmed, via de allmänna principerna i unionsrätten och direktiven, nå fram till ett ramavtal mellan arbetsmarknadens parter.

I *TSN-YTN*-målet omfattade dock tolkningsresonemanget "bara" två minimidirektiv. Nyckeln var att nationella bestämmelser om mammaledighet i ett kollektivavtal, vilka var generösare än det minimum som krävs i direktiv 92/85 om skydd vid moderskap, inte får underminera effekten av direktiv 96/34 (och respektive ramavtal). På detta sätt gavs de minimiregler som fastslås i 96/34 reell verkan över den miniminivå som fastslås i 92/85.

På samma gång fick såväl finska som förmodligen även nordiska rättskretsar en konkret lektion i konsekvenserna av att höja upp de europeiska arbetsmarknadsparternas ramavtal till unionsrätt (*TSN-YTN*-målet, punkt 41). Redan i det grekiska målet C-149/10 *Chatzi*, fastslog EU-domstolen hur ett ramavtal (om föräldraledighet, även i *Chatzi*) utgör en integrerad del av genomföranddirektivet och därigenom är föremål för samma allmänna tolkningsprinciper enligt unionsrätten. Principen om ändamålsenlig verkan (*effet utile*) i unionsrätten kom därmed i *TSN-YTN*-målet att garantera att även ramavtalet i allt väsentligt ägde verkan. På denna grundval kan man konstatera att i den mån man från arbetsgivarsidan i Finland eller i övriga nordiska länder kritiserar *TSN-YTN*-domen bör man klaga hos UNICE/BusinessEurope och CEEP.

10. Europæisk mindsteløn

Jens Kragh²⁴

10.1 Indledning

Nej, nej og atter nej!!! Det har været og er stadig det korte, men klare svar fra de nordiske faglige hovedorganisationer, når en lang række øvrige hovedorganisationer i den Europæiske Faglige Sammenslutning (EFS) har foreslået en europæisk mindstelønspolitik.

Har EU kompetencer på lønområdet og i givet fald: Hvordan bruger EU disse kompetencer? Hvilke former for mindsteløn er der i EU, og hvor udbredte er de? Hvad er baggrunden for og indholdet i den årelange discussion i EFS omkring mindsteløn? Det er nogle af de spørgsmål, der søges besvaret i det følgende.

10.2 Har EU kompetencer på lønområdet?

Artikel 153 i Lissabontraktaten opnår en række områder, hvor EU støtter og supplerer medlemsstaternes indsats, bl.a. vedr. arbejdsvilkår. Men i artikel 153, stk. 5, fastslås det, at "Bestemmelserne i denne artikel gælder ikke for lønforhold ..." I den løbende debat om EU's kompetence på lønområdet er det netop denne artikel, der henvises til, når det – ofte bombastisk – fastslås, at EU ikke har nogen kompetence i forhold til løn.

Indholdet i artikel 153, stk. 5 er tydeliggjort i præmisserne 123–125 i EU-dom af 15.4.2008 i C-268/06 (Impact), hvoraf det bl.a. fremgår, at da

²⁴ Direktør i FTF, Hovedorganisation for offentligt og privat ansatte i Danmark.

fastsættelsen af lønniveauet er et nationalt anliggende, har man "fundet det hensigtsmæssigt – på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin – at undtage fastsættelsen af lønniveauet fra harmonisering ..."

Det præciseres videre, at artikel 153, stk. 5 "sigter til foranstaltninger, der – såsom ensretning af alle eller en del af de bestanddele, der indgår i lønningerne og/eller deres niveau i medlemsstaterne, eller indførelsen af en mindsteløn på fællesskabsplan – indebærer, at fællesskabsretten direkte giber ind i fastsættelsen af lønningerne i Fællesskabet". Men det fastslås dog også, at undtagelsen ikke kan "udstrækkes til ethvert spørgsmål, der har en eller anden form for forbindelse med lønforhold".

EU kan altså ikke i henhold til traktaten gøre direkte ind i lønniveauerne i de enkelte lande, ligesom EU ikke kan harmonisere disse niveauer eller indføre en EU-mindsteløn.

For at forstå EU's kompetence på lønområdet er det imidlertid ikke tilstrækkeligt kun at fokusere på artikel 153, stk. 5, for traktaten rummer væsentlige og i nærværende sammenhæng andre relevante kompetencer, herunder inden for områderne fri bevægelighed i det indre marked og social- og arbejdsmarkedspolitik. Via disse kompetencer påvirker EU således i varierende omfang lønvilkårene for bl.a. vandrende arbejdstagere, udstationerede medarbejdere, deltidsansatte, tidsbegrænset ansatte samt vikarer. Andre væsentlige direktiver vedrørende lønforhold er ligestillingsdirektiverne og arbejdstidsdirektivet.

Et helt afgørende fokusområde er imidlertid EU's kompetencer på det økonomiske og beskæftigelsesmæssige område.

10.3 Krisen har ændret retsgrundlaget

EU har i Traktatens artikler 145–149 en række vigtige opgaver på det økonomiske og beskæftigelsesmæssige område. Rådet kan f.eks. rette henstillinger til de enkelte medlemslande om at gennemføre reformer af deres arbejdsmarked. Det skal dog understreges, at EU ikke har kompetence til at harmonisere medlemslandenes regler på dette område.

Den økonomiske krise satte EU under et voldsomt pres, og det har været nødvendigt med en række bemærkelsesværdige og til tider drastiske aftaler og indgreb for at holde sammen på EU, herunder ikke mindst eurozonen.

Afgørende er EU's 2020-strategi fra 2010 samt en række mellemstatslige aftaler indgået i årene derefter, som har ført til en betydelig ændring af den økonomiske styring og koordinering i EU – også med mulige konsekvenser for løndannelsen i de enkelte lande. Institutionelt er der i perioden sket en styrkelse af det europæiske niveau i forhold til det nationale niveau, og Det Europæiske Råd og Kommissionen er på dette område blevet styrket i forhold til Parlamentet.

Europluspagten, der blev indgået i marts 2011, har bl.a. til formål at styrke konkurrenceevnen. Hvert land er ansvarlig for de specifikke tiltag, der vælges for at sikre konkurrenceevnen, men der er særlig opmærksomhed på, at omkostningsudviklingen ikke overstiger produktivitetsudviklingen, ligesom man bedømmer lønfastsættelsessystemerne, graden af centralisering i forhandlingsprocessen og indeksermekanismene.

Six-packen, der blev indgået i november 2011, skal styrke budgetdisciplinen, koordineringen af den økonomiske politik samt overvågningen af makroøkonomiske ubalancer. Som led i opfølgningen på Six-packen udarbejdes såkaldte "scoreboards" over økonomiske indikatorer, herunder lønrelaterede indikatorer som f.eks. procentvise ændringer i enhedsløn-omkostningerne.

Finanspagten – også kaldet europagten – om økonomisk koordinering og budgetdisciplin er seneste skud på stammen i det, der kaldes "New Economic Governance". Finanspagten blev indgået i januar 2012. Den lagde op til en endnu strammere styring af medlemsstaternes finanspolitik og dermed en mulig påvirkning af overenskomstforhandlingerne.

Med disse mellemstatslige aftaler har EU de senere år fået styrket sine kompetencer meget væsentligt i forhold til medlemslandenes økonomiske politik, herunder deres forhandlings- og lønsystemer. De vigtigste redskaber er Trojkaen og Det Europæiske Semester.

10.4 Trojkaen sætter en ny dagsorden

Den økonomiske krise var i 2010 ved at tvinge det hårdt gældsplagede Grækenland i knæ, og der blev sat spørgsmålstege ved, om Grækenland kunne forblive medlem af eurozonen. Nogle satte endda spørgsmålstege ved, om eurozonen kunne opretholdes på sigt.

Det var i denne atmosfære, at eurozonens stats- og regeringschefer i maj 2010 besluttede at yde økonomisk støtte til Grækenland og etablere-de den såkaldte Trojka bestående af Kommissionen, Den Internationale Valutafond og Den Europæiske Centralbank.

Kommissionens kompetence i forhold til arbejdet i Trojkaen udspringer af traktaten mellem euolandene om den europæiske stabilitetsmekanisme for gældsplagede euolande og altså ikke af EU- traktaten. Det betyder bl.a., at den demokratiske kontrol mv., som normalt udøves af Parlamentet over for Kommissionen, ikke finder sted i forhold til Kommissionens arbejde i Trojkaen. Parlamentet har da også for nylig kritiseret den manglende gen-nemsigtighed i Trojkaens beslutningsprocedurer.

Trojkaen var udtryk for en ny politisk og økonomisk virkelighed, idet den som en "europæisk" institution fik direkte indflydelse på den nationale politik i visse lande – også i spørgsmål vedr. forhandlings- og lønforhold. I de efterfølgende år stillede Trojkaen de såkaldte programlande (Grækenland, Portugal, Cypern, Irland og delvist Spanien) over for omfat-tende krav om privatisering og liberalisering af offentlige velfærdsydeler samt reduktion af offentlige udgifter til bl.a. pensioner, sundhed og ud-dannelse. I forhold til forhandlings- og lønforhold har Trojkaen haft fokus på følgende:

- Decentralisering af kollektive forhandlinger, f.eks. afskaffelse af visse nationale aftaler, indholdsmæssig begrænsning af sektorafaltaer, virksomhedsaftaler frem for sektorafaltaer og mulighed for, at uorganiserede kan indgå virksomhedsaftaler.
- Mere restriktive kriterier for almengøring af overenskomster.
- Reduktion/fastfrysning af mindstelønninger.
- Reduktion/fastfrysning af især offentlige lønninger og pensioner.
- Styring af lønudviklingen i forhold til produktivitetsudviklingen.

Trojkaens meget hårde krav har i flere af landene ført til alvorlig social og politisk uro. Overenskomstmæssigt har de drastiske indgreb bl.a. ført til et betydeligt fald i overenskomstdækningen.

EFS har naturligvis rettet en massiv kritik mod Trojkaens politik. Der er samtidig peget på, at Kommissionen med sin ageren i Trojkaen bryder grundlæggende principper i Traktaten, herunder artikel 153, stk. 5, og at ECB hverken har mandat, kompetence eller ekspertise til at være fuldgyligt medlem af Trojkaen.

Men det skal også bemærkes, at Trojkaens meget strenge krav om ned-sættelse af mindstelønnen i Grækenland er blevet kritiseret af bl.a. Euro-parådets ekspertkomité, som finder reduktionerne uforenelige med Soci-alpagtens artikel 4 om, at enhver har ret til en rimelig løn.

10.5 En blødere styring gennem Det Europæiske Semester

Som led i EU's 2020-strategi samt den øvrige økonomiske styring indførtes Det Europæiske Semester, der har til formål at integrere de forskellige dele af samordningen af medlemslandenes økonomiske politikker. Koordineringen omfatter de såkaldte stabilitets- og konvergensprogrammer, som medlemslandene indsender til Kommissionen, samt de Nationale Reformprogrammer og indmeldinger under Europluspagten. Hele forløbet afsluttes med vedtagelsen af landespecifikke henstillinger.

I den årlige vækstreddegørelse, der indleder det europæiske semester, kommer Kommissionen med mere generelle udmeldinger om bl.a. løn og produktivitet, men det er med de landespecifikke henstillinger, at EU især øver indflydelse på de enkelte landes forhandlings- og lønforhold. Henstillerne, der skal understøtte reformer i medlemslandene, er ikke juridisk bindende, men da stats- og regeringscheferne har godkendt dem, kan landene naturligvis ikke bare ignorere dem. Da der er en dialog undervejs i processen mellem Kommissionen og de enkelte regeringer, kan det i øvrigt ikke afvises, at nogle af henstillerne mere eller mindre har rod i nationale regeringsønsker og derfor er mere end velkomne. Henstillerne må betragtes som en forholdsvis blød form for styring, og de ledsages

ofte af en bemærkning om, at landene skal implementere dem "in consultation with the social partners and in accordance with national practice".

I 2014 omfattede de landespecifikke henstillinger på forhandlings- og lønområdet 13 lande inkl. programlandene med Trojkaen. Henstillerne havde følgende hovedfokus:

- Lønindekseringssystemerne skal reformeres, så lønudviklingen ikke overstiger produktivitetsudviklingen.
- Udviklingen af mindstelønninger skal ske på en måde, så beskæftigelsen og konkurrenceevnen fremmes.
- Overenskomstforhandlingerne skal decentraliseres fra sektor- til virksomhedsniveau, virksomhederne skal have mulighed for at benytte "opt-out" fra sektoraftaler og differentierede lønstigninger skal fremmes.
- Overenskomstforhandlingerne bør føre til moderate lønstigninger.

Som det fremgår, er der stor overensstemmelse mellem tankegangen bag Trojkaens krav og de landespecifikke henstillinger. Det skal samtidig bemærkes, at henstillerne i væsentligt omfang vedrører forhold, som EU ikke kan træffe bindende beslutninger om i henhold til artikel 153, stk. 5 i traktaten, men hvor man kan bruge sine øvrige kompetencer i traktaten og de mellemstatslige aftaler.

I 2014 har hverken Danmark, Finland eller Sverige fået henstiller vedr. forhandlings- og lønsystemerne, men i 2013 fik Danmark og Finland henstiller om bl.a. en mere moderat lønudvikling. I 2012 fik Finland en henstilling om at fortsætte med at skabe overensstemmelse mellem løn- og produktivitetsudviklingen, mens Sverige fik en henstilling om at styrke lønfleksibiliteten i den nedre ende af lønskalaen.

At Danmark kun har fået 1 henstilling vedr. forhandlings- og lønsystemerne har naturligvis mange årsager. Nogle er, at der i Danmark før årtusindskiftet blev foretaget ganske markante ændringer af forhandlingssystemerne på især det private arbejdsmarked med henblik på at styrke konkurrenceevnen. Indekseringssystemet (dyrtidsreguleringsordningen) blev suspenderet i 1983 og endeligt afskaffet i 1987, og overenskomsterne blev i de følgende årtier forenklet samtidig med, at forhandlingerne i vidt omfang blev decentraliseret til virksomhedsni-

veau. Reguleringsordningen, der har til formål at sikre en ligelig lønudvikling mellem den offentlige og private sektor, har medført, at den økonomiske ansvarlighed i den private sektor har haft konsekvenser for lønudviklingen i den offentlige sektor.

I diskussionerne om europæisk mindsteløn er der peget på, at EU via de landespecifikke henstillinger har mulighed for at fremme en fælles europæisk norm for mindsteløn, hvis man ønsker det. Der er endda nogle, der mener, at det kan blive indledningen til, at der på sigt kommer direktiver på området. Det vil dog i givet fald kræve en traktatændring.

Så vidt kommer det næppe de næste mange år, men det er bemærkelsesværdigt, at der er nogle klare fællestræk i de mange henstillinger på lønområdet, der er kommet de senere år. Der er ikke tale om henstillinger vedr. harmonisering af lønningerne, men snarere en blødere harmonisering af principperne for løndannelsen.

10.6 Mindsteløn i de europæiske lande er en mangfoldighed

Argumenterne for en rimelig mindsteløn som en social rettighed tager i nogle tilfælde udgangspunkt i FN's Verdenserklæring om Menneskerettighederne eller ILO's konstitution. Mere almindeligt henvises til Europa-rådets socialpagt fra 1961 og EU's fællesskabspagt fra 1989 om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, som begge taler om, at enhver har ret til en rimelig løn.

De grundlæggende argumenter for en europæisk mindstelønspolitik er dog udvidet i tidens løb. Siden østudvidelsen af EU i 2004 er argumentet om mindsteløn som et redskab til at bekæmpe social dumping blevet mere fremtrædende, og i de senere år har ikke mindst EFS – men også Kommissionen i vase formuleringer – argumenteret for at løfte mindstelønningerne for at fremme forbrug og beskæftigelse og bekæmpe deflationære tendenser.

Flere begivenheder gør, at spørgsmålet om en europæisk mindstelønspolitik er blevet aktualiseret.

For det første har et par nationale begivenheder fremmet diskussionen, dels Tysklands indførelse af en lovfastsat mindsteløn fra 1.1.2015,

dels den italienske regerings forslag om at indføre mindsteløn som led i en arbejdsmarkedsreform. Men også begivenheder på EU-niveau har fremmet diskussionen. Op til Europa-Parlamentsvalget i foråret 2014 foreslog S&D-gruppen i Parliamentet en europæisk rammeaftale for gradvist at introducere nationale mindstelønninger – enten gennem lovgivning eller gennem kollektive aftaler.

Men nok så bemærkelsesværdigt er det, at den nye formand for Kommissionen, Jean-Claude Juncker, i forbindelse med sin udnævnelse tilkendegav, at han vil tale for, at alle medlemsstater introducerer en mindsteløn, der er tilpasset de nationale forhandlingstraditioner og økonomiske vilkår. Om Kommissionen tager initiativer på dette område, har vi til gode at se, men mange betragter alene udtalelsen som en nødvendig politisk tilkendegivelse over for Parliamentet, der stod bag ham som ny kommissionsformand, da der skete et systemskifte i proceduren ved valg til denne post.

Der findes 3 forskellige modeller i Europa for fastsættelse af mindsteløn, nemlig lovfastsat mindsteløn, almengøring af overenskomster (der kan have lovgivningsmæssige elementer i sig) og aftalebaseret mindsteløn. Det mest almindelige er at have både lovfastsat mindsteløn og almengøring. Kun Danmark, Sverige og Italien har hverken lovfastsat mindsteløn eller almengøring, men i Italien drøftes det som nævnt netop nu at indføre en lovfastsat mindsteløn. Ingen af de nordiske lande har lovfastsat mindsteløn, men Finland (samt Island og Norge uden for EU) har almengøring.

I Danmark har der i efteråret 2014 været en vis debat om lovfastsat mindsteløn eller almengøring af overenskomsterne. Baggrunden har bl.a. været, at Danmark som nævnt er et af kun 3 EU-lande, der alene har en aftalebaseret mindsteløn, at EU-politikere i stigende omfang drøfter mindsteløn i Europa, og at der inden for visse områder er problemer med social dumping. I den situation har det været foreslægt, at de faglige organisationer drøfter, hvorvidt det vil være hensigtsmæssigt at indføre en model med almengøring, som den kendes fra Norge. Der er dog i toneangivende arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer en stærk modvilje mod at drøfte dette følsomme spørgsmål, dels fordi man mener, at den danske model kan klare udfordringerne vedrørende social dumping, dels fordi man frygter, at lovfastsat mindsteløn eller almengøring af overenskomster vil svække incitamentet til at melde sig ind i en fagforening og dermed undergrave den danske model.

Lovfastsat mindsteløn er meget udbredt i EU, idet kun 5 lande (Danmark, Finland, Sverige, Italien og Østrig) ud af de 28 EU-lande ikke har en lovfastsat mindsteløn. De lovfastsatte mindstelønninger svingede i 2014 mellem 11 EUR i Luxembourg og 1 EUR i Bulgarien. I flertallet af landene udgør den lovfastsatte mindsteløn ca. 4,5 EUR eller mindre pr. arbejds-time. De lovfastsatte mindstelønninger lå i 2012 på mellem 36–62 % af medianlønnen og 30–50 % af gennemsnitslønnen i de enkelte lande.

I lande, hvor mindstelønnen alene er aftalebaseret, er det svært at fastslå størrelsen af den normale mindsteløn, idet mindstelønnen varierer fra område til område. Generelt ligger de nordiske aftalebaserede mindstelønninger betydeligt over de lovfastsatte mindstelønninger i andre EU-lande, og der er i de nordiske lande betydeligt færre såkaldte "working poor" end i de øvrige EU-lande.

Hvad der er en rimelig mindsteløn eller en fair løn er naturligvis en løbende diskussion. EFS har i årevis brugt Europarådets definition af "fair løn", dvs. mindst 60 % af den gennemsnitlige nettoløn og i hvert fald ikke mindre end 50 %, som sin målsætning. Da denne definition inkluderer såvel skatter som sociale ydelser og dermed er kompleks at operationalisere, har EFS på det seneste henvist til OECD's definition af en lavtløngrænse, nemlig 2/3 af den nationale medianløn. Der gøres dog samtidig forsøg i EFS på at operationalisere den såkaldte "living wage", dvs. en løn, som gør den enkelte i stand til at leve et anstændigt liv.

10.7 EFS er delt om behovet for en europæisk mindstelønpolitik

Den politiske ledelse i EFS har siden socialisten Jacques Delors var formand for Kommissionen været fortaler for en europæisk mindstelønpolitik og har forsøgt at få accept af en sådan. Men det er ikke gået stille for sig.

På EFS' kongres i Sevilla i 2007 var der en livlig debat om udfordringerne vedr. social dumping og europæisk mindsteløn, men da holdningerne var meget delte, kom der i kongressens manifest alene til at stå, at EFS ville føre kampagne "for stigende mindstelønninger og forhøjelse af reallønnen for de europæiske lønmodtagere".

Den næste kongres fandt sted i 2011 i Athen, medens krisen rasede i Europa i almindelighed og i Grækenland i særdeleshed. Debatten fra Sevilla gentog sig, men holdningerne var skarpere. Kongressen måtte igen opgive at finde et kompromis og udskød spørgsmålet til et formandsmøde i København i februar 2012. Her lykkedes det de nordiske organisationer gennem et stærkt sammenhold og aktiv lobbyvirksomhed at opnå et kompromis, som bl.a. blev formuleret i EFS' forslag fra juni 2012 til "A Social Compact for Europe". Her hed det bl.a.:

"Løndannelsen skal forblive et nationalt anliggende og foregå i overensstemmelse med national praksis vedr. forhandlingssystemerne. Forhandlinger mellem de sociale parter på det relevante niveau er det bedste redskab til at sikre gode lønninger og arbejdsvilkår; den lovfastsatte mindsteløn i de lande, hvor fagforeningerne betragter den som nødvendig, skal forhøjes væsentligt. I alle tilfælde skal mindstelønnen respektere Europarådets standard for fair lønninger."

I årene herefter har de nordiske organisationer forsøgt at fastholde dette kompromis. Senest er det sket i forbindelse med forberedelsen af EFS' kongres i Paris i 2015, hvor det i et første udkast til manifest fra kongressen blev foreslået, at EU skal vedtage en klar og ambitiøs social agenda med initiativer og/eller standarder for bl.a. "fair lønninger til alle lønmodtagere".

De nordiske organisationer vendte sig skarpt mod denne formulering og krævede, at kompromiset fra 2012 blev fastholdt, og det ser ud til at lykkes.

Der arbejdes da også i EFS med at formulere en mere nuanceret lønpolitik, som bl.a. bygger på, at en fælles europæisk mindsteløn opgjort i euro ikke er realistisk, bl.a. fordi de aktuelle mindstelønninger i EU-landene er meget uens, fordi mindstelønningerne i de enkelte lande skal ses i relation til prisniveauet i de pågældende lande, og fordi det institutionelle setup for fastsættelse af mindsteløn er meget forskelligt fra land til land.

De nordiske organisationers principielle synspunkt har gennem alle årene været, at EU ikke skal blande sig i de nordiske landes aftalemodeller og lønfastsættelse. Det er en national kompetence. I den forbindelse har de lagt vægt på, at lønningerne i de nordiske lande fastsættes ved kollektive forhandlinger, og at statens indblanding er begrænset. De har understreget, at de nordiske lande ikke er uden mindstelønninger, men at disse er aftalebaserede og ikke lovfastsatte.

Det har for de nordiske organisationer været vigtigt ikke kun at forsvare, men også forklare, de nordiske modeller, herunder en mere end 100 år gammel tradition for kollektive forhandlinger og lønfastsættelse, samt en meget høj organisationsprocent og overenskomstdækning. I forlængelse heraf har de også forsøgt at markere klart og tydeligt, at det ikke er deres opfattelse, at de nordiske forhandlings- og lønmodeller vil være velegnede i alle andre EU-lande, hvor de historiske og aktuelle vilkår er væsensforskellige fra de nordiske.

Over for de nordiske organisationer har stået en lang række organisationer med helt andre traditioner og forudsætninger. F.eks. har de øst-europæiske organisationer kun kortvarige traditioner med frie overenskomstforhandlinger, og viljen hos politikerne og arbejdsgiverne i disse lande til at styrke sådanne forhandlinger er ofte begrænsede. Dertil kommer, at såvel de østeuropæiske organisationer som en række organisationer i Central- og Sydeuropa har forholdsvis beskedne organisationsprocenter, og overenskomstdækningen er ringe, idet der i enkelte lande dog er en betydelig anvendelse af almengøringer.

Der er i øvrigt ofte tale om forholdsvis økonomisk svage lande, som er blevet hårdt ramt økonomisk, beskæftigelsesmæssigt og på anden vis af den økonomiske krise. Bl.a. har lønningerne i mange tilfælde hverken kunnet følge med prisudviklingen eller produktivitetsudviklingen, og den sociale ulighed er vokset markant. For de faglige organisationer i disse lande er der et ønske om, at EU – og EFS – medvirker til at forbedre løn- og arbejdsvilkårene, gerne gennem fastsættelsen af en europæisk norm for en rimelig løn.

10.8 Afslutning

Som det er fremgået, er der ikke grundlag for meget bombastiske udtalser om, at EU ikke har nogen kompetence på lønområdet. EU kan påvirke løndannelsen i medlemslandene, ikke alene med hjemmel i traktaten, men også via de mellemstatslige aftaler, der er blevet indgået under den økonомiske krise.

EU kan som nævnt ikke i henhold til traktaten gribe direkte ind i lønниveauerne i de enkelte lande, ligesom EU ikke kan harmonisere disse ni-

veauer eller indføre en EU-mindsteløn. EU kan dog via Det Europæiske Semester komme med væsentlige henstillinger, som ganske vist ikke er juridisk bindende, men som det politisk vil være ganske svært at overhøre. Og Trojkaen kan med sine særlige kompetencer stille direkte krav om ændringer af forhandlings- og lønsystemerne, hvilket man da også har gjort i markant grad.

I hvilket omfang de nordiske landes forhandlings- og lønsystemer vil blive berørt af henstillinger under Det Europæiske Semester, afhænger ikke mindst af den økonomiske udvikling i landene, herunder deres statsgæld, konkurrenceevne, beskæftigelse mv. De nordiske lande er i den henseende ikke "fredet", blot fordi løndannelsen sker ved kollektive forhandlinger.

En særlig dimension er diskussionerne om niveauet for og indholdet i de nationale, lovfastsatte mindstelønninger. Niveauerne for og indholdet i mindstelønsordningerne er meget forskellige fra land til land, og setuppet for fastsættelsen af mindstelønningerne varierer også markant. Af såvel juridiske som politiske årsager synes en egentlig EU-fastsat mindsteløn derfor ikke realistisk i en overskuelig fremtid.

Der er ingen tvivl om, at EU gennem de senere år har udvist en stigende interesse for løndannelsen i medlemslandene, herunder forhold der relaterer sig til mindsteløn. Der er heller ingen tvivl om, at de nordiske modeller i stadig højere grad bliver undtagelsen i Europa. I den situation er spørgsmålet, om de nordiske interesser bliver bedst varetaget ved at fastholde, at EU ikke har nogen kompetence på lønområdet, eller om de faglige organisationer i Norden i højere grad bør engagere sig i de europæiske diskussioner, der foregår om løndannelse, herunder mindsteløn. Det sidste ord i den sag er helt sikkert ikke sagt.

10.9 Referencer

- Eldring, L. & Alsos, K. (2014). *Lovfestet minstelønn: Norden og Europa – en opdatering*. Fafo 2014. Notat til NFS.
- EFS. Diverse internt materiale vedr. formandsmødet/vinterskolen i 2012, sommerskolen i Collective Bargaining Coordination Committee 2014 og udkast til kongresresolution fra kongressen i 2015.
- EFS. *The functioning of the Troika: A report from ETUC*.
- Kristiansen, Jens (2013). *Aftalemodellen og dens europæiske udfordringer*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Müller, T. (2014). *The king is dead – long live the king: what follows after the Troika*, ETUI.
- Schulten, T. (2014). *Contours of a European Minimum Wage Policy*. Friedrich Ebert Stiftung.
- Schulten, T. & Müller, T (2014). *European economic governance and its intervention into national Wage developments and collective bargaining*.
- Schulten, T. & Müller, T (2014). *Back on the agenda: a European minimum wage standard*. ETUI Policy Brief, nr. 8 2014.

11. EU:s försök att reglera löner i finanssektorn

*Ella Sjödin*²⁵

11.1 Inledning

Under 2007 och 2008 uppdagades stora problem i nordamerikanska bostadsobligationer. Balansräkningarna i ett flertal stora amerikanska kreditinstitut imploderade när man tvingades till nedskrivningar i storleksordningen hundratals miljarder dollar. En akut likviditetskris blev följen, vilken spreds över världen och i sin tur gav upphov till en global finanskris.

Krisen slog hårdast mot amerikanska finansinstitut och kontinentaleuropeiska samt brittiska banker. Men Norden gick inte opåverkat genom krisen. Både i Danmark och Sverige tvingades staten ställa pengar till banksystemets förfogande i syfte att upprätthålla förtroendet för det finansiella systemet. Den svenska regeringen utvidgade exempelvis insättningsgarantin på hösten 2008 för att trygga sparare och säkra deras förtroende för bankerna. I Danmark upprättas olika "bankpaket" med långtgående statliga garantier för att säkerställa den finansiella stabiliteten. Enligt en rapport till Finanspolitiska rådet av Claes Bergström på Handelshögskolan i Stockholm framgår det att ett stort antal banker i Norden tvingades till nedskrivningar. De största och mest dramatiska effekterna av krisen slog igenom på Island, där flera av landets största banker gick i konkurs. De nordiska länderna drogs med i en global spiral av bristande förtroende och likviditetsproblem.

²⁵ Head of EU affairs på NFU, Nordic Financial Unions.

Finanskrisen hade inte bara väldiga konsekvenser för samhället i stort men även för de anställda i den nordiska finanssektorn. Direkta följer blev stora nedskärningar i finansbranschen som drabbade flera av de nordiska länderna hårt genom att tiotusentals finansanställda blivit av med jobbet. De anställdas arbets situation har förvärrats till följd av uppsägningar och kostnadsbesparingar och har skapat ett hårdare arbetsklimat. Anställda inom finanssektorn är alltmer utsatta för stress som kommer av oro för att bli av med jobbet i kombination med höga prestationer och försäljningsmål och en hård kritik mot banker i media, så kallad bankbashing. I en rapport om just "bankbashing" av Finansförbundet från 2013 går att läsa hur medias rapportering och politikers uttalanden om finanskrisen har inneburit ökade hot och kritik mot bankanställda från kunder.

Som svar på finanskrisen initierade EU en regelreform för finansmarknaden i Europa. Det stora antalet nya lagar har skapat ett komplicerat nät av finansmarknadslagstiftning vars konsekvenser ännu ej är utredda. Det regelverk som fanns innan krisen var inte tillräckligt strikt och reglefterlevnaden följdes heller inte upp i tillräcklig utsträckning. Den våg av ny EU-lagstiftning som kom som ett resultat av krisen berör allt från tillsyn, kapitaltäckning, konsumentskydd och finansiell stabilitet. Därtill har det inrättats nya europeiska myndigheter för tillsyn och efterlevnad av regelverket, allt för att undvika ännu en finanskris med liknande proportioner.

I sin strävan efter att strama åt finanssektorn har EU-kommissionen även gett sig in på områden som arbetsmarknadsparterna har en exklusiv rätt att reglera via avtal. Det har uteslutande gällt löneområdet. Därtill har NFU noterat hur EU:s tillsynsorgan i finanssektorn, EBA, EIOPA och ESMA, också inkräktar på löneområdet i sina riktlinjer för den nationella tolkningen av olika direktiv.

Att kommissionen försöker inskränka på parternas rätt till fri lönebildning har varit en realitet för facken i finans- och försäkringssektorn i flera år. Situationen må ha varit exceptionell för finanssektorn i och med finanskrisen. Men om EU obehindrat kan inkräkta på löneområdet i finanssektorn finns det en risk för spridningseffekt till andra sektorer. NFU:s arbete för att säkerställa ett undantag för kollektivavtalade ersättningspollicys från bestämmelser i kapitaltäckningsdirektivet (se nedan) kan ur den aspekten vara avgörande för hur EU agerar i andra sektorer framöver.

Detta i kombination med att de sociala parternas inflytande i EU har tenderat att minska de senaste åren – bland annat genom en försvagad social dialog, tydligast manifesterat genom stoppandet av förslaget till ett arbetsmiljödirektiv för frisörer (framförhandlat av arbetsmarknadens parter i sociala dialogen), och att konsultationer på arbetsmarknadsområdet inte längre är exklusiva för arbetsmarknadens parter på europeisk nivå utan är öppna för allmänheten, vilket minskar inflytandet för fackföreningsrådet då fler aktörers synpunkter ska beaktas av EU – gör det viktigt att facken i Europa markerar tydligt mot utvecklingen och för sin särställning i lönereglering och i andra frågor som tillhör arbetsmarknadens parter.

11.2 Den nordiska modellen

Den nordiska modellen utgår från att det är arbetsmarknadens parter som är bäst lämpade att reglera löner och anställningsvillkor för de anställda. I Norden är det arbetsgivare och fackförbund som ägnar sig åt lönebildning, något som sker genom avtalsförhandlingar mellan parterna. Staten deltar inte i lönebildningen utan skapar förutsättningarna för parterna att genomföra sina uppdrag. Lönebildning genom kollektivavtal i fria förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter är en helt grundläggande hörnsten i den nordiska modellen.

Den fria kollektivavtalsrätten har dock länge varit pressad på EU-nivå då reglering av lönebildning och andra centrala arbetsmarknadsfrågor genom kollektivavtal är ovanligt utanför Norden. I många andra europeiska länder är det vanligare att reglera arbetsmarknaden genom lagstiftning, och EU:s lagförslag om lön i finanssektorn ligger närmre den europeiska traditionen i detta avseende. Detta trots att rätten till fria förhandlingar och lönebildning mellan arbetsmarknadens parter är säkrad i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FUEF) artikel 153 (5), vilken anger att lönebildning är en strikt nationell kompetens som EU inte får lägga sig i.

11.3 Finanskrisen och viljan att reglera

Före finanskrisen hade Europeiska unionen en helt annan inställning till finansmarknadsreglering än idag. I EU-kommissionens vitbok om finanssektorn för åren 2005–2010 beskrivs de centrala arbetsområdena i regleringsarbetet. Utgångspunkten är ”bättre lagstiftning”, vilket betyder att endast de allra nödvändigaste reglerna ska genomföras. Redan existerande regelverk ska ses över och om möjligt förenklas. EU:s regelutveckling på finansmarknadsområdet ska styras av ett ”användarperspektiv” som minimerar regelbördan. Hinder för gränsöverskridande konsolidering ska avskaffas, och integrationen av finansiella marknader i EU förbättras.

Som redan antyts förändrade finanskrisen detta synsätt i grunden. Av de otaliga områden som varit föremål för förstärkta regler sedan 2008 är löneområdet ett av de mest centrala för NFU. När EU-kommissionen har försökt forma sitt inflytande över nationell lönebildning har motiven varit att lönebildning är strategiskt viktigt för konkurrenskraft och sysselsättning. Dessa argument fördes av kommissionen år 2013 inför rådets rådgivande kommitté för arbetsmarknadsfrågor, men vann inte mark då på grund av hårt motstånd från de europeiska arbetsmarknadsparterna.

En faktor som har diskuterats som bidragande till krisen var de bonusordningar som fanns inom vissa, framför allt amerikanska och anglosaxiska, finansinstitut. När kommissionen började rikta in sig mot lönereglering i finanssektorn hade lagstiftarna sett resultaten av ett våghalsigt risktagande inom branschen där det var möjligt för vissa att göra enorma vinster. Bonussystemen skapade en spekulationskultur som främjade kortsiktigt risktagande med länade pengar på bekostnad av ett mer långsiktigt perspektiv. Bonusordningarna var prestationsbaserade och gällde främst ledningen samt vissa nyckelpersoner med stor inverkan på företagets riskprofil. Att stora finansiella företag vågade ta stora risker berodde också på att deras verksamhet på många sätt var (och är) garanterad av staten mot bakgrund av deras speciella status i samhället som betalningsförmedlare och kreditgivare.²⁶ Som svar på detta så ville EU-kommissionen identifiera risk-

²⁶ Att förebygga och hantera finansiella kriser, Statens Offentliga Utredningar 2013:16.

tagare på finansiella institut och förebygga risktagandet hos dessa personer. Det började med reglering av bonussystem hos ledningen på banker men förflyttade sig sedan till vanliga anställda på banker och försäkringsbolag.

11.4 Hur EU närmar sig lönereglering

När EU-kommissionen påbörjar utformningen av ny lagstiftning öppnas det ofta upp för företag, privatpersoner och intresseorganisationer att delta i så kallade samrådsförfaranden för att ge sina synpunkter på lagförslaget. För NFU blev det snabbt tydligt genom samrådsförfarandena att frågan om lönereglering på finansmarknadsområdet hade vunnit mark efter finanskrisen. I ett flertal föreslagna nya regelverk skulle nu lön på olika sätt regleras.

NFU:s motstånd till kommissionens försök att reglera lön gav dock resultat. Trots att EU saknar kompetens att reglera lön så menar NFU att det finns/har funnits en okunskap om detta samt oförståelse för hur nordiska modellen fungerar. Genom att poängtera att lönebildning genom fria förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter är en hörnsten i de nordiska ländernas ekonomiska modell så har NFU fått gehör för frågan. Det finns nu undantagsklausuler för sociala parter i centrala regelverk och kommissionen riktar nu mer in sig på exempelvis de incitament som lönesystem i banker och försäkringsbolag skapar snarare än innehåll och nivåer.

Trots att kommissionens medvetande om den nordiska modellen har höjts så har NFU nu noterat hur EU:s tillsynsorgan i finanssektorn, EBA, EIOPA och ESMA, också inkräktar på löneområdet i sina riktlinjer. De europeiska tillsynsmyndigheterna har bland annat i uppgift att tolka lagstiftningen på finansmarknadsområdet för att sedan ta fram mer detaljerade och tekniska riktlinjer för implementeringen på nationell nivå. Det är därför tydligt för NFU att tillsynsmyndigheterna spelar en viktig roll i utformandet av EU-lagstiftning inom finanssektorn. Om de europeiska tillsynsmyndigheterna gör mer långtgående tolkningar av reglerna rörande incitamentbildanade lönesystem än vad som var menat enligt lagstiftarna så kan det resultera i att EU-regleringen, trots NFU:s inflytande, får en inverkan på den nationella lönebildningen.

11.5 Regleringsvägen

Det är ett stort antal områden vid sidan av löne- och ersättningsfrågan som stått i fokus för EU:s lagstiftningsarbete för finanssektorn efter krisen. Olika bedömningar av det samlade antalet regler finns, men en uppskattning är att det sammanlagda antalet sidor lagtext som producerats (inklusive bindande rekommendationer och riktlinjer) uppgår till fler än sextiotusen. Enligt kommissionens meddelande, COM(2014) 279, är syftet med alla nya regler att de ska ingå i ett enda enhetligt regelverk för finansmarknaderna i EU. I stort grupperas de sammanlagt fler än 40 olika lagförslagen i fem huvudområden: återställa och fördjupa den inre marknaden för finansiella tjänster i EU; upprätta en bankunion; bygga ett mer motståndskraftigt och stabilt finansiellt system; förbättra transparens, ansvar och konsumentskydd; samt förbättra effektiviteten i det finansiella systemet.

Förutom de ovannämnda bonussystemen så har frågan om incitamentsstrukturer vid försäljning av finansiella produkter och tjänster samt rådgivning kring desamma varit aktuell på fler områden. Från EU:s sida har man velat rätta till det svaga konsumentskyddet som omgärdar detta område, samt åtgärda de intressekonflikter som uppstått på grund av att anställda i finanssektorn mäts, utvärderas och belönas mer på basis av antal sålda produkter och tjänster än på om kunden fått rätt produkt eller tjänst till rätt pris. De huvudsakliga konkreta konsekvenserna för NFU och dess medlemsförbund av dessa reformer kan beskrivas som följer. Nedan följer en överblick av NFU:s arbete med de europeiska regelverket som på olika sätt inkluderar regler kring lön.

11.5.1 Kapitalkravsdirektivet 2013/36/EU

Kapitalkravsdirektivet (CRD IV) som trädde i kraft i januari 2014 omfattar det mesta av bankers verksamhet, däribland deras lönepolicy. Bestämmelser om ersättningspollicy är i flera fall omfattande i direktivet. NFU arbetade intensivt med frågan och har lyckats få in ett undantag (se nedan) från dessa bestämmelser i de fall där ersättningsnivåerna är bestämda av kollektivavtal.

(69) Bestämmelserna om ersättning ska inte påverka det fullständiga utövandet av de grundläggande rättigheter som är garanterade genom artikel 153.5 i EUF-fördraget, allmänna principer i nationell avtalsrätt och arbetsrätt, unionsrätt och nationell rätt om aktieägarnas rättigheter och deltaende och allmänna skyldigheter för det berörda institutets ledningsorgan samt i tillämpliga fall arbetsmarknadsparternas rätt att ingå och tillämpa kollektivavtal i enlighet med nationell lagstiftning och praxis.

11.5.2 Ramverk för återhämtning och rekonstruktion av kreditinstitut 2014/59/EU

Bortsett från det faktum att kommissionen från början helt bortsåg från att ta hänsyn till bankanställda när man arbetat fram förslaget, vilket i sig är allvarligt med tanke på att dessa är en av kärngrupperna som påverkas av de föreslagna åtgärderna, så närmade man sig gränslandet för vad som är acceptabelt ur lönehänseende. I sitt lagförslag ville kommissionen ge rekonstruktionsmyndigheten rätten att godkänna löner på banker samt möjlighet att skriva ner rörlig lön hos anställda. Troligen är det här ett exempel på kommissionens ovannämnda okunskap om kollektivavtalade löner. NFU förde fram att en ansenlig del av bankanställda har avtalade lösningar kring rörlig lön, varför dessa naturligtvis också måste ingå i de skulder som inte ska skrivas ned. Tack vare NFU:s arbete så har slutversionen av direktivet ett undantag för kollektivavtalade löner.

11.5.3 Direktivet om marknader för finansiella instrument 2014/65/EU

I det reviderade direktivet om marknader för finansiella instrument (MiFID 2) har det införts regler som förebygger intressekonflikter där risken med löneincitament erkänns. NFU framhöll att det framförallt är överdrivna försäljningsmål och säljhets, inte rörlig lön, som ökar risken för intressekonflikter hos anställda. Ett företag som tillhandahåller finansiella tjänster måste nu agera i kundens bästa intresse, och en anställd får inte rekommendera en viss produkt eller tjänst till en kund om en annan produkt eller tjänst passar kunden bättre.

11.5.4 Revidering av direktivet om försäkringsförmedling COM(2012) 360/2

Revideringen av direktivet om försäkringsförmedling (IMD 2) syftar till att öka insynen och förebygga intressekonflikter för att i sin tur öka konsumentskyddet och förtroendet för branschen. Lagstiftarna har i november 2014 inte kommit överens om den exakta skrivningen av IMD 2. Men som förslaget låg så var det ganska långtgående gällande den information som kunderna skulle få om försäkringsförmedlarnas löner. NFU framförde därför att kunderna bör få information om huruvida produkterna är anslutna till rörlig lön för de anställda, men inte närmare information om den enskilda försäljningspersonens lön eller identitet. NFU menar att information till kunden om det exakta beloppet för den rörliga ersättning som den anställdé får inte bidrar till konsumentskyddet, utan riskerar att ha en förvirrande effekt och avleda kundens uppmärksamhet från det som borde vara fokus i försäljningssituationen: priset och produktens innehåll. Medarbetarnas integritet får heller inte kränkas, hur en anställd betalas, genom fast eller rörlig lön, är en fråga för arbetsgivaren, den anställda och fackföreningen.

I Norden där lönen regleras genom kollektivavtal, riskerar liknande regler att undergräva legitimiteten i kollektiva förhandlingar. NFU menar därför att intressekonflikter bäst lindras genom att ta itu med frågan om orimliga försäljningsmål och stress, inte genom att bryta mot den personliga integriteten för enskilda försäkringsanställda i fråga om lön.

11.6 Riktlinjer från de europeiska tillsynsmyndigheterna

11.6.1 CEBS riktlinjer om lön

CEBS heter numera European Banking Authority (EBA) och är den av de tre tillsynsmyndigheterna i EU som ansvarar för banktillsyn. 2010 publicerade man ett utkast till riktlinjer om lön mot bakgrund av de föreslagna reglerna i CRD III (föregångaren till ovannämnda CRD IV), som syftade till att minska löneincitamenten att ta överdriven risk i banker. Potentiellt stora grupper av anställda omfattades, inklusive anställda med kollektiv-

avtalade löner. Efter en kraftfull markering från NFU:s sida inkluderades ett undantag för arbetsmarknadsparternas rätt att reglera lön via kollektivavtal i slutversionen av CEBS riktlinjer.

11.6.2 EBA:s tekniska standarder för att identifiera kategorier av personal som inverkar på en institutions riskprofil (EBA/RTS/2013/11)

EBA föreslog att genom att ange en lönenivå i absoluta tal så ska anställda som har en inverkan på företagets risknivå kunna identifieras. NFU påtalade i samrådsförfarandet att användningen av absoluta lönebelopp för att identifiera risktagare inte är ett lämpligt kriterium, på grund av skillnader i lönenivåer i EU-området. Olika kategorier av anställda skulle därmed komma att identifieras i olika EU-länder. Därtill poängterades av NFU att bestämmelser om ersättning inte ska gälla om ett kollektivavtal upprättas. Samma undantag för kollektivavtal som i CRD IV borde ha inkluderats i EBA:s tekniska standarder. Efter vissa omarbetningar efter samrådet så innehåller slutversionen bland annat kvantitativa kriterier om lönenivåer för att identifiera potentiella risktagare.

11.6.3 ESMA:s riktlinjer om lön inom AIFMD (ESMA/2013/201)

Likt EBA presenterar ESMA (European Securities and Markets Authority) lönenivå som en möjlighet att identifiera kategorier av personal som har en påverkan på berörda företags riskprofil, och som därför ska beröras av dessa riktlinjer om lön inom AIFMD (Alternative Investment Fund Managers Directive). NFU har inte arbetat med AIFMD specifikt, men noterar hur ESMA återigen anser sig ha rätt att ge riktlinjer om lönebildning.

11.6.4 ESMA:s riktlinjer om lön i relation till MiFID (ESMA/2013/606)

ESMA fick i uppdrag att utarbeta detaljerade riktlinjer på basis av det ovannämnda direktivet MiFID II som bland annat reglerar försäljning av finansiella instrument och produkter i EU.

I riktlinjerna om lönepolicy relaterat till MiFID verkar ESMA omedveten om att förslagen är ett grundskott mot den fria lönebildningen. I riktlinjerna finns inga undantag inskrivna för lön som är förhandlad via kollektivavtal, eller det faktum att EU enligt Lissabonfördraget artikel 153.5 inte får skapa policy om lön. Riktlinjerna föreskriver hur ersättningsprinciper bör utformas. NFU reagerade med kraft på förslaget, som kom redan under hösten 2012, genom att påpeka de sociala parternas absoluta rätt att sätta lön via avtal, och inskrärper att kommissionen inte kan använda sig av ESMA:s riktlinjer för att inskränka de sociala parternas fria kollektivavtalsrätt genom lagstiftning. Detta har uppenbart ignorerats av ESMA.

11.6.5 EIOPA och utarbetandet av riktlinjer kring intressekonflikter

I utarbetandet av de tekniska råden för implementering av ovannämnda försäkringsförmedlingsdirektiv har EIOPA också ansvar för att reglera förebyggande och hantering av intressekonflikter. Förutom de kommentarer som NFU gjort kring information om enskild lön och de anställdas integritet så har det framhållits att fokus bör ligga på säljhets och målsystem i allmänhet, och inte på lön. Det finns en risk om enbart löneincitament regleras och inte övriga incitament kopplade till försäljningsmål som har konsekvenser för exempelvis personalens karriärmöjligheter.

NFU menar att exemplen ovan visar på en tydlig trend att EU intresserar sig alltmer för löner i finanssektorn. Att lagstifta kring absoluta nivåer har diskuterats, men än så länge har EU näjt sig med att på olika sätt reglera hur rörlig lön bör sättas i relation till produktförsäljning och förebyggande av risker. Några undantag har gjorts för kollektivavtalade löner, och behovet av dessa undantag visar på en betydande förändring: att EU successivt har utökat sin kompetens på lönebildningsområdet och den nordiska modellen fortsatt hotar att inskränkas trots att rätten till fri lönebildning mellan arbetsmarknadens parter är säkrad i grundfördraget.

11.7 Vad har vi att vänta?

Hösten 2014 påbörjar den nya Europeiska kommissionen under ordförande Jean-Claude Juncker sitt arbete. Vad kan vi vänta oss under de kommande fem årens mandatperiod och hur kan den tänkas skilja sig från de fem år som gått?

EU:s lagstiftningsarbete för den finansiella sektorn har sedan 2008 varit intensivt. Indikationerna tyder på att EU under kommande mandatperiod kommer att skifta fokus från att producera nya regler till att implementera det man redan skapat. Det handlar om ett omfattande arbete – den nye kommissionären för finansmarknaderna Jonathan Hill bedömer att EU:s tillsynsmyndigheter kommer att behöva utarbeta regler på fler än 400 detaljområden. Såsom nämndes tidigare har de tre tillsynsmyndigheterna på EU-nivå EBA, ESMA och EIOPA stor makt över hur innehållet i reglerna i direktiv och förordningar på ramverksnivå (överenskommelser mellan rådet och Europaparlamentet) ska förstås och implementeras i medlemsstaterna.

Nästa utmaning kan skönjas i relation till införlivandet av alla nya regler i nationell lagstiftning. Nationella parlament och myndigheter har då att skriva in regler och riktlinjer från EU i nationell lag. Riskerna i dessa processer är avsevärda ur ett juridiskt perspektiv – hur till exempel säkerställa att reglerna formuleras lika på olika språk och innebördens och därmed de lagstiftningsmässiga förutsättningarna blir desamma? NFU har redan sett exempel på hur den nationella tolkningen och översättningen av de nya reglerna i vissa fall skiljer sig mot de intentioner och undantag för fackliga rättigheter som NFU säkrat på EU-nivå. Det kommer därför att bli fortsatt viktigt att från fackligt håll nära följa detta arbete på nationell nivå och bidra med expertis och kunnande för att säkerställa fortsatt frihet för parterna att reglera lön genom avtal. Det återstår därför att se vad effekten blir av regleringsvägen inom finanssektorn, både för fackliga rättigheter och för den nordiska arbetsmarknaden i stort.

Med tanke på den stora mängden nya regler (sextiotusen sidor) står även EU här inför en avsevärd utmaning om konkurrensneutraliteten och sammanhållningen på den inre marknaden för finansiella tjänster ska kunna bibehållas och stärkas.

English Summary

This report illustrates a number of the challenges faced by the labour-law systems of the Nordic countries as these interact with the EU, the EEA and the European Human Rights Convention. The report focuses on the general influences of these European systems and the way that these are dealt with in the Nordic countries.

In a general analysis, Professor Jens Kristiansen, Dr. jur., University of Copenhagen, emphasises that European influences vary from one country to the next, but that the challenges faced by the Nordic labour law systems share a number of common features:

The ever-increasing complexity of the European law system: All Nordic labour law systems interact with a European law system which is becoming increasing unmanageable. European law develops in a complicated interaction of different types of sources of law, such as general principles of law (treaties) and specific rules (directives). European rules address conflicting considerations, e.g. promotion of free movement and securing basic trade union rights, and the three European courts do not necessarily take the same approach to these considerations. This complex formation of law often makes it difficult to precisely determine European obligations.

Shifting national balance between legislation and labour market contracts: Legislation has become more prominent in all Nordic countries as part of the implementation of European obligations. However, there has been no basic change in the division of work between the legislature and the social partners, and collective agreements still play an important role in determining wages and working conditions in all Nordic countries. However, the right to freely exchange services seems to present special challenges to the Nordic systems and continues to spur political debate as well as lawsuits on matters of principle.

The ever-increasing importance of the courts in the labour law system: The courts have gained a more prominent role in regard to both the social partners and the legislature. To the widest extent possible, the courts

must interpret national law in accordance with European obligations, which includes the dynamic development of general, vague principles of law. The courts may also test whether national rules are compatible with European obligations, e.g. whether legislative intervention in a labour market conflict was “necessary”. This is bound to continually narrow the political freedom of action and make it more difficult for employers and wage-earners to find common ground based on a specific understanding of national law.

In a number of specific contributions, practitioners from employer and wage-earner organisations address some of the challenges experienced by the social partners in the different Nordic countries as regards the interaction between European systems and national labour-law systems. These contributions focus on topics such as posting of workers, implementation of labour law directives and the increasing European interest in national wage policies.



norden

Nordisk Ministerråd

Ved Stranden 18
DK-1061 København K
www.norden.org

Europa og den nordiske aftalemodel

Et af de særlede træk ved de nordiske lande er, at fastlæggelsen af løn- og arbejdsvilkår i vidt omfang er overladt til forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter.

Formålet med denne rapport er at belyse en række af de udfordringer, som de arbejdsretlige systemer i de nordiske lande står over for i mødet med et stadig mere veludviklet europæisk retssystem.

Den første del af rapporten er udarbejdet af rapportens redaktør professor, dr. jur. Jens Kristiansen fra Københavns Universitet og fokuserer på en række af de generelle udfordringer, som de europæiske regler og retsafgørelser stiller de arbejdsretlige systemer i de nordiske lande over for.

Rapportens anden del er udarbejdet af forskellige repræsentanter for arbejdsgiver- og lønmodtagerforeninger i de nordiske lande og belyser nogle af de udfordringer, som arbejdsmarkedets parter oplever i mødet med det europæiske retssystem.

TemaNord 2015:537
ISBN 978-92-893-4151-6 (PRINT)
ISBN 978-92-893-4153-0 (PDF)
ISBN 978-92-893-4152-3 (EPUB)
ISSN 0908-6692



9 789289 341516

